

# ПРАВО

ЮРИДИЧНИЙ  
ЖУРНАЛ

# України

**Загальнодержавне періодичне видання**

**Засноване** у 1922 році **Видається** щомісячно

**Свідоцтво** про державну реєстрацію: **Передплатний індекс:** 74424

Серія А01 № 129668

**Адреса редакційної колегії:**

04107, м. Київ-107

вул. Багговутівська, 17–21, кімн. 425

Тел.: (044)537-51-14

E-mail: pravoua@gmail.com

**Головний редактор:**

*Святоцький О. Д.,*

доктор юридичних наук, професор,

член-кореспондент АПРН України

**Відповідальний секретар:**

*Полешко А. С.*

## **ЗАСНОВНИКИ:**

© Міністерство юстиції України

© Конституційний Суд України

© Верховний Суд України

© Вищий господарський суд України

© Генеральна прокуратура України

© Інститут держави і права НАН України

© Академія правових наук України

© Національна юридична академія України ім. Ярослава Мудрого

## **ВИДАВЕЦЬ**

© ТОВ «Видавничий Дім «Ін Юре»



**6/2008**

## ЗМІСТ

КАРПАЧОВА Н. Сучасні виклики правам і свободам людини .....	4
<b>Захист прав людини і громадянина</b>	
ЛИСЕНКО Х. Право дитини, позбавленої батьківського піклування, на особливий захист і допомогу держави: міжнародно-правовий аспект .....	9
ОГОРОДНИК А. Механізм забезпечення прав і свобод людини та принципи законності в Україні .....	14
ЗВЕРЄВА О. Забезпечення міжгалузевої взаємодії правових норм з метою захисту прав споживачів.....	19
<b>Конституційна реформа</b>	
КОРНЄЄВ А. Окремі питання викладання історії Конституції України.....	23
ПРИХОДЬКО Х. Конституційний процес як самостійний вид юридичного процесу .....	29
КОВАЛЬЧУК В. Проблема конституційності та легітимності публічної влади в умовах формування правової, демократичної держави: вітчизняний досвід .....	35
<b>Філософія права</b>	
ТИМОШЕНКО В. Визначальні фактори правової свідомості .....	41
КРИЖАНІВСЬКИЙ А. Ознаки сучасного правопорядку в контексті трансформаційних викликів .....	47
ТІМУШ І. До питання про «основну методологічну дилему» в юриспруденції .....	51
<b>Проблеми адміністративного права</b>	
ШРУБ І. Прогалини у законодавчому регулюванні адміністративного судочинства .....	57
<b>Захист прав інтелектуальної власності</b>	
АНДРУСІВ У. Проблеми реалізації прав інтелектуальної власності на програми організації мовлення в Україні .....	63
<b>Питання криміналістики</b>	
РОСТОМЯН Л. Використання можливостей судово-почеркознавчої експертизи під час розслідування кримінально-правових проявів вандалізму .....	69
<b>Право, економіка, фінанси</b>	
ТИТОВА О. Концепція та програма модернізації господарського законодавства .....	73
ЗЕЛІСКО А. Сучасний стан та перспективи розвитку споживчих товариств в Україні .....	78
ПЕРОЩУК З. Економічно невиправдані надходження місцевих податків і зборів — основна організаційно-правова причина незабезпеченості місцевих бюджетів власними доходами .....	83
<b>Пропозиції до законодавства</b>	
ЛУЩАК Х. Особливості захисної промови в судових дебатах у справі неповнолітнього підсудного .....	86
ЛУГИНА О. Право власності на рослинність на земельних ділянках, межі яких не визначені в натурі (на місцевості) .....	91
БИЧКОВА С., ФЕДОСЄЄВА Т. Представництво інтересів заявника у справах про надання права на шлюб .....	94
ШЕВЧЕНКО Є. Суб'єкти стадії виконання вироку та визначеність їх процесуального статусу в чинному законодавстві .....	100
БАЖЕНОВА Б. Адвокатська діяльність потребує законодавчого удосконалення.....	104
ПОНОМАРЕНКО Є. Питання оптимізації покарання за зґвалтування .....	107

### **Дискусії та обговорення**

ГАВРИЛЮК Р. «Правовий механізм податку» чи «юридична конструкція податку»: дискусійні питання теорії та методології.....	110
МАРЧАК В. Обмежена осудність як ознака суб'єкта злочину .....	115
ПОПОВ Ю. Поняття забезпечення виконання зобов'язання .....	119
ТИМЧЕНКО Г. Судові дебати як етап судового розгляду в цивільному процесі .....	125
ЧОРНОУС Ю. Реалізація принципу змагальності на досудовому слідстві: проблемні питання .....	129
БАГРІЙ М. Непрямі докази та негативні обставини: до питання співвідношення і значення при розслідуванні у кримінальній справі .....	134
ДУДЧЕНКО О. Засади формування і діяльності колегій районних державних адміністрацій в Україні.....	138

### **Історико-правові нариси**

СКУЛЯК І. Історія розвитку органів дізнання в Україні .....	144
ХРЯПІНСЬКИЙ П. Заохочувальні норми у Кримінальному кодексі Наполеона .....	149
ШАНДРА Р. Суд та судочинство за волоським правом на західноукраїнських землях у XIII–XVIII ст. ....	153

### **Правова хроніка**

Обговорення проблем розвитку законодавства щодо державного регулювання економічних відносин .....	160
Настільна книга слідчого — важливе довідкове видання.....	163

## СУЧАСНІ ВИКЛИКИ ПРАВАМ І СВОБОДАМ ЛЮДИНИ



**НІНА КАРПАЧОВА**

*Уповноважений Верховної Ради України  
з прав людини*

*10 грудня 1948 року, відразу ж після успішного голосування тексту Загальної декларації прав людини на III сесії Генеральної асамблеї ООН у Парижі, на сцену сесійної зали піднялась голова тодішньої Комісії ООН з прав людини Елеонора Рузвельт. Тримавши в руках довгий сувій з художньо написаним на ньому текстом доленосного документа, вона констатувала, що з прийняттям декларації в історії нашої планети розпочинається нова ера — ера надій і сподівань усього людства на право бути Людиною на землі...*

Минуло 60 років з того часу, як пролунали ці знаменні слова Елеонори Рузвельт, проте початок нового тисячоліття засвідчив, що світ звідтоді не став ані гуманнішим, ані безпечнішим. Як і раніше, масові порушення прав людини в різних куточках планети набувають дедалі жорсткіших форм. Знецінюється саме людське життя. Нормою міжнародного спілкування все частіше стають подвійні стандарти. Ці загрози людству майже не наблизили нас до мрії, яка була проголошена. Боротьба з бідністю, тероризмом, насильством, торгівлею людьми, запобігання екологічним катастрофам вимагають від світової спільноти об'єднаних зусиль та якнайтіснішої співпраці.

За даними ООН, понад мільярд людей на планеті страждають від бідності. Для них фундаментальні права і свободи людини залишаються ілюзією. У цей безправний мільярд входить і багато наших співвітчизників — громадян України. На мою думку, бідність, з одного боку, сама по собі є порушенням прав людини, з іншого, — через бідність унеможливорюється реалізація всіх інших прав і свобод людини. Мені як Омбудсману довелося ще у першій Щорічній доповіді порушити проблему бідності як сучасного виклику правам і свободам людини відповідно до стандартів ООН. Тоді Україна проголосила кілька урядових програм щодо подолання бідності. І хо-

© Н. Карпачова, 2008

ча минув не один рік, навіть за офіційними статистичними даними в нашій країні не поменшало тих, хто перебуває за межею бідності, — це кожен четвертий громадянин України.

Стає дедалі очевиднішим, що традиційні заходи боротьби з бідністю є неефективними. Потрібні нові підходи і механізми забезпечення справедливішого доступу всіх членів суспільства до ресурсів, що запобігали б поглибленню майнового розшарування населення, а також поділу країн на багаті та бідні. Зростання розриву у рівні соціально-економічного розвитку держав продукує багатомільйонні міграційні потоки, утворює численні вразливі групи мігрантів, біженців, шукачів притулку, загострює прояви расизму, расової дискримінації, ксенофобії та інших форм нетерпимості, призводить до масових порушень прав людини, насильства, торгівлі людьми, зокрема жінками й дітьми. У світові міграційні процеси нині втягнуто понад 200 мільйонів осіб. Питання трудової міграції актуальне для багатьох країн світу. Воно безпосередньо пов'язане з проблемою подолання бідності. Людина, яка не знайшла собі гідної роботи і відповідної заробітної плати, змушена виїжджати за межі своєї Батьківщини.

Типовою є ситуація в нашій державі. Адже вона відкрила свої кордони і є сьогодні одночасно країною-донором, країною-транзитером та країною-реципієнтом трудової міграції. Омбудсманом України було комплексно досліджено проблему дотримання прав трудових мігрантів. Після представлення Верховній Раді Спеціальної доповіді з цього питання влада змушена була визнати існування масової — від 5 до 7 мільйонів наших співвітчизників — трудової української міграції та фактичну незахищеність мігрантів на територіях інших країн. За Спеціальною та Щорічною доповідями Уповноваженого з прав людини Урядом було видане



відповідне розпорядження, а після мого подання Президенту України парламент ратифікував Європейську Конвенцію про правовий статус трудящих-мігрантів 1977 року.

Водночас зазначу, що у переважній більшості країн світу відбувається природне скорочення населення на тлі його неухильного старіння. За висновком експертів ООН з демографії, для збереження нинішнього співвідношення працюючих і пенсіонерів, а також для забезпечення достатньої кількості робочої сили, зокрема в країнах Європейського Союзу, на наступні 25 років прогнозується потреба у 135 мільйонів мігрантів.

З огляду на досвід нашої та інших країн вважаю нагальним закріплення на правовому рівні положення про врахування трудового стажу мігранта при призначенні пенсії, незалежно від того, в якій країні він працював. Тим більше, що така практика вже запроваджена в країнах-членах ЄС. В офісі Омбудсмена України відбулося урочисте підписання двосторонніх угод про співпрацю щодо захисту прав людини між Омбудсманом України та Омбудсманами Іспанії, Португалії і Франції — країн-членів ЄС, де є багато українських трудових мігрантів.

Одночасно відбуваються й протилежні процеси. Близько 7 мільйонів мігрантів-іноземців потрапляють в Україну, яка, за експертними оцінками ООН, перебуває в першій п'ятірці держав з прийому мігрантів з інших країн. Тому для нашої держави надзвичайно важливою є високоаргументована доповідь Комісара Ради Європи з прав людини Томаса Хаммарберга за результатами його візиту до нашої країни та запропонованим рекомендації для поліпшення ситуації, пов'язаної із забезпеченням прав і свобод людини у відповідності до світових стандартів, зокрема щодо прав мігрантів.

З великим занепокоєнням мушу торкнутися тривожних тенденцій, які, на жаль, набувають останнім часом дедалі загрозливішого характеру: поширення проявів ксенофобії, етнічної та расової нетерпимості стосовно іноземних громадян. Тільки 2007 року в Україні жертвами насильницьких дій на ґрунті расової, національної та релігійної ненависті стали 70 осіб, з них 22 загинули. Вже цього року постраждали десятки іноземців, насамперед з Індії, Китаю, Пакистану, Ірану та країн Африки. Тому назріла необхідність ратифікувати Конвенцію ООН 1990 року про захист прав всіх трудящих мігрантів та членів їхніх сімей, на чому Уповноваженим наголошувалось у двох поданнях Президентові України. Доцільним та-

кож було б прийняти нарешті засади державної міграційної політики та створити потужну Державну міграційну службу як самостійний цивільний орган виконавчої влади зі спеціальним статусом.

За даними Міжнародної організації міграції, в останні роки від торгівлі людьми потерпіли близько 100 тисяч українців. Це абсолютний новий виклик для нас. З метою запобігання торгівлі людьми при Омбудсмані України ще 1999 року створено Національну координаційну раду. За її участю розроблено та прийнято дві комплексні Державні програми щодо протидії торгівлі людьми, завдяки чому в Україну повернуто багато кого з тих, хто став жертвою цього транснаціонального злочину. За поданням Уповноваженого відбулася ратифікація Палермської конвенції та протоколів до неї щодо боротьби з торгівлею людьми, особливо жінками та дітьми, 2004 року, підготовлені й внесені відповідні зміни до Кримінального кодексу України про кримінальну відповідальність за торгівлю людьми.

Економічні та соціальні негаразди, породжені ними бездуховність продукують високий рівень безпритульності та бездоглядності, дитячої злочинності, використання праці дітей. Особливо вражає світова тенденція поширення насильства і проявів жорстокості щодо дітей, сексуальної експлуатації неповнолітніх, педофілії. Потрібні невідкладні зусилля для ратифікації Конвенції Ради Європи про захист дітей від сексуальної експлуатації та сексуального розбещення, яка вже підписана Україною, а також для вироблення стратегії і конкретних програм з метою подолання цих ганебних явищ. Захист прав дітей завжди був пріоритетним у діяльності українського Омбудсмена. Уповноваженим призначено на гендерній основі двох дитячих омбудсманів — дівчину і юнака. Адже, на моє переконання, самі діти також мають право на те, аби їхня думка, їхній голос були почуті і враховані.

Реалії сучасності є дуже болючими для людей з обмеженими можливостями, що зобов'язує владу вживати додаткових заходів для забезпечення їхніх прав і свобод, а від правозахисних інституцій вимагає особливого контролю у цій чутливій сфері. Адже в Україні понад 2,5 мільйона інвалідів, а це більше 5 відсотків населення. Український Омбудсман звернулася з поданням до Президента нашої держави, переконуючи в необхідності ратифікації Конвенції ООН про права інвалідів 2006 року. Ми проводимо цю роботу спільно з Національною асоціацією інвалідів України та Представництвом ООН в Україні.

Інституція Уповноваженого першою в нашій державі ініціювала вивчення стану дотримання прав людини в місцях позбавлення волі і надала цій проблемі публічного характеру, залучаючи до перевірок засоби масової інформації.

Під час моніторингу дотримання прав людини за ґратами Омбудсман та фахівці Секретаріату Уповноваженого загалом працювали в місцях позбавлення волі майже два роки. Ці перевірки засвідчили: проблема нелюдського поводження та тортур залишається однією з найгостріших. Тому співпраця Омбудсмана України з Комітетом із запобігання тортурам (СРТ) Ради Європи має розвиватися й надалі. Дані Уповноваженого з прав людини засвідчують: у нашій державі через процедуру затримання протягом року проходить близько одного мільйона осіб, права яких здебільшого брутально порушуються. За моїм поданням Президентові України парламент ратифікував Факультативний протокол до Конвенції ООН проти катувань та інших жорстоких, нелюдських або таких, що принижують гідність, видів поводження та покарання. Це надзвичайно важлива подія в нашій державі. Тепер ми маємо спільно подумати над якомога ефективнішим запровадженням незалежного превентивного механізму запобігання тортурам, що передбачений названим документом. У цьому плані нам цікавий досвід деяких країн, зокрема Франції.

Омбудсманом під час недавнього «візиту без попередження» було виявлено існування в Києві слідчого ізолятора СБУ, який підлягав ліквідації на вимогу Ради Європи ще 2003 року. Уповноваженим відкрито заявлено: фактично це є використанням таємних в'язниць, що неприпустимо. Після моєї зустрічі з керівництвом СБУ ситуація почала входити у правове русло. Знаю, що такі проблеми є й у моїх колег в інших країнах. А дехто з них не має навіть повноважень самостійно відвідувати місця позбавлення волі.

Посилення мілітаризації у світі, війни та збройні конфлікти, поширення міжнародного тероризму загрожують найголовнішому праву людини — праву на життя. Дедалі більше країн зазнають широкомасштабних терористичних актів з масовими людськими жертвами. Це явище стосується майже кожного мешканця нашої планети. Моя позиція як Омбудсмана у цьому питанні однозначна: без неухильного дотримання прав людини ефективно протистояти тероризму як глобальному злу неможливо. Усі ми мусимо визнати: імовірність прояву агресії й тероризму були, є і залишатимуться надалі, допоки, подавляючи суверенітет тієї чи іншої країни, в міжнародних відносинах застосовуватимуть право сили, а не

силу права. Економічно потужні країни за будь-яких обставин не повинні дозволяти собі оголошувати території інших країн зоною своїх інтересів і вдаватися до агресії проти них.

Глобальний характер причин і наслідків зазначених викликів правам і свободам людини потребує посилення впливу і ролі міжнародних організацій, передусім Організації Об'єднаних Націй, континентальних та регіональних структур як інструментів для забезпечення прав і свобод кожної людини і всього людства, а також відмови від політики подвійних стандартів. З огляду на це розробка та прийняття ООН Всеосяжної конвенції по боротьбі з міжнародним тероризмом стає нагальним завданням світової спільноти.

Омбудсманом здійснено низку важливих міжнародних заходів, спрямованих на безумовне виконання Женевських конвенцій про захист жертв війни 1949 року, додаткових протоколів до них 1977 року та інших міжнародних договорів у галузі гуманітарного права. Зокрема, застосовані відповідні акти реагування для з'ясування долі військовополонених, які потрапили в полон під час війни в Афганістані. Військові Данії уважно вивчали досвід українського Омбудсмана із захисту прав цієї категорії військових, в тому числі права на соціальну адаптацію і позитивне ставлення суспільства до них після повернення додому.

Уповноваженим здійснене провадження щодо захисту права на поховання радянських воїнів-визволителів — вихідців з України Степана Хапікала та Леніни Варшавської, останки яких, на порушення норм міжнародного гуманітарного права, були викопані з братської могили в Таллінні навесні 2007 року без попереднього повідомлення Української держави. У цій міжнародній акції, яка тривала півроку, нам активно допомагали державні й неурядові організації України, Естонії, Латвії, Росії, Ізраїлю.

Особливої актуальності набуває об'єктивна оцінка стану дотримання прав і свобод людини та прогнозування суспільного розвитку, що вимагає посилення співпраці національних інститутів з прав людини (НІПЛ) з науковими установами і громадськими організаціями. Однією з найважливіших передумов подолання сучасних викликів правам і свободам людини є гласність і відкритість інформації про порушення прав людини, широке залучення ЗМІ до правової освіти населення, усвідомлення необхідності колективних зусиль у розв'язанні глобальних проблем сучасності та творенні більш гуманного суспільства. Проведення в Києві міжнародної конференції і її трансляція на 109 країн світу є важливим кроком у цьому напрямі.

*У Києві на державному рівні урочисто пройшли заходи, присвячені 60-й річниці Загальної декларації прав людини та 10-річчю утворення інституту Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини.*

Ключовою подією стала Міжнародна конференція «Сучасні виклики правам і свободам людини», яка відбулася у квітня 2008 року в сесійній залі Верховної Ради України. Цей форум уперше в історії України зібрав правозахисників з 43 країн Європи, Азії, Африки та Латинської Америки, а також парламентаріїв, представників дипломатичного корпусу, всіх гілок української влади, наукових установ і громадських організацій.

Результатом Міжнародної конференції «Сучасні виклики правам і свободам людини» стало прийняття Київської декларації. Редакція журналу «Право України» наводить нижче текст цієї декларації.

### **Київська декларація Міжнародної конференції з нагоди 60-ї річниці Загальної декларації прав людини**

Учасники Міжнародної конференції, які представляють Омбудсманів та національні інституції з прав людини (далі НІПЛ) і міжнародні організації з 43 країн Європи, Азії, Африки і Латинської Америки, відзначають, що:

— Загальна декларація прав людини, 60 років затвердження якої виповнюється у цьому році, є універсальним документом в оцінці завдань щодо забезпечення прав і свобод людини для країн, урядів, народів, міжнародних і національних інститутів з прав людини;

— головні завдання у галузі забезпечення і захисту прав і свобод людини визначені Віденською декларацією і програмою дій, прийнятою Всесвітньою конференцією з прав людини у 1993 році Декларацією тисячоліття ООН, рішеннями Всесвітніх і регіональних форумів з прав людини;

дійшли спільної згоди відносно того, що:

— сьогодні потребують активізації зусилля ООН, інших міжнародних організацій, урядів і парламентів, НІПЛ — щодо адекватного реагування на нові виклики часу, що загрожують як окремим країнам, так і самому існуванню людської спільноти, серед яких, зокрема:

— бідність, недостатнє харчування та обмеженість доступу до питної води й інших ресурсів для сотень мільйонів людей, небезпечне довкілля є джерелами порушення права на життя та інших невід'ємних прав і свобод людини;

— зростання розриву у рівні соціально-економічного розвитку між країнами, яке продукує багатомільйонні міграційні потоки, утворює численні вразливі групи мігрантів, біженців, шукачів притулку, загострює прояви расизму, расової дискримінації, ксенофобії та інших форм нетерпимості, призводить до масових порушень прав людини, насильства, торгівлі людьми, особливо жінками і дітьми;

— обмеженість енергетичних та сировинних ресурсів, боротьба за які породжує нестабільність, створює конфлікти, у тому числі військові, стимулює інфляцію, що спричиняє масові порушення прав людини;

— посилення мілітаризації в світі, війни, збройні конфлікти, поширення міжнародного тероризму ставлять під загрозу найголовніше право людини — право на життя;

— дегуманізація суспільства обмежує можливості духовного розвитку, самобутності, мультикультурності.

Визначені виклики сучасності особливо боляче позначаються на дотриманні прав і свобод людей з обмеженими можливостями, а також дітей, жінок, людей похилого віку та вимагають від органів влади застосування додаткових заходів у забезпеченні прав і свобод цих категорій, а від НІПЛ — особливого контролю щодо захисту їхніх прав;

— глобальний характер причин і наслідків зазначених викликів правам і свободам людини потребує посилення значимості і ролі міжнародних організацій — в

першу чергу Організації Об'єднаних Націй, континентальних та регіональних організацій як інструментів, що застосовуються для забезпечення прав і свобод кожної людини і всього людства, виключивши при цьому політику подвійних стандартів щодо прав і свобод людини;

— сучасні виклики правам і свободам людини вимагають посилення координації роботи національних інституцій з прав людини в рамках Міжнародного та Європейського інститутів Омбудсмана;

— беручи до уваги прагнення Верховного комісара ООН з прав людини щодо посилення координації роботи НІПЛ у системі ООН, необхідно розширити функції та повноваження НІПЛ, зміцнити їх незалежний статус.

Зважаючи, що органи влади, на жаль, є головними порушниками прав і свобод людини, зокрема щодо нелюдського поводження та застосування тортур, існування несправедливого суду, корупції, таємних тюрем, необхідно забезпечити НІПЛ правом брати участь у захисті прав і свобод людини на будь-якому етапі взаємодії людини і держави, посилити роль Омбудсманів у процесі ратифікації й імплементації міжнародних конвенцій у національне законодавство та контролю за виконанням державами-учасницями зобов'язань і рекомендацій конвенційних органів ООН і Ради Європи;

— залишається актуальною проблема подолання декларативності прав і свобод

людини шляхом виконання з боку державних органів відповідних програм та виділення достатніх економічних і фінансових ресурсів, а також посилення контрольних функцій НІПЛ;

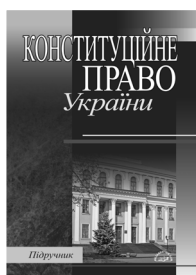
— враховуючи, що важливою передумовою практичного застосування прав і свобод людини є подальший розвиток громадянського суспільства, необхідно сприяти широкому залученню неурядових правозахисних організацій, громадських рухів, профспілок і народної дипломатії до участі у світових та континентальних форумах як альтернативних інструментах пошуку шляхів реагування на глобальні виклики правам і свободам людини;

— особливої актуальності набуває об'єктивна оцінка стану дотримання прав і свобод людини та прогнозування суспільного розвитку, що вимагає посилення співпраці НІПЛ з науковими установами;

— однією з найважливіших передумов подолання сучасних викликів правам і свободам людини є гласність і відкритість інформації про порушення прав людини, широке залучення ЗМІ до її поширення, підвищення правової культури населення, усвідомлення необхідності колективних зусиль у подоланні глобальних проблем сучасності та творенні більш гуманного суспільства.

*Прийнято у Києві 14 квітня 2008 року*

Вийшов друком підручник:



**Чушенко В. І., Заяць І. Я.**

**Конституційне право України : підруч. — К. :  
Видавничий Дім «Ін Юре», 2007. — 488 с.**

Авторський колектив акцентує на доктринальному тлумаченні конституційно-правових засад, норм та положень, які властиві сучасній правовій системі України. Проаналізовано тенденції імплементації міжнародно-правових стандартів у національному конституційному законодавстві та результати правових процесів, зумовлених входженням України в Європейське співтовариство.

Розглянуто політико-правові наслідки конституційно-правової реформи та положення пропонованої концепції реформування територіального устрою. У контексті аналізу конституційно-правової реформи досліджено тенденції розвитку системи органів публічної влади, їх компетенції та юрисдикції.

Для студентів, аспірантів, викладачів юридичних закладів, усіх тих, хто цікавиться проблематикою сучасного конституційного законодавства України.

**Замовляйте видання за телефонами:**

**(044) 537-51-20, 537-51-21**

**або за електронною поштою**

**[sales@inyure.kiev.ua](mailto:sales@inyure.kiev.ua)**

**<http://shop.inyure.kiev.ua>**

## **ПРАВО ДИТИНИ, ПОЗБАВЛЕНОЇ БАТЬКІВСЬКОГО ПІКЛУВАННЯ, НА ОСОБЛИВИЙ ЗАХИСТ І ДОПОМОГУ ДЕРЖАВИ: МІЖНАРОДНО-ПРАВОВИЙ АСПЕКТ**



**Х. ЛИСЕНКО**  
*(Інститут законодавства  
Верховної Ради України)*

**К**ожного року мільйони дітей у всьому світі залишаються без піклування батьків. Ці діти потрапляють під особливий захист держави. Термін «особливий захист» означає, що діти, які тимчасово або постійно не проживають в колі сім'ї, користуються додатковим ступенем захисту з боку держави порівняно з іншими дітьми. Право на особливий захист гарантується їм статтею 20 Конвенції ООН про права дитини 1989 року (далі — Конвенція ООН). Пункт 2 ст. 20 Конвенції ООН покладає на державу обов'язок забезпечити альтернативні способи догляду за дітьми, що не мають сім'ї. До них належать: передача на виховання (у прийомну родину), «кафала» за ісламським правом, усиновлення, а також влаштування до відповідних закладів по догляду за дітьми. Вибір форми утримання для дитини, що залишилася без піклування батьків, є прерогативою держави, в якій вона проживає.

В науці міжнародного права питання ієрархії форм утримання дітей, позбавлених батьківського піклування, особливо визначення місця в цій ієрархії міжнародного усиновлення, є дискусійним. Різні аспекти цієї проблеми висвітлені у працях Дж. Ван Буєрен, Г. ван Лоона, І. Ламмеран, А. Маравел, С. Діллон [1, 2, 3, 4, 5]. Полеміку викликає © Х. Лисенко, 2008

також відсутність міжнародно-правових норм, які обмежували б інституціоналізацію як явище, несумісне із сучасною концепцією захисту прав дитини.

У цій статті ми спробуємо визначити, яка форма влаштування дитини, що залишилася без піклування батьків, найбільше відповідає сучасним стандартам захисту прав людини. Особлива увага буде приділена аналізу конкуруючих способів влаштування дітей. Як правило, найчастіше конкурують між собою міждержавне усиновлення та інституціоналізація, або ж міждержавне усиновлення та виховання в прийомній родині.

Найпоширенішою у світі формою утримання дітей, що не мають сім'ї, є виховання у спеціально створюваних для цього закладах по догляду за дітьми (дитячих будинках). У науковій літературі це явище називається інституціоналізація (від англійського слова *institutionalization* — влаштування до закладів закритого типу). За даними деяких правозахисних організацій, в Східній Європі, країнах СНД і Балтії налічується приблизно 1,5 млн дітей-сиріт, з яких 900 тис. є жертвами інституціоналізації.

Численні дослідження в галузі дитячої соціології та психології доводять негативний вплив інституціоналізації на розвиток дітей.

Попри цю обставину, міжнародне право не захищає дитину (тут і далі йдеться про дітей, що залишилися без піклування батьків) від передачі на виховання до дитячого закладу навіть у ситуації, коли існують інші реальні можливості її влаштування. Найчастіше головною альтернативою інституціоналізації є міждержавне усиновлення.

Міжнародно-правові документи не пропонують однозначного вирішення питання, яка форма догляду за дитиною є пріоритетною: інституціоналізація чи міждержавне усиновлення. І Декларація ООН про соціальні та правові принципи стосовно захисту і благополуччя дітей, особливо при передачі дітей на виховання та їх усиновлення на національному та міжнародному рівнях 1986 року (далі — Декларація ООН), і Конвенція ООН встановлюють пріоритет внутрішньодержавних форм утримання дитини, в тому числі і несімейних, над міжнародним усиновленням. Це випливає з п. б ст. 21 Конвенції ООН, відповідно до якого «усиновлення в іншій країні може розглядатися як альтернативний спосіб догляду за дитиною, якщо ... забезпечення якогось придатного догляду в країні походження дитини є неможливим». Попри те, що Конвенція ООН не тлумачить словосполучення «придатний догляд», цілком очевидно, що вона зараховує інституціоналізацію саме до таких форм догляду, коли йдеться про вибір альтернативи міждержавному усиновленню.

Важливо пам'ятати, що Конвенція ООН розроблялася в атмосфері повної відсутності міжнародно-правових норм, які б регулювали міждержавні усиновлення. І Конвенція, і Декларація ООН презюмували, що значній кількості міждержавних усиновлень притаманні грубі порушення різного характеру.

Гаазька конвенція про захист прав дітей та співробітництво в галузі міждержавного усиновлення 1993 року (далі — Гаазька конвенція) була прийнята Гаазькою конференцією з міжнародного приватного права для «формування подальшої міжнародної політики в галузі міждержавних усиновлень» [5, § 15]. Взявши за основу принципи міждержавного усиновлення, закріплені в Конвенції ООН, вона поставила на меті, зокрема, «покращити процедуру та допомогти викоріненню зловживань при здійсненні міждержавних усиновлень» [5, § 169].

Гаазька конвенція підходить до усиновлень за кордон як до врегульованої проце-

дури і пропонує іншу ієрархію способів влаштування дітей без батьківського піклування. Відводячи центральне місце принципу «найкращого інтересу дитини», вона надає пріоритет внутрішньодержавним, сімейним та постійним формам влаштування, протиставляючи їх іноземним, несімейним та тимчасовим. Гаазька конвенція додає міждержавне усиновлення до загального переліку форм догляду за дитиною без піклування батьків, роблячи акцент на важливості сімейного виховання, а не на необхідності у будь-який спосіб залишити дитину в країні її походження. Таким чином, в ієрархії способів утримання дітей без батьківського піклування, запропонованій Гаазькою конвенцією, міждержавне усиновлення поступається лише національному усиновленню. Таку думку поділяє, зокрема, А. Маравел [3].

Залишаючи вибір форми утримання дітей на розсуд держави, жодна з двох згаданих конвенцій не вирішує важливого питання. Наскільки правомірним є (часто політичне) рішення про відмову від практики міждержавних усиновлень в тих країнах, де велика кількість дітей виховується в дитячих закладах і не має реальної можливості повернутися під опіку біологічних батьків чи бути усиновленими всередині країни [1, 186].

Апологети інституціоналізації часто обґрунтовують свою позицію тим, що, на відміну від міждержавного усиновлення, виховання у дитячому будинку принаймні гарантує дитині право на збереження її етнічного походження, релігійної та культурної приналежності, рідної мови. Однак такий аргумент не є переконливим. Як влучно зазначила С. Діллон, «в жодному сенсі право дитини сповідувати певну культуру не може превалювати над більш фундаментальним правом особи на любов і захист. Право на певну індивідуальність, що спирається на сім'ю, або країну, або групу походження навряд чи можна сприймати буквально в разі, якщо якість піклування про дитину завдає їй психологічної шкоди, що майже неминуче трапляється за будь-якої форми несімейного виховання» [1, 200]. Ван Лоон з цього приводу зазначає, що на шальках терезів знаходяться, з одного боку, — юридична визначеність (стабільність), яку може забезпечити усиновлення (чи то національне, чи то міжнародне), з іншого, — важливість приналежності до власного суспільства та культу-

ри. Проте далі він резюмує, що експерти з проблем дитинства висловлюють обмежену довіру до важливості виховання дітей на їхній батьківщині [5, 96].

Отже, ані Конвенція ООН, ані інші міжнародно-правові документи не пропонують чіткої позиції щодо того, наскільки інституційний догляд (виховання у дитячому будинку) може бути прийнятним варіантом піклування, якщо для дитини не можна знайти іншої родини в державі її походження. Звідси неготовність фахівців у галузі захисту прав людини прямо стверджувати, що утримання дітей в спеціалізованих закладах є неприпустимим і порушує їх основоположні права [1, 190].

Каменем спотикання на шляху до заборони чи, принаймні, обмеження інституціоналізації правовими нормами є те, що інституційний догляд не можна розглядати як явище абстрактно позитивне чи негативне. Зокрема, на думку експертів ЮНІСЕФ, «довготривале утримання дітей в спеціалізованих закладах не забезпечує того способу влаштування, якого потребують діти не лише для виживання, але й для розвитку, включаючи психологічний, розумовий, духовний, моральний та соціальний розвиток у спосіб, сумісний з людською гідністю, та для підготовки дитини до індивідуального життя у вільному суспільстві відповідно до п. 2 ст. 6 Конвенції ООН» [8].

Разом з тим за певних обставин інституційний догляд дійсно може бути «придатним» у сенсі п. 6 ст. 21 Конвенції ООН: наприклад, у випадку, якщо батьки тимчасово не можуть піклуватися про дитину, а опція влаштувати її до прийомної родини не є реалістичною, або у випадку дитини з особливими потребами, які важко задовольнити поза межами дитячого закладу. Ключову роль тут відіграє саме часовий параметр, а також параметр врахування особливих потреб дитини. Щоб не перетворитися із форми особливого захисту дитини на спосіб порушення її фундаментальних прав, інституційний догляд не має бути тривалим і має бути адекватним до потреб і життєвої ситуації конкретної дитини. «Принцип субсидіарності міждержавного усиновлення [тобто переваги внутрішньодержавних форм догляду] не застосовується, якщо як *єдина* альтернатива такому усиновленню виступає *довготривала* інституціоналізація» [8] (курсив мій — Х. Л.).

Очевидно, що проблема невизначеності стандартів застосування інституціоналізації потребує нормативного вирішення. С. Діллон вбачає таке вирішення у прийнятті додаткового протоколу до Конвенції ООН про права дитини з питань інституціоналізації і усиновлення [1, 237]. У 2006 р. робоча група Комісії ООН з прав людини розробила Рекомендації ООН стосовно захисту та альтернативного піклування про дітей без батьківського піклування [9]. Рекомендації, зокрема, встановлюють основоположні принципи догляду за дітьми, позбавленими батьківського піклування (Частина 3), містять засади для визначення найбільш придатного способу догляду за дитиною (Частина 6), визначають умови, на яких має відбуватися організація догляду за дітьми в дитячих закладах (пп. 125–127).

Інший часто конкуруючий із міждержавним усиновленням спосіб догляду за дитиною, позбавленою батьківського піклування, — це фостерне виховання (тобто виховання прийомною родиною). Усиновлення відрізняється від фостерного виховання тим, що його метою є забезпечити дитину усіма правами відносно усиновлювачів у обсязі, які має біологічна дитина. Усиновлення також урівнює усиновлювачів з біологічними батьками за ступенем відповідальності за дитину. Ця обставина робить усиновлення можливим лише в разі, коли ситуація покинутості, в якій перебуває дитина, є остаточною [2, 94]. Це дещо звужує сферу застосування усиновлення як форми влаштування дитини, адже далеко не кожна дитина, що залишилася без піклування батьків, має юридичні підстави для усиновлення. З іншого боку, перевагою усиновлення над фостерним вихованням є його незворотність, остаточноість. Гаазька конвенція не дозволяє скасувати міжнародне усиновлення. У випадку, коли усиновлювачі відмовляються від усиновленої за кордоном дитини, вона потрапляє під особливий захист приймаючої держави. При цьому за нею зберігаються всі права відносно колишніх усиновлювачів, наприклад, на їхнє ім'я, їхній спадок тощо.

Для України питання визначення пріоритетності міждержавного усиновлення чи фостерного виховання є актуальним. Інститут прийомних родин є новелою Сімейного кодексу України, проте він вже довів свою спроможність на практиці, оскільки все

більше українських дітей потрапляють на виховання до прийомних батьків. Міждержавне усиновлення було нормативно врегульоване в Україні у 1996 р., і протягом останніх років наша держава щорічно обирає таку форму альтернативного догляду приблизно для двох тисяч дітей, позбавлених батьківського піклування. На жаль, обсяги національних усиновлень продовжують залишатися незначними. А оскільки в Україні є лише один банк даних щодо дітей-сиріт та дітей, позбавлених батьківського піклування, з появою прийомних родин ймовірно є виникнення конфліктних ситуацій щодо того, яку форму влаштування обрати для тієї чи іншої дитини: віддати її на виховання до прийомної родини чи на усиновлення за кордон.

Міжнародне право не дає відповіді на поставлене запитання. Відповідно до логіки п. б ст. 21 Конвенції ООН, яка надає пріоритет внутрішньодержавним формам влаштування, фостерне виховання є більш прийнятним. З іншого боку, згідно з принципами, на яких базується Гаазька конвенція, сімейне виховання, хоч і в сім'ї іноземних усиновлювачів, більше відповідає найкращому інтересу дитини. Важливо пам'ятати, що виховання прийомною родиною повинно розглядатися як тимчасова форма влаштування дитини без батьківського піклування. На цьому, зокрема, наголошує ЮНІСЕФ у «Рекомендаціях щодо міждержавного усиновлення в регіонах Східної і Центральної Європи, СНД і країнах Балтії» [8]. У Рекомендаціях зазначено наступне: «формальне фостерне виховання головним чином замислювалося як тимчасовий захід захисту дитини до повернення її в сім'ю після подолання проблеми, що спричинила таке розміщення, або ж до знаходження постійної форми захисту, насамперед усиновлення. Довготривала ситуація відсутності безпеки, властива фостерному вихованню, включаючи мінімальні формальні зобов'язання з боку прийомних батьків та той факт, що воно не гарантує права на спадок, означає, що його краще розглядати як запланований, обмежений у часі варіант влаштування перед визначенням постійного способу догляду» [8].

На нашу думку, вибір між прийомною українською родиною чи іноземними усиновлювачами необхідно робити, ретельно зваживши життєві обставини кожної окремої дитини. Якщо існують юридичні підста-

ви для усиновлення дитини, тоді уявляється негуманним позбавляти її шансу зростати у сім'ї на правах сина чи дочки, влаштувавши на виховання до прийомної родини. Разом з тим на міждержавне усиновлення повинні передаватися діти з числа тих, що виховуються в закладах по догляду за дітьми, і таким чином воно буде адекватною відповіддю на існуючу в країні інституціоналізацію. Натомість для дітей, які залишилися без піклування батьків за обставин, які не допускають можливості їх усиновлення (як-от, у зв'язку з відібранням у батьків без позбавлення батьківських прав або з відбуванням батьками покарання в місцях позбавлення волі тощо), прийомна сім'я — чи не єдиний спосіб хоч на деякий час забезпечити дитину необхідним їй сімейним оточенням.

Викладене вище дає змогу зробити наступні висновки. Прагматичні міркування зашкодили появі права дитини на сім'ю та на усиновлення у міжнародному праві прав людини. Конвенція ООН не визначає, який спосіб влаштування дитини, позбавленої батьківського піклування, відповідає сучасним стандартам прав людини. Ієрархія альтернативних форм утримання дітей без батьківського піклування відповідно до Конвенції ООН і Гаазької конвенції різняться. Всі ці фактори ускладнюють виконання покладеного на державу обов'язку здійснювати особливий захист дітей, які не мають сім'ї.

Наступні принципи є вирішальними у прийнятті рішень про організацію такого захисту: сімейні форми догляду є загалом бажанішими за інституційний догляд; постійні форми догляду (усиновлення) — за тимчасові (виховання прийомною родиною); внутрішньодержавні — за ті, в яких бере участь інша держава.

Конвенція ООН приймалася у ситуації, коли бракувало нормативного регулювання міждержавного усиновлення, і більшість таких усиновлень проводилася із порушенням прав дитини. Укладання Гаазької конвенції стало кроком назустріч вирішенню цієї проблеми. З її появою роль міждержавного усиновлення як альтернативного способу догляду за дитиною та як способу забезпечення найкращого інтересу дитини без батьківського піклування була оцінена набагато вище. Ця обставина знайшла своє відображення в офіційній позиції ЮНІСЕФ [8] та Комітету ООН з прав дитини [10].



Поширеним стало твердження, що усиновлення, яке відповідає нормам і процедурам Гаазької конвенції, є кращим вибором для дитини, ніж фостерне та інституційне виховання в країні походження дитини.

Разом з тим неврегульоване міждержавне усиновлення є найменш прийнятним способом влаштування дитини серед усіх можливих.

#### ВИКОРИСТАНІ МАТЕРІАЛИ:

1. D i l l o n S. Making Legal Regimes for Intercountry Adoption Reflect Human Rights Principles: Transforming the United Nations Convention on the Rights of the Child with the Hague Convention on Intercountry Adoption // Boston University International Law Journal. — 2003. — Vol. 21, issue 2. — P. 179–257.
2. B u e r e n G., Van The international law on the rights of the child. — The Hague: Nijhoff, 1998. — 435 p.
3. M a r a v e l A. The UN Convention on the Rights of the Child and the Hague Conference on Private International Law: the Dynamics of Children's Rights through Legal Strata // Transnational Law & Contemporary Problems. — 1996. — Vol. 6, issue 2. — P. 309–328.
4. L a m m e r a n t I. L'adoption et les droits de l'homme en droit comparé. — Bruxelles: Bruylant. — 2001. — 763 p.
5. L o o n J.H. A., Van Report on intercountry adoption. — The Hague: Permanent Bureau of the Hague Conference on Private International Law, 1990. — 289 p.
6. Конвенція ООН про права дитини 1989 року.
7. Гаазька конвенція про захист прав дітей та співробітництво в галузі міждержавного усиновлення 1993 року.
8. UNICEF Guidance note on Intercountry Adoption in the CEE/CIS/Baltics Region, revised February 2003 at <[http://www.unicef.org/ceecis/Guidance\\_note\\_Intercountry\\_adoption.pdf](http://www.unicef.org/ceecis/Guidance_note_Intercountry_adoption.pdf)>, last visited 19.02.2008
9. Draft UN Guidelines for the Protection and Alternative Care of Children without Parental Care, status as of 12.05.06 at <[http://www.iss-ssi.org/Resource\\_Centre/Tronc\\_DI/documents/DraftGuidelinesMay06.pdf](http://www.iss-ssi.org/Resource_Centre/Tronc_DI/documents/DraftGuidelinesMay06.pdf)>, last visited 19.02.2008
10. The Committee on the Right of the Child, 37th session, Decision «Children without Parental Care» at [www.ohcr.org/english/bodies/crc/decisions.html#7](http://www.ohcr.org/english/bodies/crc/decisions.html#7), last visited 19.02.2008.

Вийшов друком енциклопедичний довідник



**Енциклопедичний довідник майбутнього адвоката : у 2 ч. /**  
**О. Д. Святоцький, Т. Г. Захарченко, С. Ф. Сафулько та ін. /**  
**За Заг. ред. С. Ф. Сафулька. — К.: Видавничий Дім**  
**«Ін Юре», 2008. — 616 с. (ч. 1), 832 с. (ч. 2).**

У досягненні мети стати адвокатом допоможе Енциклопедичний довідник майбутнього адвоката. У ньому адвокати-практики на основі Програми і Порядку складання кваліфікаційних іспитів дають практичні поради стосовно тих питань, які чекають майбутніх адвокатів.

Енциклопедичний довідник складається з двох частин.

У частині першій містяться матеріали з історії становлення адвокатури, з цивільного, цивільного процесуального, кримінального, кримінально-процесуального законодавства.

У частині другій містяться матеріали з трудового, житлового, сімейного, екологічного, земельного законодавства, а також

довідковий матеріал до двох частин.

Видання допоможе під час підготовки до іспитів тим, хто готується стати адвокатом, та вже практикуючим адвокатам, усім, хто цікавиться питаннями цієї галузі.

**Замовляйте видання за телефонами:**

**(044) 537-51-20, 537-51-21**

**або за електронною поштою**

**[sales@inyure.kiev.ua](mailto:sales@inyure.kiev.ua)**

**<http://shop.inyure.kiev.ua>**

## МЕХАНІЗМ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ПРАВ І СВОБОД ЛЮДИНИ ТА ПРИНЦИПИ ЗАКОННОСТІ В УКРАЇНІ



**А. ОГОРОДНИК**  
(Київський національний університет  
внутрішніх справ)

Людина, її життя та здоров'я, права і свободи визнаються найвищими соціальними цінностями сучасного суспільства. Дотримання законності, прав та свобод громадянина у суспільно-політичному баченні пов'язуються із принципами соціальної справедливості та гуманізму. У зв'язку з цим за сучасних умов існує необхідність адекватного відображення перетворень останніх років у рамках системи державної безпеки, правоохоронної діяльності, зумовлених об'єктивним ходом суспільно-політичних змін. Повною мірою це стосується суб'єктів ОРД, діяльність яких, безумовно, має будуватися професійно грамотно, на ґрунтовній науковій та правовій основі, при неухильному дотриманні принципу законності.

Реальний захист прав людини, реалізація принципу законності належать до найгостріших проблем української дійсності. В останні роки це питання є предметом серйозного наукового аналізу. Конституційне прагнення розвивати і зміцнювати демократичну державу неможливо реалізувати без утвердження в суспільній свідомості і соціальній практиці невідчужуваних прав і свобод людини, нормативного закріплення їх гарантій. Держава зобов'язана проявляти активність у забезпеченні прав людини, у створенні матеріальних, організаційних, соціальних, політичних та інших умов для найповнішого використання людиною своїх прав і свобод.

Питання дотримання прав та свобод, принципу законності завжди привертало до себе увагу дослідників, що сприяло розвитку

© А. Огородник, 2008

наукової думки в даній сфері. У правовій літературі проблематика забезпечення законності, прав та свобод знайшла певне відображення в працях А. Боннера, В. Копейчикова, В. Оксамитного, П. Олейника, М. Рабіновича, В. Степаняна, О. Трояна, В. Чхиквадзе, Л. Явича та ін. Аналіз наукових джерел дає можливість стверджувати, що лише існування системи гарантій саме по собі не забезпечує автоматичної реалізації прав і свобод людини та законності. У зв'язку з цим у науковий обіг введено поняття соціально-юридичного механізму захисту прав людини і громадянина як системи засобів та факторів, що створюють необхідні умови поваги до прав і свобод людини, реалізації принципу законності.

На нашу думку, до такого механізму слід відносити систему державних органів, громадських організацій, правові та нормативні акти, які в сукупності і взаємопоєднанні забезпечують реалізацію зазначених принципів. Таку систему умовно можна відобразити наступним чином:

- органи державної влади і місцевого самоврядування та відповідні посадові і службові особи;

- спеціалізовані державні і громадські органи та організації у справі захисту прав і свобод людини і громадянина (наприклад, Уповноважений Верховної Ради України з прав людини, адвокатура, прокуратура, суд тощо);

- політичні партії і відповідні громадські організації та їх органи;

- засоби масової інформації, державні і недержавні органи та організації в галузі масової інформації;

— правові та нормативні акти матеріального і процесуального характеру, які передбачають і закріплюють права, порядок їх реалізації і захисту та юридичну відповідальність за порушення;

— правові акти (документи), які підтверджують наявність, межі і характер прав та свобод;

— інші соціальні норми та їх акти (статuti політичних партій і громадських організацій, звичаєві норми тощо) [1].

Цей механізм повинен також включати засоби стимулювання реалізації принципу законності, дотримання прав і свобод, у тому числі створення умов, за яких закріплені права і свободи можуть реально належати конкретній особі, використовуватись нею без будь-яких зовнішніх перешкод [2].

Найважливішим правовим джерелом, що досить чітко визначає систему органів та посадових осіб різних рівнів, які повинні захищати права і свободи людини і громадянина, є Конституція України. Відповідно до Основного Закону до цієї системи належать: Президент України, Верховна Рада України, Кабінет Міністрів України, місцеві державні адміністрації, система судів загальної юрисдикції та спеціалізованих судів, Конституційний Суд України, Уповноважений Верховної Ради України з прав людини, прокуратура, адвокатура, система правоохоронних органів України тощо.

Особливе місце у системі гарантій посідає Президент України. Він зобов'язаний сприяти формуванню відповідних механізмів контролю та забезпечення реалізації прав і свобод людини і громадянина, а обстоюючи їх, створювати умови нетерпимого ставлення до будь-яких випадків порушення таких прав і свобод. Для виконання зазначених обов'язків Президент наділений правом вето щодо прийнятих Верховною Радою законів із наступним поверненням на повторний розгляд; повноваженнями щодо скасування актів Кабінету Міністрів України, рішень голів місцевих державних адміністрацій та актів Ради міністрів Автономної Республіки Крим (п. 16, 30 ч. 1 ст. 108 Конституції); правом звертатися з клопотанням до Конституційного Суду України з питань конституційності законів та інших правових актів Верховної Ради України, правових актів Верховної Ради Автономної Республіки Крим. Звісно, це лише основні положення діяльності Президента України щодо забез-

печення дотримання прав і свобод людини та реалізації принципу законності.

Вищий законодавчий орган держави — Верховна Рада України здійснює захист прав і свобод через законодавчу діяльність шляхом визначення виключно в законах України прав і свобод людини і громадянина, гарантій цих прав і свобод, основних обов'язків громадян; громадянства, правосуб'єктності громадян, статусу іноземців і осіб без громадянства; прав корінних народів і національних меншин; основ соціального захисту; дотримання законності всіма суб'єктами правовідносин, визначення правового режиму власності, правових засад і гарантій підприємництва, правил конкуренції та норм антимонопольного регулювання (пп. 1–3, 6–8 ч. 1 ст. 92 Конституції).

На нашу думку, враховуючи вплив на стратегічні напрями соціально-правової політики, доцільно було б проводити парламентські слухання, щорічні спільні засідання Верховної Ради за участю Президента з питань дотримання прав людини в Україні, обговорювати перспективні плани законодавчої діяльності із зазначеної проблеми, реалізації принципу законності, здійснювати контрольну функцію за діяльністю правоохоронних органів у сфері прав людини. Сьогодні, на жаль, ці питання не привертають належної уваги українського парламенту.

Важлива роль у механізмі забезпеченні дотримання прав та свобод людини, принципу законності відведена Кабінету Міністрів України. Конституція України зазначає: Кабінет Міністрів України вживає заходів щодо реалізації прав і свобод людини і громадянина (п. 2 ст. 116) [3]. Проте в сучасних умовах уряд в основному стурбований економічним становищем країни, інфляцією, питанням розвитку виробництва, підвищенням матеріального рівня життя населення. У зв'язку з цим вважали б за доцільне до програмних документів Уряду включити питання участі в забезпеченні дотримання прав і свобод людини та принципу законності. З метою реалізації зазначених завдань сформувати спеціалізований структурний підрозділ (уповноважену групу), який би аналізував забезпечення конституційних прав і свобод людини, дотримання законності, узагальнював стан справ у даній сфері, виносив найважливіші проблемні питання на обговорення Кабінету Міністрів.

Місцеві державні адміністрації та органи місцевого самоврядування забезпечують додержання прав і свобод громадян на певній території. На нашу думку, доцільно систематично включати до порядку денного засідання відповідних рад питання стану дотримання законності та прав і свобод людини. Це дозволило б оперативно реагувати на порушення, виробляти стратегію діяльності у цій сфері, забезпечило б невідворотність притягнення до відповідальності посадовців, що припускаються зневажливого ставлення до проблем громадян, тощо.

Основною ефективною формою захисту прав і свобод є судовий захист. Потреба у судовому захисті закономірно впливає з ускладнення характеру і структури економічних відносин, зростання конфліктності і соціальних протиріч у суспільному житті. Разом з тим, на жаль, доводиться констатувати ще досить низький авторитет судової влади. На нашу думку, це може бути пов'язане з великою перевантаженістю судів, дорожнечою судових витрат, низькою ефективністю судових рішень. Ліквідація слабких сторін організації судового захисту вимагає забезпечення доступності судових органів населенню в територіальному і процесуальному аспектах, оперативного вирішення справ, фактичного досягнення реальності судового захисту як безпідставно обвинувачених, так і осіб, які постраждали від злочинів і посадових зловживань [4]. Говорячи про доступність суду населенню, слід зауважити, що найбільша доступність передбачена Кодексом адміністративного судочинства України. Зокрема, частиною 2 ст. 12 КАС України передбачено, що кожен громадянин має право знайомитися в установленому законодавством порядку із судовим рішенням у будь-якій розглянутій у відкритому судовому засіданні справі, які набрали законної чинності [5].

Особлива роль у забезпеченні дотримання прав і свобод громадян та реалізації принципу законності відведена апеляційним судам. Саме вони, розглядаючи подання оперативних підрозділів щодо надання дозволів на проведення заходів, які тимчасово обмежують конституційні права і свободи людини, повинні визначати законність і обґрунтованість підстав для проведення зазначених заходів. Крім того, голова апеляційного суду або його заступник, виносячи постанову щодо проведення таких

заходів, встановлюють неможливість здобути доказову інформацію іншим шляхом, а також перевіряють дотримання органами ОРД законності при отриманні інформації шляхом обмеження окремих конституційних прав осіб під час здійснення оперативно-розшукової діяльності дізнання і досудового слідства. В той же час законодавством чітко не визначені форми та методи здійснення такої перевірки, що ускладнює ефективне її проведення.

Закон прямо не передбачає здійснення захисту прав людини Конституційним Судом. Але це впливає із завдань Суду: гарантувати верховенство Конституції України на всій території держави. Здійснюючи контроль за відповідністю Основному Закону законів та інших правових актів, Конституційний Суд може визнати їх чи окремі їхні положення неконституційними. Такі акти втрачають чинність, а якщо їх дією було порушено конституційні права та свободи, вони фактично поновлюються.

На захист прав і свобод спрямовані також рішення з питань офіційного тлумачення Конституції та законів України, які мають обов'язкову силу. Такі тлумачення подають неоціненну допомогу судам загальної юрисдикції, не наділеним правом прямого звернення до Конституційного Суду. Право прямого звернення до Суду з приводу тлумачення законів мають Президент України, не менше як 45 народних депутатів України, Уповноважений з прав людини, Верховний Суд, Кабінет Міністрів України, інші органи державної влади, Верховна Рада Автономної Республіки Крим, органи місцевого самоврядування (ст. 41 Закону). Марно сподіватися, що ці державні структури зможуть швидко та ефективно відреагувати на неправомірне застосування закону.

Зі змісту Закону зрозуміло, що звичайні громадяни фактично позбавлені можливості звертатися до Конституційного Суду. Йдеться про абстрактне, факультативне надання громадянам права звертатися до Суду лише з представницьких питань офіційного тлумачення Конституції та законів України. Підстави для їх звернення також обмежені певними умовами, зокрема, наявністю неоднозначного застосування одних і тих самих положень Конституції чи законів України судами, іншими органами державної влади. Безпосередньо звернутися до Конституційного Суду громадяни не можуть. В їх

інтересах це може зробити Уповноважений Верховної Ради України з прав людини [6].

Ускладнений порядок розгляду скарг громадян перекладає на суди загальної юрисдикції величезну відповідальність, яку останні, як свідчить практика, ще не готові нести повною мірою.

Слід зауважити, що навіть коли судді Конституційного Суду перевершають найбільш оптимістичні сподівання щодо захисту прав людини, вони зустрінуться із старою проблемою — виконанням рішень. Закон (ч. 4 ст. 70) констатує, що невиконання рішень та недодержання висновків Конституційного Суду України тягнуть за собою відповідальність згідно із законом (тобто згідно із законами нижчого рівня). Залишається сподіватися, що відповідні державні органи забезпечать належне виконання судових рішень [7, 175].

Великі надії в плані посилення гарантій захисту прав і свобод людини покладаються на інститут Уповноваженого з прав людини, який існує в рамках парламентаризму. Зазначена посадова особа заповнює прогалини і компенсує недоліки судових засобів захисту, парламентського та відомчого контролю за адміністративними органами. Омбудсмен розглядає скарги на рішення або дії (бездіяльність) державних органів, органів місцевого самоврядування, посадових осіб, державних службовців і сприяє відновленню порушених прав. Він незалежний від будь-яких органів та посадових осіб, а у своїй роботі керується лише Конституцією та законодавством України, загальновизнаними принципами і нормами міжнародного права, міжнародними договорами України з іншими державами [8].

Проте Уповноважений з прав людини в силу специфіки своєї діяльності, а також надзвичайної складності завдань забезпечення прав людини в Україні не здатний докорінно змінити ситуацію. Це новий для нашої країни демократичний інститут. Але наявний досвід його функціонування вказує на необхідність удосконалення існуючої законодавчої бази. Так, чинна Конституція в п. 17 ст. 85 містить лише згадку про цю посадову особу у зв'язку із закріпленням повноважень Верховної Ради по призначенню і звільненню з посади Уповноваженого з прав людини. Тому, на нашу думку, Основний Закон слід доповнити спеціальною нормою, яка була б присвячена Уповноваженому з

прав людини. Закріплення конституційного статусу українського омбудсмена, безумовно, підвищить його авторитет та популяризацію в суспільстві, сприятиме зміцненню механізму забезпечення прав і свобод людини і принципу законності в Україні.

Враховуючи складність і тривалість процесу внесення поправок і перегляду Основного Закону (очевидно, дана норма повинна міститися у другій главі, присвяченій правам і свободам людини і громадянина), актуальним є коректування чинного Закону України «Про Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини», який не врегулював низки важливих проблем. Це стосується недопущення, а не лише відновлення обмежень правового статусу особи; наділення інституту омбудсмена необхідними юридичними та організаційними повноваженнями, які роблять таку владу реальною, насамперед встановлення всіх видів юридичної відповідальності, в тому числі і кримінальної, за чинення перешкод діяльності Уповноваженого з прав людини [9].

Широкими повноваженнями щодо захисту прав і свобод людини наділена прокуратура України при виконанні функцій нагляду за додержанням і застосуванням законів по захисту прав людини. Діяльність органів прокуратури по вирішенню заяв і звернень громадян, перевірці сигналів преси та інших засобів масової інформації про порушення законності забезпечує своєчасний і кваліфікований розгляд кожного звернення, всебічну перевірку доводів заявника і прийняття на місці правильного рішення, поновлення порушених прав і законних інтересів громадян, притягнення до відповідальності винних осіб [10].

Забезпечення прав і свобод громадян неможливе без специфічного демократичного інституту, яким є адвокатура. Адвокат зобов'язаний здійснювати представництво, сприяти захисту прав та законних інтересів громадян і юридичних осіб за їх дорученням в усіх органах, установах, організаціях. Вказана діяльність базується на принципах верховенства права, незалежності, гуманізму, демократизму і конфіденційності [11].

Гарантування суб'єктивних прав людини органами Міністерства внутрішніх справ проявляється у забезпеченні особистої безпеки громадян; у своєчасному запобіганні злочинам та адміністративним правопорушенням, швидкому і повному їх розкритті,

охороні громадського порядку та забезпеченні суспільної безпеки; захисті власності від протиправних посягань; наданні правової та організаційної допомоги громадянам, посадовим особам й іншим суб'єктам у здійсненні їх законних прав та інтересів [12].

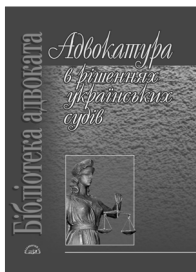
Таким чином, удосконалення процедур захисту прав і свобод індивіда, дотримання принципу законності — важливе і невідкладне завдання Української держави. Проведене нами дослідження свідчить, що, на превеликий жаль, розмитість, невизначеність, а то й повна відсутність юридичних норм, які регу-

лювали б захист громадян, свідчать про незадовільну правову ситуацію, яка склалася в суспільстві. Юридичні механізми, що діють в країнах світу, які вважаються демократичними, відсутні; нові ще не сформовані, а ті, що діють, недосконалі. За таких умов правовий статус людини і громадянина, закріплений в Конституції України, дотримання принципу законності не має повноцінного правового забезпечення, реального (не декларованого) підґрунтя. А це загрожує перетворенням суб'єктивних прав у декларацію, відірвану від життя [13].

#### ВИКОРИСТАНІ МАТЕРІАЛИ:

1. Конституція України від 28.06.1996 р., прийнята на V сесії Верховної Ради України // Відомості Верховної Ради України. — 1996. — № 30. — Ст. 141.
2. Кодекс адміністративного судочинства України. Науково-практичний коментар // За ред. С. В. Ківалова, О. І. Харитонової. — Х.: ТОВ «Одіссей», 2005. — Ст. 59.
3. Закон України «Про міліцію» від 20.12.1990 р. із наступними змінами і доповненнями // Відомості Верховної Ради України. — 1991. — № 4. — Ст. 20.
4. Закон України «Про прокуратуру» від 5.11.1991 р. із наступними змінами і доповненнями // Відомості Верховної Ради України. — 1991. — № 53. — Ст. 793.
5. Закон України «Про адвокатуру» від 19.12.1992 р. // Відомості Верховної Ради України. — 1993. — № 9. — Ст. 62.
6. Закон України «Про уповноваженого Верховної Ради України з прав людини» від 23.12.1994 р. // Відомості Верховної Ради України. — 1998. — № 20. — Ст. 20.
7. Нова Конституція України. Текст Основного Закону. Огляд і коментарі / Автор огляду та коментарів В. Ф. Погорілко. — К.: Наукова думка, 1996. — С. 100—101.
8. Конституційне право України / За ред. В. Я. Тація, В. Ф. Погорілка, Ю. М. Тодики. — К.: Український центр правничих студій, 1999. — С. 271—272.
9. Б у т у с о в а Н. В. Конституционно-правовой институт Уполномоченного по правам человека в Российской Федерации: Опыт, проблемы, перспективы // Конституционно-правовая реформа в Российской Федерации: Сб. статей / РАН ИНИОН. Центр социал. науч.-информ. исслед. Отд. политологии и правоведения; Отв. ред. Ю. С. Пивоваров. — М., 2000. — С. 174—183.
10. К а ш е п о в В. П. Институт судебной защиты прав и свобод граждан и средства её реализации // Государство и право. — 1998. — № 2. — С. 5.
11. М о р о з о в А. А. Проблемы современной российской государственности: Учебное пособие. — М.: Юрид. лит., 1998. — С. 169.
12. Механизмы защиты прав человека в России. Доклады Комитета адвокатов по правам человека. — М.: Права человека, 1995. — С. 29—30.
13. С л о в с ь к а І. Механізм захисту прав людини — основоположний принцип сучасного українського конституціоналізму // Право України. — 2001. — № 9. — С. 15—17.

До відома адвокатів. Вийшла друком збірник:



**Адвокатура в рішеннях українських судів : Бібліотека адвоката / За заг. ред. С. Ф. Сафулька. — К. : Видавничий Дім «Ін Юре», 2008. — 240 с.**

У збірнику вперше в Україні робиться спроба зібрати акти судових органів, що стосуються адвокатури, різних напрямів її діяльності. Збірник видано на виконання рішення Вищої кваліфікаційної комісії адвокатури України. Опубліковані акти надані судами, регіональними кваліфікаційно-дисциплінарними комісіями адвокатури. Збірник допоможе у практичній роботі адвокатам, суддям, працівникам інших правоохоронних інститутів.

**Замовляйте видання за телефонами:**

**(044) 537-51-20, 537-51-21**

**або за електронною поштою**

**sales@inyure.kiev.ua**

**http://shop.inyure.kiev.ua**

# ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ МІЖГАЛУЗЕВОЇ ВЗАЄМОДІЇ ПРАВОВИХ НОРМ З МЕТОЮ ЗАХИСТУ ПРАВ СПОЖИВАЧІВ



**О. ЗВЕРЄВА**

*кандидат юридичних наук, доцент*

Останнім часом у засобах масової інформації все частіше обговорюється проблема побудови в Україні соціально-орієнтованої економіки, що виводить на перший план фігуру людини-громадянина, а забезпечення його прав стає основною цінністю в суспільстві. У зв'язку з цим підвищену актуальність набувають питання захисту прав споживачів товарів, робіт, послуг. Обумовлюється це тим, що в ролі споживача виступає кожен житель нашої країни практично щодня і від вирішення питань захисту прав споживачів багато в чому залежить соціальний клімат в суспільстві.

Спробуємо обґрунтувати необхідність забезпечення міжгалузевої взаємодії правових норм з метою захисту прав споживачів.

У радянський період питання захисту прав споживачів розглядалися в основному під кутом зору забезпечення доброякісності товарів, робіт та послуг у публікаціях і дисертаціях А. А. Белахова (Ответственность за выпуск недоброкачественной, нестандартной или некомплектной продукции, М. — 1979.); В. В. Бойцова (О роли стандартизации в улучшении качества продукции и подъеме экономики страны // Стандартизация, 1964. — № 10. — С. 7–8.); М. Б. Ємельянова (Стандартизация и качество продукции (правовой аспект). — М., 1971. — 68 с.; Качество, стандартизация и право. — Рига, 1977. — 155 с.); Кабанкова В. И. (Цена и качество продукции. — М., 1977. — 240 с.); Е. В. Красильщиков (Правовые вопросы экспертизы качества продукции и товаров,

М., 1989 — 89 с.); О. А. Красавчикова (Управление / В кн. Правовые проблемы управления качеством продукции. — Свердловск, 1979. — 89 с.); М. Г. Лапуста (Качество продукции (механизм управления). — М., 1980. — 184 с.); В. К. Мамутова (Вопросы ассортимента, качества и комплектности поставляемой продукции в советском праве: Автореф. дис. канд. юрид. Наук / ЛГУ. — Л., 1955. — 14 с.); В. М. Огрызкова (Правовое регулирование качества продукции. — М. — 1973. — 174 с.; Качество гарантирует стандарт / Под ред. В. М. Огрызкова. — Харьков, 1979. — 156 с.); Н. К. Салимжанова (Цена, качество, эффективность. — М., 1979. — 254 с.); М. Н. Семякина (Правовые формы управления качеством продукции и стандартизация. — Свердловск, 1980. — 90 с.); С. С. Шелестова (Гражданско-правовые формы борьбы за качество товаров народного потребления. — М. — 1960. — 135 с.; В. С. Шелестов Повышение качества продукции промышленных предприятий // Сов. гос-во и право. — 1972. — № 5. — С. 78–82; В. С. Шелестов Договор поставки и качество продукции. — М., 1974. — 139 с.), а також в окремих роботах Л. Б. Гальперина, Г. Ф. Дерев'янка, Е. В. Кулагина, К. Б. Ярошенко, Е. С. Суханова та ін. Сьогодні велику увагу питанням захисту прав споживачів приділяють російські вчені, такі як А. Е. Шерстобитов, Е. А. Суханов, А. А. Баєв, Л. Г. Земскова, О. С. Шумова, М. Ф. Медведєв, та ін. В Україні досліджуються окремі права споживачів у рамках цивільного права, у працях

© О. Зверева, 2008

В. Белих, Л. Іваненко, Л. Миколаєва, И. Боровської, А. Осетинської та ін.

Аналіз наукової літератури показує, що підвищена увага питанням захисту прав споживачів приділяється на сучасному етапі не тільки в нашій країні. Так, по різних аспектах захисту прав споживачів у Російській Федерації захищено 12 дисертацій, дві з яких докторські. При цьому теми досліджень не обмежуються тільки сферою цивільно-правового і взагалі правового регулювання [1] досліджуваних відносин. Проводилися також дослідження в галузі педагогічних наук (теорія і методика професійної освіти) [2], в галузі економічних наук [3], в галузі ветеринарії [4], що, безумовно, сприяє удосконаленню захисту прав громадян-споживачів при придбанні товарів, робіт, послуг.

В Україні також досліджуються питання правової регламентації захисту прав споживачів. Однак більшість праць, присвячених питанням захисту прав споживачів, обмежується рамками цивільного права. Так, з цивільно-правових позицій питання захисту прав споживачів розглядала А. Осетинська [5]. У праці досліджувався механізм захисту прав споживачів та правові наслідки порушення прав споживачів (відшкодування моральної і матеріальної шкоди). С. Косінов розглядав теоретичні проблеми захисту прав споживачів в Україні за договором купівлі-продажу [6]. Ним були досліджені питання правової регламентації договору роздрібної купівлі-продажу з метою забезпечення захисту прав споживачів як у дореволюційній Росії, так і на сучасному етапі. Напевно найбільшу увагу питанням захисту прав споживачів у своїх працях приділяє Л. Іваненко. Нею досліджувалося цивільно-правове забезпечення прав споживачів на належну якість товарів [7], де було розглянуте право споживача на придбання товару належної якості, а також питання правової регламентації прав споживачів при придбанні товару неналежної якості.

З погляду адміністративного права розглядав організаційно-правові питання забезпечення захисту прав споживачів у сфері якості товарів Т. Кагал [8]. Він аналізував систему державних органів та недержавних організацій, що забезпечують захист прав споживачів у сфері якості товарів. Раніше в рамках адміністративного права питання управління якістю товарів розглядав В. Опришко.

На нашу думку, недоліком таких праць є вивчення питань захисту прав споживачів з позиції тільки однієї галузі права, що негативно позначається на висновках. Так, на думку А. Шерстобитова, сукупність норм, спрямованих на забезпечення задоволення матеріальних і духовних потреб громадян, охорону їхніх прав як споживачів товарів і послуг являє собою інститут тільки цивільного права, який включає значну частину зобов'язального права (норм про цивільно-правові договори, а також цивільно-правових засобах захисту, включаючи майнову відповідальність) [9].

У той же час Л. Іваненко [10], А. Осетинська [11], визнають споживче право комплексним інститутом. На думку Т. Левшиної, система норм права, що регулює суспільні відносини щодо забезпечення захисту прав споживачів містить у собі норми різноманітних галузей права [12]. Незважаючи на подібні висновки багатьох вчених, що досліджують правову регламентацію захисту прав споживачів, підходять до вивчення зазначених питань з позиції однієї галузі права. Розгляд даного правового інституту поза міжгалузевою взаємодією не дозволяє побачити весь комплекс проблем, що виникають у сфері досліджуваних відносин, а отже — не дозволяє вирішити завдання належного забезпечення захисту прав споживачів. Тим часом зміст наведених досліджень і самого законодавства свідчить про необхідність з метою захисту прав споживачів, забезпечити міжгалузеву взаємодію правових норм.

Т. Кагал вважає, що є всі підстави розглядати споживче право як своєрідний конституційний інститут, що є елементом, підсистемою не якоїсь окремої, конкретної галузі, а національного законодавства в цілому. При цьому підсистеми законодавства про захист прав споживачів є елементами інших галузей законодавства (конституційного, трудового, цивільного, адміністративного) і є окремими елементами, що забезпечують єдність і внутрішній взаємозв'язок усієї системи законодавства на міжгалузевому рівні [13]. З даним висновком не можна не погодитися, оскільки ст. 42 Конституції України націлює на необхідність забезпечення захисту прав споживачів, однак реалізація конституційних положень можлива тільки в разі забезпечення взаємодії норм різних галузей права.



Слід зазначити, що погляд з адміністративно-правових позицій на проблематику захисту прав споживачів дозволив побачити наявність сукупності норм різних галузей права, спрямованих на забезпечення прав споживачів, однак представляється, що в даному разі не зазначена головна складова — господарсько-правові норми. Іншими словами, дослідження питань захисту прав споживачів у рамках цивільного права, так само як і у рамках адміністративного права, не дозволяє авторам побачити головну гарантію дотримання прав споживача — необхідність забезпечення прав споживачів на стадії виробництва, тобто в процесі здійснення господарської діяльності.

Говорячи про ознаки господарської діяльності, Г. Знаменський зазначає, що це діяльність, спрямована на задоволення приватних інтересів суб'єктів господарювання за умови дотримання ними визначених суспільних інтересів (іншими словами, в господарській діяльності об'єктивно об'єднані приватні та публічні інтереси) [14]. Представляється, що в даному разі під публічними інтересами варто розуміти також і захист прав споживача, тобто в процесі здійснення господарської діяльності, суб'єкт господарювання зобов'язаний піклуватися про захист прав споживача — рядового громадянина, «слабкої сторони» у відносинах з економічно більш сильним суб'єктом — суб'єктом підприємницької діяльності.

Представляється, що завдання забезпечення ефективного захисту споживачів може бути вирішена, по-перше, — шляхом забезпечення випуску і надходження в торговельну мережу високоякісної продукції, якісного виконання робіт і надання послуг (завдяки чому споживачі не будуть стикатися з порушенням своїх прав і, як наслідок, — не матимуть потреби в їхньому захисті (господарсько-правові норми)); по-друге, — шляхом регламентації порядку здійснення діяльності суб'єктів господарювання сфери торгівлі і послуг, спрямованої на забезпечення прав споживачів (господарсько-правові норми); і, по-третє, — шляхом надання споживачеві пріоритету у відносинах з виробниками, продавцями і виконавцями в рамках споживчого ринку (цивільно-правові норми). При цьому варто враховувати, що у взаєминах за участю споживачів важливим фактором є наявність соціально значимого результату — задоволення потреб громадян.

Розглядаючи проблему захисту прав споживачів, уявляється необхідним враховувати, що як російським, так і українським законодавцем накопичений значний досвід захисту прав споживачів, який не можна ігнорувати при створенні в Україні правової держави, головний обов'язок якої полягає в забезпеченні прав та свобод людини (ст. 3 Конституції України). Обґрунтованим здається підхід, висловлений В. Мамутовим та С. Алексєєвим про міжгалузеву взаємодію правових норм з метою захисту прав споживачів [15]. Взаємодія різних галузей права була розкрита в монографії В. Райхера. Згодом його точка зору була підтримана та розвинута Ю. Толстим [16].

Сьогодні на перший план виходить проблема виготовлення і реалізації товару, виконання роботи та надання послуги, що не відповідає вимогам нормативних документів щодо якості, тобто неякісних або небезпечних. На нашу думку, держава, органи виконавчої влади і місцевого самоврядування зобов'язані створити організаційно-правові, соціально-економічні та примусово-владні гарантії забезпечення права споживачів на безпеку і належну якість товарів, робіт, послуг, що, безумовно, сприятиме забезпеченню належного захисту прав споживачів товарів, робіт, послуг.

Для вирішення проблеми захисту прав споживачів сьогодні необхідно вирішити проблему захисту споживчого ринку в цілому, де громадянин-споживач є центральною фігурою, заради якої виробляється продукція, створюється законодавство та існує держава взагалі. Проблема захисту споживчого ринку — це комплексна, багатоаспектна проблема, безпосередньо пов'язана зі зміцненням національної безпеки держави і захистом її громадян. Вона стосується всього ланцюжка відносин: товаровиробник — продавець — кінцевий споживач, і в кожній ланці цих відносин має свою специфіку й особливості.

Викладене дозволяє зробити висновок, що проблему захисту прав споживачів на сучасному етапі можна вирішити тільки шляхом забезпечення міжгалузєвої взаємодії різних галузей права — насамперед, господарського права і цивільного права, а також адміністративного і кримінального права. При цьому варто враховувати, що провідну роль у захисті прав споживачів відіграють господарсько-правові норми, що регулюють

організаційно-господарську та виробничо-господарську діяльність в процесі якої забезпечується належна якість товарів, послуг,

робіт. Саме в сфері господарської діяльності закладаються основи задоволення інтересів і прав кінцевих споживачів — громадян.

#### ВИКОРИСТАНІ МАТЕРІАЛИ:

1. Т х а й ц у х о в а Л. Н. Уголовно-правовая охрана прав потребителей. Автореф. дис. к.ю.н. Росовна-Дону, 2001; Б о г д а н В. В. История становления законодательства о защите прав потребителей и практике его применения в России. Автореф. дис. к.ю.н. Курск, 2006; Ш у м о в а О. В. Судебная защита прав потребителей в сфере торговли в Российской Федерации. Автореф. дис. ... к. ю. н. Москва, 1998; Д а ш к о А. В. Теоретико-прикладное моделирование отношений с участием потребителей. Автореф. дис. к.ю.н. Москва, 2005; Ш е р с т о б и т о в А. Е. Гражданско-правовая охрана прав потребителей. Автореф. дис. д.ю.н. Москва, 1992
2. Ш в е ц Н. А. Профессиональная подготовка менеджеров туризма к соблюдению прав потребителей туристских услуг (на примере колледжа). Автореф. дис. к.пед.н. Москва, 2001.
3. Б е з р у к о в а Д. Д. Формирование института защиты интересов и прав потребителей в России с использованием мирового опыта. Автореф. дис. к.э.н. Москва, 2005; К р ю ч к о в а П. В. Экономические функции институтов по защите прав потребителей в рыночной системе. Автореф. ... дис. к. э. н. — Москва, 1998
4. У с е н к о в А. В. Эпизоотическая и экологическая безопасность продовольственного рынка — основа реализации государственной целевой программы «Защита прав потребителей» Автореф. ... дис. д. вет. н. — Н. Новгород, 2005
5. О с е т и н с ь к а Г. А. Цивільно-правовий захист прав споживачів за законодавством України. Автореф. дис. ... к. ю. н. — Київ, 2006. — 20 с.
6. К о с і н о в С. А. Теоретичні проблеми захисту прав споживачів в Україні за договором купівлі-продажу. Автореф. дис. ... к. ю. н. Х., 1999. — 19 с.
7. І в а н е н к о Л. М. Цивільно-правове забезпечення прав споживачів на належну якість товару. Автореф. дис. ... к. ю. н. Київ, 1998. — 20 с.
8. К а г а л Т. О. Організаційно-правові питання забезпечення захисту прав споживачів у сфері якості товарів. Автореф. дис. ... к. ю. н. — Київ, 1998. — 16 с.
9. Ш е р с т о б и т о в А. Е. Гражданско-правовые вопросы охраны прав потребителей. — М.: Изд-во МГУ, 1993. — 144 с. (с. 56)
10. І в а н е н к о Л. М. Цивільно-правове забезпечення прав споживачів на належну якість товару. Автореф. дис. ... к. ю. н. Київ, 1998. — 20 с. (С.4)
11. О с е т и н с ь к а Г. А. Вказ. автореферат. — С. 2.
12. Л е в ш и н а Т. Л. Основы законодательства о защите прав потребителей: Курс лекций. — М.: «Юридическая литература», 1994. — С. 11.
13. К а г а л Т. О. Організаційно-правові питання забезпечення захисту прав споживачів в сфері якості товарів. — Київ, 1998. — 157 с. (С. 34)
13. Т а м само. — С. 12.
14. А л е к с е е в С. С., М а м у т о в В. К. Гражданско-правовые формы обеспечения высокого качества широкого ассортимента товаров народного потребления // Сов.государство и право. — 1954. — № 6. — С. 58—67.
15. М а м у т о в В. К. Вопросы ассортимента, качества и комплектности продукции в советском праве / В кн. Экономика и право. — К.: Юринком Интер, 2003. — С. 292—298.
16. Т о л с т о й Ю. К. Еще раз о хозяйственном законодательстве // Правоведение, 1990. — № 3. — С. 29; Р а й х е р В. К. Общественно-исторические типы страхования. — Изд-во АН СССР: Москва, Ленинград. — 1947. — С. 189.

## ОКРЕМІ ПИТАННЯ ВИКЛАДАННЯ ІСТОРІЇ КОНСТИТУЦІЇ УКРАЇНИ



**А. КОРНЄЄВ**

*кандидат філософських наук,  
народний депутат України  
(перше скликання 1990–1994 рр.),  
Секретар Конституційної комісії 1994–1996 рр.,  
заслужений юрист України*

**П**рийняття Конституції 1996 р. серед низки подій історичного значення у житті незалежної України в останнє десятиріччя ХХ ст. займає одне з найважливіших місць. За своєю тривалістю, надзвичайною складністю і драматичністю конституційний процес в Україні має небагато аналогів у сучасній практиці світового конституціоналізму. Історичний досвід такої скоординованої на загальнонаціональному рівні діяльності різних суспільних державних інститутів для вирішення загальнонаціональної проблеми конституювання держави є безцінним надбанням українського суспільства. Відповідальні дії історичних особистостей в різних напружених ситуаціях, форми організації співпраці, ефективні способи вирішення конфліктів тощо набувають значення зразків, еталонів для сучасності та майбутнього, надають обґрунтування нормам поведінки, що визнаються суспільством як позитивні.

Це надбання має бути збереженим у свідомості людей і насамперед у — спеціалістів-правників. Останнє забезпечується викладанням в юридичних навчальних закладах відповідних питань у курсах історії держави і права України, конституційного права України та матеріалами підручників і посібників з цих курсів. Причому й історики права, і спеціалісти з конституційного права, які на час викладання цих питань фактично стають істориками,

© А. Корнєєв, 2008

мають дотримуватись визнаних правил історичного дослідження й історичного описування, щоб правильно відтворити події минулого, не допустити ігнорування, перекручення окремих фактів.

Насамперед, за своїм змістом матеріали лекцій і підручників мають бути достовірними при описуванні конкретних історичних фактів у їх просторовій і часовій визначеності, повинні відповідати критеріям об'єктивної істини. За таких обставин історична послідовність певного ряду суспільних явищ та подій, діяльність органів державної влади, політичних партій і громадських організацій, конкретних осіб має бути розкрита для студентів і відповідно сприйнята ними саме як результативний творчий процес (складний, але цілеспрямований, не стихійний) створення Конституції сучасної Української держави.

Порівняння існуючих підручників і навчальних посібників з історії держави і права України та з конституційного права України дозволяє дійти висновку, що при вирішенні зазначених проблем у вітчизняній українській навчальній літературі спостерігається велика різноманітність підходів до аналізу конституційного процесу в цілому і оцінки його окремих складових. Було б помилкою твердити, що викладання матеріалу безсистемне, але ця системність у кращому випадку епізодична і обмежена.

Заслугує на схвалення прагнення авторів навчальних посібників здійснити періодизацію новітнього конституційного процесу в Україні. Але дивує і насторожує наявність великого числа розбіжностей при вирішенні розглядуваної проблеми, що значно ускладнює можливість отримання студентами справжніх знань з цього питання.

У підручнику «Конституційне право України» (кол. авторів: В. Ф. Погорілко, О. Ф. Фрицький, О. В. Городецький та ін.) [1], виданому вперше у 1999 р., зазначено, що новітній конституційний процес в Україні починається з дня прийняття Декларації про державний суверенітет України (16 липня 1990 р.) і поділяється на три етапи:

- 1) від 16 липня 1990 р. до 26 жовтня 1993 р.;
- 2) від 10 листопада 1994 р. до 8 червня 1995 р.;

- 3) від 8 червня 1995 р. до 28 червня 1996 р.

Така періодизація зберігається і у наступних виданнях цього підручника.

О. Фрицький [2] погоджується із зазначеними трьома етапами. Дивує лише те, що закінчення другого етапу він також пов'язує з укладанням Конституційного договору між Президентом України і Верховною Радою України, але помилково датує цю подію 18 червня 1995 р. і повторює дану помилку на наступній сторінці.

Автор також додає ще два етапи:

- 4) з 28 червня 1996 р. «до часу прийняття Верховною Радою України Закону про імплементацію у текст Основного Закону змін і доповнень. На підставі рішень всеукраїнського референдуму, проведеного за народною ініціативою 16 квітня 2000 р., і схвалення всіх питань, винесених на його обговорення, Верховна Рада України мала імплементувати в текст Конституції такі питання»;

- 5) з 24 серпня 2002 р., «коли Президент України обґрунтував необхідність переходу від президентсько-парламентської до парламентсько-президентської системи, виходячи з того, що в чинній Конституції було закладено механізм протистояння законодавчої і виконавчої влади».

Згідно з навчальним посібником «Конституційне право України» В. Кравченка, сучасний конституційний процес в Україні складається з чотирьох етапів: хронологічно три перші аналогічні наведеним вище, а «четвертий (новітній) етап сучасного конституційного процесу ... розпочався після

прийняття Конституції України 28 червня 1996 р. і триває дотепер» [3].

Інша періодизація історії Конституції України 1996 р., яка «пройшла складний шлях становлення і розвитку, еволюціонуючи у контексті генези вітчизняного конституційного права», пропонується В. Погорілком і В. Федоренком у академічному курсі «Конституційне право України» [4] та у підручнику з такою ж назвою [5]. Конституційний процес в Україні вони поділяють на три основні періоди: «перший період (1991–1996 рр.) ознаменувався здобуттям Україною незалежності, процесом підготовки проекту Конституції і прийняттям Конституції України 1996 р.; другий період (1996–2004 рр.) став періодом реалізації Конституції України 1996 р.; третій період (2004 р. — донині) позначився початком процесу внесення змін та доповнень до Конституції України (конституційної реформи)». У подальшому викладенні перший період поділяється на сім підперіодів. При цьому автори виходять за визначені ними часові межі (1991–1996 рр.), коли як початок цього процесу зазначають прийняття Декларації про державний суверенітет України, тобто 16 липня 1990 р.

Таке вільне поводження з датами не є випадковим. Підручники змушують студентів засвоїти невірний (1992) рік «прийняття Концепції Конституції України», але дійсна дата схвалення Верховною Радою Української РСР Концепції нової Конституції України — 19 червня 1991 р. Так само неправильно є наведена у підручнику і академічному курсі дата завершення «народного» обговорення першого проекту Конституції України — 1 грудня 1992 р., але за постановою Верховної Ради УРСР від 1 липня 1992 р. всенародне обговорення мало провадитись до 1 листопада 1992 р. (див. с. 58 підручника, с. 376 академічного курсу).

На с. 60 підручника та с. 385 академічного курсу стверджується, що 24 листопада 1995 р. Конституційна комісія утворила робочу групу з числа членів Комісії. Але засідання Комісії насправді відбулося 23 листопада 1995 р., а робоча група була створена дійсно 24 листопада 1994 р. розпорядженням співголів Комісії. На с. 385 академічного курсу зазначено, що на засіданні 12 березня 1996 р. проект Конституції України був остаточно обговорений Конституційною комісією і рекомендований до розгляду Верхов-

ною Радою України, хоча насправді це засідання відбулося 11 березня 1996 р.

Зазначені розбіжності у періодизації історії Конституції України, наведені та інші очевидні помилки стосовно часової визначеності подій, які складають конституційний процес, не заперечують права кожного автора під власну відповідальність вирішувати ці питання. Але потрібно базуватись на достовірних фактах, використовувати однопорядкові критерії визначення періодів та застерегти студентів стосовно того, що є різні трактовки щодо етапності процесу створення Основного Закону Української держави.

Є підстави вважати, що виходячи з об'єктивної логіки новітнього конституційного процесу в Україні, його початок слід пов'язувати з першими днями роботи Верховної Ради Української РСР, обраної у 1990 р. (за сучасним визначенням — Верховна Рада України першого скликання), коли вже на першому засіданні 15 травня 1990 р. актуальність проблеми дійсного конституціонування держави була визнана офіційно і серед інших розглядалася пропозиція про включення до порядку денного першої сесії питання про створення комісії з опрацювання нового Основного Закону, що засвідчено у документах українського парламенту. На документах має базуватись і визначення всіх періодів цього процесу.

Як не дивно, але у підручниках та посібниках з історії держави і права України проблема періодизації новітнього конституційного процесу зовсім не розглядається, викладання історії Конституції України вкрай обмежене за обсягом (1,5–2 с.) і містить багато грубих помилок. Так, у двотомному підручнику, виданому у 2000 р. за редакцією В. Я. Тація і А. Й. Рогожина, стверджується, що у 1994 р. почала діяти «нова Конституційна комісія, утворена новообраною Верховною Радою за принципом представництва двох гілок влади» [6], хоча на підставі постанови Верховної Ради України від 20 вересня 1994 р. № 165/94-ВР Комісія була сформована 10 листопада 1994 р. з кандидатів, визначених Верховною Радою України, Президентом України, Верховною Радою Автономної Республіки Крим, Верховним Судом України, Вищим арбітражним судом України, Конституційним Судом України і Генеральною прокуратурою України, тобто представників всіх суб'єктів права законодавчої ініціативи. І це було принципо-

во, враховуючи трагічні події у Росії восени 1993 р.

Далі йдеться про те, чого ніколи не було: «наприкінці 1995 р. Конституційна комісія передала проект Основного Закону на розгляд парламенту разом із зауваженнями народних депутатів... Проект розглядався майже три місяці. Було три офіційних читання. Враховуючи обговорення, що відбулися, 11 березня 1996 р. Конституційна комісія ухвалила і передала на розгляд Верховній Раді ще один проект Конституції» [7]. При цьому автори посилаються на книгу вітчизняних авторів «Україна: альтернативи поступу» [8], але там нічого подібного немає.

Насправді проект Конституції України був схвалений Конституційною комісією 11 березня 1996 р., а через тиждень (18 березня 1996 р.) з метою вирішення всіх процедурних питань було проведено останнє засідання цієї Комісії, на якому зазначене рішення попереднього засідання підписали співголови Комісії Президент України Л. Кучма і Голова Верховної Ради України О. Мороз.

До Верховної Ради України проект Конституції України був направлений 19 березня 1996 р., а вже 20 березня 1996 р. відбулось спеціальне пленарне засідання Верховної Ради України, з приводу представлення Верховній Раді України проекту Конституції України, на якому з невеликими доповідями про проект Основного Закону виступили Президент України Л. Кучма і Голова Верховної Ради України О. Мороз як співголови Конституційної комісії. І це був єдиний проект, який Конституційна комісія за період своєї діяльності з листопада 1994 р. до червня 1996 р. направляла до Верховної Ради України.

Подальші (після 11 березня 1996 р.) події у згаданому підручнику з історії держави та права України також суттєво перекручені, і викладені так, нібито Президент України Л. Кучма, незадоволений фактичним блокуванням розгляду проекту Конституції України у Верховній Раді України, за рекомендацією Ради національної безпеки та Ради регіонів підписав указ про проведення референдуму з питань затвердження Основного Закону, «після чого протистояння Президента з парламентом набуло особливо гострого характеру». «Але політичні діячі України змогли переступити для загальної користі власні амбіції. На початку травня 1996 р. Верховною Радою затверджена тимчасова

спеціальна комісія.» [9]. Фактично ж Указ Президента України «Про проведення всеукраїнського референдуму з питання прийняття нової Конституції України» № 467/96 був виданий увечері 26 червня 1996 р., і саме він став ефективним чинником, який не залишив керівництву Верховної Ради України іншого вибору, крім невідкладного прийняття Конституції.

Бідним за змістом і багатим на помилки при описуванні конституційного процесу 90-х років є також і підручник з історії держави і права України під редакцією А. С. Чайковського: тут і необґрунтована вказівка на те, що до жовтня 1993 р. було опрацьовано чотири варіанти проекту Основного Закону, і твердження, що Конституційна комісія саме у лютому 1996 р. передала проект Конституції на розгляд парламенту, і ототожнення «статусу України» з формою правління тощо [10].

У згаданих підручнику О. Фрицького, підручнику та академічному курсі В. Погорілка і В. Федоренка аналіз подій та документів, що складають конституційний процес в Україні, є більш об'ємним і змістовним. Але представлення і трактування певних історичних фактів викликає серйозні зауваження, навіть неприйняття.

Насамперед це стосується оцінки Декларації про державний суверенітет України, яка «утверджувала нову назву держави — Україна, ... конституювала нові для нашого суспільства і держави інститути, такі, як Президент України, місцеве самоврядування та ряд інших». Так зазначено у академічному курсі (с. 98). Але ж насправді все інакше.

Формула заголовку відповідного документа означає, що Верховна Рада Української РСР, приймаючи Декларацію, виражаючи волю народу, заявила про суверенну державність країни під назвою «Україна», і визначила цю державність «як верховенство, самостійність, повноту і неподільність влади Республіки в межах її території та незалежність і рівноправність у зовнішніх зносинах». У Декларації скрізь йдеться про Українську РСР, яка визначається суверенною національною державою. І лише через рік при схваленні Концепції нової Конституції України була прийнята пропозиція щодо назви держави «Україна». А стосовно таких інститутів, як Президент України, місцеве самоврядування у Декларації немає жодної згадки, але є поняття «самоврядування

народу», «повновладдя народу», котре реалізується на основі Конституції.

У підручнику О. Фрицького при аналізі Декларації замість назви держави «Українська РСР» також некоректно використовується назва «Україна» (с. 84–85).

В академічному курсі спотворені й певні положення Концепції нової Конституції України, зокрема стверджується, що «згідно з Концепцією Україна проголошується демократичною президентською республікою з унітарною формою державного правління». Але ж у Концепції визначено так: «Форма державного правління — президентська Республіка», «форма державного устрою — унітарна держава». В Концепції чітко зазначено, що «основою суспільного і державного ладу України є економічний, політичний та ідеологічний плюралізм, багатопартійність, розвиток самоврядування», а у підручнику ці моменти вказані як основи конституційного ладу (с. 101).

Дивним є й те, що і в академічному курсі, і у підручнику тих же авторів значна увага акцентується на проекті Конституції України, підготовленому робочою групою Конституційної комісії, що номінується ними першим проектом, який «зазнав редакційні зміни від 29 січня 1992 р.». Але, що означає ця дата, невідомо, оскільки засідань Комісії або Верховної Ради України у цей день не відбувалось. При цьому в академічному курсі лише згадується, а у підручнику зовсім відсутній проект, у якому були враховані всі позитивні попередні напрацювання, узагальнені матеріали всенародного обговорення, а також зауваження вітчизняних і зарубіжних спеціалістів. Цей проект обговорювався на засіданнях Верховної Ради України 24 вересня, 5, 6 жовтня 1993 р.

За пропозицією І. Плюща Верховна Рада України 8 жовтня 1993 р. прийняла постанову з одного пункту: «Проект Конституції України доопрацювати за результатами всенародного обговорення і обговорення на сесії Верховної Ради та опублікувати в пресі у жовтні цього року». На виконання даного рішення робочою групою Конституційної комісії були внесені необхідні зміни і проект оприлюднений 26 жовтня 1993 р.

Члени авторського колективу цього проекту нової Конституції України мають бути названі поіменно: академік АН України М. А. Голубець, В. В. Носов, к. ю. н. В. І. Шишкін — народні депутати України;

к. ю. н. А. П. Заєць, професор М. І. Корнієнко, д. ю. н. А. Р. Мацюк — працівники Секретаріату Верховної Ради України; д. ю. н. В. А. Василенко, к. ю. н. В. М. Кампо — відповідальні працівники міністерств, к. ю. н. М. О. Пухтинський — помічник Президента України; д. ю. н. Ю. М. Грошевий, д. ю. н. М. І. Козюбра, д. ю. н. В. В. Копейчиков, професор П. Ф. Мартиненко, д. ю. н. Є. А. Тихонова, д. ю. н. М. В. Цвік, д. ю. н. Л. П. Юзьков — працівники наукових установ і вищих навчальних закладів.

Саме цей проект Конституції України в редакції 26 жовтня 1993 р. був визнаний у 1994 р. як базовий і відповідно використовувався для подальшої роботи з опрацювання нового Основного Закону держави.

З урахуванням викладеного важко погодитись з твердженням авторів академічного курсу, що утворена 10 листопада 1994 р. нова Конституційна комісія «не скористалася ні парламентською концепцією майбутньої Конституції, ні конституційними напрацюваннями 1991–1993 рр., ні результатами ініціативних конституційних проектів та пропозицій» (с. 383). Для такого категоричного висновку немає жодних підстав.

Так само безпідставним є твердження про «неспроможність Конституційної комісії вчасно розробити проект Конституції», що нібито спонукало співголів Комісії створити робочу групу. Це суперечить завданню Робочої групи, визначеному у відповідному розпорядженні від 19 червня 1995 р.: прискорення доопрацювання проекту нової Конституції України на основі узагальнення матеріалів альтернативних проектів і текстів розділів, підготовлених секціями Конституційної комісії. На той час уже потрібно було переходити до завершального етапу роботи над текстом проекту Конституції, оскільки зібрано багато достатнього для узагальнення матеріалу: базовий проект у редакції 26 жовтня 1993 р., альтернативні проекти політичних партій, установ, окремих авторів, матеріали роботи секцій над розділами, тексти чинних конституцій різних держав, Закон «Про державну владу і місцеве самоврядування в Україні», Конституційний договір між Президентом України і Верховною Радою України. Ця робота вимагала глибоких наукових знань та навиків і мала бути виконана спеціалістами найвищої кваліфікації.

Відповідно до складу Робочої групи були включені: В. Б. Авер'янов, В. Ф. Погорілко — доктори юридичних наук, завідувачі відділами Інституту держави і права ім. В. М. Корецького НАН України; Ф. Г. Бурчак, В. В. Копейчиков — доктори юридичних наук, наукові консультанти Президента України; А. П. Заєць — кандидат юридичних наук, заступник завідувача відділом Секретаріату Верховної Ради; М. І. Козюбра, В. М. Шаповал — доктори юридичних наук, завідувачі кафедр Київського національного університету ім. Тараса Шевченка; П. Ф. Мартиненко — професор, завідувач кафедри Українського інституту міжнародних відносин; М. О. Пухтинський — кандидат юридичних наук, перший заступник Голови Фонду сприяння і становлення місцевого та регіонального самоврядування України; А. В. Корнєєв — кандидат філософських наук, Секретар Конституційної комісії України. Саме вони підготували текст проекту Конституції України, який на засіданні Конституційної комісії 23 листопада 1995 р. був прийнятий за основу для подальшої роботи.

Цей текст доопрацьований Робочою групою з числа членів Конституційної комісії, а потім у Верховній Раді України — міжфракційною ініціативною групою і Тимчасовою спеціальною комісією (голова — народний депутат України М. Д. Сирота). Згодом він був прийнятий як Конституція України 28 червня 1996 р.

У підручнику О. Фрицького докладно викладено про декількаразові проекти внесення змін до чинної Конституції України. При цьому, на жаль, не вдалося уникнути прикрих помилок. Так, на с. 95 зазначено, що «депутатські фракції Верховної Ради України підготували і внесли на розгляд Конституційного Суду України три проекти Закону України «Про внесення змін до Конституції України». ... Згідно з висновками Конституційного Суду України від 30 жовтня та 12 листопада 2003 р. всі три проекти були визнані такими, що відповідають вимогам статей 157 і 158 Конституції України і є обов'язковими до виконання, остаточними і такими, які не можуть бути оскаржені». Але ж депутатські фракції не є суб'єктами права на конституційне звернення до Конституційного Суду України із зазначених питань, і до того ж важко допустити, що серед актів КСУ можна знайти висновки з такою

оцінкою законопроектів про внесення змін до Конституції України.

Не можна погодитись і з твердженням у підручнику та академічному курсі В. Погорілка і В. Федоренка про те, що «правовим здобутком Помаранчової революції став Закон України від 8 грудня 2004 р. «Про внесення змін до Конституції України», який втілює волю народу до зміни форми держави» (див. відповідно с. 63 і с. 392). Така думка повністю суперечить дійсному стану справ. Проект названого Закону був ініційований та розроблений політичними колами, які у період напружених подій жовтня-грудня 2004 р. протистояли партіям і рухам, що були рушійними силами Майдану.

Протидія цих сил у парламенті зірвала численні наполегливі спроби «проштовхнути» через Верховну Раду даний проект у 2003–2004 рр. 8 грудня 2004 р. лідери фракції «Наша Україна» В. Ющенко, В. Кириленко,

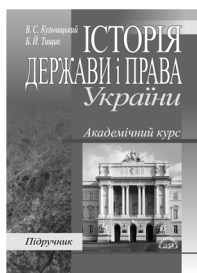
В. Балога та інші не голосували за запропонований пакет, а фракція БЮТ майже повністю проголосувала проти. Отже, це був не «здобуток революції», а певною мірою політична поступка, що диктувалася особливими умовами ситуації, але була далека від цілей людей, які стояли на Майдані.

Необхідно зазначити, що підручник — це не звичайна наукова монографія, яка адресується колегам, спеціалістам для оцінки новаторських ідей, гіпотез, рішень. Підручники, посібники розраховані на використання студентами, вчорашніми школярами, що уражені синдромом достовірності друкованого тексту і сприймають викладені там положення як істинні знання, як теореми геометрії, закони Ньютона, що не потребують перевірки. Це вимагає великої відповідальності від тих, у кого вистачає відваги і мужності брати на себе таку складну роботу, як написання підручника.

#### ВИКОРИСТАНІ МАТЕРІАЛИ:

- 1 Конституційне право України: Підруч. / За ред. проф. В.Ф. Погорілка. — К., 1999. — С. 112–113.
2. Фрицький О. Ф. Конституційне право України: Підруч. — К., 2006. — С. 87–100.
3. Кравченко В. В. Конституційне право України: Навч. посіб. — К., 2004.
4. Погорілко В. Ф., Федоренко В. Ф. Конституційне право України. Акад. курс: Підруч.: У 2-х т. — Т. 1 / За ред. В. Ф. Погорілка. — К., 2006. — С. 375.
5. Погорілко В. Ф., Федоренко В. Ф. Конституційне право України: Підруч. / За ред. В. Ф. Погорілка. — К., 2006. — С. 58.
6. Історія держави і права України: Підруч. У 2-х т. / За ред. В.Я. Тація, А. Й. Рогожина. — Т. 2 — К.: Видавничий Дім «Ін Юре». — С. 543–544.
7. Там само. — С. 544.
8. Кремень В. Г., Табачник Д. В., Ткаченко В. М. Україна: альтернативи поступу (критика історичного досвіду). — К., 1996.
9. Історія держави і права України: Підруч. — У 2-х т. / За ред. В. Я. Тація, А. Й. Рогожина. — Т. 2. — С. 544.
10. Історія держави і права України: Підруч. / А. С. Чайковський, В. І. Батрименко, Л. О. Зайцев та ін.: За ред. А. С. Чайковського. — К., 2003.

Пропонується підручник:



#### Історія держави і права України

Кульчицький В. С., Тищик Б. Й. Академічний курс : підруч. для студ. вищ. навч. закл. — К. : Видавничий Дім «Ін Юре», 2008. — 624 с.

Мета авторів цього підручника — не нав'язати читачеві свої оцінки, судження, трактування історії держави і права України, а спонукати його до роздумів, аналізу викладеного матеріалу, власних висновків. Автори не претендують на встановлення абсолютної істини і повну вичерпність викладу, але сподіваються, що ця праця буде корисною для студентів, а також для всіх, хто цікавиться історією держави і права України, для засвоєння цього предмета.

**Замовляйте видання за телефонами:**

**(044) 537-51-20, 537-51-21**

**або за електронною поштою**

**sales@inyure.kiev.ua**

**http://shop.inyure.kiev.ua**



## КОНСТИТУЦІЙНИЙ ПРОЦЕС ЯК САМОСТІЙНИЙ ВИД ЮРИДИЧНОГО ПРОЦЕСУ



**Х. ПРИХОДЬКО**

*кандидат юридичних наук,  
завідувачка кафедри муніципального права  
Академії муніципального управління*

У рамках проведення конституційно-правових реформ в Україні одним з найважливіших факторів ефективності даного процесу є побудова дієвого механізму конституційно-правового регулювання. Важливим кроком до цього є проведення комплексного системного аналізу конституційного процесу в Україні, що склався протягом періоду її державної незалежності, та удосконалення правового регулювання усіх конституційних процедур. Причому тут йдеться не тільки про конституційне провадження, а й про системний комплекс інших конституційних процедур, наприклад, виборчих, референдних, парламентських, муніципальних тощо. Вважаю, що потребує доктринального та нормативного переосмислення, змістовного усвідомлення та обґрунтування сама процесуальна правова основа механізму реалізації конституційних прав, свобод та обов'язків людини і громадянина в Україні (наприклад, право на громадянство, право на об'єднання, право збиратися мирно, без зброї й провадити збори, мітинги, походи і демонстрації тощо). Усе це об'єктивує та істотно актуалізує питання ґрунтового аналізу конституційного процесу в нашій державі.

Зазначена проблематика мала своє наукове обґрунтування у вітчизняній юридичній літературі з різних точок зору. Теоретико-правові питання процесуальної форми ґрунтовно досліджувалися вченими радянського періоду, серед яких С. Алексєєв, В. Горшенєв, В. Крупін, Ю. Мельников, П. Недабайло, В. Основін, І. Галаган, І. Бенедик, Л. Явич та інші.

© Х. Приходько, 2008

У сучасній правовій науці серед досліджень, які виступають теоретико-методологічним підґрунтям дослідження конституційного процесу в Україні, слід зазначити наукові праці: В. Бородіна, О. Кузьменка, В. Лучина, О. Лук'янової, М. Максютіна. Вказані автори використовують комплексний підхід при висвітленні різних аспектів процесуальної форми. Окремим аспектам проблематики конституційного процесу в Україні присвячено праці українських вчених, зокрема: М. Баймуратова, Ю. Бисаги, Л. Кривенко, С. Лисенкова, В. Медведчука, В. Погорілка, І. Сліденка, М. Тесленко, Є. Тихонової, Ю. Тодики, В. Федоренка, В. Чечерського та інших. Однак до цього часу залишається невирішеною проблема комплексного наукового обґрунтування конституційного процесу як самостійного виду юридичного процесу в Україні, питання підвищення якості розроблення, формування, систематизації конституційного процесуального законодавства та визначення стратегічних тенденцій його подальшого розвитку залишаються не вирішеними ні на теоретичному, ні на прагматичному рівнях. Це є суттєвим фактором актуалізації дослідження конституційного процесу в Україні.

Отже, мета даної статті полягає в науковому обґрунтуванні конституційного процесу як самостійного виду юридичного процесу, дослідженні його онтологічних та аксіологічних параметрів та характеристик. Досягнення зазначеної мети автор вважає можливим через аналіз конституційного процесу з точки зору притаманності йому ознак загального юридичного процесу та виз-

начення дефінітивної характеристики конституційного процесу в Україні.

У правовій доктрині існує чимало підходів до визначення поняття та ознак юридичного процесу. В контексті цієї статті хотілося б приділити увагу деяким з них, які враховують сучасні тенденції формування та розвитку теорії юридичного процесу в цілому та конституційного процесу зокрема. Отже, узагальнюючи переважний перелік доктринальних позицій, можливо зазначити, що під «юридичним процесом» в загальноправовій теорії розуміють врегульований процесуальними нормами порядок діяльності компетентних державних органів, який знаходить вираження у системі їх процесуальних дій з підготовки, прийняття та документування юридичних рішень загального та індивідуального характеру. Серед ознак юридичного процесу більшість фахівців виділяють наступні: а) він є різновидом соціального процесу; б) має юридичну природу; в) регламентується процесуальними нормами національних і міжнародно-правових актів, на основі яких здійснюється; г) являє собою владну діяльність уповноважених суб'єктів — компетентних органів, посадових осіб; ґ) є структурованим, тобто складається з процесуальних стадій — сукупності процесуальних дій, пов'язаних найближчою метою (тобто телеологічно обґрунтованим — **авт.**); д) основною метою (телеологічною домінантою — **авт.**) його є прийняття юридичних рішень загального (нормативні акти) або індивідуального (акти правозастосовного характеру) характеру; е) він є формалізованим, тобто фіксується, як правило, в документально оформлених правових актах різноманітними технічними засобами.

У онтологічному аспекті система процесуальних дій являє собою визначений нормами права порядок діяльності слідчих, судових та інших органів [1]. Деякі автори, застосовуючи більш широкий підхід до інтерпретації змісту юридичного процесу, визначають його як встановлений нормами права порядок здійснення соціальними суб'єктами цілеспрямованої (телеологічно навантаженої — **авт.**) діяльності зі створення, тлумачення та реалізації правових норм, спрямований на досягнення цими суб'єктами суспільного чи особистого результату. Такий зміст юридичного процесу вони кореспондують з наступними його ознаками: а) одночасність виникнення і дії процесуальних

норм разом з нормами матеріального права, здійснення яких спрямоване забезпечувати такі процесуальні норми; б) відповідність законодавчого рівня процесуальних норм законодавчому рівню відповідних норм матеріального права; в) узгодженість процесуальних і матеріальних норм; г) розміщення норм процесуальних і матеріальних в одному правовому акті; ґ) відповідність змісту процесуальних норм їх соціальному призначенню; д) багатоваріантність і диспозитивність процесуального регулювання; е) демократизм процесуального регулювання; доступність юридичного процесу; є) законність процесуального порядку; ж) системність юридичного процесу [2].

У першому з наведених визначень поняття юридичного процесу увага насамперед акцентується на його динамічних ознаках, які у більшій мірі розкривають онтологічну сутність юридичного процесу як слідчого, судового, правотворчого процесів, тобто переважно йдеться про його так звані «діяльнісні», формально-функціональні характеристики. Друге запропоноване визначення висвітлює його статутарні, аксіологічні ознаки, і саме цим демонструє багатоаспектність, багаторівневість і багатофункціональність юридичного процесу як правового явища. Наведені ознаки виступають критеріями виокремлення видів юридичного процесу, обґрунтуванням їх нормативно-процесуальної самостійності.

Необхідно відмітити, що з цього приводу у юридичній літературі існує більш спрощений доктринальний підхід до підстав визнання самостійності того чи іншого виду процесу. Так, наприклад, Ю. Мельников зазначає, що для цього потрібно, по-перше, наявність матеріально-правової основи — системи галузевих норм матеріального закону й, по-друге, процесуальних норм, які визначають процедуру регламентації організаційно-процесуальних відносин, що виникають у правозастосовній діяльності. Для присвоєння ж тому чи іншому процесу галузевого найменування достатньо аргументувати те, що він призначений для реалізації матеріального правового змісту в однойменній галузі матеріального права. Це рівною мірою стосується як самостійних процесуальних галузей, так й процесуальних норм, які перебувають на стадії угруповання у відповідні процесуальні галузі. Тому, у своїй основі будь-яка процедура здійснення юри-

лично значущих дій повинна бути визнана юридичним процесом насамперед на тій підставі, що вона є юридичною формою опосередкування суспільних відносин із реалізації матеріальних прав і обов'язків, виступаючи умовою для формування процесуальних галузей права та процесуального законодавства [3].

Виходячи з аналізу наведених вище динамічних і статутарних ознак на предмет їх притаманності конституційному процесу, можна стверджувати, що тією чи іншою мірою вони мають свій прояв у правовій природі конституційного процесу в Україні. Аргументацією цього є наступні положення щодо найбільш суттєвих ознак конституційного процесу в Україні.

По-перше, конституційний процес — це один із видів судового процесу, порядок розгляду справ у Конституційному Суді України регламентований Конституцією України, Законом України «Про Конституційний Суд України» та Регламентом Конституційного Суду України. Як різновид судового процесу, останній має усі традиційні ознаки (наприклад, регламентується конституційними процесуальними нормами, на основі яких здійснюється; являє собою владну діяльність уповноваженого суб'єкта — Конституційного Суду; є структурованим, тобто складається з процесуальних стадій; є формально фіксованим, тобто закріплюється у документально оформлених правових актах різноманітними технічними засобами тощо).

Крім цього, конституційний процес опосередковується й іншими конституційними процедурами та процесуальними формами. Він являє особливий порядок реалізації конституційними суб'єктами їх прав і обов'язків, регламентований конституційними процесуальними нормами. Серед різновидів конституційного процесу в Україні можливо виділити парламентський процес, виборчий процес, референдний процес, муніципальний процес, правозахисний процес та інші, які перебувають на стадії конституювання та інституціоналізації. Слід зазначити, що майже кожен із перелічених видів характеризується наявністю ознак юридичного процесу.

По-друге, конституційний процес — це сукупність процесуальних норм, які регулюють суспільні відносини, що виникають у зв'язку з дотриманням процедур, процесуальних форм здійснення прав і обов'язків

суб'єктів конституційного права. У цьому аспекті конституційний процес ототожнюється з конституційним процесуальним правом.

По-третє, конституційний процес об'єктивізується у відповідній галузі законодавства — конституційному процесуальному законодавстві. Останнє складають: Конституція України, яка є єдиним кодифікованим актом, закони України про вибори та референдуми, регламенти (статuti) органів державної влади та органів місцевого самоврядування й багато інших нормативно-правових актів. Питання конституційного процесуального законодавства виступатиме об'єктом окремого дослідження. У рамках цієї статті хотілося б акцентувати увагу на необхідності систематизації, зокрема, кодифікації конституційного процесуального законодавства. Виходячи з наведених вище ознак юридичного процесу, вважаю за важливе забезпечення відповідності законодавчого рівня конституційних процесуальних норм законодавчому рівню відповідних норм матеріального права. Оскільки норми, які створюють процесуальний механізм реалізації як Конституції України, так й інших актів конституційного законодавства, повинні мати однакову юридичну силу. Дійсно, Конституція не може регламентувати усі конституційні процедури, але ж вони повинні закріплюватися на законодавчому рівні. І це є вельми актуальною та нагальною проблемою, що вимагає скорішого вирішення, оскільки навіть порядок дотримання процедур, процесуальних форм у діяльності органів державної влади та вищих посадових осіб держави не має законодавчого забезпечення. Наприклад, регламенти Верховної Ради України, Кабінету Міністрів України, Конституційного Суду не мають вищої юридичної сили. Така ситуація у багатьох випадках має негативні юридичні наслідки та фактично розхиляє систему законодавства.

По-четверте, конституційний процес репрезентується конституційно-процесуальною формою. Саме юридичний процес завжди протікає в рамках процесуальної форми. Конституційний процес у цьому аспекті не є винятком.

До визначення поняття «процесуальна форма» існують абсолютно різні за своїм змістом доктринальні підходи. Слід зазначити, що процесуальна форма була об'єктом глибокого аналізу в радянській юридичній

літературі. Причому, в інтерпретації деяких авторів, які розуміли під «процесуальною формою» встановлені законом правила, котрі регулюють діяльність слідчих, прокурорських і судових органів, а також порядок і послідовність здійснення процесуальних дій [4], абсолютно чітко спостерігається суто радянський «традиційний підхід», який є консервативним для сучасного розуміння процесуальної форми та полягає в сприйнятті існування лише цивільно-правової і кримінально-правової форм. На мій погляд, таке визначення не відповідає сучасним реаліям демократизації суспільства та держави, а також об'єктивному зростанню ролі процесу в праві, у тому числі конституційному. Більше того, воно виступає гальмом розвитку конституційного права з огляду на заперечення існування його процесуальної матерії. Такий підхід, що зумовлений впливом радянської ідеології, не відповідає й сучасному праворозумінню, основою якого виступає верховенство суб'єктивного права, і насамперед конституційних прав і свобод людини та громадянина, що не обмежуються кримінальною і цивільною сферами. Соціально-правове забезпечення основних прав і свобод людини і громадянина є метою діяльності владних органів, яка не обмежується лише слідчими, прокурорськими та судовими процедурами. Йдеться про активну процесуальностворюючу діяльність законодавчих, виконавчих органів, органів місцевого самоврядування.

Значним внеском у розвиток радянської і сучасної теорії процесуальної форми є праці В. Горшенєва, присвячені дослідженню юридичного процесу та процесуальної форми. Вчений визначав «процесуальну форму» як сукупність однорідних процедурних вимог, що висуваються до дій учасників процесу та спрямованих на досягнення певного результату. Справедливо передбачаючи досить широке коло суб'єктів процесу, автор відмічав, що таке визначення має перевагу в тому, що воно однаковою мірою підходить для характеристики процесуальної діяльності будь-яких органів держави, а не лише органів правосуддя, щодо яких традиційно використовували процесуальну форму [5]. Тобто, наполягання автора на більш широкому застосуванні поняття «процесуальна форма», його акцентування на охопленні зазначеним поняттям не тільки юрисдикційної діяльності, яка потребує чіткого проце-

дурно-процесуального регулювання, а й інших видів діяльності органів держави з розгляду та вирішення багатоманітних індивідуальних справ позитивного характеру; інших форм реалізації норм матеріального права, форм правозастосування — стали продуктивними у подальших дослідженнях та знайшли своє доктринально-прагматичне підтвердження.

З обґрунтуванням правозастосовного процесу і процедурно-процесуальних норм, його регулюючих виступають радянські вчені-державознавці, які вважали, що державне право має суттєву потребу в специфічних процедурних формах реалізації його норм. Уперше цю проблему поставив А. Кім, який вбачав процесуальну природу державно-правових норм в організації проведення виборів представницьких органів влади і вважав, що процесуальні форми організації діяльності щодо застосування норм виборчого права пов'язані як із технікою виборів (виборчими технологіями, що знаходять свій вияв у складанні списків виборців, видачі та прийомі виборчих бюлетенів, підрахунку голосів виборців тощо), так й з процедурою вирішення спірних питань у зв'язку із застосуванням норм матеріального виборчого права (охорона виборчої правосуб'єктності, визначення недійсності виборчого бюлетеня тощо). В якості яскравого прикладу процесуальних норм він наводив норми, які містилися в положеннях про вибори [6].

Розглядаючи питання організації роботи органів влади, В. Основін акцентував увагу на тому, що правильна і раціональна процедура їх діяльності — «це запорука поліпшення їх роботи, гарантія здійснення депутатами їх прав, послідовного впровадження в діяльність представницьких органів принципів колективного обговорення і вирішення питань, гласності, регулярної звітності перед ними виконавчих і розпорядчих органів й інших створюваних радами органів, широкого залучення громадян до участі в їх роботі» [7]. У свою чергу, В. Лучин відмічає, що державно-процесуальні норми визначають склад учасників процесуальної діяльності, встановлюють їх права й обов'язки, регламентують види необхідних дій, їх послідовність і специфіку при вирішенні конкретних справ [8].

Таким чином, не можна не погодитися з В. Горшенєвим й в тому, що процедурно-процесуальна форма діяльності усіх органів

держави має величезне значення, і вона розрахована на здійснення найдемократичніших принципів наукового управління суспільством [9]. Вважаю, що такий висновок обумовлюється насамперед тим, що досконала та доцільно налагоджена процедурно-процесуальна форма збільшує гарантії забезпечення прав і свобод особистості. Розповсюдження властивостей процедурно-процесуальної форми на діяльність усіх органів держави, з одного боку, сприятиме подальшому підвищенню ефективності управління. Адже вона пов'язана з необхідністю розроблення оптимальних процедурних правил здійснення органами держави і їх посадовими особами своїх повноважень. А, з іншого — сприяє підвищенню відповідальності посадових осіб шляхом конкретизації та деталізації відповідних легітимних дій у рамках їх службової компетенції. Установлення процедурних правил полегшує контроль з боку громадян за здійсненням посадовими особами своїх повноважень, і тим самим значною мірою виключає можливість зловживань з боку окремих державних осіб. Впровадження процедурно-процесуальної форми дисциплінує різноманітних учасників правозастосовного процесу, а, отже, забезпечує неухильне дотримання законності в усіх сферах і на кожній стадії діяльності по застосуванню норм матеріального права.

Наведені положення майже вичерпно характеризують соціальне значення та особливе прагматичне призначення процесуальної форми, сфери її існування, значення для інституціоналізації найважливіших «атрибутів», необхідних для функціонування та реалізації національного права. Причому, ці положення свідчать про необхідність доктринальної та прагматичної легалізації і «традиціоналізації» конституційно-процесуальної форми, запровадження її в науковий обіг з метою подальшого наукового обґрунтування з урахуванням сучасних реалій і тенденцій розвитку процесуального права.

Аналіз юридичної літератури профільного характеру дає змогу визначити поняття конституційно-процесуальної форми. Отже, конституційно-процесуальна форма — це встановлений порядок реалізації суб'єктами своїх конституційних прав і обов'язків, який визначається сукупністю процесуальних норм, що містяться в джерелах конституційно-процесуального права. Консти-

туційно-процесуальна форма характеризує формальні якості конституційного процесу в Україні і не є тотожним поняттям з останнім. Наявність названої форми є невід'ємним атрибутом конституційного процесу і дозволяє кваліфікувати його як такий через притаманність йому послідовності дій суб'єктів конституційного права, які мають правову регламентацію, та інші загальні ознаки будь-якої процесуальної форми. Особливістю цієї форми є міжгалузевий характер її правової регламентації. Тобто, порядок реалізації суб'єктами конституційних прав і обов'язків регламентується не тільки нормами конституційно-процесуального права, а й процесуальним законодавством інших галузей процесуального права, наприклад, цивільного, кримінального тощо.

По-п'яте, конституційний процес, як і будь-який юридичний процес, складається з процесуальних стадій. Наприклад, у кримінальному та цивільному процесі під процесуальними стадіями розуміються пов'язані між собою точно визначені процесуальним законом частини кримінального та цивільного процесу, що мають самостійні, але підпорядковані загальній меті процесу завдання. Послідовність процесуальних стадій закріплено відповідними статтями і розділами процесуального законодавства. Кожна із стадій характеризується притаманними їй конкретними завданнями, особливим колом учасників, специфікою процесуальних дій і правовідносин, характером процесуальних документів, що оформляють її (наприклад, судові рішення), і відбувається з неухильним додержанням принципів судочинства [10].

У конституційному процесі під процесуальними стадіями слід розуміти взаємопов'язані між собою регламентовані процесуальними нормами послідовні частини (етапи) конституційного процесу, що мають самостійні, але підпорядковані загальній меті процесу завдання. Наприклад, конституційним законодавством регламентовано процесуальні стадії виборчого, референдного, законодавчого, бюджетного та ін. процесу. Причому, в такому контексті процесуальні стадії виступатимуть складовими процедур, які є елементами окремих видів конституційного процесу. Наприклад, один із видів конституційного процесу — парламентський — включає законодавчу процедуру, яка формалізується в процесуальних стадіях.

Отже, перелік наведених динамічних і статутарних ознак конституційного процесу в Україні не є вичерпним. Але це ті суттєві ознаки, які репрезентують конституційний процес як самостійний вид юридичного процесу в Україні.

Таким чином, виходячи із наведених ознак, конституційний процес слід розглядати в декількох значеннях: 1) як самостійний вид судового процесу (в узькому розумінні); 2) як самостійний вид юридичного процесу

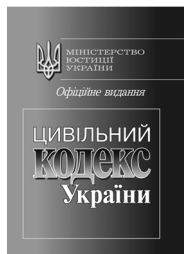
(у широкому розумінні), який охоплює динамічні та статутарні якості юридичного процесу; 3) як галузь процесуального права України; 4) як галузь процесуального законодавства України.

Багатоаспектність конституційного процесу знаходить своє вираження і в інших значеннях. Наприклад, його можна розглядати як конституційну діяльність з розроблення, прийняття та внесення змін до Конституції України.

#### ВИКОРИСТАНІ МАТЕРІАЛИ:

1. Скакун О. Ф. Теория государства и права (энциклопедический курс): Учеб. — Х., 2005. — С. 801–802.
2. Власов Ю. Л. Юридичний процес / Теорія держави і права. Академічний курс: Підруч. / За ред. О. В. Зайчука, Н. М. Оніщенко. — К., 2006. — С. 635–638; Протасов В. Н. Юридическая процедура. — М., 1991. — С. 25–61.
3. Мельников Ю. И. К вопросу о соотношении «юридического процесса» и «юридической процедуры» / В кн.: Актуальные проблемы юридического процесса в общенародном государстве. Под ред. В. М. Горшенева. — Ярославль, 1979. — С. 14–15.
4. У такому контексті метою установлення процесуальної форми виступає забезпечення чіткого дотримання прав і законних інтересів державних та громадських організацій і громадян. Див, напр.: Юридический словарь / Глав. ред.: С. Н. Братусь, Н. Д. Казанцев, С. Ф. Кечекьян, Ф. И. Кожевников, В. Ф. Коток, П. И. Кудрявцев, В. М. Чхаквадзе. — М., 1953. — 781 с.
5. Горшенев В. М. Природа и назначение процессуальной формы в советском праве // Проблемы процессуальной формы в юридической науке и практике. — Вып. 4. — Ярославль, 1979. — С. 5.
6. Ким А. И. Советское избирательное право. — М., 1965. — С. 59–61.
7. Основи В. С. Процессуальные отношения в советском государственном праве // Сов. гос. и право. — 1982. — № 8. — С. 11.
8. Лучин В. О. Процессуальные нормы в советском государственном праве: Автореф. дисс. ... канд. юрид. наук.: 12.00.02. — Воронеж, 1971. — С. 5–11.
9. Горшенев В. М. Вказ праця; Теория юридического процесса / Под общ. ред. проф. В. М. Горшенева. — Х., 1985. — С. 73.
10. Юридичний словник / За ред.: Б. М. Бабія, Ф. Г. Бурчака, В. М. Корецького, В. В. Цветкова. — К., 1983. — С. 672.

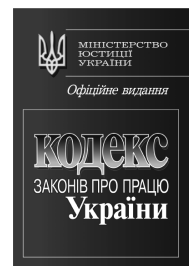
Вийшли друком кодекси:



**Україна. Закони. Цивільний кодекс України : офіц. вид. : із змінами та допов. станом на 12 трав. 2008 р. / М-во юстиції України. — К. : Видавничий Дім «Ін Юре», 2008. — 480 с.**

**Україна. Закони. Кодекс законів про працю України : офіц. вид. : із змінами та допов. станом на 12 трав. 2008 р. / М-во юстиції України. — К. : Видавничий Дім «Ін Юре», 2008. — 152 с.**

**Замовляйте видання за телефонами:**  
**(044) 537-51-20, 537-51-21**  
**або за електронною поштою**  
**[sales@inyure.kiev.ua](mailto:sales@inyure.kiev.ua)**  
**<http://shop.inyure.kiev.ua>**



# ПРОБЛЕМА КОНСТИТУЦІЙНОСТІ ТА ЛЕГІТИМНОСТІ ПУБЛІЧНОЇ ВЛАДИ В УМОВАХ ФОРМУВАННЯ ПРАВОВОЇ, ДЕМОКРАТИЧНОЇ ДЕРЖАВИ: ВІТЧИЗНЯНИЙ ДОСВІД



**В. КОВАЛЬЧУК**

*доцент кафедри державно-правових дисциплін  
(Національний університет  
«Острозька академія»)*

«**К**онституційність» і «легітимність» — дві правові категорії, які безпосередньо пов'язані з публічною владою. Хоча кожна з них характеризує різні сторони діяльності державної влади, між ними існує тісний взаємозв'язок. Так під конституційністю слід розуміти відповідність суспільних відносин, актів і дій органів державної влади основному закону — конституції, яка має вищу юридичну силу. Поняття «конституційності» використовується як для оцінки політичного режиму в цілому, так і для оцінки діяльності окремих органів держави. Конституційність передбачає встановлення, визнання і підтримку чинної влади основним законом, її опору на конституцію та закони держави. Конституційність, як впливає з визначення, вказує насамперед на формально-юридичну сторону функціонування державної влади і є основою її легальності.

Натомість легітимність слід розглядати як відповідність структур, інститутів, актів державної влади уявленню суспільства про справедливість, законність та доцільність цієї влади. В порівнянні з «конституційністю» «легітимність» є більш складним правовим поняттям, яке вказує на змістовну сторону державної влади, хоча і не заперечує значимість формально-юридичної, оскільки законність є складовою легітимності. Легітимація державної влади, тобто проце-

дура, на основі якої забезпечується легітимність, пов'язана не з виданням закону, прийняттям конституції (хоча і це може входити в процес легітимації), а з комплексом переживань і внутрішніх установок людей, з уявленнями різних верств населення про дотримання державною владою, її органами норм соціальної справедливості, прав людини, їх захистом [5, 65].

Конституційність не завжди передбачає легітимність державної влади, натомість легітимність не може бути забезпечена без конституційних гарантій. Перша частина такого твердження обумовлена тим, що відповідність дій та актів державної влади нормам основного закону не може бути абсолютною гарантією легітимності, оскільки і сама конституція може мати нелегітимний характер. Нелегітимна конституція, якщо вона прийнята навіть з дотриманням необхідних процедур, реально може створити лише квазілегітимність. Це пояснюється не лише тим, що прийняття такої конституції інколи здійснюється в умовах обману і насильства, а й тим, що окремим силам вдається включити в конституцію положення, які суперечать загальнодемократичним принципам виробленим людством і закріплені у фундаментальних міжнародно-правових актах (Статут ООН 1945 р., Загальна декларація прав людини 1948 р., Пакт про громадянські та політичні права 1966 р. та

© В. Ковальчук, 2008

ін.). Положення конституцій держав які порушують права людини (наприклад, в ЮАР до 1994 р.), проголошують єдину дозволу ідеологію (наприклад, мобутизм за Конституцією Заїра 1980 р.), заперечують суверенітет народу (положення Конституції Алжиру 1976 р. про належність політичної влади єдиній дозволеній партії — Фронту національного визволення) тощо, виключають дійсну легітимність, оскільки суперечать уявленню народів про справедливість, законність та доцільність.

Конституція, яка хоча і покликана бути основою легітимності, є не завжди такою. Вона не може бути а рїогі легітимною, не може свідомо містити ідею права та справедливості. І теоретично, і практично конституція може бути нелегітимною, такою, що не відповідає народному волевиявленню. Таких ознак вона набуває через нелегітимну владу, яка, привласнивши право приймати, тлумачити та вносити зміни до Основного Закону, використовує його у своїх корисних цілях. Навіть якщо така конституція міститиме в собі правові норми, які відповідають загальнолюдським цінностям, вона залишатиметься фіктивною і більшість суспільства не визнаватиме її легітимною [3, 38]. Прикладом може слугувати так звана «сталінська конституція» 1936 року, яка містила досить розгалужений і досконалий перелік прав і свобод громадян, які, однак, не могли бути реалізовані через нелегітимну, антидемократичну сутність радянського режиму.

Натомість державна влада не може бути легітимною, якщо впродовж тривалого часу порушує чинну конституцію та закони держави. Покликанням будь-якого нового політичного режиму, який прийшов на зміну старого (навіть якщо це відбулося революційним шляхом), відродити і підтримати порушений революцією «спокій і порядок», забезпечити законність і, що найважливіше, — повернути повагу громадян до основного закону держави. При цьому слід мати на увазі, що повернення поваги до конституції можливе за умови, якщо вона розглядатиметься не як результат жорсткої політичної боротьби — перемоги однієї частини суспільства над іншою, а як юридично закріплений компроміс узгоджених інтересів і волі усіх тих соціальних груп, які історично сформувалися, включаючи етнічні, і які становлять народ держави. Так, на думку Ф. Лассалля, «Конституція країни — це фак-

тичне співвідношення сил, наявних у країні, писана конституція тоді лише міцна і має значення, коли є точним вираженням реальних співвідношень суспільних сил» [4, 33–34]. Показником такого «співвідношення сил» повинна бути не класова, національна, релігійна чи інша боротьба, а досягнення громадянського миру і злагоди в суспільстві, соціальна солідарність. Лише за такої умови конституція може стати основою легітимної конституційності.

Проблема легальної і легітимної конституційності виникає насамперед у відносинах між публічною владою і народом. Саме позиція народу визначає в кінцевому результаті легітимність (квазілегітимність) чи нелегітимність державної влади. Лише народ є реальним носієм влади і лише він наділений правом обирати безпосередню чи представницьку форму здійснення народовладдя, визначати принципи, на яких має функціонувати державна влада, здійснювати контроль за її діяльністю і врешті-решт змінювати владу, яка втратила свою легітимність. Отож легітимність — це результат трансформації волі народу в нову якість — суверенну волю держави, яка реалізується через справедливі, законні та доцільні рішення чинної влади.

Державна влада здатна стати виразником волі народу, а отже — набути реальної легітимності лише за умови збалансованості та координованості дій органів, на які покладено функцію забезпечення конституційності. Такі органи влади доцільно поділити на дві групи. Перша група — це органи «конституційно-виконавчі», основна роль яких у забезпеченні конституційності полягає в реалізації конституційних положень, переведенні їх у стан де-факто, в тому числі таких положень, які містять фундаментальні принципи правової держави. В Україні такими органами є: Верховна Рада, Кабінет Міністрів, центральні та місцеві органи виконавчої влади, органи місцевого самоврядування. Друга група — це органи «конституційно-наглядові», які перешкоджають відхиленню від реалізації конституційних положень, тим самим забезпечуючи умови практичного втілення норм Основного Закону в життя. Це насамперед Конституційний Суд, а також прокуратура.

Окремо слід сказати про конституційно-правовий статус Президента України, для якого запропонована класифікація є попе-



редньо неадекватною, оскільки за своїми повноваженнями цей орган влади не можна однозначно віднести до першої чи другої групи. Можливо, саме це і передбачає статус Глави держави, який не належить до жодної з гілок влади, хоча за своїми функціональними обов'язками тяжіє до виконавчої гілки. У державному механізмі України Глава держави є одним з вищих органів державної влади (поряд з парламентом, урядом, Конституційним Судом, Верховним Судом), який підпорядкований лише народові. Однак він стоїть не над гілками влади, а перебуває між ними, забезпечуючи єдність державної влади і злагодженість функціонування її гілок. Президент держави рівною мірою з іншими вищими органами державної влади виступає гарантом конституційності. Це важливо в аспекті системності забезпечення конституційності в країні.

Разом з тим реалізація функції забезпечення конституційності повинна підпадати під дію славнозвісного принципу розподілу влад, який сформульований у Конституції України (ст. 6) як домінуючий, якщо не єдиний принцип здійснення державної влади. Реалізація даного принципу передбачає, що кожен державний орган здійснює лише одну з трьох функцій (законодавчу, виконавчу, судову), при цьому тісно взаємодіючи з іншими державними органами. Всі разом вони обмежують і контролюють один одного. Тобто, в сучасній інтерпретації цей принцип набуває такого звучання: поділ, єдність, взаємний контроль, взаємодія влад. Таке розуміння даного принципу дозволяє народові зберігати за собою повноту влади і достатньо ефективно контролювати організацію та діяльність усіх гілок влади шляхом демократичних виборів, референдумів, механізмів опосередкованого народовладдя і публічної відповідальності влади перед народом.

В сучасній Україні, так само як у більшості держав, які з'явилися на пострадянському просторі, характерною є ситуація, коли органи державної влади, на які покладена функція забезпечення конституційності, діють всупереч принципу розподілу влади, намагаючись перейняти на себе якомога більші повноваження, які часто є для них нехарактерними. Наслідком цього є відкрите протистояння між різними гілками влади, яке переноситься на особисті стосунки між вищими посадовими особами держави (Президент та Прем'єр-міністр), а також на

місцевий рівень (між органами управління та самоврядування). Ситуація ускладнюється ще й тому, що одним з учасників такого політичного протистояння виступають судові органи влади, що є яскравим прикладом тотальної трансформації права в політику.

За такої ситуації ставлення до певних публічних акцій всередині механізму державної влади може виявитися неадекватним. Наочний приклад цього був продемонстрований у квітні 2007 р., в зв'язку з виданням Указу Президента України від 2 квітня 2007 р. «Про дострокове припинення повноважень Верховної Ради України». Цей акт Глави держави був неоднозначно сприйнятий всередині самої влади, і відтак оцінки дій Президента представниками різних гілок влади були діаметрально протилежні. Указ був схвально сприйнятий лише частиною депутатів Верховної Ради та окремими міністрами чинного Уряду, які були переконані, що формування парламентської коаліції з самого початку було нелегітимним і проводилося з грубим порушенням Конституції України, «воно засвідчило ревізію народного волевиявлення і передбачало можливість узурпації влади» [2]. Відтак Президент, як гарант додержання Конституції України, прав та свобод людини і громадянина, діяв відповідно до своїх повноважень. Іншу позицію зайняли депутати парламенту, які на той час становили більшість, та Уряд, який в особі міністра юстиції О. Лавриновича представив юридичні аргументи про антиконституційні дії Президента. Не визначився у своїх міркуваннях Конституційний Суд, який хоча і відкрив провадження у справі за конституційним поданням народних депутатів України щодо неконституційності Указу Президента України «Про дострокове припинення повноважень Верховної Ради України», однак так і не прийняв рішення стосовно цього питання, в першу чергу через високий рівень політизації навколо цього питання як всередині Конституційного Суду, так і поза ним. До цього слід додати, що дії Президента були неоднозначно сприйняті і на рівні місцевих органів виконавчої влади та самоврядування.

Необхідно звернути увагу на ще один аспект цього владного протистояння. В цьому протистоянні яскравого вираження набула проблема легальної та легітимної конституційності. Кожен з вищих органів влади, який був задіяний у цьому політико-право-

вому конфлікту, намагався привласнити право на виконання функції забезпечення конституційності, апелюючи зокрема до легітимності своїх повноважень, які делеговані йому народом. При цьому кожна зі сторін вибрала свою аргументацію на захист своєї позиції. Якщо прибічники Президента апелювали до принципу справедливості та верховенства права, то представники парламентської коаліції та уряду зверталися до норм чинного законодавства, зокрема статей Основного Закону держави.

Недотримання принципу розподілу функцій влади та надмірна політизація в системі організації і функціонування органів державної влади та місцевого самоврядування несе в собі загрозу одностороннього (уніфікованого) розуміння забезпечення конституційності, причому домінантою цього стремління дуже часто є Президент. Прикладом цього є спроба в односторонньому порядку ініціювати процедуру прийняття нової редакції Основного Закону держави, яка мала б розширити повноваження Глави держави і тим самим зміцнити його конституційний статус. Цьому сприяє і те, що Верховна Рада через свою полярність у політичних поглядах найбільш впливових парламентських фракцій тривалий час залишається недієздатною, а тому і відстороненою від конституційного процесу. Не додає оптимізму і ситуація, яка склалася в Конституційному Суді, що зумовлена можливістю впливу на його роботу з боку вищих органів державної влади, які беруть участь у його формуванні, а також надмірною політизацією суддів, що обираються за партійною квотою.

Як оцінити зазначену тенденцію? Чи припустиме для суспільства та держави домінування «посадової» конституційності як в плані законотворчості, так і інтерпретації конституційних положень? Чи виправдана інтересами публічного управління «уніфікація» конституційності?

На нашу думку, забезпечення конституційності органами державної влади не повинно уподібнюватися функціям галузевого управління і підкорятися посадовій доміні. Конституційність — це значною мірою перманентно дискусійне поле, гра на якому повинна вестися на рівних [1, 169]. Інший підхід містить у собі загрозу конституційного самодержавства. Неправильно було б стверджувати, що в Конституції України

не закладені принципи, які б не передбачали паритетну участь у тлумаченні та забезпеченні конституційності. Так, в Основному Законі держави різним гілкам влади передбачена своя специфічна роль, і поки що ця роль до певних меж дотримується. Але разом з тим немає і надійних перешкод для запобігання узурпації конституційності.

Для того щоб уникнути такої ситуації, необхідно передбачити в Основному Законі та законодавстві України окремі конституційні новели. По-перше, необхідно, на мою думку, усунути визначення Президента як гаранта Конституції. Це не може бути прерогативою однієї особи, однієї влади. Чинне сьогодні конституційне формулювання по суті применшує і дискредитує інші вищі органи державної влади. По-друге, українське суспільство потребує більш конкретної, чітко прописаної системи конституційних гарантій легітимності державної влади. Це передбачає насамперед не апелювання до окремих розрізнених статей Конституції України, а звернення до відповідного розділу чи принаймні окремої статті, де повинні бути чітко визначені критерії легітимності державної влади. По-третє, необхідно унеможливити будь-який політичний (чи інший) вплив на діяльність Конституційного Суду України з боку вищих органів влади чи окремих посадових осіб, передбачивши за такі дії кримінальну відповідальність, і тим самим досягти деполітизації суду конституційної юрисдикції, а також законодавчо встановити більш високі критерії (професійні, моральні) відбору претендентів на посаду судді. Лише за такої умови рішення та висновки Конституційного Суду України будуть спрямовані на забезпечення не лише легальної, а й легітимної конституційності.

Однак для забезпечення легітимної конституційності недостатньо збалансованості та скоординованості в роботі органів державної влади, так само як і недостатньо нормативно-правового регулювання владно-політичних відносин, які виникають усередині держави, необхідно, щоб самі громадяни брали безпосередню участь у здійсненні влади. Це включає в себе не лише участь громадян у формуванні органів державної влади шляхом чесних виборів, а й залучення народу до процесу прийняття важливих політичних рішень і, що найважливіше, — до ініціювання, обговорення та

прийняття законів, у тому числі й конституції. Це не означає, що будь-які спірні питання, які виникли всередині влади, повинні відразу виноситися на всенародний референдум, однак найважливіші з них ті, які вимагають однозначної відповіді «так» чи «ні», мають стати предметом всеукраїнського референдуму, рішення якого повинно мати пряму дію.

Більш складні питання, які вимагають спеціальних знань (наприклад, прийняття змін до Основного Закону), можуть стати предметом обговорення загальнонаціонального представницького дорадчого органу — Національної ради чи Національної асамблеї (назва в даному випадку не має істотного значення), наділеного делегованою легітимністю. Йдеться про те, щоб надати цьому органу право від імені народу виступати як остання інстанція під час вирішення тих питань внутрішньої та зовнішньої політики, які мають принципове і доленосне значення як для країни в цілому, так і для кожного її громадянина зокрема. До таких питань, безумовно, можна віднести: затвердження загальної стратегічної лінії і основних, магістральних напрямів економічного розвитку, розрахованого на довготривалу історичну перспективу; прийняття військової доктрини, зміна форми державного правління; призначення на окремі особливо відповідальні державні посади тощо. На нашу думку, прийняття рішень з наведених та інших не менш важливих питань аж так не повинні прийматися окремими особами, які наділені вищою державною владою, як це, на жаль, відбувається в Україні. Натомість, у цьому процесі повинні брати участь ті, хто за загальнонародним визнанням становлять еліту нації, використовують свою силу і знання для суспільного блага і процвітання Вітчизни та виховані в дусі відповідальності перед своїм народом.

Саме з таких представників народу повинен складатися орган, який ми умовно назвали Національною асамблеєю. Способи його формування можуть бути різноманітні, однак вони повинні відповідати таким принципам демократії, як: чесність, рівність, гласність. Важливо, щоб створення цього органу здійснювалося за ініціативи та безпосередньої участі всіх (чи більшості) громадян держави, а не вищих посадових осіб (Президента, Прем'єр-міністра, Голови Верховної Ради). Національна асамблея повинна стати

виразником волі всього народу, а не однієї політичної сили, яка перебуває при владі. Саме на недотриманні цієї вимоги в процесі формування Національної конституційної ради вказали члени Моніторингового комітету ПАРЕ Ханне Северінсон та Рената Вольвенд. На їх думку, за своїм складом Національна конституційна рада є проприєтарною і тому може бути використана для імітації публічних змін до Конституції України на всенародному референдумі.

Необхідність у функціонуванні такого органу особливо зростає в ситуації кризи легітимності державної влади. Саме в складний для країни час необхідна структура, яка б користувалася авторитетом серед громадян і думка якої визначала майбутнє країни. Таку думку повинен враховувати Конституційний Суд під час прийняття важливих державних рішень, зокрема тих, які стосуються легітимності всієї державної влади чи окремих її органів. у ситуації кризи легітимності державної влади цей орган міг би частково переймати на себе владні повноваження, зокрема право ініціювати проведення дострокових виборів вищих органів державної влади, а також на період безвладдя виконувати функції загальнонаціонального представницького органу — парламенту.

Ми, безперечно, усвідомлюємо, що створення такого органу буде частково дублювати роботу Верховної Ради України. Однак у ситуації дескридитації інституту парламентаризму в Україні, яка обумовлена тим, що Верховна Рада перестала бути представницьким органом всього народу (про що свідчать останні дослідження рейтингу вищих органів державної влади України, проведені Українським центром економічних і політичних досліджень ім. О. Разумкова, згідно з якими рівень довіри громадян до Верховної Ради України в 2007 р. становив 9—10 %) [6, 24] необхідність у формуванні такої інституції значно зростає.

Таким чином, конституційність та легітимність державної влади можуть бути повноцінно реалізовані в умовах громадянського суспільства, причому ступінь цієї повноцінності прямо пропорційний стабільності інститутів громадянського суспільства і розвиненості громадянської правової та політичної культури. Реалізація функції забезпечення конституційності та легітимності не повинна спиратися лише на державні структури. Домінуюче становище мають зай-

мати інститути громадянського суспільства, які, можливо, кардинально змінять парадигму «уніфікованої» конституційності.

На нашу думку, реалізація наведених заходів дасть імпульс до розвитку легітимної

конституційності в Україні. Цьому ж сприятиме і накопичення конституційних традицій і досвіду з поступовим закріпленням його в Основному Законі.

#### ВИКОРИСТАНІ МАТЕРІАЛИ:

1. Б е л к и н А. А. Избранные работы 90-ых годов по конституционному праву. — СПб.: Издательство «Юридический центр Пресс», 2003. — 321 с.
2. Володимир Шаповал дав свою оцінку ситуації з розпуском Верховної Ради // Прес-служба Президента України Віктора Юшенка // <http://www.president.gov.ua>
3. З а є ц ь А. П. Правова держава в контексті новітнього українського досвіду. — К.: Парламентське видавництво, 1999. — 248 с.
4. Л а с с а л ь Ф. Сущность конституции. Что дальше. — СПб., 1905. — 67 с.
5. Ч и р к и н В. Е. Легализация и легитимация государственной власти // Государство и право. — 1995. — № 8. — С. 62—67.
6. Я к и м е н к о Ю. Ставлення громадян до соціальних і політичних інститутів та політичних лідерів // Національна безпека та оборона. — 2007. — № 10(94). — С. 21—30.

Корисне видання для студентів і викладачів:

**Цивільне право України : академічний курс : підруч. : у 2-х т. /**  
**За заг. ред. Я. М. Шевченко. — Вид. 2-ге, доп., і перероб. — К. :**  
**Видавничий Дім «Ін Юре», 2006. — 696 с. (т. 1), 521 с. (т. 2).**

Підручник підготовлено на основі нового цивільного законодавства України станом на 1 червня 2006 р., з урахуванням змін, внесених до Цивільного кодексу України згідно із законами, а також фундаментальних праць із цивільного права (дореволюційного, радянського і сучасного періодів).

У першому томі висвітлюються загальні положення щодо цивільного права, вчення про цивільне правовідношення, проблеми здійснення і захисту цивільних прав, цивільно-правової відповідальності. Розглядаються вчення про особу в цивільному праві, зміст і сутність права власності, речових прав, права інтелектуальної власності, зобов'язальне право (загальні положення), спадкове право.

Другий том присвячено окремим видам зобов'язань.

Для студентів, аспірантів і викладачів вищих навчальних закладів.



**Замовляйте видання за телефонами:**

**(044) 537-51-20, 537-51-21**

**або за електронною поштою**

**[sales@inyure.kiev.ua](mailto:sales@inyure.kiev.ua)**

**<http://shop.inyure.kiev.ua>**

## ВИЗНАЧАЛЬНІ ФАКТОРИ ПРАВОВОЇ СВІДОМОСТІ



**В. ТИМОШЕНКО**

*доктор юридичних наук, професор  
(Національна академія Служби безпеки України)*

Сучасний стан розвитку юридичної науки пов'язаний з вирішенням завдання теоретичного розроблення процесу правового регулювання суспільних відносин, створенням ефективних механізмів юридичних засобів забезпечення і захисту прав і свобод людини та громадянина, утвердження законності і правопорядку. Досягнення цієї мети обумовлюється багатьма факторами, серед яких важливе місце займають регулятиви і цінності, на основі яких будується існуючий у державі правопорядок. Це стосується насамперед правової свідомості, уявлень людей про те, яким повинен бути правопорядок і як слід ставитись до правової системи.

До дослідження окремих проблем правосвідомості, як форми суспільної свідомості, яка відображає ставлення суб'єктів правовідносин до чинного права та інших правових явищ, зверталися сучасні вчені, переважно у підручниках і навчальних посібниках, зокрема, С.Алексєєв, В. Бегінін, Г. Клімова, М. Козюбра, В. Кудрявцев, В. Малахов, Л. Мамут, Н. Осипова, О. Скакун та ін. Різним аспектам правосвідомості присвятили свої дисертації А. Бова, В. Войтов [1]. Спеціальне дослідження професійної правосвідомості проведено В. Мухіним [2]. Аналіз праць вказаних авторів дає можливість визначити малодосліджені аспекти правосвідомості, які потребують подальшої наукового розроблення. До таких аспектів належить дослідження визначальних факторів правової свідомості, характеристика

© В. Тимошенко, 2008

тих чинників, які формують перш за все індивідуальну правосвідомість.

Правосвідомість можна розглядати як сукупність правових уявлень, поглядів, оцінок, концепцій, теорій, доктрин, що виражають суб'єктивне ставлення окремо взятих осіб, груп або суспільства в цілому до правової системи залежно від визнання або заперечення цінності права, тобто його справедливості, сили та ефективності. У теорії права розрізняють окремі види правової свідомості, які розмежовують за суб'єктами, що є їх носіями, а саме: індивідуальна, групова і суспільна правосвідомість.

Індивідуальна правосвідомість — це уявлення, погляди, емоції однієї окремо взятої людини щодо права та його цінності, щодо інших правових явищ. Індивідуальна правосвідомість зазнає впливу групової і суспільної, однак, вона не є їх прямою проекцією. Будучи особливим і відносно самостійним явищем, індивідуальна правосвідомість складається в результаті взаємодії множини соціальних і психічних факторів. На правосвідомості індивіда позначаються особливості його виховання, освіти, особисті потреби та інтереси, світогляд, здібності, самооцінка, чинне законодавство та практика його застосування, навіть психологічні особливості, роль яких величезна. Можна стверджувати, що правосвідомість індивіда формується під впливом численних суб'єктивних і об'єктивних факторів.

Серед об'єктивних факторів провідну роль відіграють економічні відносини

суспільства, в якому живе індивід. Їх вплив позначається на матеріальних і духовних умовах життя людини, її суспільному статусі, світогляді. Суттєвим об'єктивним фактором є можливість реалізації законних інтересів. Законний інтерес — це насамперед соціальна, фактична можливість, або правова дозволеність, що має характер прагнення, яке підтримується державою. Законному інтересу, на відміну від суб'єктивного права, не протиставляється конкретний юридичний обов'язок, тут передбачається лише обов'язок загального характеру — поважати права і законні інтереси інших осіб. Законний інтерес фокусує в собі поєднання суспільних і особистих інтересів, виступає безпосередньою формою опосередкування інтересів і потреб учасників правовідносин. Здійснення законних інтересів пов'язано з такою формою реалізації права, як використання. Законний інтерес має диспозитивний характер. Наявність законного інтересу не обов'язково тягне за собою його реалізацію. Реалізація законного інтересу залежить від сукупності факторів і обставин у кожному конкретному випадку. Наявні фактори і обставини враховуються як при необхідності захисту законних інтересів, так і при кваліфікації певних прагнень суб'єкта щодо використання конкретного блага як законного інтересу [3, 96, 97, 108]. Якщо фактори і обставини не дають підстав для визнання певного блага законним інтересом, а особа все ж таки визнає таке благо саме законним інтересом, тут цілком ймовірна деформація правосвідомості.

Найважливішими суб'єктивними факторами, що впливають на індивідуальну правосвідомість, є загальний рівень інтелектуального розвитку особи, її світогляд, самооцінка, індивідуально-психологічні особливості, психічний стан.

З точки зору психології, правосвідомість можна розглядати як похідну пізнавальної, оціночної та регулятивної діяльності [4, 68]. Займаючи певну позицію у суспільстві і соціальній групі, враховуючи різні фактори і обставини свого буття, людина засвоює наявні норми, у тому числі і правові, а також виробляє свої особистісні норми. Особа нормативно завдає собі і свою особистісну позицію і можливі способи реалізації своїх інтересів. Такі особистісні норми характеризують індивідуальну правосвідомість.

Залежно від того, як людина оцінює свою власну поведінку, перебуває і її оцінка поведінки інших людей. Індивідуальна правосвідомість стає еталоном, орієнтиром для оцінки поведінки інших. Роль індивідуальної оцінки чітко проявляється у тому разі, якщо порівняти оцінку, дану різними людьми поведінці однієї і тієї ж самої людини, або таку ж оцінку різними людьми одного вчинку. Критерії оцінки завжди визначаються індивідуальною правосвідомістю. Можна сказати, що правова самооцінка проектується у свідомості інших людей, певної групи, суспільній правосвідомості.

Групова правосвідомість — це система уявлень певної групи або колективу про право, його цінність, про інші правові явища. При цьому та чи інша соціальна група входить до складу суспільства, тому в її правосвідомості завжди присутні оцінки, імперативи, стереотипи правосвідомості всього суспільства. Водночас певна група чи колектив має і свої критерії, стандарти, настанови, зміст яких визначається місцем даної групи в суспільстві.

Суспільна правосвідомість відтворює принципи і схеми правового спілкування, які дотримуються і стверджуються в соціальному житті незалежно від будь-чиїх суб'єктивних бажань. Така правосвідомість не є арифметичною сумою всіх наявних у даному суспільстві індивідуальних і групових правосвідомостей. Суспільна правосвідомість виступає стосовно групової та індивідуальної правосвідомості як зовнішня форма їх вираження. Окремі індивіди та групи мають враховувати вимоги і заборони, що встановлені суспільною правосвідомістю. Суспільна правосвідомість у багатьох випадках передує груповій і завжди індивідуальній. Правосвідомість кожної людини формується в процесі соціалізації під впливом поглядів, що поширюються у суспільстві в певних соціальних групах [5, 332].

Групові норми впливають на всі види поведінки членів групи. Учасник групи використовує групові норми для одержання необхідної інформації, досягнення особистих цілей, що відповідають прийнятим у групі стандартам. Водночас свідомість індивіда, який став членом групи, зазнає певних змін. Індивід залежить від соціуму, від системи. При цьому він потребує визнання системою своїх заслуг і досягнень. Прагнення до самоствердження стає одним із головних імпуль-

сів як конформізму, так і маргінальної поведінки. Адже досягти успіху в будь-якій сфері є можливим, лише прийнявши «правила гри» групи, соціальної спільноти. Індивід змушений дотримуватися соціальних стереотипів групи. Група визначає моральний образ своїх членів або комплекс моральних рис, які вони повинні проявляти у своїй поведінці. Індивід підпорядковує свої погляди поглядам групи, в результаті цього формується специфічна групова свідомість, на якій позначається практична діяльність суб'єктів соціальної групи в сфері правового регулювання, їх поведінка в процесі реалізації правових норм. Отже, соціальна структура робить індивіда залежним від неї, певною мірою обмежує його свободу. Водночас змін зазнає індивідуальна правосвідомість.

У межах груп або колективів поряд із загальними можуть проявлятися і досить специфічні тенденції і закономірності, обумовлені характером таких спільнот, в яких поряд із соціальними відіграють роль також біосоціальні і психологічні умови, які сприяють деформації правосвідомості, що проявляється у викривленні її ідеологічних, психологічних і поведінкових елементів.

У науковій літературі розрізняють наступні різновиди деформації правосвідомості: правовий інфантилізм (несформованість правових знань, оцінок, почуттів); недооцінка права (оцінка права на більш низькому рівні, ніж його дійсна цінність); правовий ідеалізм (переоцінка реальних можливостей права); правовий ригоризм (висування до права завищених, необґрунтованих претензій); правова демагогія (маніпуляція ідеєю права або правовими ідеями з метою досягнення власних корисливих інтересів); правовий нігілізм (загальне негативне, зневажливе ставлення до права, закону, правопорядку, юридичне неучтво); переродження правосвідомості (готовність до свідомого вчинення людиною навмисних, переважно тяжких злочинів, мотивами яких стають жорстокість, корисливість та ін.) [2, 12]. Найчастіше названі прояви зустрічаються на рівні індивідуальної та групової правосвідомості.

З поняттям деформації тісно пов'язане поняття девіації (відхильності). Разом з тим — це різні феномени. Девіантна поведінка передбачає хоча б часткову, локальну деформацію особистості, водночас остання

не зводиться лише до девіації, а має й інші суттєві характеристики.

Вивчення девіантності ґрунтується на двох різних точках зору. Перша розглядає девіантність як незвичайне, але при цьому стійке відхилення від статистичних норм. Іншими словами, девіантним вважається стійкий образ дій, поведінки або мислення, який не є типовим для загальної популяції. Це визначення відіграло суттєву роль у психологічному вивченні девіантності. Так, поведінку, що має відхилення, зазвичай розглядають як систему вчинків, що суперечать прийнятим у суспільстві вчинкам і проявляються у вигляді незбалансованості психічних процесів, неадаптованості, порушенні процесу самоактуалізації або ухилення від морального та естетичного контролю над власною поведінкою. Девіантна поведінка у такому разі може мати різноманітну структуру і динамічні характеристики, формуватись як ізольоване явище, або явище групового порядку, поєднувати у собі кілька форм або виражатись в одній формі, бути стійкою чи нестійкою, мати різну спрямованість і соціальну значимість. Згідно з іншою поширеною позицією, девіантність визначається через одиничні критичні події. Випадки незвичайної і надто активної поведінки, що характеризується безумством і насиллям, слугують ілюстрацією цієї точки зору. Погляд на девіантність як на критичну подію лежить в основі юридичних визначень девіантності [6, 70; 6, 166].

На формування девіантної поведінки впливають як зовнішні, так і внутрішні фактори. Зовнішні (у тому числі соціально-економічні), — це і безробіття, і низький рівень життя, і низький рівень правової свідомості. Внутрішні (або психологічні) причини девіантної поведінки зазвичай виділяють дві: незадоволені просоціальні потреби, що створюють внутрішній конфлікт особистості і призводять до появи деформованих і аномальних потреб; наявність асоціальних особистісних диспозицій (мотиваторів), що призводять до вибору асоціальних засобів і шляхів задоволення потреб та їх позбуття [7, 237]. Отже, як психологічний феномен відхильність пов'язується з розбіжностями норм активності особистості і соціальних норм.

Індивідуальна і групова правосвідомість може призводити і до антисуспільної, злочинної поведінки. Така поведінка, як правило,

пов'язана з насильством. Прояви насильства слід розглядати як результат тих цінностей, які існують (або не існують) у суспільстві. Щоб відповісти на запитання, чому має місце насильство, необхідно дослідити соціальні умови, які породжують те, що саме у певному суспільстві і державі, у певний момент часу вважається насильством. Але причиною насильства є не низький рівень правосвідомості. Люди вдаються до насильства тому, що їхні інтереси вступають у конфлікт з інтересами інших. Насильницький же спосіб вирішення конфлікту обирається саме через низький рівень правосвідомості і відповідний культурний фактор.

Насильство зазвичай розглядають як дії фізичного або психологічного характеру, які небажані для об'єкта (жертви), суперечать його волі, вважаються ним незаконними не лише в юридичному, а й психологічному смислі. Насильством, на думку А. Налгаджяна, є і така вимога, яка формально законна, але проявляється в агресивній, образливій формі [8, 158].

У психологічному розумінні справжня агресія має місце у тому разі, коли індивід ставить собі за мету заподіяння шкоди іншій людині або іншому об'єкту. Людина повинна мати відповідний мотив, який не завжди є усвідомленим. У багатьох випадках свої агресивні дії людина усвідомлює, але не усвідомлює соціальну установку, що лежить в їх основі. Такою установкою може бути, наприклад, заздрість. Заздрісники, для яких успіх іншої людини є власною невдачею, зазвичай агресивні. Призведе заздрість до реальних агресивних дій чи ні — залежить від ряду факторів, у тому числі і від ситуації. За сприятливих умов (наприклад, безпечних для них) заздрісники намагаються дискредитувати людину, її здібності і особистість у цілому. При цьому вдаються найчастіше до агресивних дій психологічного характеру: погроз, образ і принижень, несправедливості, недооцінки особистості і її досягнень, різних форм дискримінації, лайки, приписування негативних ярликів та ін. Намагаючись виправдати свою заздрість і оголосити себе кращим за іншого, заздрісник розшеплює своє уявлення про особистість об'єкта заздрощів на інструментальну і характерологічну частину, які в реальності є тісно взаємопов'язані і взаємообумовлені: його оголошують «хорошим спеціалістом», але «поганою людиною». Помилка заздрісника, за слова-

ми А. Налгаджяна, полягає у тому, що він ігнорує цілісність особистості і той факт, що досягнення людини є результатом не лише здібностей і вміння, але й не меншою мірою його характеру: вольових якостей, цілеспрямованості, працелюбства тощо [8, 190].

Заздрість може бути обумовлена різними невротичними потребами, незадоволення яких може призвести до невротичних розладів: потреби у владі, схваленні, у володінні і залежності, престижі, славі тощо. Ця психологічна проблема має важливе значення для вирішення питання осудності особи (залежно від наслідків її діяльності), а отже — і її юридичної відповідальності. Необхідно завжди визначити мотив агресії. Існує різновид агресивної поведінки, єдиною метою якого є заподіяння шкоди іншій особі. Індивід, керуючись почуттям ненависті, ворожості, люті завдає шкоди іншій особі і внаслідок цього одержує задоволення або навіть насолоду. Ворожа агресія — це насильство у прямому смислі, або насильство-самоціль. Вона є характерною для осіб із садистськими нахилами. Але є й інший різновид агресії — інструментальна, яка слугує іншій меті, є інструментом її досягнення. Такою метою може бути, наприклад, необхідність захищати власне життя або життя інших людей, бажання заволодіти майном іншої людини, одержати гроші. Агресивна мета завдяки агресивній поведінці слугує для досягнення головної мети — багатства, захоплення інших людей, кар'єри тощо. Змішаний (або комплексний) різновид агресії поєднує два або більше приблизно однаково цінних для індивіда мотиви: здійснюючи агресивні дії, людина водночас виражає свою лютю і отримує насолоду і, разом з тим, досягає якусь іншу мету [8, 90–93].

Отже, насильство може бути обумовлене особливостями психіки індивіда, що має тенденцію до агресивної поведінки. Насильство може бути також результатом психологічної кризи, пов'язаної з відчуттям відсутності влади. Різні дослідники-психологи висунули гіпотезу, що ключовим спонуканням до агресивних дій є потреба людини одержати контроль над поведінкою інших [9, 365]. Дійсно, деякі люди вважають себе жертвою, якщо у них немає відчуття реального контролю над ситуацією.

На можливість вибору насильства, як норми поведінки значно впливає групова



правосвідомість, яка може розглядати таку поведінку як належну, або, навпаки, може засуджувати її. Індивід схильний підпадати під вплив тих, з ким він себе асоціює і від кого прагне одержати схвалення. Людина, чие спілкування обмежується якоюсь групою, що обирає антисоціальну поведінку, буде дозволяти цій групі визначати свої власні цінності.

З огляду на викладене вище, уявляється цікавою думка С. Архіпова щодо суб'єктивної природи правової свідомості. Його позиція ґрунтується на тому, що кожен суб'єкт права — це, по суті, сукупність правових ідей, уявлень про те, яким повинно бути право, його норми. Звідси і правопорядок спирається на ті правові ідеї та уявлення, які виникають у правосвідомості індивіда і ним підтримуються. Отже, нормативність сама обумовлена правовою індивідуальністю, є похідною від неї. Нормативність є втіленням індивідуальності, формою буття і реалізації індивідуально-правових уявлень. Правосвідомість індивіда сама розглядає право як засіб реалізації, середовище для втілення своїх ідей і прагнень, вона перетворюється із «тіні», фону права на фактор, що сам визначає право. С. Архіпов вважає, що суб'єкт права є не лише творцем зовнішньої стосовно себе правової сфери, а й себе самого, він створює свій внутрішній правовий світ, свою правову індивідуальність [10; 83–89, 123].

На мою думку, тут недооцінюється вплив на індивіда чинного законодавства, групової та суспільної правосвідомості. Виникає запитання: як бути у тому разі, коли думка двох окремо взятих індивідів щодо певного правового явища суперечить одна одній? Думці якого індивіда надати перевагу? Мабуть, того, чия думка збігається з нормою закону або хоча б з груповою чи суспільною оцінкою цього правового явища.

Таким чином, можна зробити висновок про наявність прямих зв'язків внутрішніх

мотиваційних тенденцій людини до дії із соціальною детермінацією її психіки, а отже — і правосвідомості. Розкриття цих механізмів відкриває нові шляхи для дослідження, а можливо — і для усунення таких явищ, як зловживання правом, невиконання правових приписів, порушення норм права. Особливо небезпечним наслідком деформації правосвідомості, який заслуговує на поглиблене дослідження, є саме зловживання правом, яке через ілюзорну схожість з правомірною поведінкою надто складно виявити. Зловживання правом завжди зовні виступає як дія особи, що здійснюється в межах належного цій особі права. До того часу, коли не буде доведена об'єктивно існуюча спрямованість дій особи на заподіяння шкоди іншим особам, вона залишається некаранною, оскільки на практиці дуже важко встановити наміри особи завдяки використанню свого права заподіяти шкоду іншій особі [11, 60].

Сучасні вчені-юристи повинні зосередити свої зусилля на дослідженні і поясненні ролі визначальних факторів правової свідомості, розкритті прихованих механізмів впливу на індивідуальну, групову і суспільну правосвідомість. Таке дослідження необхідне для належного регулювання суспільних відносин, реалізації суб'єктивних прав і свобод, виконання юридичних обов'язків, оскільки дасть можливість визначити закономірності поведінки людини, зрозуміти її мотиви і тенденції, нейтралізувати вплив різноманітних негативних факторів. Соціальна стабільність у суспільстві і державі, вираженням якої є законність і правопорядок, значною мірою обумовлена правовою свідомістю населення, яке сприймає приписи закону, дотримується їх у своїй поведінці, користується правами і свободами, не заподіюючи при цьому шкоди іншим суб'єктам права.

#### ВИКОРИСТАНІ МАТЕРІАЛИ:

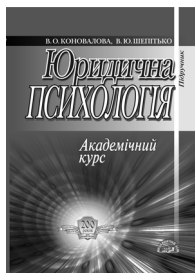
1. Б о в а А. А. Зміст і структура правосвідомості населення України: Автореф. дис. ... канд. соц. наук: 22.00.03 / НАН України. Інститут соціології. — К., 2006. — 19 с.; В о й т о в В. В. Соціально-філософський зміст правосвідомості: Автореф. дис. ... канд. філ. наук: 09.00.03 / Запорізький нац. ун-т. — Запоріжжя, 2007. — 19 с.
2. М у х і н В. В. Професійна правосвідомість: поняття, особливості, функції: Автореф. дис. ... к. ю. н.: 12.00.01 / Нац. юрид. академія України ім. Ярослава Мудрого. — Х., 2007. — 20 с.
3. М а л ь к о А. В., С у б о ч е в В. В. Законные интересы как правовая категория. — СП-б., 2004. — 359 с.

4. Б у д р е й н а Н. Н. Профессионализм и правосознание в деятельности правоохранительных органов // Проблемы укрепления законности и правопорядка: история и современность: Межвузовский сборник научно-практических трудов. — Иваново: Ивановский филиал Владимирского юридического института Министерства юстиции России, 2001. — С. 68–74.
5. Л а з а р е в В. В., Л и п е н ь С. В. Теория государства и права: Учебник для вузов. — 3-е изд., испр. и доп. — М., 2004. — 528 с.
6. М е н д е л е в и ч В. Д. Психология девиантного поведения. — СПб., 2005. — 445 с.; Психологическая энциклопедия. 2-е изд. / Под. ред. Р.Корсини, А.Ауэрбаха. — СПб., 2003. — 1096 с.
7. И л ь и н Е. П. Мотивация и мотивы. — СПб., 2006. — 512 с.
8. Н а л г а д ж я н А. Агрессивность человека. — СПб., 2007. — 736 с.
9. Мотивация поведения: биологические, когнитивные и социальные аспекты / Р.Фрэнкин. — 5-е изд. — СПб., 2003. — 651 с.
10. А р х и п о в С. И. Субъект права: теоретическое исследование. — СПб., 2004. — 469 с.
11. К р и ж а н і в с ь к и й А. Ф. Феноменологія правопорядку: поняття, виміри, типологія. — О., 2006. — 196 с.

Видавничий Дім «Ін Юре» пропонує:

### Юридична психологія

**Коновалова В. О., Шепітько В. Ю. : академічний курс :  
Електронний підручник на CD. — К. : Видавничий Дім «Ін Юре», 2007.**



Пропонований підручник — це спроба упорядкування проблем загальної та юридичної психології, висвітлення психологічних закономірностей у системі «людина — право». Детально викладені методологічні засади юридичної психології, її природничо-наукові основи, психологічні особливості процесуальної діяльності, проблеми кримінальної та пенітенціарної психології.

Розрахований на студентів юридичних вищих навчальних закладів, а також може бути корисним аспірантам, викладачам, працівникам судових та правоохоронних органів.

**Замовляйте видання за телефонами:**

**(044) 537-51-20, 537-51-21**

**або за електронною поштою**

**[sales@inyure.kiev.ua](mailto:sales@inyure.kiev.ua)**

**<http://shop.inyure.kiev.ua>**

# ОЗНАКИ СУЧАСНОГО ПРАВОПОРЯДКУ В КОНТЕКСТІ ТРАНСФОРМАЦІЙНИХ ВИКЛИКІВ

**А. КРИЖАНІВСЬКИЙ**

*кандидат юридичних наук, доцент  
(Одеська національна юридична академія)*

**П**опри очевидну «розколоти́сть» свідомості у сучасній Україні, поляризацію оцінок тих чи інших політичних і правових явищ різних верств населення, політиків, державних діячів, і навіть науковців, є питання, щодо якого існує своєрідний соціальний «консенсус» — це стан правового порядку у нашій країні в тих історичних умовах, у яких ми всі нині існуємо. Не тільки фахівці, які обізнані у питаннях реального стану правової сфери, а й так звані пересічні громадяни, є свідками кричущих порушень законності у діяльності державних інституцій (у тому числі й найвищих), правосуддя, правоохоронних органів. На собі чи на своїх близьких люди відчують вельми низький рівень правового порядку у громадських місцях, на виробництві у трудових відносинах, в економічній і політичній сферах та ін.

Загалом стан правової сфери в Україні сприймається як кризовий, хоча важливим фактором таких жорстких оцінок, як це не парадоксально, є зростання соціальних очікувань і надій, породжених проголошенням ідей верховенства права, прав людини та правової держави, і певними позитивними зрушеннями у правовій сфері. Суттєве значення має і зміна у свідомості значної частини громадян «ідейних» векторів правового розвитку — від тоталітарного до ліберального, і навіть демократичного.

Є ще одна даність — як ніколи високий рівень злочинності та інших правопорушень, а особливо — організованої злочинності і корупції, незахищеність громадянина перед свавіллям чиновника і зухвалістю злочинця, позиція «над законом» не тільки для нуворишів і можновладців, а й для будь-кого, хто може добре заплатити. Всьому цьому українська державна влада в ряді випадків неспроможна ефективно протидіяти часто-густо через небажання окремих політиків і чинов-

© А. Крижанівський, 2008

ників, внаслідок чого утворюється критична ситуація, подолання котрої вимагає потужної політичної волі професіоналізму, і головне — підтримки суспільства.

Водночас у доктринальній [1], а посту-пово — і у суспільній свідомості [2, 254–255] визріває розуміння того, що без надійного, адекватного до умов світового розвитку, впровадження суспільної життєдіяльності у нашій країні неможливо сподіватися на ста-ле економічне зростання, функціонування демократії, а отже — на забезпечення цивілізованого життя українського народу у власній країні. Відтак великого значення набуває сприйняття науковцями цієї проблеми як імперативу, виконання як чи не найважливішого «соціального замовлення» вітчизняними правниками — наукового обґрунтування «стратегії і тактики» забезпечення правового порядку у суспільстві в процесі масштабних соціальних трансформацій.

Справедливості заради слід визнати, що свого часу питання теорії і практики формування правового порядку були предметом вивчення цілої когорти відомих правників. Завдяки зусиллям М. Александрова, В. Борисова, В. Варчука, П. Граціанського, О. Іоффе, В. Кайназарова, С. Кечек'яна, Г. Котляревського, В. Лазарева, О. Мовчана, О. Мураметса, П. Недбайла, О. Піонтовського, Л. Попова, П. Рабіновича, І. Самошенка, Б. Саванелі, М. Шаргородського, Т. Шамби, Л. Явича та інших була розроблена теорія правового порядку, ряд висновків і положень якої зберігають своє значення до сьогодні. Проте ґрунтовні трансформації, котрі здійснюються у всіх сферах суспільного життя, в тому числі і масштабні зрушення у правовому бутті, вимагають нового осмислення природи правового порядку, його образу у сучасному суспільстві та вироблення сучасної парадигми (О. Сауляк), яка б відповідала реаліям світу ХХІ століття, що

глобалізується, вирішує загальні енергетичні і екологічні проблеми, протистоїть міжнародному тероризмові, організованій злочинності та іншим викликам. Власне, для України цей перелік доповнюється і завданнями будівництва правової держави, утвердження верховенства права, поглиблення демократії, необхідністю здійснення широкоформатної правової реформи тощо.

Проте ставлення вітчизняної теоретичної, галузевої і практичної юриспруденції до проблематики правопорядку є далеко не адекватним ролі і значущості цього феномена у життєдіяльності і окремих громадян та їхніх спільнот, і суспільства у цілому. «Зовні» це виявляється у мізерній кількості наукових публікацій українських правників щодо теоретичних і емпіричних аспектів правопорядку доби Незалежності. Така ситуація має своє пояснення: вироблена радянською юриспруденцією етатистська парадигма правового порядку виявила свою неспроможність відповісти на виклики глобалізації і постмодерну, вступила у протиріччя із вектором сучасного правового розвитку, спрямованим на досягнення верховенства права, пріоритету прав людини, становлення громадянського суспільства і формування правової держави в Україні. А виробити нові підходи, які знаменували б прорив на новий рівень доктринального осягнення правового порядку, можливо тільки за умови накопичення «критичної маси» якісно адекватного природі і реальному стану цього феномена методологічного і теоретичного інструментарю, прирощення якого допоки відстає від потреб правового життя. Ситуацію негативно посилює і те, що період актуалізації методологічного і змістовного оновлення української юриспруденції збігся з кризовими тенденціями у правничій сфері країн усталеної демократії [3, 13].

Коло проблем, які чекають висвітлення правниками-теоретиками, представниками галузевої і прикладної юриспруденції, охоплює поняття і структуру правопорядку, базові (ключові) принципи, на основі яких має вибудовуватися його ідеальна модель: критерії, що дозволяють дати об'єктивну оцінку його реального стану в різних сферах суспільного життя; шляхи зміцнення правопорядку в умовах трансформацій; ускладнення соціально-політичної та економічної обстановки та ін. [4, 166–167], становлять необхідні компоненти сучасної теорії правопорядку.

Очевидним є й те, що успадковані від радянської доби «лінійні» уявлення про правопорядок як результат соціалістичної законності, тобто як наслідок «суворого і неухильного виконання всіма державними органами, посадовими особами, громадськими організаціями і громадянами законів і підзаконних актів», в умовах деідеологізації правової сфери значною мірою втратили свою суспільну привабливість і дієвість., проте не можуть бути подолані в рамках ортодоксальної парадигми забезпечення законності і правопорядку.

Одним із концептів, який спроможний стати рушійним теоретичним і практичним засобом позитивних трансформацій у сфері впорядкування суспільної життєдіяльності, могла б стати категорія «сучасний правопорядок». Теоретичний (науковий) образ сучасного правопорядку має бути адекватним реальному стану правової впорядкованості суспільного життя, оскільки саме наукове мислення здатне охопити основні іпостасі правопорядку у процесі взаємодії факторів і складових правопорядку, причому не тільки «позитивних», а й тих, які становлять протидію правовому впорядкуванню суспільного буття [5].

Тут необхідне наступне уточнення: категорія «сучасний правопорядок» охоплює не всі правопорядки, які існують в сучасності, тобто в даний історичний момент, а тільки ті, якість і рівень котрих відповідає домінуючим у сучасних умовах уявленням і критеріям. З іншого боку, категорія «правопорядок» не співвідноситься з правопорядком у історичному вимірі, тобто це не означає, що йдеться про правопорядок у минулому. Йдеться, знов-таки, про невідповідність конкретного правопорядку певним критеріям і вимогам.

Постановка питання щодо сучасного правопорядку актуалізується тим, що правопорядок — це динамічний феномен; зміни його станів можуть сягати критичних позначок. У ситуації, коли стан впорядкованості суспільного буття падає до найнижчого рівня, хаос і дезорганізація правової сфери у певний момент ставлять під сумнів сам факт існування правопорядку, внаслідок чого сталий і впорядкований розвиток суспільства входить у зону підвищених ризиків. Отже, відсутність певного «мінімуму» правопорядку є тією межею, за якою починається розпад суспільства, порушення і розірвання

необхідних для збереження його цілісності зв'язків. Разом з тим, «мінімум» правопорядку — це тільки межа виживання і самозбереження суспільства. Для його сталого розвитку, і тим більше — для процвітання необхідний правопорядок відповідної якості. Саме у цьому і є ключ до розуміння категорії «сучасний правопорядок».

Концептуальне обґрунтування сучасного правопорядку має своєю метою виявлення тих його рис і властивостей, котрі складуть теоретичну конструкцію сприятливого для суспільства рівня правової впорядкованості, дадуть можливість його відмежування від такого, який є непридатним для забезпечення сталого і динамічного розвитку суспільства в основних сферах його життєдіяльності.

До головних ознак сучасного правопорядку слід віднести наступні.

1. Сучасний правопорядок має ґрунтуватися на розумінні суспільною правосвідомістю ідеї права як міри свободи, справедливості і формальної рівності. Воно несумісне з етатистським праворозумінням, яке виходить з того, що рамки свободи і справедливості визначаються державою. Різноманітні прояви ідеалізації держави як інституції, що найбільше зацікавлена у встановленні правопорядку [6, 56], породжують ілюзії, які тільки віддаляють від дійсно правових основ формування правопорядку. Науковий підхід до визначення ролі держави у забезпеченні сучасного правопорядку аж ніяк не може ґрунтуватися на вірі у «хорошу» державу, яка «зацікавлена у забезпеченні свободи». Раціональне, послідовно наукове вирішення цієї проблеми має ґрунтуватися на чіткому визначенні місця і ролі держави у цій сфері таким чином, щоб її діяльність, з одного боку, була «додатковою» до суспільної самоорганізації, достатньою, але не надлишковою, а з іншого, — потрібною суспільству і ефективною.

2. Сучасний правопорядок має ґрунтуватися саме на правових джерелах, тобто на тих, які отримують витоки із природного права, визнаних цивілізованим світом стандартів прав і свобод людини. Такі джерела правопорядку (нормативно-правові акти, прецеденти, правові цінності і традиції) є «рівноправними» у правовому регулюванні суспільних відносин і формуванні правопорядку, а закон (якби він визнавався як головний чинник порядку, то призводив би до

встановлення тільки «законопорядку») визнається джерелом правопорядку за умови, що він є правовим законом.

3. Сучасний правопорядок — це легітимний порядок у правовій сфері, тобто фактичний (реально існуючий) стан впорядкованості правової життєдіяльності суспільства, який підтримується домінуючою частиною суспільства, передусім громадянським суспільством. Легітимність правопорядку спричиняється його відповідністю інтересам і потребам, передусім громадянського суспільства, яке солідаризується з існуючим правопорядком, своєю волею та зусиллями сприяє його утвердженню та усталеному функціонуванню.

4. Сучасний правопорядок — це легальний порядок у правовій сфері, який завдяки суспільній свідомості і інституціям громадянського суспільства (передусім, незалежних і неупереджених засобів масової інформації) відновлюється і розвивається як стан відкритого, прозорого правового буття. Адекватність сприйняття правопорядку суспільством не деформується ідеологічними штампами і офіційними міфами. Латентні правові процеси, нелегальні квазі-юридичні практики та інші відхилення від сучасного правопорядку знаходять належну, передусім доктринальну і професійно-правову оцінку та піддаються раціоналізованому впливам відповідних (передусім владних) інституцій.

5. Сучасний правопорядок — це економічно доцільний, морально обґрунтований і релігійно вивірений правопорядок. Такі його риси характеризують не тільки сприятливість до економічного розвитку, а й те, що забезпечення правопорядку не вимагає надзвичайних матеріальних і фінансових затрат від суспільства, не є важким тягарем для державного бюджету. Моральні і релігійні підґрунтя правопорядку забезпечують його надійність і усталеність і додаткову легітимність в очах суспільства.

Очевидно, що подальше обговорення поставленої проблеми виявить й інші риси сучасного правопорядку, проте і наведене дає підстави характеризувати його як можливу парадигму формування теорії правопорядку, здатної відповісти на виклики трансформаційних процесів у правовій сфері українського суспільства.

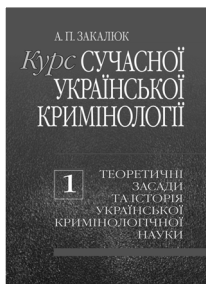
**ВИКОРИСТАНІ МАТЕРІАЛИ:**

1. Крисюк Ю. Соціальний та правовий порядок і стабільність суспільства: взаємозв'язки та взаємообумовленість // Право України. — 2007. — № 7. — С. 30–33.
2. Козловський А. А. Право як пізнання: Вступ до гносеології права. — Чернівці, 1999. — 295 с.
3. Берман Г. Дж. Западная традиция права: Эпоха формирования / Пер. с англ. — 2-е изд. — М.: ИНФРА-М—НОРМА, 1998. — 624 с.
4. Сауляк О. П. Парадигма правопорядка: современное прочтение // Правоведение. — 2006. — № 3. — С. 166–178.
5. Див.: Крижанівський А. Ф. Образ правопорядку // Наукові праці Одеської національної юридичної академії. Том 6. — Одеса: Юридична література, 2007. — С. 78–88.
6. Аврутин Ю. Е., Кикоть В. Я., Сыдорук И. И. Правопорядок: организационно-правовое обеспечение в Российской Федерации. Теоретическое административно-правовое исследование. — М.: ЮНИТИ—ДАНА, 2003. — 456 с.

Вийшов у світ:

**Закалюк А. П. Курс сучасної української кримінології :  
теорія і практика : у 3 кн. — К. : Видавничий Дім «Ін Юре», 2007.**

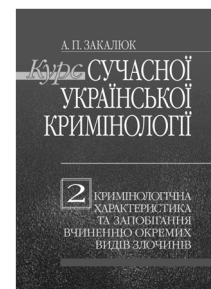
**Книга 1 : Теоретичні засади та історія української кримінологічної  
науки. — 424 с.**



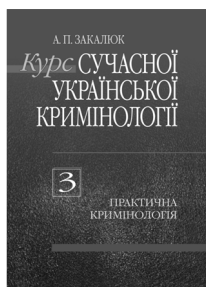
У Книзі 1 системно викладено сучасний стан та історію розроблення в українській кримінологічній науці теоретичних проблем її поняття, предмета, системи, методології, сутності злочинності, її причин і умов, особи злочинця, механізму злочинної поведінки, прогнозування злочинних проявів, їх запобігання.

**Книга 2 : Кримінологічна характеристика  
та запобігання вчиненню окремих видів злочинів. — 712 с.**

У Книзі 2 розглядається систематизована за окремими видами злочинів кримінологічна інформація стосовно того, як загальні положення теорії кримінології, викладені у Книзі 1 Курсу, реалізуються в українському суспільстві, якого змісту — теоретичного і прикладного — вони набувають. Наведена з кожного виду злочинів інформація згрупована навколо двох основних питань: кримінологічної характеристики та видових особливостей запобігання. Книга 2 містить багато сучасної наукової, у тому числі емпіричної, інформації з названих питань.



**Книга 3 : Практична кримінологія. — 312 с.**



У Книзі 3 вперше висвітлено кримінологічні засоби запобіжної та іншої правоохоронної діяльності, містяться міркування автора щодо перспектив кримінології в Україні, запропоновано відповідні кримінологічні засоби та технології для прикладного використання.

**Замовляйте видання за телефонами:**  
**(044) 537-51-20, 537-51-21**  
**або за електронною поштою**  
**sales@inyure.kiev.ua**  
**http://shop.inyure.kiev.ua**

## ДО ПИТАННЯ ПРО «ОСНОВНУ МЕТОДОЛОГІЧНУ ДИЛЕМУ» В ЮРИСПРУДЕНЦІЇ



**І. ТІМУШ**

*кандидат юридичних наук (м. Київ)*

**Я**к уся попередня історія теоретичного осмислення та практичного втілення правових начал суспільної організації, так і сучасний стан цих виявів цивілізованого буття людини характеризуються доволі широким діапазоном не лише концептуальних підходів до феномена права, а й тих методів, засобами яких останнє здобувало своє вираження в певних знаннях, орієнтирах чи способах реалізації. Не вдаючись навіть до перерахування бодай малої частини таких методів, можна цілком упевнено стверджувати, що обґрунтування кожного з них (незалежно від того, чи йдеться про вже існуючі та апробовані, чи про потенційні методи права, котрі лише мають можливість бути розробленими та застосованими), врешті-решт, неодмінно «упиратиметься» в дилему, породжену своєрідною «подвійністю» природи людського світовідношення. В даному випадку мається на увазі його роздвоєння на інтелектуально-дискусивне та чуттєво-інтуїтивне (що виявляється вже на нейрофізіологічному рівні у вигляді функціональної асиметрії між лівою та правою півкулями головного мозку людини). Відповідно, у царині методологічних підвалин наукового пізнання (у тому числі, безумовно, й правознавства) спостерігається досить чітко виражена дивергенція підходів, заснованих на домінанті раціонально-логічного аспекта організації застосовуваних методів та підходів, що ґрунтуються переважно на «позараціональних факторах» (інтуїції, психологічних установках суб'єкта, ціннісних преференціях тощо). Таким чином, незалежно від світоглядних, політичних, релігійних,

© І. Тімуш, 2008

моральних чи інших орієнтирів дослідника, він так чи інакше стикається з проблемою вибору між такими підходами (котру, в силу зазначених обставин, можна назвати «основною дилемою») при визначенні власної методологічної спрямованості.

Слід, однак, зауважити, що протиборство та взаємоневизнання згаданих двох підходів має для науки як такої не стільки креативне значення (адже, безперечно, розробки з удосконалення кожної з цих альтернативних орієнтацій методології стимулюється успіхами опонентів), скільки породжує та підсилює недовіру до самої науки як нездатної вирішити власні теоретико-методологічні суперечності. В свою чергу, вирішення таких суперечностей може мати три принципові варіанти. Перший з них (до речі, найбільш поширений) полягає в аргументації прийнятності однієї з контрверсивних позицій та, відповідно, неприйнятності іншої (цей варіант є ефективним у тому разі, коли вдається продемонструвати суперечливість основоположень чи логічних наслідків, що з них випливають, лише по відношенню до однієї з двох методологічних альтернатив); при цьому суперечність усувається через виключення неприйнятної, з цієї точки зору, позиції. Другий варіант передбачає (в разі суперечливості чи предметно-методологічної невідповідності обох таких позицій) розробку принципово нового підходу, котрий забезпечував би можливість «зняття» суперечностей та невідповідностей двох своїх конкуруючих попередників, витісняючи останні з теоретико-методологічної авансцени (як це спостерігалось,

скажімо, при подоланні корпускулярно-хвильового дуалізму в фізичній теорії світла шляхом створення його квантової теорії). Нарешті, третій варіант вирішення дилеми полярних методологій (за умови несуперечливості та позитивності наслідків їхнього застосування) спрямований не стільки на виявлення вразливості та відкидання якоїсь з них, скільки на пошук концептуальних засад їх синтетичного єднання та взаємодоповнюваності: адже згадана «незвідність до абсурду» (тобто неотримуваність взаємовиключних наслідків з принаймні умовного визнання кожної з таких методологічних позицій) не дає підстав для обгрунтованого відхилення жодної з них; в той же час наявність позитивного (конструктивного) досвіду їхнього використання в пізнавальній та практичній діяльності схиляє до ідеї інтеграції цих методологій з метою взаємного підсилення їхнього потенціалу. І хоча вони зазвичай різняться предметними сферами свого застосування, когнітивними засобами, цільовими орієнтирами, практико-реалізаційними моделями тощо, ці відмінності можуть виявитися наслідками, по-перше, «неоднорідності» досліджуваних явищ (в силу чого й поняття «істинності» їхнього сприйняття також буде багатовимірним та неоднозначним, а тому потребує різних методологій підходу до них). По-друге, концептуальні підвалини кожного з альтернативних методів сягають своїм ґносеологічним корінням, як правило, різних «метафізичних матриць», довести чи спростувати які шляхом співставлення з емпірично даною реальністю у більшості випадків не виявляється можливим, а, отже, згадані методологічні диверсифікації неодмінно супроводжуватимуть людське відношення до будь-якого феномена. По-третє, встановлюючи своєрідні «мости» між різнопредметними методологіями, ми тим самим розширюємо та поглиблюємо сферу координації між мислимим та реальним завдяки досягненню методологічної єдності шляхом інтегрування партикулярних підходів; тим більше, сьогодні вже цілком зрозуміло, що така єдність не може бути отриманою через встановлення «методологічного монізму» (в силу принципової неможливості створення методу, що був би ефективним по відношенню до усіх наявних та потенційних предметних областей і, таким чином, робив би «зайвими» всі інші методи).

Повертаючись до аналізу дилеми логіко-дедуктивістських та психолого-інтуїтивістських методологічних концепцій в юриспруденції, спробуємо насамперед з'ясувати, наскільки кожен з даних підходів є виправданим з точки зору його несуперечливості, повноти та ефективності в плані правоомислення й правореалізації. Лише після цього, залежно від результатів такого дослідження, можна буде вести мову (на підставі наведених вище «метаметодологічних» міркувань) про доцільні напрями реформування концептуальних основ сучасної правової методології.

Характеризуючи давність, «живучість» та пізнавально-практичну раціональність логіко-дедуктивістської парадигми в юриспруденції, послідовний прихильник цієї парадигми, М. Р. Коен у своїй статті «Місце логіки в праві» (1916 р.) зазначив: «Так само, як і класичні римляни, ми використовуємо... найдивовижніше відкриття стародавніх греків — раціональну дедуктивну систему. Ми прагнемо звести систему права до найменшого числа загальних принципів, з яких могли б бути отриманими всі можливі випадки, аналогічно тому, як ми намагаємося звести наші знання про природу до дедуктивної математичної системи. Ця раціональна форма надає праву повної свободи від свавілля і таким чином задовольняє сучасну вимогу рівності у здійсненні права» [9, 624]. Очевидно, що тут йдеться насамперед про прагнення такої «логічно-універсалізованої» обгрунтованості права, котра не залежала б від варіативності суб'єктивної волі. Лише за цієї умови в межах розглядуваного методологічного підходу вбачається можливість перетворення права на дійсно «справедливого та неупередженого арбітра» людських взаємовідносин. Як відомо, така методологічна позиція є досить характерною для позитивістсько-нормативістських концепцій права. Адже останнє подається в таких концепціях виключно як джерело суспільного порядку (а не як засіб гарантування необхідної свободи самореалізації особистості); тому основним джерелом права тут виступає організуюча та упорядковуюча владна воля, котра, в свою чергу, має бути також логічно упорядкованою (в іншому разі, тобто за умови відсутності логічної послідовності нормативного вираження владної волі, правове регулювання не протидіятиме стихійній хаотизації суспільства).



Щоправда, такий підхід наражається на критику принаймні з двох позицій. По-перше, він аж ніяк не позбавляється суб'єктивізму, оскільки його «логіко-раціональна оформленість» підпорядкована волюнтаризмові влади, котрий складає базовий зміст даного типу праворозуміння. По-друге, відкидаючи будь-яку онтологію права та наполягаючи на суто деонтологічній його природі, класичний позитивізм приходить до внутрішньої суперечливості власної теоретико-методологічної доктрини: з одного боку, ця доктрина передбачає жорстку логіку обґрунтування правових норм; з іншого, в силу пов'язаності логіки з такими онтологічно скорельованими поняттями, як «істинність» та «хибність», позитивісти змушені досить скептично ставитись до логічної дедукції там, де мова йде про «деонтичні висловлювання», що репрезентують правову належність, а не наявну природно-суспільну реальність. Такі «висловлювання мають «прескриптивний зміст» і не виражають істинних чи хибних висловлювань», а тому «за такої інтерпретації... мова про відношення суперечності чи логічного впливання (*стосовно деонтичних виразів*. — І. Т.)... стає безсмысленою» [2, 293].

Разом з тим, незважаючи на те, що «позитивісти-скептики, такі, як Альф Росс, котрі піддавали сумніву можливість існування деонтичної логіки, в певному розумінні мали рацію, коли стверджували, що норми не мають логіки або що нормативні судження «алогічні», ... про норми-спонукання до дії, а також про норми як такі можна судити в різних аспектах і на різних рівнях *раціональності*. Більше того, деякі такі аспекти можна поєднати з дослідженнями строго логічного характеру...» (там само). Адже внутрішня організація правової належності не може (якщо ми прагнемо її реалізованості) залишатися осторонь організації самого буття, в контексті якого передбачається здійснення нормативних приписів права. Відповідним чином, можна стверджувати, що згадана організація не може бути суто довільною і має підпорядковуватися певним обмежуючим міру її свободи принципам, котрі, власне, і складатимуть основу її логічного упорядкування.

Наприклад, одним з логічних критеріїв раціональності будь-якого нормативного кодексу є його виконуваність: «кодекс, що є виконуваним, має бути насамперед *норма-*

*тивно-несуперечливим*» [10, 151]. Йдеться про те, що всі стани речей, котрі є обов'язковими згідно з нормами даного кодексу, повинні бути досяжними на усьому часовому проміжку його чинності, а ті, що є дозволені цими нормами, мають бути здійснюваними принаймні на деяких відрізках такого проміжку (інакше з цілком об'єктивних причин обов'язки будуть виконуваними далеко не завжди, а дозволами не можна буде скористатися взагалі ніколи). Крім того, звичайно, незалежно від прескриптивного змісту самих норм, ми не можемо розумно дозволити і заборонити одну й ту саму дію за одних і тих же умов її виконання або ж встановити певний обов'язок і при цьому накласти заборону на ті чи інші її логічні наслідки тощо.

Варто, однак, зазначити, що проблема побудови деонтичної логіки, котра ефективно пов'язувала б деонтологію прескриптивних висловлювань про належне з онтологією функцій та операторів, що лежать в основі логічних залежностей між дескриптивними висловлюваннями про дійсне, ще й досі є відкритою через ряд перешкод («деонтичних парадоксів»), утворюваних при спробах такого поєднання [3, 206–217]. Але ж, «попри всі труднощі, котрі виникали на шляху побудови деонтичних числень протягом усієї їхньої історії, останні щоразу, після кожної невдалої спроби таких побудов, знову привертати до себе дослідницьку увагу, оскільки остаточна відмова від цієї ідеї була б рівносильною алогізацією, що, врешті-решт, призвела б до неприпустимої міри суб'єктивності будь-якої діяльності, пов'язаної з прийняттям та застосуванням норм. Адже тоді не доцільно навіть ставити питання про раціональність того чи іншого кодексу, через відсутність логічних критеріальних вимірів останньої» [3, 204].

Щоправда, стосовно прагнення «раціоналізації права» існує і протилежна думка, що взагалі ставить під сумнів не те щоб можливість, а й навіть доцільність спроб узгодження реальності взагалі (а, зокрема, й правової) з якими-небудь «мірилами розуму». Як висловився з цього приводу Ф. А. фон Хайек, «попереднє формування деякого порядку чи схеми в людському розумі або свідомості аж ніяк не є найкращим, а, навпаки, це є найгірший спосіб встановлення порядку. Адже розум — це завжди тільки мала частка загальної системи, і він в змозі відоб-

разити лише деякі риси останньої. Наскільки малоімовірно, що людський розум здатен взагалі коли-небудь повністю пояснити себе, настільки ж малоімовірно, що він спроможний пояснити чи передбачити результати взаємодії величезної кількості розумів» [7, 138].

Незважаючи на те, що насправді метою розуму далеко не завжди є «попереднє формування порядку» та його «нав'язування» дійсності і, тим більше, його призначення не може асоціюватись з такою утопічно-нереальною ідеєю, як «повне та абсолютне» пояснення й передбачення власної природи чи природи навколишнього світу, ми маємо все-таки визнати певну «однобокість» суто раціоналістичних та логістичних підходів до вивчення права. І справа тут не стільки у вразливості самих цих підходів, скільки у тому, що, «як і багато інших корисних інструментів, логіка може бути дуже небезпечною, і потребується велика мудрість для її належного застосування» [9, 638]. При цьому варто зауважити, що джерелом такої небезпеки є не лише можливість некоректного використання логічних засад побудови міркувань та доведень, а й насамперед істотна неоднозначність вихідних ціннісних та психологічних установок суб'єкта, від яких залежить базове спрямування його аргументації. Відповідно, «юристи, як й інші люди, є у своїх установках на застосування логіки або інтелектуалістами, або містиками. Інтелектуаліст не тільки вірить у всі результати аналітичного міркування, але й у те, що іншим шляхом і не може бути отримано ніякого надійного результату... Містики ж не довіряють логічному міркуванню, довіряючи інтуїції, здоровому глуздові або відчуттю. Але ж чи можемо ми підписатися під забобоном, начебто тільки блаженні та злиденні духи є натхненними з небес?» [6, 89].

З іншого боку, правова належність, дійсно, не є результатом «чистої» логічної дедукції з фактичної реальності людського буття. В своїй основі право ґрунтується на *відчутті* справедливості, котре завжди є ціннісно релевантним і тому не може бути описаним виключно з позиції істиннісних матриць логіки. Навіть такі, здавалося б, «цілком об'єктивні» форми реєстрації дійсності в знанні, як факти, не можуть бути позбавленими залежності від світоглядних, психологічних та інших «передлогічних» установок спостерігача, що «змушують» різних

людей неоднаково сприймати та оцінювати одні й ті самі факти. «Ця залежність індивідуального значення від персональної системи співвіднесень є чимось таким, що більшість з нас вважають саме собою зрозумілим, коли ми відмовляємось сперечатися з питань релігійного культу. А чи не простежується така сама залежність значення та істини від варіативного контексту і за межами релігії, навіть у тих мирських царинах, котрі цікавлять адвокатів та їхніх клієнтів? Чи не можемо ми говорити навіть, що право як сфера постійних суперечок є таким полем, в якому накладання різних значень на одну й ту саму усну формулу виступає як найбільш характерний та найсуттєвіший атрибут?» [8, 123]. Тому застосування певної правової норми (котра сама по собі містить лише *формальну можливість* здійснення права) завжди потребує цілої низки специфікацій стосовно конкретних умов, що підпадають під дію загальної норми, психологічних особливостей та ціннісних пріоритетів, здатних впливати на процедури та результати такого застосування тощо.

У зв'язку із зрозумілими труднощами, а нерідко й неможливістю здійснення належної міри такої специфікації, деякі дослідники феномена права наполягають на зміщенні акценту з його нормативно-узагальнених форм до його емоційно-психологічного змісту: тобто не «відчуття справедливості» має бути похідним від чинної правової нормативності, а навпаки. Наприклад, ще Л. Петражицький у праці «Теорія права та держави у зв'язку з теорією моральності» (1909 р.) виклав ідеї щодо емоційного тлумачення сутності права, вирізняючи в системі останнього такі його різновиди, як інтуїтивне та позитивне, а також офіційне та неофіційне право. При цьому навіть позитивне право інтерпретується в контексті даного праворозуміння як правові емоції, які супроводжуються посиленнями на дещо зовнішнє (і не лише на чинне законодавство), що певним чином зумовлює поведінку суб'єкта. Решта правових емоцій являють собою інтуїтивне право, відчуття якого притаманне окремим особам і котре залежить виключно від їхніх природних задатків та особливостей психіки. Офіційне право розглядається тут як підвид позитивного права і складає ту частину правових емоцій, що підлягають підтримці з боку представників державної влади, «за обов'язком їхнього суспільного

служіння». Право ж, котре позбавлене такого значення в державі і не забезпечується відповідною державною підтримкою, належить до неофіційного права [5, 97].

Дана позиція неодноразово піддавалася досить ґрунтовній критиці як така, що заперечує момент об'єктивності права, повністю психологізуючи його та ґрунтуючи на необмеженій довільності методологічних передумов. Зокрема, на думку одного з перших опонентів цієї теорії Б. Кістяківського, вона підмінює вивчення дійсної природи права дослідженнями «правової психіки», в якій сутнісні характеристики правового буття отримують лише своє суб'єктивне, а нерідко й спотворене, відображення: «насправді ж буття однаково притаманне як явищам, що пояснюються за допомогою категорії необхідності, так і явищам, визначуваним категорією належного...» Становлення моралі чи права «не є еволюційним процесом, зумовленим різноманітними стихійними силами, як наприклад, сліпими силами фізико-психічної організації людини або ж простим розвитком суспільних відносин. Навпаки, воно є результатом цілком усвідомлених етичних дій людей, здійснених в ім'я категоричного імперативу» [4, 92, 93]. Однак, на мій погляд, така протизагн правовому психологізмові онтологізація морально-правових ідеалів також навряд чи є прийнятною: адже за цієї умови довелося б визнати зосередженість нормативних смислів у самому людському бутті в якості «першосутностей» останнього чи його «ідеальних передзадумів».

Нарешті, логічний дедуктивізм у праві заперечується представниками психологічної школи, по-перше, на тій підставі, що узагальнені норми (наявності яких у праві вимагає сама застосовність до нього дедуктивного підходу) не можуть бути однозначно пов'язаними з реальним розмаїттям конкретно-правових ситуацій жодною логікою. По-друге, якщо навіть ми зосереджуємося не на нормативному, а на прецедентному аспекті права, то ефективне використання логіки при цьому блокується «діахронністю» досвіду прийняття правових рішень (оскільки строгість логічної аргументації базується саме на синхронізації оцінок: адже, скажімо, логічна оцінка будь-якого міркування на предмет його несуперечливості передбачає неприпустимість *одночасного* ствердження та заперечення певного стану речей в одному й тому ж відношенні; тоді як прецедентний

підхід передбачає розгляд правових ситуацій, що мали місце у *різні* моменти часу та у різних контекстах). До того ж «використання прецедента завжди має на увазі ціннісне судження про те, що подібності між прецедентом та наступним рішенням є важливими, а розбіжності є відносно несуттєвими. Застосування прецедента завжди передбачає процес вибору або розрізнення. Однак критерії вибору завжди суб'єктивні та індивідуальні» [6, 140]. Наприклад, суддя, налаштований на утвердження в суспільстві ліберально-демократичних цінностей, буде посилається зовсім на інші прецеденти як на «доречніші та істотніші», ніж ті, що фігуруватимуть як аргументи судді, котрий дотримується консервативно-етатистських поглядів на право та його суспільні функції. Тому посилання на «логічну обґрунтованість» позицій, що виходять з полярних вихідних засновків, не будуть переконливими.

Проте в цьому плані слід зауважити, що сучасна логіка володіє досить надійними засобами розрізнення синхронних та діахронних оцінок, релевантизації відношення до стаціонарних та процесуальних феноменів, а також врахування ціннісно-контекстуальних преференцій при побудові міркувань. Як слушно зазначив Ф.Кoen, «логіка є присутньою у змінах так само, як і у стабільності; у відносному, як і в абсолютному... І хоч логіка не є інспектором епохи, ... ми не повинні, однак, піддаватися імпресіонізмові. Швидкий розвиток логіки відношень і систем... вказує на можливість більш наукового підходу до судового передбачення, ніж той, що пропонується деякими сучасними містиками від права» [8, 130–131].

Отже, з проведеного аналізу можна дійти висновку, що кожна з двох розглянутих методологічних площин праворозуміння (дедуктивно-логічна та інтуїтивно-психологічна) повинна займати свою досить визначену «предметну нішу»: формування вихідних ціннісних орієнтацій зумовлюється переважно психологічними мотивами (адже, наприклад, схильності суб'єкта до певної світоглядної парадигми, релігійної віри, моральних устоїв, віянь моди тощо не підпорядковані засадничим принципам логіки); тоді як послідовність дотримання та реалізації тих чи інших уявлень про належне в контексті правовідносин та нормотворчої діяльності визначається саме логічними методами. При цьому, аналізуючи застосуван-

ня кожного з даних підходів у межах релевантної їм предметної галузі, ми не наражалися на парадоксальні суперечності в наших міркуваннях; але такі суперечності щоразу виникали при спробах вторгнення якого-небудь з них у сферу дієвості іншого. Дана обставина свідчить, по-перше, про їхню незвідність один до одного, а тому неспроможність жодного з них претендувати на універсалізацію шляхом підпорядкування чи витіснення альтернативної методологічної позиції. Відповідно, по-друге, з необхідністю обмеженими будуть підходи до вивчення права, що прагнуть такого методологічного монізму, а, отже, актуалізується потреба в переосмисленні концептуальних засад праворозуміння у напрямі створення можливості подолання все ще існуючої логіко-психологічної поляризації правових шкіл та їх інтегрування як підсистем цілісної структури привознавства, синтезованої на основі згаданих засад. Метою такого синтезу є не просто строге окреслення

меж релевантності логіко-дедуктивних та інтуїтивно-психологічних підходів до права з тим, щоб забезпечити їхнє «нормальне співіснування» за принципом аддитивності, але при цьому також передбачається спрямованість до узгодженості між забезпечуваними логікою засобами пізнання й здійснення права та психологічною мотивацією ціннісно-цільових орієнтирів правосвідомості; тобто між об'єктивною раціональністю, до якої прагне логіка, та суб'єктивною доцільністю, котра резонує з емоційно-психологічним відчуттям справедливості. Адже «фактичне наближення реальних дій до правильного типу, а, відповідно, фактична об'єктивна раціональна правильність, ще дуже віддалені від неодмінного збігання із суб'єктивно цілєраціональними діями, тобто зорієнтованими на повністю однозначне усвідомлення цілі і на достатньо осмислений вибір «адекватних» для цього засобів» [1, 502].

#### ВИКОРИСТАНІ МАТЕРІАЛИ:

1. Вебер М. Избранные произведения. — М., 1990.
2. Вригт Г. Х. фон. Нормы, истина и логика / Вригт Г.Х. фон. Логико-философские исследования: Избр. труды. — М., 1986.
3. Гвоздік О. І. Логічні числення: принципи побудови та застосування в юриспруденції. — К., 2003.
4. Кістяківський Б. О. Вибране. — К., 1996.
5. Мережко А. А. Введение в философию международного права. Гносеология международного права. — К., 2002.
6. Титов В. Д. Юридическая логика в США. — Х., 2007.
7. Хайек Ф. А. фон. Пагубная самонадеянность. Ошибки социализма. — М., 1992.
8. Cohen F. Field Theory and Judicial Logic / The Legal Conscience. Selected Papers of F.S.Cohen. — New Haven: Yale Univ. Press, 1960. — P. 121–159.
9. Cohen M. R. The Place of Logic in the Law // Harvard Law Review. — 1916. — Vol. 29. — № 6. — P. 622–641.
10. Wright G.H. von. Norm and Action. — London: Routledge, 1963.

## **ПРОГАЛИНИ У ЗАКОНОДАВЧОМУ РЕГУЛЮВАННІ АДМІНІСТРАТИВНОГО СУДОЧИНСТВА**



**І. ШРУБ**

*(Київський національний університет  
внутрішніх справ)*

**Р**озвиток законодавства у сфері адміністративного судочинства є невід'ємною складовою діяльності, спрямованої на зміцнення позицій нашої держави на світовій арені, оскільки лише дотримання встановлених міжнародним правом стандартів прав людини може гарантувати Україні повноправну участь у світовому співтоваристві. Ратифікація Європейської конвенції про захист прав людини та основних свобод, визнання юрисдикції Європейського суду з прав людини вимагають удосконалення вітчизняного законодавства про судовий захист прав громадян у сфері публічної влади.

Актуальність дослідження даної проблеми не викликає сумнівів, оскільки новизна та масштабність завдань, поставлених перед наукою і законодавцем, вимагають негайного переосмислення чинного законодавства України, що регулює порядок вирішення адміністративними судами скарг на незаконні акти або діяльність органів державної влади і місцевого самоврядування, їх посадових та службових осіб. Звісно, Українська держава, на відміну від своїх найближчих сусідів, у даному напрямі вже зробила досить суттєві кроки — у 1996 р., майже через два сторіччя з моменту виникнення адміністративної юстиції в Європі, адміністративне судочинство отримало своє конституційне закріплення, а у 2005 р. світ побачив основний нормативно-правовий акт, що регулює

діяльність всіх адміністративних судів нашої держави — Кодекс адміністративного судочинства України (далі — КАСУ). Однак існуючу на сьогодні нормативно-правову базу в сфері адміністративного судочинства не можна визнати такою, що у повній мірі відповідає положенням Конституції України та правозастосовній практиці. Велика кількість законодавчих актів у сфері функціонування органів публічної влади, їх неузгодженість, а також прогалини у правовому регулюванні породжують значні труднощі при розгляді судами адміністративних справ.

Саме тому метою статті є обґрунтування шляхів усунення прогалин та суперечностей у правовому регулюванні адміністративного судочинства на основі аналізу чинних нормативно-правових актів у даній сфері.

Функціонування інституту адміністративного судочинства в Україні у цілому та окремих його елементів, зокрема, регулюється великою кількістю нормативно-правових актів. Виходячи зі специфіки даного дослідження, пропоную класифікувати весь наявний нормативний матеріал і провести аналіз у межах визначених класифікаційних груп. Саме такий підхід, на мою думку, дозволить не оминати увагою жодний нормативний документ і, разом з тим, надасть можливість виявити прогалини у тому чи іншому секторі регулювання адміністративного судочинства. При цьому зазначу, що запропонована кла-

© І. Шруб, 2008

сифікація носить локальний характер, відповідає не всім загальнотеоретичним вимогам і не претендує на широке застосування в інших сферах наукових досліджень. Разом з тим, її використання допоможе забезпечити повноту та об'єктивність проведеного дослідження.

Отже, усі нормативно-правові акти, що в тій чи іншій мірі стосуються діяльності адміністративних судів, пропоную поділяти на п'ять груп.

*1. Нормативно-правові акти, якими було започатковано процес запровадження в Україні системи незалежних адміністративних судів та котрі заклали фундаментальні, основоположні принципи функціонування цієї системи.* До цієї групи необхідно віднести, перш за все, Декларацію «Про державний суверенітет України» від 16 липня 1990 р., у якій вперше було закріплено курс України на побудову демократичної правової держави та наголошувалося, що «поділ законодавчої, виконавчої і судової влади є найважливішим принципом функціонування України як правової держави». На виконання положень Декларації та Акта проголошення незалежності України, 28 квітня 1992 р. було прийнято Концепцію судово-правової реформи в Україні, яка закріпила курс на поступове здійснення спеціалізації судів та запровадження адміністративного судочинства з метою розгляду спорів між громадянином і органами державного управління. Однак слід відмітити, що сфера застосування Концепції, на мою думку, носила досить обмежений характер: у ній відсутні жодні згадки про необхідність розробки та прийняття кодексу чи будь-якого іншого акта, який регулював би порядок здійснення адміністративного судочинства. А 15-річний досвід існування Концепції засвідчив, що основне її завдання — приведення судової системи, а також всіх галузей права у відповідність із соціально-економічними та політичними змінами, які відбулись у суспільстві, — так і не було досягнуте.

Найважливішим нормативно-правовим актом цієї групи слід вважати Конституцію України, що проголосила принцип рівності та самостійності судової, законодавчої і виконавчої гілок влади, а також право загального судового оскарження. Але, на жаль, в Основному Законі систему правосуддя окреслено у загальному вигляді, визначено лише основні засади її організації та діяльності.

До нормативно-правових актів цієї групи належить також Указ Президента України від 22 липня 1998 р. № 810, яким було схвалено Концепцію адміністративної реформи в Україні та обґрунтовано роль адміністративної юстиції як форми судового контролю за діяльністю органів державної виконавчої влади. Однак дана Концепція не зводить адміністративну юстицію лише до діяльності незалежної системи адміністративних судів. Зокрема, у ній обґрунтовується пропозиція щодо створення в порядку державно-правового експерименту в системі органів виконавчої влади (у сфері охорони здоров'я, соціального захисту, управління державним майном, охорони навколишнього середовища, податкової та митної служби тощо) спеціальних підрозділів, які розглядали та вирішували б скарги у порядку, наближеному до судового провадження (тобто так званої адміністративної «квазіюстиції»). Позитивним моментом аналізованої Концепції можна визнати те, що вона вперше на законодавчому рівні наголошує на необхідності створення правової бази для повноцінного запровадження в Україні адміністративної юстиції та прийняття окремого Адміністративно-процедурного кодексу, який має стати окремою частиною узагальнюючого Адміністративного кодексу України.

Зміст та напрями діяльності судів щодо зміцнення законності в державі, захисту прав і свобод особи в адміністративному, конституційному, господарському, цивільному та кримінальному судочинстві були докорінно змінені у 2001 р. разом з прийняттям пакету законів, що одержали назву «малої» судової реформи, та 7 лютого 2002 р. — нового Закону «Про судоустрій України». Розпочалася широкомасштабна реформа судової гілки влади. Україна отримала унікальну можливість створити таку систему адміністративних судів, яка увібравши б у себе все позитивне з досвіду роботи інститутів адміністративної юстиції інших держав, якнайкраще змогла б виконати визначену їй роль у суспільстві — стати надійним гарантом захисту прав і свобод людини у сфері публічних правовідносин [1]. Даний Закон є дійсно основоположним та фундаментальним нормативно-правовим актом в сфері адміністративного судочинства, ст. 1 якого визначає, що судова влада реалізується шляхом здійснення правосуддя у формі цивільного, господарського, адміністратив-

ного, кримінального, а також конституційного судочинства, а ст. 19: спеціалізованими судами є господарські, адміністративні та інші суди, визначені як спеціалізовані. Враховуючи те, що даний законодавчий акт був прийнятий до моменту фактичного створення системи адміністративних судів, при аналізі особливу увагу слід звернути на його прикінцеві положення. Так, відповідно до п. 3 розділу VII «Заключні та перехідні положення», формування системи адміністративних судів має здійснюватись протягом трьох років після прийняття зазначеного Закону (тобто до лютого 2005 р.). Однак відомо: ані створення системи адміністративних судів, ані прийняття зазначеного Кодексу у визначені Законом терміни так і не відбулося, що є яскравим прикладом неготовності нашої правової системи до введення дійсно демократичного інституту адміністративного судочинства. Безперечно, відведений трирічний термін є недостатнім для проведення повномасштабної роботи з перебудови усієї судової системи і введення абсолютно нового для України інституту адміністративного судочинства.

Не достатньо визначеного терміну і для розробки досконалого КАСУ, який все ж таки було прийнято і введено в дію з 1 вересня 2005 р. З урахуванням виняткової ролі адміністративної юстиції у житті громадянського суспільства в КАСУ передбачено, що завданням адміністративного судочинства є захист прав, свобод та інтересів фізичних осіб, прав та інтересів юридичних осіб у сфері публічно-правових відносин від порушень з боку органів державної влади, органів місцевого самоврядування, їхніх посадових і службових осіб, інших суб'єктів при здійсненні ними владних управлінських функцій на основі законодавства, у тому числі на виконання делегованих повноважень.

Як вбачається, прийняття значної кількості нормативно-правових актів не сприяло створенню міцного фундаменту для функціонування цілісної системи правосуддя в Україні. У зв'язку з цим виникає нагальна потреба у розробці та законодавчому закріпленні єдиного, системного, цілісного та узгодженого бачення подальшого здійснення судової реформи, оскільки справедливе судочинство та належний захист прав і свобод людини можливі лише за наявності досконалого законодавства, що відповідає міжнародним стандартам та враховує сучасні

національні традиції. У зв'язку з наведеним виникає необхідність визначити основні напрями реформування законодавства, що закріплює основоположні, фундаментальні принципи функціонування адміністративного судочинства. До таких, на мою думку, слід віднести: 1) прийняття закону про адміністративні процедури, у якому було б визначено стандарти відносно особи з органом влади, додержання котрих мають перевіряти адміністративні суди за правилами КАСУ; 2) підвищення ефективності існуючої системи виконання судових рішень та вдосконалення системи контролю за діяльністю державної виконавчої служби; 3) поглиблення спеціалізації під час розгляду справ адміністративної юрисдикції тощо.

*2. Нормативно-правові акти, що визначають організаційну побудову системи адміністративних судів, їх структуру, порядок створення, реорганізацію та ліквідацію.* Особливі вимоги, які висуваються до таких актів, зумовлені тим, що однією з гарантій справедливого і ефективного судочинства виступає правильно організована система адміністративних судів.

Розгляд цієї групи пропоную розпочати з аналізу вже згадуваної Концепції судово-правової реформи 1992 р., у якій вперше була запропонована організаційна модель побудови системи органів адміністративної юстиції та визначено порядок їх створення. Поетапне формування Вищого адміністративного суду України, апеляційних та місцевих адміністративних судів передбачалося також Концепцією адміністративної реформи та Законом «Про судоустрій України».

Найбільш детально порядок утворення адміністративних судів та їх організаційна побудова закріплені в Законі «Про судоустрій України», який визначає: 1) підстави для утворення і ліквідації адміністративних судів; 2) компетенцію державних органів та їх посадових осіб по створенню, реорганізації та ліквідації адміністративних судів всіх рівнів; 3) принципи визначення місцезнаходження і статусу судів; 4) кількість суддів; 5) порядок призначення голови та заступників голови суду; 6) інші питання організаційної побудови системи адміністративних судів України.

Усі спори щодо організаційної побудови системи адміністративної юстиції в Україні були автоматично припинені з прийняттям КАСУ, який закріпив наступну систему

адміністративного судочинства: місцеві загальні суди, що діють як адміністративні суди, окружні адміністративні суди, апеляційні адміністративні суди, Вищий адміністративний суд України та Судова палата в адміністративних справах Верховного Суду України.

Проаналізувавши зазначені, а також інші нормативно-правові акти, що закріплюють структуру адміністративних судів, порядок їх створення, реорганізацію та ліквідацію, можна зробити наступний висновок: існуюча на даний час система адміністративних судів не повною мірою відповідає конституційним засадам організації правосуддя. Зокрема, яскраво виражаються наступні недоліки та прогалини: 1) нераціональний розподіл штатних суддівських посад між судами, що є причиною перевантаження одних судів і недовантаженості інших; 2) недостатня кількість суддів місцевих та апеляційних адміністративних судів, що призводить до тяганини та несвоєчасного прийняття рішень; 3) відсутність спеціального органу, до повноважень якого можна було б віднести вирішення спорів про підсудність справ адміністративним, господарським та цивільним судам; 4) відсутність внутрішньої спеціалізації в адміністративних судах, що призводить до зниження рівня кваліфікованості при винесенні рішень, тощо.

3. *Нормативно-правові акти, що визначають компетенцію і повноваження адміністративних судів, порядок розгляду та вирішення ними адміністративно-правових спорів.* Про повноваження адміністративних судів йдеться в уже згадуваних концепціях судово-правової реформи та адміністративної реформи, а також в Законі «Про судоустрій України». Положення вказаних нормативних актів знайшли свій подальший розвиток в КАСУ, ст. 17 якого закріплює компетенцію адміністративних судів щодо вирішення адміністративних спорів. Але слід зазначити, що компетенція будь-якого суду, а тим більше адміністративного, є явищем несталим і постійно змінюється. Тому цілком очевидно, що компетенція адміністративних судів, у тому вигляді, у якому вона існує на сьогодні, найближчим часом буде переглянута. Тим більше передумови для цього існують. Так, відповідно до Указу Президента № 361/2006 від 10 травня 2006 р., передбачається поступове обмеження, а згодом і повна передача повноважень загальних судів

щодо вирішення справ про адміністративні проступки у відання адміністративних органів. У зв'язку з цим до компетенції адміністративних судів буде віднесено повноваження з перегляду скарг та рішень адміністративних органів у таких справах.

Насамкінець зазначу, що окрім проаналізованих нормативно-правових актів опосередковано компетенцію адміністративних судів з вирішення публічно-правових спорів у сфері державного управління закріплює ще низка законів: 1) ст. 25 Закону «Про міліцію» від 20 грудня 1990 р. — оскарження до суду дій або бездіяльності працівників міліції, які порушують права громадян і юридичних осіб; 2) ст. 50 Закону «Про нотаріат» від 2 вересня 1993 р. — оскарження до суду нотаріальних дій або відмови у їх вчиненні; 3) ст. 32 Закону «Про державну службу» від 16 грудня 1993 р. — оскарження до суду рішення про припинення державної служби тощо. Звісно, наведеними законами не вичерпується перелік нормативно-правових актів, якими прямо чи опосередковано визначається компетенція адміністративних судів. Однак аналіз судової практики показує, що громадяни найчастіше звертаються до адміністративних судів за захистом своїх прав та законних інтересів, врегульованих саме цими законами.

4. *Нормативно-правові акти, що регулюють кадрове забезпечення адміністративних судів, порядок призначення, переміщення та звільнення з посад суддів адміністративних судів різних рівнів.* До цієї групи належать також акти, якими визначаються вимоги, що висуваються до кандидатів на такі посади, функціональні обов'язки суддів адміністративних судів усіх рівнів та закріплюються основні напрями їх кадрового реформування.

Перш за все зазначу, що питання удосконалення кадрового забезпечення судової влади піднімалося ще в Концепції судово-правової реформи від 28 квітня 1992 р., зокрема у її шостому розділі. Більш детально ці питання врегульовані статтями 5–10, 15 Закону України «Про статус суддів» від 15 грудня 1992 р. Особливості проходження служби іншими особами регулюються Законом України «Про державну службу» від 16 грудня 1992 р. Але основним нормативним документом цієї групи без сумніву є Закон «Про судоустрій України», ч. 2 ст. 59 якого закріплює основні вимоги до кандидата на посаду про-



фесійного судді, а ч. 3 — регулює порядок призначення суддів спеціалізованих судів. Крім того, регулюванню кадрових питань присвячені й інші положення Закону.

Проаналізувавши ці, а також цілий ряд інших нормативно-правових актів, що прямо чи опосередковано регулюють питання кадрового забезпечення адміністративного судочинства, можна зробити наступний висновок: вони не здатні задовольнити всіх потреб адміністративного судочинства, обумовлених особливими завданнями адміністративних судів та особливим статусом суддів таких судів. У зв'язку з цим, на сьогодні у даній сфері можна помітити наступні прогалини: 1) можливість здійснення судьями, які перебувають на адміністративних посадах в адміністративних судах, не властивих для посади судді адміністративно-господарських функцій; 2) надання голові адміністративного суду повноважень з розподілу справ між судьями, формування колегії суддів для розгляду справ, вирішення питань кар'єри та соціального забезпечення суддів (відпустки, премії тощо), що призводить до узурпації ним влади та зловживань; 3) відсутність спеціальних програм підготовки та перепідготовки для суддів адміністративних судів, що призводить до зниження рівня їх кваліфікації при розгляді справ; 4) недосконалість роботи кваліфікаційних комісій суддів, у зв'язку з чим на посаду адміністративного судді не завжди призначаються особи, які мають достатній освітній рівень та високі професійні і моральні якості; 5) неефективність системи відповідальності суддів, що в одних випадках дозволяє їм уникати професійної відповідальності, а у інших — створює сприятливі умови для тиску на тих суддів, які у своїй діяльності виявляють незалежність і принциповість; 6) непрозорість процедури добору суддів, що може створювати сприятливі умови для зловживань та залежності суддів від посадових осіб, задіяних у цій процедурі; 7) непрозорість процедури формування резерву на посади професійних суддів та укомплектування вакантних посад суддів і працівників апарату в адміністративних судах; 8) низька роль органів суддівського самоврядування у вирішенні питань внутрішньої діяльності адміністративних судів, реагування на випадки втручання у діяльність суддів при здійсненні правосуддя; 9) відсутність методичної і практичної допомоги в організації

судової діяльності адміністративних судів всіх рівнів; 10) адміністративна ієрархія між судами різних рівнів тощо.

5. *Нормативно-правові акти, що регулюють матеріально-технічне, фінансове, інформаційне та інше забезпечення діяльності адміністративних судів.* Це, перш за все, Концепція судово-правової реформи від 28 квітня 1992 р., яка в розділі VI визначає основні напрями реформування судової системи у даній сфері. Положення зазначеної Концепції знайшли свій подальший розвиток в розділі 8 Закону України «Про статус суддів», в розділі 7 Закону «Про державну службу» та у главі 18 Закону «Про судоустрій України». Однак, як засвідчила практика, визначених даними законами заходів організаційного забезпечення виявилось не достатньо для належного функціонування адміністративних судів. У зв'язку з цим Президент України видає уже згадувані укази № 242/2006 та № 361/2006, у яких наголошує на необхідності до 14 квітня 2006 р. розробити та винести на розгляд проекти законів про внесення змін до законодавчих актів України щодо вдосконалення механізму бюджетного фінансування функціонування судів і діяльності суддів.

Проаналізувавши названі, а також інші нормативно-правові акти, можна зробити висновок, що на сьогодні у сфері матеріально-технічного, фінансового, соціального, інформаційного та іншого забезпечення діяльності адміністративних судів існує цілий ряд проблем, зокрема: 1) усталення практики визначення в Державному бюджеті України видатків на утримання судової влади, які є значно меншими від необхідних для забезпечення реальних потреб адміністративних судів, особливо тих, що пов'язані з безпосереднім відправленням правосуддя; 2) незважаючи на радикальну зміну ролі і функцій адміністративних судів та навантаження на них, методика визначення щорічних видатків на їх утримання не зазнала істотних змін; 3) наявність такої системи фінансування суддів, при якій виконавча влада зберігає суттєві важелі впливу на суддів шляхом регулювання їхнього заробітку; 4) відсутність чітко встановленої законом системи визначення фінансування судів, страхування, пенсійного забезпечення та довічного утримання суддів; 5) неналежний рівень матеріального забезпечення суддів, що зумовлює непривабливість посади адмі-

ністративного судді для висококваліфікованих юристів; 6) наявність сприятливих умов для одержання на посаді адміністративного судді значних протиправних вигод, що перетворює ці посади на привабливі для не сумлінних суддів; 7) наявність пільг, що не обумовлені статусом судді та суперечать принципу рівності всіх громадян, а також системи державних нагород суддям за їхню посадову діяльність; 8) відсутність електронного діловодства; 9) відсутність єдиної судової інформаційної мережі, яка містила б правову базу даних, бланки судової документації, базу даних судової практики (державний реєстр судових рішень), електронну бібліотеку тощо; 10) відсутність електронних архівів судових справ; 11) відсутність Єдиного державного реєстру судових рішень з відкритим доступом через Інтернет тощо.

Як висновок зазначу: наведені нормативні акти свідчать про те, що адміністративне судочинство в Україні діє. Але, незважаючи на позитивні здобутки, процес становлення незалежного адміністративного судочинства в Україні характеризується суперечливістю та непослідовністю. Даються взнаки консерватизм у підходах до реформування та брак чіткого бачення того, якою має бути дійсно демократична система адміністративного судочинства. За таких обставин адміністративні суди на сьогодні ще не стали дієвим інститутом захисту прав людини у сфері публічного управління, рівень довіри до них з боку суспільства залишається вкрай низьким.

У статті наведені лише найбільш помітні прогалини у правовому регулюванні адміністративної юстиції в Україні. Саме вони становлять непереборну перешкоду на шляху до подальшого реформування всієї судової системи та приведення інституту адміністративного судочинства до міжнародних стандартів. Без їх усунення існуючу практику розгляду адміністративно-правових спорів навряд чи можна назвати дійсно

демократичною і такою, що здатна у повній мірі забезпечити законність у сфері державного управління. Але слід зазначити, що враховуючи складність завдань та специфіку функцій, покладених на адміністративні суди, вирішення всіх проблемних питань повинно відбуватися у рамках комплексного, науково обґрунтованого підходу, підпорядкованого єдиній меті — створення належних умов для ефективної діяльності адміністративних судів, спрямованої на забезпечення справедливого, неупередженого і своєчасного захисту публічних прав, свобод та інтересів громадян і юридичних осіб у взаємовідносинах з органами державної влади та управління. При цьому основними завданнями подальшого реформування адміністративного судочинства має стати: 1) забезпечення становлення в Україні адміністративного судочинства, що функціонує на засадах верховенства права відповідно до європейських стандартів і гарантує право особи на захист її прав, свобод та законних інтересів від неправомірної діяльності органів державного управління; 2) розробка єдиної цілеспрямованої науково обґрунтованої концепції реформування адміністративного судочинства та органів державної влади; 3) усунення негативних наслідків попередніх судово-правових реформ, що здійснювалися неефективно та непослідовно; 4) забезпечення доступного та справедливого судочинства, прозорості в діяльності адміністративних судів та оптимізації їх системи; 5) посилення гарантій незалежності адміністративних суддів та підвищення їх статусу в суспільстві; 6) якісне підвищення фахового рівня суддівського корпусу; 7) створення надійних механізмів забезпечення виконання рішень адміністративних судів; 8) покращення фінансового, матеріально-технічного, соціального, пенсійного та іншого забезпечення адміністративних суддів.

#### ВИКОРИСТАНІ МАТЕРІАЛИ:

1. Стефанюк В. С. Запровадження адміністративних судів у контексті судово-правової реформи в Україні / Адміністративне судочинство в Україні: Книга перша. Адміністративний процесуальний кодекс України (проект). (Серія «Реформа судів України»). — Х., 2002. — С. 8.

## **ПРОБЛЕМИ РЕАЛІЗАЦІЇ ПРАВ ІНТЕЛЕКТУАЛЬНОЇ ВЛАСНОСТІ НА ПРОГРАМИ ОРГАНІЗАЦІЙ МОВЛЕННЯ В УКРАЇНІ**

**У. АНДРУСІВ**

*(Міжнародний центр правових проблем інтелектуальної власності  
при Інституті держави і права  
ім. В. М. Корецького НАН України)*

**С**трімкий розвиток науково-технічного прогресу та соціально-економічний розвиток країн світу значно залежить від інтелектуальної діяльності людини. Тому питання правової охорони інтелектуальної власності потребують особливої уваги, оскільки саме від рівня інтелектуального потенціалу суспільства залежить успіх вирішення безлічі економічних труднощів, що мають місце в Україні. Одне з головних місць у даній сфері належить вивченню та аналізу програм організацій мовлення, як складової частини у системі цивільно-правової охорони інтелектуальної власності в Україні.

Незважаючи на те, що згідно з оцінками експертів Організації Об'єднаних Націй половина населення Землі ніколи не користалася навіть телефоном, для другої половини телевізори і радіоприймачі стали речами настільки звичними, що в уявленні більшості жителів планети перетворилися на предмети першої необхідності.

Завдання телебачення і радіо полягають, по-перше, у можливості використовувати без надмірних економічних чи юридичних обтяжень охоронювані авторським і суміжними правами суспільні відносини, а, по-друге, у наявності реальних правових коштів для захисту своїх інтересів, що полягає насамперед у поверненні інвестицій, вкладених у створення і поширення телевізійних та радіопрограм, а також одержання доходів від таких інвестицій.

Останні кілька десятиліть у зв'язку з різким розширенням обсягів мовлення, появою нових засобів зв'язку і нових телеко-

мунікаційних технологій проблема вдосконалення охорони прав телерадіомовних організацій набула особливої актуальності. Пошуки оптимального вирішення даної проблеми ведуться у багатьох країнах світу, а також на міжнародному рівні.

Щодо формування законодавства у сфері охорони прав програм організацій мовлення в Україні слід зазначити, що до моменту здобуття Україною незалежності спеціальної системи охорони інтелектуальної власності не існувало взагалі. Правове регулювання відносин у цій сфері забезпечувалось, як правило, підзаконними нормативними актами. Виняток становили положення Цивільного кодексу УРСР, зокрема розділи «Авторське право» та «Винахідницьке право», а також Положення про відкриття, винаходи і раціоналізаторські пропозиції, затверджене постановою РМ СРСР від 21.08.1973 р. № 584.

Загальне законодавство закріплювало можливість широкого використання результатів творчої праці громадян в інтересах держави, проте механізм захисту навіть врегульованих нормативними актами відносин у сфері інтелектуальної власності був неефективним. Передбачені законодавством санкції були незначними, а судова процедура — надзвичайно складною. Як наслідок — при значних порушеннях прав у даній сфері кількість судових справ була незначною.

Початком становлення законодавства України про інтелектуальну власність вважається 7 лютого 1991 р. — це дата прийняття Закону України «Про власність». Саме

© У. Андрусів, 2008

цим нормативним актом результати інтелектуальної власності вперше було визнано об'єктами права власності. Деякі норми, що регулюють відносини окремих об'єктів інтелектуальної власності, відобразились в інших законах України.

Так, основним спеціальним законом, що регулює правовідносини у сфері авторських і суміжних прав, став Закон України «Про авторське право та суміжні права», прийнятий 23 грудня 1993 р. Саме у зв'язку з прийняттям зазначеного нормативного акта Законом України «Про внесення змін до Цивільного кодексу Української РСР» від 4 лютого 1994 р. ст. 472 Цивільного кодексу УРСР було викладено у новій редакції, яка вперше у кодифікованому законодавчому акті закріпила охорону майнових та особистих (немайнових) прав організацій мовлення.

Важливим моментом у становленні законодавства про інтелектуальну власність стало прийняття 28 червня 1996 р. Основного Закону Держави — Конституції, яка містить норми стосовно інтелектуальної власності. Ст. 41 Конституції України передбачає право кожного володіти, користуватися і розпоряджатися результатами своєї інтелектуальної, творчої діяльності; ніхто не може використовувати або поширювати їх без його згоди, за винятками, встановленими законом.

Значним внеском у розбудову законодавства України у сфері інтелектуальної власності стало прийняття 16 січня 2003 р. Цивільного кодексу України, глава 37 якого присвячена праву інтелектуальної власності на програми (передачі) організацій мовлення. Слід зауважити, що на сьогоднішній день існують значні розбіжності між Цивільним кодексом України та спеціальним законодавством з приводу об'єкта інтелектуальної власності — програми (передачі) організацій мовлення.

Цивільний кодекс України закріпив принципово нові засади цивільно-правового захисту інтелектуальної власності, зокрема і організацій мовлення. Ним передбачені превентивні засоби захисту та інші положення, які підвищують надійність та ефективність захисту. Проте вважати, що система норм Цивільного кодексу України стосовно захисту прав організацій мовлення відповідає сучасним вимогам, немає підстави.

Аналіз українського законодавства загалом дає можливість дійти висновку, що у

сфері охорони прав організацій мовлення воно відповідає положенням Римської конвенції, Угоди TRIPS та іншим міжнародним нормативним актам і навіть встановлює більш високий рівень охорони, однак необхідне подальше удосконалення по ряду напрямів (зокрема, з метою гармонізації з європейським законодавством). Можна зазначити також наявність у нормах українського права багатьох обставин, що не знайшли відображення у Римській конвенції (наприклад, надання організаціям кабельного мовлення тих самих прав, які мають організації ефірного мовлення, пряма вказівка на застосування норм про ефірне мовлення до супутникового мовлення як різновиду ефірного мовлення та ін.). Незважаючи на це, на сьогодні визріла необхідність кардинального перегляду на міжнародному і національному рівнях обсягу прав, наданих організаціям мовлення, для приведення їх у відповідність із сучасними вимогами.

Прогалиною чинного законодавства України є те, що жоден нормативний акт не містить дефініції «організації мовлення». Цю проблему, на даний час, не вирішено і на науковому рівні. Єдине визначення досліджуваного поняття запропоноване А. П. Сергєєвим: «організації мовлення — радіо- і телестудії, а також інші організації, які займаються поширенням звуку та (або) зображень засобами дротового зв'язку (організації ефірного мовлення) або повідомляють їх публіці через кабелі, проводи, оптичні волокна або за допомогою аналогічних засобів (організації кабельного мовлення)».

Справа у тому, що саме поняття «суміжні права» у таких роботах дається або через перелік (наприклад, А. П. Сергєєв у своїй праці зазначає: «Права виконавців, виробників фонограм, а також організацій ефірного і кабельного телебачення (суміжні права)» [1, 327], Н. В. Макагонова: «Поняття інтелектуальної власності включає авторське право... суміжні права (права, до яких належать виконавча діяльність артистів, звукозапису, радіо- і телевізійним програмам)» [2, 4]), або через характеристику наближеності до авторського права (наприклад: С. А. Чернишова: «Граматичне тлумачення поняття «суміжний» означає «який знаходиться безпосередньо поруч та має спільну межу». Авторські права пов'язані зі створенням витворів мистецтва, літератури, науки; суміжні — з їх використанням шляхом вико-

нання, постановки, запису на фонограму, передачі в ефір або по кабельному мовленню» [3, 97]). В. О. Калятин, у свою чергу, констатує без всяких пояснень: «У даній групі поєднані права інших видів суб'єктів суміжних прав: організацій ефірного мовлення і організацій кабельного мовлення. За своїм змістом права цих суб'єктів є однотипними» [4, 211]. Як наслідок — наведеного впливають і труднощі сформулювати вичерпне тлумачення конструкції «суміжні права організацій мовлення». Спробуємо сформулювати дефініцію суміжних прав організацій мовлення на основі визначення суміжних прав, яке пропонує професор Є. А. Суханов [5, 168] і наведене вище визначення «організацій мовлення» професора А. П. Сергеева. Отже, суміжні права організацій мовлення становлять собою відносини по охороні організацій, які займаються поширенням звуку і (або) зображення засобами бездротового зв'язку (організації ефірного мовлення) або повідомляють їх публіці через кабелі, проводи, оптичні волокна або за допомогою аналогічних засобів (організації кабельного мовлення), а також відносини по встановленню їх використання, наділення їх особистими немайновими та майновими правами і захист цих прав. Звісно, що ця дефініція є громіздкою і, можливо, не зовсім вдалою, проте, хочеться вірити, що все-таки її можна вважати першим важливим кроком вперед у вдосконаленні правового регулювання відносин щодо захисту одного із суб'єктів інтелектуальної власності — організації мовлення.

Організації ефірного і кабельного мовлення здійснюють, як правило, технічну діяльність, у результаті якої жодного нового витвору творчого характеру не створюється; проте завдяки зв'язку і схожості з правами автора права цих організацій справедливо іменуються «суміжними» правами. Передачі організацій ефірного і кабельного мовлення — результат скоріше фізичної, аніж розумової праці, і складно сказати, що їх відмітною особливістю є творча оригінальність. Хоча, наприклад, Е. П. Гаврилов вважає, що організації ефірного і кабельного мовлення отримують охорону «завдяки творчим і організаційно-технічним зусиллям по створенню передач» [6, 46]. Ми погоджуємося з думкою Є. П. Гаврилова, оскільки вважаємо, що для організацій мовлення, окрім технічного, притаманний й творчий харак-

тер. Так, аналізуючи працю К. Мошкова «Радіомовлення для початківців», можна дійти висновку, що для організацій радіомовлення притаманний не лише технічний, а й творчий характер (наприклад, на головного редактора (програмного директора) радіомовної організації покладено такі функціональні обов'язки: визначати концепцію мовлення, принципи побудови ефіру, основи побудови мережі мовлення, спрямування ефірної політики радіостанції; редактор служби інформації, у свою чергу, отримує, сортує і обробляє інформацію, формує випуски новин і інформаційні програми. Звісно, здійснюючи свої функціональні обов'язки, вказані особи не лише виконують технічну роботу, а й використовують значною мірою свій творчий потенціал, творчу фантазію, їхня діяльність відображає аспект якісної новизни її форми та результату, який породжує щось якісно нове й відрізняється неповторністю, оригінальністю і суспільно-історичною унікальністю. На підтвердження цієї позиції, доцільним буде звернути увагу на погляд О. М. Боярчука стосовно досліджуваної проблематики. У своїй праці він зазначає: «Оскільки телебачення визначають або як новий вид мистецтва, або як новий засіб масової інформації, очевидно, що мистецтву завжди притаманна творчість. Без застосування творчих можливостей суб'єкта такої діяльності найновіші, найсучасніші технічні засоби — будуть недоторканим вантажем» [7, 9].

Закон України «Про авторське право і суміжні права» до організацій мовлення відносить організації ефірного або кабельного мовлення.

За організаціями мовлення, як і за виробниками фонограм чи виробниками відеогам, Закон України «Про авторське право і суміжні права» закріплює право вимагати згадувати своє найменування у зв'язку із записом, відтворенням, розповсюдженням своєї передачі і публічним повторним сповіщенням її іншою організацією мовлення.

Як і виробники фонограм чи виробники відеогам, організації мовлення не створюють твори, а тільки здійснюють їх використання за допомогою передачі в ефір чи повідомлення для загального відома по кабелю. Однак їхні майнові інтереси так само потребують особливої правової охорони. З одного боку, на створення радіо- і телепередач витрачаються значні кошти, які повинні

окупатися завдяки володінню монопольними правами на них. З іншого боку, при виході в ефір чи повідомленні для загального відома по кабелю будь-яка передача може бути записана з мінімальними витратами сил і коштів і потім використовуватись іншими особами практично у своєму первісному вигляді. За цих умов організації мовлення теж повинні мати право на охорону своїх майнових інтересів.

Організація мовлення має також право забороняти поширення на території України чи з території України сигналу із супутника, що несе її програми розповсюджуючому органу, для якого цей сигнал не призначався.

Питання визначення самого об'єкта правової охорони, права на який закріплюється за організаціями мовлення, є одним із важливих та полемічних серед фахівців. Без перебільшення можна зазначити, що програми організацій мовлення — *«terra incognita»* українського права. Справа у тому, що ні Закон України «Про авторське право і суміжні права», ні новий Цивільний кодекс України не дає визначення об'єкта організацій мовлення. Цю проблему намагались, свого часу, подолати у Проекті Кодексу України про інтелектуальну власність. Стаття 41 вказаного Проекту визначає, що передача організації мовлення — передача, створена самою організацією мовлення, а також за її замовленням за рахунок її коштів іншою організацією. Проте ця дефініція, на нашу думку, не є досконалою, оскільки, як вбачається, йдеться лише про закріплення за організацією мовлення прав на «об'єкт», який створений організацією самостійно або за її замовленням, але не розкривається зміст такого «об'єкта».

Вважаємо за доцільне визначити такий об'єкт наступним чином: «Програма організації ефірного або кабельного мовлення — це сукупність витворів і об'єктів суміжних прав, а також іншої аудіо і аудіовізуальної інформації, призначеної для повідомлення для загального відома організацією мовлення». Пропонована дефініція, на нашу думку, дозволить забезпечити охорону результатів діяльності організацій мовлення незалежно від того, чи використані у них охоронювані авторським правом об'єкти чи ні. Для отримання охорони організації мовлення не зобов'язані доводити, що програма була створена за їх замовленням — відповідно до міжнародних актів охорона повинна надава-

тись у зв'язку з тим, що організація мовлення здійснює трансляцію програми (метою такої охорони є виключення випадків несанкціонованого «перехоплення» і одночасної ретрансляції програми або несанкціонованого використання).

Необхідно також відмітити, що прогалиною чинного законодавства є те, що у нормативних актах вживаються різні терміни для позначення досліджуваного об'єкта. Так, у Законі України «Про авторське право і суміжні права» використовується термін «програми»; у Законі України «Про телебачення і радіомовлення» — терміни «програми» та «передачі»; у Цивільному кодексі України — терміни «передачі (програми)» і «програми (передачі)», хоча диференціація між ними не проводиться і тлумачення відповідно не надається.

Слід також зазначити, що у законодавстві слово «передача» використовується у різних термінах, що позначають зовсім різні поняття: «передача в ефір» (як процес «мовлення») і «передача організації мовлення» (як об'єкт інтелектуальної власності).

Заслуговує на увагу твердження Н. Є. Яркіної, яка визначає об'єктом інтелектуальної власності — програму мовлення, що в цілому забезпечує безперервне мовлення, яке найчастіше і є предметом посягання при крадіжці сигналів. Передача мовлення, на її думку, має охоронятися як частина програми [8, 10].

Враховуючи зазначене вище, з метою уникнення різнотлумачень та усунення труднощів у правозастосовчій практиці, вважаємо за доцільне замінити у нормативних актах у назві об'єкта слово «передача» словом «програма», в разі ж наявності двох понять в одному акті — «розлучити» ці поняття. Тим більше, термін «програма» широко використовується у ряді міжнародних угод, наприклад, у Конвенції про розповсюдження несучих програми сигналів, що передаються через супутники, прийнятій у Брюсселі 21 травня 1974 р. (так звана Брюссельська конвенція), у статті 1 Директиви ЄС «Про координацію деяких положень, встановлених законами, інструкціями чи адміністративними актами держав-учасниць, які належать до здійснення телевізійного мовлення» від 03.10.1989 р.

Програми організацій мовлення — це об'єкт інтелектуальної власності, який виникає без виконання будь-яких формально-

стей стосовно нього та незалежно від його призначення, змісту, а також форми та способу його вираження. Право інтелектуальної власності на цей об'єкт виникає з моменту його першого здійснення. Його специфіка полягає у тому, що він пов'язаний з використанням визначених технічних пристроїв (тому він з'явився лише у XX столітті, з розвитком технічного прогресу — винаходу звуко- і відеозапису, радіо, кіно, телебачення, штучних супутників). Програми (передачі) організацій мовлення закріплюються на матеріальних носіях, їх виконання можна здійснювати повторно, нескінченно, перед практично необмеженою аудиторією і без живої участі самого виконавця.

Цивільний кодекс України, зокрема ст. 423, визначає особисті немайнові права об'єктів інтелектуальної власності, однак ця норма має загальний характер і стосується усіх об'єктів творчої діяльності. Як випливає з положень п. 3 ч. 1 вказаної норми — вона містить відсилочний характер на інші норми законодавчих актів, які мають юридичну силу закону. Такою нормою стосовно особистих немайнових прав програм організацій мовлення є ст. 38 Закону України «Про авторське право і суміжні права», яка визначає право вказаного об'єкта вимагати згадування своєї назви у зв'язку із записом, відтворенням, розповсюдженням своєї передачі і публічним повторним сповіщенням її іншою організацією мовлення.

Стосовно майнових (виключних) прав, слід відмітити, що їх сутність становить комплекс майнових прав на використання результату програми будь-яким способом за власним розсудом організацій мовлення протягом строку, встановленого законом, включаючи право на одержання винагороди за надання дозволу використання їхніх програм.

Законодавець визначає наступні майнові права інтелектуальної власності на об'єкти суміжних прав загалом: право на використання об'єкта суміжних прав; виключне право дозволяти використання об'єкта суміжних прав; право перешкоджати неправомірному використанню об'єкта суміжних прав, зокрема й забороняти таке використання; інші майнові права інтелектуальної власності, встановлені законом.

З наведеного випливає, що даний перелік не є вичерпним — іншими спеціальними нормативними актами, які мають юри-

дичну силу закону, можуть встановлюватись додаткові, порівняно з Цивільним кодексом України, майнові права об'єктів суміжних прав, зокрема це стосується й програм (передач) організацій мовлення.

Цивільним кодексом України також дається тлумачення першого з наведеного переліку майнових прав стосовно кожного об'єкта суміжних прав. Так, виключними правами організації мовлення, які означають право дозволяти здійснення певних дій, є: здійснення (трансляція, ретрансляція) передачі (програми) організацій мовлення; записування (фіксування) передачі (програми) організації мовлення, якщо таке записування дає можливість сприйняття, відтворення та здійснення її за допомогою технічних засобів; відтворення запису передачі (програми) організації мовлення; представлення передачі (програми) організації мовлення публіці у місці, де встановлено вхідну плату.

На жаль, доводиться констатувати той факт, що положення ст. 36 Закону України «Про телебачення та радіомовлення» та ст. 41 Закону України «Про авторське право і суміжні права» суперечить Цивільному кодексу України, зокрема, щодо авторського і суміжних прав. Так, суттєвою відмінністю між зазначеними вище нормативними актами є право щодо перешкоджання неправомірному використанню об'єкта суміжних прав. Якщо у наведених вище законах це виключне право на заборону використання об'єкта суміжних прав, то у Цивільному кодексі України це право закріплене як невиключне право. Тобто, існує коло осіб, які, крім телерадіоорганізацій, мають право забороняти використання об'єкта суміжних прав.

Оскільки за своєю правовою ієрархією Цивільний кодекс є вищим, ніж згадані нормативні акти, то, відповідно, на практиці застосовуються норми Цивільного кодексу України. До речі, ст. 13 Міжнародної конвенції про охорону інтересів виконавців, виробників фонограм і організацій мовлення, яка прийнята у Римі 26.10.1961 р., згода на обов'язковість якої надана Верховною Радою України, за організаціями мовлення закріплює «Право дозволяти» — пряма аналогія з Цивільним кодексом України.

Відповідно до українського законодавства організаціям кабельного мовлення надаються фактично такі ж права, як і організаціям ефірного мовлення, з такими ж винятками й обмеженнями.

Майнові права організації мовлення можуть передаватися або відчужуватися іншим особам на підставі договору, у якому визначається спосіб і строк використання програми мовлення, розмір і порядок виплати винагороди, територія, на яку поширюються передані права, тощо. Особа, яка бажає використати програму організації мовлення, повинна укласти з телерадіоорганізацією договір, за яким як мінімум отримати дозвіл на використання програми організації мовлення. Порядок укладення та зміст таких договорів відповідно передбачено чинним законодавством України. Майнові права організації мовлення можуть бути також передані чи відчужені іншій особі у встановленому законом порядку внаслідок ліквідації юридичної особи — власника суміжних прав.

Враховуючи усе викладене вище, можна зробити наступні висновки. Так, по перше, захист прав організацій мовлення за чинним законодавством України є недосконалим. Він передбачений у багатьох нормативних актах, причому норми, що містяться у них, не завжди узгоджені між собою, мають істотні прогалини, досить часто суперечливі і відповідно не в змозі забезпечити належний рівень необхідного захисту в сучасних умовах, потребує вдосконалення з метою гармонізації з європейським законодавством та приведення у відповідність із сучасними вимогами.

По-друге, прогалиною українського законодавства є те, що нормативні акти не містять дефініцій ні об'єкта, ні суб'єкта, більше того, у нормативних актах вживають-

ся різні терміни для позначення досліджуваного об'єкта правової охорони. Зважаючи на це пропонуємо:

- привести спеціальне законодавство стосовно охорони прав програм організацій мовлення у відповідність з новим Цивільним кодексом України, а також міжнародним законодавством;

- з метою уникнення різнотлумачень та усунення труднощів у правозастосовчій практиці, вважаємо за доцільне замінити у нормативних актах у назві об'єкта слово «передача» словом «програма», в разі ж наявності двох понять в одному акті — «розлучити» ці поняття;

- законодавство доповнити визначенням досліджуваного суб'єкта, а саме: «Програма організації ефірного або кабельного мовлення — це сукупність витворів і об'єктів суміжних прав, а також іншої аудіо і аудіовізуальної інформації, призначеної для повідомлення для загального відома організацією мовлення», а також об'єкта: «Суміжні права організацій мовлення становлять собою відносини по охороні організацій, які займаються поширенням звуку і (або) зображення засобами бездротового зв'язку (організації ефірного мовлення) або повідомляють їх публіці через кабелі, дрти, оптичні волокна або за допомогою аналогічних засобів (організації кабельного мовлення), а також відносини по встановленню їх використання, наділення їх особистими немайновими та майновими правами і захист цих прав.

#### ВИКОРИСТАНІ МАТЕРІАЛИ:

1. Сергеев А. П. Право интеллектуальной собственности в РФ. — М., 2001.
2. Макагонова Н. В. Авторское право: Учеб. пособие / Под ред. Э. П. Гаврилова. — М., 2000.
3. Чернышев С. А. Авторское право России: основные положения. — М., 2001.
4. Калитин В. О. Интеллектуальная собственность. — М., 2000.
5. Гражданское право: Учебник в двух томах. Том 1 / Под ред. Е. А. Суханова. — Москва-Бек, 1994.
6. Гаврилов Э. П. Смежные права в России и некоторых других странах СНГ // Бюллетень по авторскому праву. — 1996. — № 3.
7. Боярчук О. М. Цивільно-правова охорона суміжних прав в Україні: Автореф. дис. канд. юрид. наук: 12.00.03 / Київський національний університет ім. Тараса Шевченка. — К., 2002.
8. Яркіна Н. Є. Суміжні права в авторському праві: Автореф. дис. канд. юрид. наук: 12.00.03 / Національна юридична академія України ім. Ярослава Мудрого. — Х., 2000.



## **ВИКОРИСТАННЯ МОЖЛИВОСТЕЙ СУДОВО-ПОЧЕРКОЗНАВЧОЇ ЕКСПЕРТИЗИ ПІД ЧАС РОЗСЛІДУВАННЯ КРИМІНАЛЬНО-ПРАВОВИХ ПРОЯВІВ ВАНДАЛІЗМУ**

**Л. РОСТОМЯН**

*(Київський національний університет внутрішніх справ)*

Серед експертних досліджень питання призначення і проведення судово-почеркознавчої експертизи є одним з найбільш вивчених і розроблених. Так, судово-почеркознавство було предметом досліджень Т. Авер'янової, Л. Ароцкера, Р. Белкіна, Є. Буринського, А. Вінберга, В. Гончаренка, Ф. Джавадова, Н. Клименко, В. Липовського, В. Лисиченка, С. Потапова, О. Россинської, М. Сегая, С. Тихенка, О. Шляхова та інших учених.

Разом з тим, у ході розслідування тих чи інших видів злочинів виникає необхідність більш детального розгляду можливостей експертних досліджень з урахуванням конкретного механізму слідотворення, предметів і знарядь суспільно небезпечних діянь та інших факторів. Як слушно зазначає Н. Клименко, від правильного визначення виду судової експертизи та її можливостей залежить безпомилкове призначення експертизи..., а значить і належне використання експертизи у процесі судочинства [1, 115].

У даній статті розглянемо можливості судово-почеркознавчого дослідження під час розслідування кримінально-правових проявів вандалізму.

Вандалізм в сенсі Кримінального кодексу України може проявлятися в умисному знищенні або пошкодженні майна, пошкодженні шляхів сполучення і транспортних засобів, незаконній порубці лісу, хуліганстві, знищенні, руйнуванні або пошкодженні об'єктів культурної спадщини, пошкодженні релігійних споруд чи культових будинків, нарузі над могилою та в інших протиправних діяннях. Чималу частину вандалізму склада-

ють пошкодження певних об'єктів шляхом нанесення на них написів, зображень, малюнків. Враховуючи труднощі в отриманні таких об'єктів у натурі, їх незначний обсяг, при призначенні судово-почеркознавчих досліджень на досудовому слідстві виникають деякі проблемні ситуації.

Взагалі, основне завдання судово-почеркознавчої експертизи — це дослідження почерку, як системи рухів, що виявляються в рукописному тексті, підписі, цифрових позначеннях, встановлення виконавця рукописного тексту, його частини. Це завдання розв'язується в процесі криміналістичного ідентифікаційного дослідження.

Для проведення експертизи в розпорядження експерта необхідно надати: постанову про призначення експертизи, досліджувані об'єкти, зразки почерку.

У постанові про призначення експертизи повинні міститися відомості про відомі обставини, які мають відношення до предмета експертизи: умови виконання досліджуваного документа, зразки, стан виконавця досліджуваного тексту тощо [2, 265].

Однією з особливостей проведення почеркознавчої експертизи у справах про вандалізм є відсутність можливості представлення оригіналів досліджуваних написів, оскільки вилучити їх в натурі не представляється можливим.

При розслідуванні вандалізму написи і малюнки (досліджувані об'єкти) є безпосереднім об'єктом почеркознавчої експертизи та полягають в конкретній реалізації почерку (тобто певному наборі букв або знаків). При неможливості вилучити їх в натурі слід прово-

© Л. Ростомян, 2008

дити фіксацію останніх за допомогою фотографування. Така фотографія, направлена на експертизу, буде опосередкованим об'єктом.

При призначенні почеркознавчого дослідження у справах про вандалізм виникають питання етичного характеру, оскільки більшість відповідних написів (об'єктів експертизи) носять нецензурний характер. На жаль, тут немає іншого шляху, як направляти такі написи експертам. Адже тільки за оригіналами або їх копіями можливо вирішити експертне завдання. Конверти зі змістом вказаних текстів повинні містити позначку «нецензурно». Як правило, вказані написи містять незначну кількість слів, а іноді букв, що ускладнює процес ідентифікації об'єктів у ході дослідження.

Об'єктами судово-почеркознавчого дослідження у справах про вандалізм є:

1) *Почерк*. Почерк, як матеріальний слід вандалізму — це зорово-руховий образ графічної техніки письма, що реалізовується за допомогою системи рухів у написах, як правило, виконаних в громадських місцях, на будинках, в під'їздах, часто непристойного змісту.

2) *Підпис*. Будучи різновидом почерку, підпис в порівнянні з ним має свої особливості формування. У справах про вандалізм підпис складають аббревіатури, прізвиська, інколи справжні підписи тощо.

3) *Зображення* (малюнки, символи, знаки тощо). Різного роду зображення є засобом відображення і передачі думки за допомогою зорово-рухового образу графічної техніки нанесення даних зображень.

Зупинимось докладніше на вимогах, що пред'являються до зразків почерку і підписів, необхідних для порівняльного дослідження та їх вилучення. Як зазначає С. Качурін, до вимог, що висуваються до зразків почерку та підписів належать: безсумнівність походження, порівнянність (за мовою й писемністю, часом виконання, цільовим призначенням і змістом, матеріалом письма, умовами виконання, станом пишучого, темпом письма, способом виконання), репрезентативність [3, 9].

Як відомо, всі зразки діляться на три групи:

*Вільні зразки почерку* — це тексти, записи, підписи, виконані певною особою поза зв'язком зі справою про розслідування вандалізму. Вказані зразки повинні відповідати певним вимогам:

1) належати особі, зразками почерку якої вони повинні досліджуватися. Одержувати дані зразки слід при проведенні обшуку або виїмки у осіб, підозрюваних в здійсненні вандалізму, або в ході одержання зразків для експертного дослідження (ст. 199 КПК України);

2) бути сумісними з досліджуваними зразками. Отримання таких зразків у справах про вандалізм не завжди можливо. Як правило, написи мають значні розміри. В цьому випадку слідчому потрібно при проведенні обшуку або виїмки по можливості вилучити якомога більше зразків почерку стандартного розміру (шкільні зошити, листи підозрюваного тощо);

3) бути виконаними тією ж мовою, що і досліджувані написи. Нерідко при здійсненні вандалізму написи виконуються не українською або російською мовами. Молодіжні групи часто виконують їх англійською мовою або англійськими літерами. Іноді це просто набір літер, які відомі лише особам, котрі їх написали. У таких випадках слідчий повинен визначити, якою мовою виконаний напис, і встановити, у якій установі є фахівці і може бути проведена експертиза.

У цьому разі при одержанні зразків особливу увагу слід звертати на шкільні зошити підозрюваних (якщо це молоді люди), оскільки аналогічні написи можуть знаходитися у них;

4) відповідати події, що розслідується, за часом виконання. В ході проведення слідчих дій слідчому необхідно встановити час нанесення написів. Варто вилучати носії зразків почерку того часу, коли був скоєний злочин (зошити певного року навчання, листи і різні документи найближчого періоду часу до вчиненого злочину, про що можуть свідчити поштові штемпелі, дати під текстом тощо);

5) бути виконаними (по можливості) тим же пишучим засобом і на тому ж предметі. Це можливо лише в тих випадках, коли вандалізм здійснений з використанням ручок, маркерів, фломастерів тощо.

*Умовно-вільні зразки почерку і підписів* — це рукописи та підписи, виконані певною особою після порушення справи, але не спеціально для почеркознавчої експертизи. В таких випадках виконавець може припускати, що рукописи і підписи можуть бути використані як порівняльний матеріал. Дані зразки можуть відіграти значну роль в тих

ситуаціях, коли підозрювані умисно спотворюють свій почерк. До документів з умовно-вільними зразками почерку можуть належати пояснення, скарги, протоколи слідчих дій тощо [2, 267].

*Експериментальні зразки почерку* — це тексти, записи, підписи, що виконуються спеціально для проведення експертизи в умовах, максимально наближених до тих, в яких виконувалися досліджувані текст, запис. У спеціальній літературі перераховані лише ті вимоги, які пред'являються до зразків почерку, виконаних стандартним приладдям, на стандартному папері формату А 4.

Узагальнення матеріалів кримінальних справ про вандалізм дозволило сформулювати рекомендації щодо правил одержання експериментальних зразків почерку під час розслідування відповідних суспільно небезпечних діянь. Експериментальні зразки повинні відповідати вимогам:

1) бути одержаними в тих же умовах, в яких був виконаний напис (ці дані встановлюються при проведенні процесуальних і слідчих дій). У зв'язку з цим слідчому необхідно провести підготовчі дії, які полягають в наступному:

а) підготувати матеріали, відповідні тим, якими були виконані написи (фарбники, кисті, балончики тощо);

б) підготувати матеріали, на які буде нанесений напис (бажано декілька: папір великого розміру, закріплений, відповідно, на стіні, картон, фанера, ДВП тощо) залежно від умов вчинення вандалізму.

2) відповідати розміру напису, вилученому з місця скоєння злочину.

3) напис повинен бути зафіксований способами, перерахованими раніше.

Зазначимо, що слідчому потрібно одержати й аналогічні зразки, виконані в стандартних умовах письма, традиційним приладдям.

У тих випадках, коли діяння здійснене способом нанесення на об'єкти нецензурних написів, слідчому варто підготувати для написання слова або текст, в яких повинні бути букви, з котрих були складені нецензурні слова.

Дані вимоги повинні також пред'являтися і до такого об'єкта судово-почеркознавчого дослідження, як різного роду зображення.

На вирішення судово-почеркознавчої експертизи під час розслідування актів вандалізму можуть бути поставлені запитання:

— Чи виконаний текст або зображення конкретною особою?

— Чи виконана частина тексту або зображення конкретною особою?

— Чи виконані тексти або зображення на декількох предметах злочинного посягання вандалів однією особою?

— Чи не виконаний текст умисно змієним почерком?

— Чи не дописані слова, цифри або домальовані зображення до даного тексту чи зображення іншою особою?

— Особою якої статі написаний текст або намальовано зображення?

— Який вік виконавця?

— Які фізичні і професійні особливості виконавця?

Почеркознавчі дослідження здатні вирішувати й діагностичні завдання. Так, в ході проведення почеркознавчої експертизи об'єктів вандалізму можуть встановлюватися умови, в яких виконувався досліджуваний напис. На вирішення експертизи виносяться наступні питання:

1. У якому психофізіологічному стані (алкогольне, наркотичне або інше сп'яніння) виконаний напис?

Як правило, таке питання ставиться для з'ясування, яким чином стан підозрюваного міг вплинути на зміну його почерку.

2. У якій позі (стоячи або сидячи) виконаний напис?

Дане питання необхідно ставити в тих випадках, коли слідчий встановить обставини нанесення написів, а при допиті підозрюваний спростовує їх, стверджуючи, що це не його почерк.

3. Чи не виконаний напис з наслідуванням почерку конкретної особи?

При проведенні допиту підозрюваного він може повідомити слідчому, що це не його почерк, а почерк певної особи, хоча за обставинами справи відомо, що напис виконаний саме підозрюваним. Відповідь на дане питання дозволить викрити злочинця.

4. Чи не виконаний напис умисно змієним почерком?

Питання ставиться, коли у слідчого є інформація, що підозрюваний умисно спотворює свій почерк з метою уникнення відповідальності за вчинений злочин.

5. Яка давність виконання досліджуваного напису?

6. Чи придатний напис для ідентифікації особи?

Таким чином, результати судово-почеркознавчої експертизи мають суттєве значення для розслідування кримінально-правових проявів вандалізму, які в переважній більшості вчинюються в умовах неочевидності. Висновок експерта дозволяє перевіря-

ти причетність конкретної особи до акту вандалізму, з'ясувати обставини вчинення злочину, отримати орієнтуючу інформацію, яка допоможе встановити істину в справі.

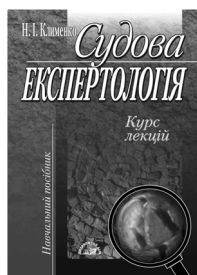
#### ВИКОРИСТАНІ МАТЕРІАЛИ:

1. Клименко Н. І. Судова експертологія: Навч. посіб. для студ. юрид. спец. вищ. навч. закл. — К., 2007. — 528 с.
2. Щербакowski М. Г. Судебные экспертизы: назначение, производство, использование: Учебно-практическое пособие. — Харьков, 2005. — 544 с.
3. Качурін С.Г. Тактика проведення судово-почеркознавчої експертизи: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. — Одеса, 2006. — 19 с.

Вийшов друком навчальний посібник: —————

**Клименко Н. І.**

**Судова експертологія : Курс лекцій : Навч. посіб. для студ. юрид. спец. вищ. навч. закл. — К. : Видавничий Дім «Ін Юре», 2007. — 528 с.**



У курсі лекцій викладено 15 лекцій з концептуальних основ судової експертології: проблеми становлення науки, її загальна теорія, правові, методологічні і науково-методичні основи.

У додатках наведено науково-практичний коментар до Закону України «Про судову експертизу», положення Конституції і кодексів України, нормативно-правові акти галузей права, судової експертизи.

Курс лекцій розраховано на студентів, аспірантів і викладачів юридичних закладів освіти, а також працівників правоохоронних органів.

**Замовляйте видання за телефонами:**

**(044) 537-51-20, 537-51-21**

**або за електронною поштою**

**[sales@inyure.kiev.ua](mailto:sales@inyure.kiev.ua)**

**<http://shop.inyure.kiev.ua>** —————

## КОНЦЕПЦІЯ ТА ПРОГРАМА МОДЕРНІЗАЦІЇ ГОСПОДАРСЬКОГО ЗАКОНОДАВСТВА УКРАЇНИ



**О. ТИТОВА**

*кандидат юридичних наук,  
науковий співробітник ІЕПД НАН України*

Опублікований у 2006 р. проект Концепції модернізації господарського законодавства на базі Господарського кодексу України [1] не викликав заперечень. Були окремі відгуки, які свідчили про доцільність проведення роботи згідно із Концепцією. У зв'язку з цим у Інституті економіко-правових досліджень НАН України розроблено Програму проведення відповідних науково-дослідницьких робіт із залученням інших наукових установ та вчених, які виявили згоду брати участь у реалізації Концепції та Програми. Остання побудована з урахуванням обґрунтованих у друкованих виданнях конкретних конструктивних пропозицій з вдосконалення господарського законодавства та самого Господарського кодексу (далі — ГК) як його стрижневого акта, який пройшов вже майже п'ятирічне «обкатування».

### *Загальні проблеми модернізації галузі господарського законодавства*

Сучасна ситуація потребує такого підходу до законодавчого забезпечення економічної діяльності, який, з одного боку, поєднував би динамічність його розвитку, а, з іншого — сталість та спадкоємність. Ці тісно пов'язані між собою вимоги сьогодення знаходять відображення як у найважливіших міжнародних документах програмного характеру, так і у положеннях вітчизняних концепцій подальшого економічного розвитку.

О. Титова, 2008

ку, затверджених актами Президента та Верховної Ради України. Гармонічне поєднання цих двох тенденцій є необхідною передумовою вдосконалення правового регулювання будь-якої сфери суспільного життя.

Крім вирішення цього двоєдиного завдання, у процесі вдосконалення законодавства з питань господарської діяльності, виникають і більш конкретні, характерні саме для даної сфери завдання. Аналіз досвіду реалізації законодавства про господарську діяльність, надбаного після введення в дію ГК, свідчить про необхідність вирішення таких завдань, як:

- узгодження кодифікованих та не кодифікованих норм господарського законодавства;

- подолання множинності актів, які регулюють господарську діяльність;

- обрання такої форми вдосконалення змісту та форми актів господарського законодавства, яка була б найбільш придатною для ефективного проведення процесу адаптації господарського законодавства до світових та європейських стандартів, тощо.

Аналіз досвіду застосування ГК дозволяє зробити висновок про ефективність врегулювання ним сучасних господарських відносин, що підтверджується застосуванням його положень при вирішенні спорів судовими інстанціями найвищого в Україні рівня (Вищим господарським судом України та

Верховним Судом України) й Міжнародним арбітражним судом при ТПП України.

Враховуючи наведені вище міркування, вченими Інституту економіко-правових досліджень і було запропоновано концептуальний підхід щодо вирішення багатоаспектних завдань подальшого розвитку господарського законодавства *шляхом його модернізації на базі ГК*.

Тому метою цієї статті є висвітлення загальних положень проекту Концепції модернізації господарського законодавства на базі ГК та окремих аспектів дискусії в рамках обговорення подальших напрямів вдосконалення господарського законодавства України.

Створенню Концепції передував аналіз загальних тенденцій розвитку та найбільш вагомих проблем сучасного господарського законодавства, що став підґрунтям для розроблення авторами Концепції загальних напрямів модернізації господарського законодавства.

Першочерговим завданням подальшої кодифікації господарського законодавства визначено оновлення та доповнення положень ГК як стрижневого акта господарського законодавства. Загальними напрямами цього процесу є: нарощування розділів, глав та статей Кодексу (у тому числі за допомогою інкорпорації); зниження кількості бланкетних норм у складі Кодексу; конкретизація окремих норм Кодексу з урахуванням виниклих останнім часом вдалих засобів регулювання; додаткове узгодження та гармонізація положень Кодексу з нормами Земельного, Цивільного, Кримінального та інших кодексів; відновлення спеціальних норм Кодексу, які містилися у його проекті, але були вилучені під впливом суб'єктивних факторів (про захист прав суб'єктів господарювання, про правові принципи обліку та звітності у господарській діяльності тощо).

Паралельно та у взаємозв'язку із роботою по оновленню ГК, Концепцією пропонується реалізація заходів щодо забезпечення оптимального співвідношення законів та підзаконних актів. Зокрема, ті положення законодавства, які є несталими, мають нахил до частих змін, не підіймати на рівень закону, а залишити у компетенції Кабінету Міністрів і регіональних органів, закріплюючи їх у підзаконних актах відповідного рівня. Наголошується на необхідності розроблення основних напрямів адаптації гос-

подарського законодавства, обумовленого процесами євроінтеграції з урахуванням особливостей національного законодавства, забезпечення єдиного підходу до узгодженості, стрункості та непротиворічності у системах законодавства, координації та зближення національного господарського законодавства із господарським правом ЄС

Загальними результатами модернізації господарського законодавства у рамках Концепції повинні стати: підготування переліку та проектів підзаконних актів, які треба прийняти у відповідності до деяких статей ГК з метою реалізації його положень; підготування змін та доповнень у нормативні акти в сфері регулювання господарської діяльності; пропозицій щодо спеціального порядку внесення змін та доповнень до ГК; вдосконалення Кодексу з урахування практики його застосування, необхідності включення до нього окремих правових норм, які містяться в актах нижчої юридичної сили.

В цілому головним завданням модернізації Концепція визначає надійне забезпечення поєднання ринкової саморегуляції із державним регулюванням економіки, а узагальнюючим критерієм досягнення цієї мети — сталість врегульованих господарських відносин та самого законодавства.

#### ***Необґрунтованість пропозицій щодо декодифікації господарського законодавства***

На жаль, замість конструктивного підходу автори окремих публікацій підмінюють виважений аналіз та критику положень Концепції модернізації господарського законодавства викладенням досить вже нав'язливої та сумнівно ефективної ідеї чи-то скасування ГК, чи-то інкорпорації його у Цивільний кодекс України.

Пропозиції щодо скасування ГК висувалися практично перед кожними політичними виборами групою, яка називає себе «благитною стрічкою», про некомпетентність якої у засобах масової інформації йшлося протягом 2004, і 2005, і 2006 рр. Її пропозиції засновані на ідеології ринкового фундаменталізму, яка вже давно дискредитувала себе, та мають загальний й бездоказовий характер «порожніх балачок», або, як висловились «Українська правда» у 2005 р.: «є порадами ескімосів папуасам, як поводитися у сильну спеку».

У багатьох засобах масової інформації у 2005–2006 рр. показана необґрунтованість

даних положень [2, 3, 4 тощо]. Неспроможність цієї ідеї була зрозуміла і Кабінету Міністрів, про що свідчить відповідь Прем'єр-міністра України на депутатський запит з цього приводу (відповідь від 5 січня 2006 р. № 76/0/2006).

Аргументи ж прихильників негайного скасування ГК стають усе менш логічними та доказовими. Прикладом такого популістського та недостатньо виваженого підходу, наприклад, є стаття, за вельми претензійною назвою якої ховається доволі алогічний та плутаний текст, що не містить ніякої стратегії[5]. Можна зрозуміти, що автор прагне висловити зауваження щодо Концепції модернізації з метою вдосконалення господарського законодавства. Але у підсумку доходить (так у всякому разі його можна зрозуміти) до висновку, що модернізація не потрібна, а досить просто виключити з ГК його шостий розділ. І усе стане добре. Якщо погодитися з логікою автора статті, щоб зробити легшою підготовку до читання лекцій, можна взагалі ліквідувати більшу частину законів. Але труднощі із читанням лекцій не можуть бути критерієм законотворчості. Викликає здивування заява автора, що положення ГК нібито застаріли. Така позиція перш за все демонструє недосить глибокий рівень знайомства із програмними державними документами найвищого рівня. Так, у Рекомендаціях парламентських слухань «Законодавче забезпечення сучасної економічної політики в умовах конституційної реформи», схвалених постановою Верховної Ради України від 21 червня 2005 р. № 2681-IV, проголошена мета створення **системи державного регулювання соціально-економічного розвитку** [6]. Концепція вдосконалення державного регулювання господарської діяльності, схвалена Указом Президента України від 3 вересня 2007 р. № 816/2007 [7], передбачає ніяк не скасування, а саме вдосконалення положень ГК (поряд із вдосконаленням Цивільного кодексу та інших законодавчих актів).

Враховуючи викладене вище і те, що ГК є сьогодні, до речі, одним із небагатьох актів, які містять положення щодо державного регулювання відносин у сфері економіки (у тому числі планування, прогнозування тощо), його положення більш логічним було б визнати не «застарілими», а, навпаки, такими, що мають неабияку актуальність і потребують подальшого розвитку.

Обвинувачуючи ГК у зв'язку з його нібито «застарілістю», слід було б згадати досвід такої економічно розвинутої демократичної європейської країни, як Франція. Біля двох сторіч у цій країні діяв Комерційний кодекс, норми якого у зв'язку із суб'єктивними історичними причинами та подальшим стрімким економічним розвитком дійсно були переважно застарілими. Але його не тільки не скасували, а й у 1999 р. прийняли у новій редакції, включивши до його складу шляхом інкорпорації норми прийнятих пізніше спеціальних нормативних актів.

Ще одним аргументом критиків ГК є наявність у сучасному правовому полі великої кількості господарських нормативних актів, при наявності яких ГК нібито не може бути основою господарського законодавства (наявність такої ж великої кількості актів у разі інкорпорації Господарського кодексу у Цивільний, чомусь, не розглядається як аргумент непридатності та як підстава скасування Цивільного кодексу). Але історично саме наявність великої кількості неузгоджених актів саме і була передумовою проведення процесу кодифікації. І якщо автори Концепції доказово демонструють засоби вирішення цієї проблеми шляхом модернізації законодавства на підставі ГК, то їх опоненти доки ще не пояснили, яким чином його скасування сприятиме зменшенню надмірної кількості нормативних актів та забезпечить їх якість і неполітизованість.

#### ***Господарський кодекс — основа забезпечення суспільного господарського порядку***

На сьогодні саме ГК містить положення, які створюють концептуальні засади для подальшого ефективного розвитку соціально орієнтованої ринкової економіки. Тільки цей Кодекс містить гарантії забезпечення стабільності правового режиму іноземного інвестування та чітку класифікацію юридичних осіб, що є традиційною для права України, відповідає реаліям, що склалися. На цей час лише норми ГК дозволяють захистити права суб'єктів підприємницької діяльності при укладанні договору приєднання, угод щодо перевезення вантажів. Положення Кодексу дають можливість забезпечити інтереси та права суб'єктів господарювання під час проведення перевірок державних контролюючих органів тощо.

Ознайомлення із вітчизняною судовою практикою дозволяє побачити згубність твердження, що ГК «практично не застосо-

ується». Посилання на цей Кодекс є у сотнях нормативно-правових актів, включаючи закони, укази, постанови Кабінету Міністрів, у безлічі судових рішень, у тому числі рішеннях Конституційного Суду України, Міжнародного комерційного арбітражного суду [8, 9–10]. Кодекс використовується і у господарській практиці. Кваліфікованим, неупередженим спеціалістам він неодноразово допомагав ефективно відстоювати права та законні інтереси суб'єктів господарювання. Що ж стосується проблем, які дійсно виникають із розмежування предметів Господарського та Цивільного кодексу, то, як було аргументовано доведено, передумовою цього було скоріше бажання розробників Цивільного кодексу включити до предмета його регулювання мало не усі існуючі суспільні відносини.

Порушує основи логіки аргумент, згідно з яким бажання авторів Концепції поглибити і розширити зміст ГК свідчить про його неефективність [5]. Виходячи з цієї посилки або практично усі акти слід визнати неефективними (бо час від часу вони потребують доповнення й розширення), або слід взагалі припинити їх вдосконалення та розвиток і це буде вважатися ознакою ефективності. Дивує також те, що незмога викладачів окремого навчального закладу доступно викласти студентам положення нормативного акта, може оцінюватися як вагомий аргумент щодо його скасування.

В. Данішевська визнає, що «на сьогодні безболісне скасування ГК практично неможливе», що проблеми практичного застосування ЦК та ГК у щоденній діяльності суддів успішно вирішуються під час семінарів [9]. Тобто фактично визнається, що скасування ГК матиме тяжкі наслідки [10], що доцільне проведення роботи щодо його роз'яснення та вдосконалення.

Для наукових та практичних діячів, які вболівають перш над усе за добробут та розвиток держави, логічним є пошук найменш збиткових, найменш «шочових» засобів вдосконалення правового регулювання економічних відносин. Сьогодні на рівні актів, які визначають державну політику, визнається згубність підходу, який призводить до докорінного порушення існуючого, обіцяючи, що саме після цього одразу настане «світле майбутнє».

У Посланні Президента до Верховної Ради України «Європейський вибір. Концептуальні засади стратегії економічного та соціального розвитку України на 2002–2011 роки» визначається: «завдання полягає в тому, щоб остаточно облаштувати споруджену будівлю по суті нового суспільства — економічну, соціальну, політичну та гуманітарну сфери, подолати глибокі деформації, що виникли на стартовому етапі трансформаційного процесу» [11].

Тенденція негайно «інкорпорувати», «скасовувати», оперуючи особистими вподобаннями, бажанням створити популістський імідж чи зберегти добрі відносини із іноземними «спонсором» і є характерною рисою деформацій трансформаційного періоду. Як зазначається у програмних документах, на яких повинен базуватися розвиток нашої держави: «економічна стратегія наступного періоду має бути максимально прагматичною, вільною від політизації ідеологічних схем та стереотипів» [11]. А тому, у вирішенні питання щодо подальшого розвитку господарського законодавства, пріоритет має належати не руйнуванню, а саме модернізації як процесові, що відповідає економічним інтересам, інтересам сталого розвитку та загальносвітовим тенденціям.

#### ВИКОРИСТАНІ МАТЕРІАЛИ:

1. Концепция модернизации хозяйственного законодательства на базе Хозяйственного кодекса Украины (проект) // Экономика и право. — 2006. — № 2 (15). — С. 5–16; сайт <http://www.iepd.dn.ua>.
2. З н а м е н с к и й Г. Л. Блеск и нищета современной цивилистики // Экономика и право. — 2004. — № 2 (9); 2005. — №№ 1 (11) и 2(12).
3. М а м у т о в В. К. Зачем Минюсту геростратова слава // Закон и бизнес. — 2006. — 12–18 марта.
4. Ч у м а ч е н к о Н. Г. К проблеме сочетания государственного регулирования и рыночной саморегуляции // Экономика Украины. — 2006. — № 8.
5. К о р о с т е й В. Законодавча стратегія розвитку економіки України // Право України. — 2007. — № 7. — С. 105–110.
6. Рекомендації парламентських слухань «Законодавче забезпечення сучасної економічної політики в умовах конституційної реформи»: постанова Верховної Ради України від 21 червня 2005 р. № 2681-IV // Відомості Верховної Ради України. — 2005. — №. 27. — Ст. 368.



7. Про Концепцію вдосконалення державного регулювання господарської діяльності: Указ Президента України від 3 вересня 2007 р. № 816/2007 // Офіційний вісник Президента України. — 2007. — № 30. — С. 20. — ст. 602.
8. Б о б к о в а А. Г., Д у т о в М. М. О некоторых результатах принятия и применения Хозяйственного кодекса Украины / НАН Украины, Ин-т экономико-правовых исследований. — Донецк, 2005. — 22 с.
9. Д а н і ш е в с ь к а В. Судова влада потребує допомоги // Правовий тиждень. — 2007. — № 30. — 24 лип. — С. 3.
10. Л а н д и к В. До якого часу відлякуватимемо інвесторів? // Урядовий кур'єр. — 2006. — № 224. — 24 листоп.; Б е л о у с о в Е. Декодифікація господарського законодавства — угроза національній безпеці України // Юридическая практика. — 2006. — № 1—2. — 10 янв.; К у з ь м і н Р. Скасування Господарського кодексу України — шлях до криміналізації економічних відносин // Право України. — 2006. — № 12.
11. Європейський вибір. Концептуальні засади стратегії економічного та соціального розвитку України на 2002–2011 роки: Послання Президента до Верховної Ради України. Стратегія від 30 квітня 2002 р. // Урядовий кур'єр. — 2002. — № 100. — 30 квіт.

Готується до друку видання:

**Господарське судочинство в Україні : судова практика / Верхов. Суд України ; упоряд. : Ємельяненко Е. О., Кириченко Н. М., Сердюк В. В. ; за заг. ред. В. В. Онопенка. — К. : Видавничий Дім «Ін Юре», 2008. — 828 с.**



Збірник містить матеріали судової практики застосування Верховним Судом України та Вищим господарським судом України норм ГПК України у розгляді справ за результатами їх перегляду щодо касації Судовою палатою у господарських справах Верховного Суду України.

Це тематичне видання розраховано на суддів, адвокатів, юрисконсультів, працівників органів державної влади, науковців, студентів та широкий загал.

**Замовляйте видання за телефонами:**

**(044) 537-51-20, 537-51-21**

**або за електронною поштою**

**[sales@inyure.kiev.ua](mailto:sales@inyure.kiev.ua)**

**<http://shop.inyure.kiev.ua>**

## СУЧАСНИЙ СТАН ТА ПЕРСПЕКТИВИ РОЗВИТКУ СПОЖИВЧИХ ТОВАРИСТВ В УКРАЇНІ



**А. ЗЕЛІСКО**

*викладач (Юридичний інститут  
при Прикарпатському національному  
університеті ім. Василя Стефаника)*

**С**учасний етап становлення правової держави в Україні відзначається активним здійсненням реформування законодавства та його адаптації до законодавства Європейського Союзу. Важливим недоліком у спрямуванні трансформації законодавства є концентрація уваги науковців та законодавців на проблемах діяльності підприємницьких товариств (господарських товариств та виробничих кооперативів), в той час як питання правового статусу споживчих товариств опинилися поза межами законодавчих реформ. Споживчі товариства сьогодні неформально вважаються тією організаційно-правовою формою юридичних осіб, яка вичерпала свої потенційні можливості, абсолютно не відповідає потребам сучасного суспільства, основам ринкової економіки тощо. Що ж спричинило таку ситуацію? Насамперед, неналежне правове забезпечення діяльності цих товариств.

Проблематики правового статусу споживчих товариств в своїх працях торкалися такі вчені, як В. Семчик [1, 124–130], І. Кучеренко [2, 159–177]. Окремі аспекти діяльності споживчих товариств розглядалися С. Бабенком, Я. Гончаруком, Р. Пастушенком [3, 179–183] та ін. Однак неоднозначність норм законодавства у питаннях встановлення порядку створення, діяльності та припинення споживчих товариств обумовлює необхідність здійснення подальших наукових пошуків з метою визначення єдиного концептуального підходу до закріплення правового статусу цих товариств.

Пріоритетною причиною становища, що склалося, є історичні обставини. Адже

© А. Зеліско, 2008

встановлення радянської влади в Україні мало наслідком яскраво виражену тенденцію до усупільнення та одержавлення власності споживчих кооперативних товариств. Перетворення їх в систему, яка єдиною метою мала виконання завдань планової економіки (в сфері закупівлі сільськогосподарської продукції). Внаслідок зазначеної політики радянської влади природа споживчих товариств та їх призначення деформувалися до такого рівня, що на сьогодні у пересічних громадян названі товариства асоціюються винятково з минулим (соціалістичним режимом) та сприймаються як застарілі «муміфіковані» явища, які зовсім не потрібні для розвитку України як правової держави з ринковою економікою та для її активного входження до Європейського Союзу. Однак це не зовсім об'єктивна оцінка того потенціалу, що закладений в даній організаційно-правовій формі юридичних осіб приватного права. Як наслідок постає необхідність ретроспективного розгляду виникнення та становлення діяльності споживчих товариств.

У своїх дослідженнях вчені одностайні в тому, що сучасні споживчі товариства беруть початок з перших англійських споживчих робочих кооперативів, які спочатку сформувалися у вигляді найпростіших об'єднань лавок, а пізніше у формі загальновідомого Рочдельського споживчого товариства, яке носило назву «Товариство чесних піонерів» та було створене 1844 р. [4, 157; 5, 188]. Непідприємницька природа таких об'єднань не викликає жодних заперечень з огляду на те, що основна частина коштів відраховувалася для подальшого розвитку товариств та

для задоволення споживчих потреб його членів. А одним із основних положень статуту Рочдельських товариств було правило про розподіл прибутку між членами товариства відповідно до розмірів їх закупівель, а не у формі процентів.

На Україні прототипи споживчих товариств почали з'являтися в середині XIX ст. у формі так званих артілей, які здійснювали свою діяльність з метою задоволення споживчих потреб своїх членів, підвищення їх добробуту. Оскільки належної законодавчої основи діяльності такі утворення не мали (вони створювалися на підставі інтерпретації ст. 433 «Устава общественного призрения» про створення благодійних товариств [6, 69]), то діяльність свою вони здійснювали на підставі статутів. У зв'язку з чим В. Левицьким у вересні 1894 р. було складено «артільний договір», який став своєрідним типовим статутом артільних об'єднань.

Активізація розвитку споживчих товариств відбулася у 1896 р., коли був організований їх перший офіційний з'їзд. Саме під час проведення цього заходу розроблено проект «Нормального статуту споживчих товариств», який у 1897 р. був затверджений Міністерством внутрішніх справ та відіграв до 1917 р. роль закону про споживчі товариства [7, 25]. Положення зазначеного статуту сприяли посиленню контролю над споживчими товариствами з боку влади, що стало причиною зменшення соціальної спрямованості їх діяльності.

Подальші перетрубації, що супроводжувалися руйнуванням царського режиму, не вплинули істотним чином на некомерційний та соціально спрямований статус споживчих товариств. Адже затверджені Тимчасовим урядом 20 березня 1917 р. «Постанова про кооперативні товариства та їх союзи» та «Положення про кооперативні товариства та їх союзи» містили норми, відповідно до яких кооператив мав на меті «сприяти матеріальному та духовному благополуччю своїх членів шляхом спільної організації різноманітних господарських підприємств чи праці своїх членів» [1, 44]. Однак в наступні роки відбуваються події, які стають початком етапу викривлення статусу споживчих кооперативних товариств. Зокрема, під час Жовтневої революції прийнято Декрет РНК РРФСР від 16 березня 1919 р. «Про споживчі комуни» [8]. Відповідно до цього Декрету було введено обов'язкове членство всіх грома-

дян в споживчих кооперативних організаціях та були скасовані пайові внески. Фактично ліквідовано добровільність об'єднання у кооперативні товариства та характерні для кооперативів пайові фонди. Усі споживчі товариства стали централізовані та підпорядковані державній владі. Добровільне членство у споживчій кооперації було відновлене аж у 1924 р. Декретом РНК СРСР «Про реорганізацію споживчої кооперації на основі добровільного членства» [9].

Подальша політика радянської влади стосовно споживчих товариств відбувалася у напрямку зведення їх винятково до обслуговування інтересів сільського населення в сфері закупівлі в нього та заготівлі сільськогосподарської продукції. Така зміна статусу споживчих товариств супроводжувалася їх ліквідацією у містах, для чого 29 вересня 1935 р. постановою РНК СРСР і ЦК КПРС було затверджено Положення «Про роботу споживчої кооперації на селі» [10].

У післявоєнний період розвиток споживчих товариств продовжував відбуватися у зазначеному вище напрямі, адже відповідно до рішень вересневого Пленуму ЦК КПРС 1953 р. на споживчу кооперацію було покладене завдання здійснення державних закупівель у сільських виробників, а також здійснення комісійного продажу продукції на ринках. Постанова ж ЦК КПРС від 6 березня 1959 р. «Про заходи щодо поліпшення побутового обслуговування населення» як основну мету споживчої кооперації визначала обслуговування побутових потреб сільського населення [11].

Процес подальшого становлення споживчих товариств відбувався під егідою СРСР. Радянська влада визначила споживчу кооперацію як «непослідовну соціалістичну форму господарювання» [1, 60] та здійснювала низку заходів з відновлення діяльності цих товариств. Однак діяльність їх відбувалася у вигляді функціонування чітко організованої системи споживчої кооперації та проходила виключно під державним контролем.

Споживчі товариства у цей час остаточно визначені як соціалістичні громадські організації, що спрямовані на обслуговування колгоспної системи. Такий статус їх був закріплений прийнятим в 1988 р. Законом СРСР «Про кооперацію в СРСР», який визначив поняття соціалістичного кооперативу — громадська організація громадян СРСР, які добровільно об'єдналися для ведення

господарської чи іншої діяльності на базі належного їм на праві власності, орендованого чи наданого в безоплатне користування майна, самостійності, самоуправління, самофінансування, а також матеріальної зацікавленості членів кооперативу і найбільш повного поєднання їх інтересів з інтересами колективу і суспільства (ст. 5 Закону) [12].

Викладені вище положення дають змогу уявити цілісну картину послідовної зміни статусу споживчих товариств як непідприємницьких кооперативних товариств на систему державних організацій, спрямованих на виконання командно-планових завдань радянської економіки в сфері закупівлі та заготівлі сільськогосподарської продукції.

Перехід України як незалежної держави до ринкової економіки став беззаперечним стимулом до зміни правового регулювання діяльності споживчих товариств. Проте цілеспрямована політика радянської влади щодо викривлення статусу цих товариств надзвичайно ускладнила поставлене завдання, оскільки сформувала стійку асоціацію споживчих товариств з соціалістичним режимом.

1992 р. прийнято Закон України «Про споживчу кооперацію» [13]. На час прийняття даний нормативно-правовий акт мав безумовно важливе значення, оскільки став засобом збереження споживчої кооперації в країні, визначив основи її діяльності, дозволив здійснити «структурну перебудову в системі Укоопспілки» [1, 71]. Подальший розвиток правового статусу споживчих товариств продовжував здійснюватися не на рівні законів, а в межах нормативно-правових актів, прийнятих Укоопспілкою. Йдеться про ті Положення Укоопспілки, що визначали трансформацію власності споживчої кооперації: Положення про порядок розмежування та закріплення власності в системі споживчої кооперації України на 1 січня 1996 р. (другий етап); Програма завершення розмежування і закріплення власності в споживчій кооперації України (Укоопспілки). Затверджено постановою XVIII (позачергового) з'їзду споживчої кооперації України 19 грудня 2000 р. Прогалини, що містилися в Законі «Про споживчу кооперацію» (мається на увазі визначення об'єктів права власності членів споживчих товариств, визначення вартості паю їх членів), були врегульовані виключно на рівні підзаконних нормативно-правових актів Укоопспілки.

Набрання чинності Цивільним та Господарським кодексом не поліпшили ситуацію із правовим статусом споживчих товариств, а навпаки, ускладнили її. Адже Цивільний кодекс визначив споживчі товариства як юридичні особи приватного права, що є непідприємницькими товариствами, які не мають на меті отримання прибутку для його наступного розподілу між учасниками (ст. 85). Також, виходячи з положень ЦК України, можна зробити висновок, що споживчі товариства є суб'єктами приватної форми власності.

Норми ж Закону «Про споживчу кооперацію» суперечать викладеним вище положенням, оскільки передбачають право членів товариств отримувати частину прибутку (ст. 6), на підставі чого можна зробити висновок, що споживчі товариства є підприємницькими товариствами. Частина 6 ст. 9 визначає, що суб'єктами права власності споживчої кооперації є члени споживчого товариства, трудові колективи кооперативних підприємств і організацій..., що протирічить нормам ЦК України, оскільки суб'єктом права власності є безпосередньо споживче товариство, а не його члени чи трудові колективи.

Сподівання на те, що прийняття 10 липня 2003 р. Закону України «Про кооперацію» [14] виправить ситуацію, яка склалася, не виправдалися, бо цей Закон не враховує поділу товариств на підприємницькі та непідприємницькі, запровадженого ЦК України, а отже, не робить різниці у правовому статусі виробничих, споживчих та обслуговуючих кооперативів, окрім сфери їх діяльності.

Існує ще один нормативно-правовий акт, що вносить деякий дисонанс у правове регулювання діяльності споживчих товариств. Це Господарський кодекс України, ст. 111 якого «Споживча кооперація. Підприємства споживчої кооперації» не дає уявлення про правовий статус споживчих товариств та їх об'єднань. Окрім того, вказана стаття визначає власність споживчих товариств та їх об'єднань як форму колективної власності. Такі положення навряд чи вносять хоч якусь однозначність у визначення правового статусу споживчих товариств. Адже враховуючи те, що відповідно до Закону України «Про внесення змін та визнання такими, що втратили чинність, деяких законодавчих актів України у зв'язку з

прийняттям Цивільного кодексу України» 27 квітня 2007 р. [16], Закон України «Про власність», що передбачав наявність колективної форми власності, втратив чинність. Таким чином, відсутні законодавчі підстави для закріплення колективної форми власності в ГК України, оскільки жоден нормативно-правовий акт, в тому числі й Конституція України, такої форми власності не передбачає.

На основі аналізу чинного законодавства України можна зробити висновок про відсутність в нашій державі будь-якого однозначного концептуального підходу до визначення правового статусу споживчих товариств. Такий стан правового забезпечення діяльності названих товариств та їх об'єднань не може сприятливо позначатися на них. Як наслідок — споживчі товариства та їх об'єднання знаходяться на сьогодні фактично у стані занепаду, як такі, що не потрібні нашій державі. Однак враховуючи те, що Україна прагне увійти в Світове Співтовариство як правова, демократична, соціальна держава, що насамперед повинна характеризуватися багатоманітністю організаційно-правових форм юридичних осіб та їх об'єднань, спрямованих у своїй діяльності на найрізноманітніші інтереси й потреби своїх громадян, таке індивідуентне та скептичне ставлення як з боку населення, так і законодавця до факту необхідності існування та ефективної діяльності споживчих товариств й їх об'єднань є негативним явищем.

Про доцільність збереження такої організаційно-правової форми, як споживче товариство свідчить законодавча практика інших постсоціалістичних країн, оскільки прийняття спеціальних нормативно-правових актів, що врегульовують діяльність цих товариств є характерним не лише для України, а й для Російської Федерації (Закон «Про споживчу кооперацію (споживчі товариства та їх об'єднання) в Російській Федерації» від 19 червня 1992 р. з наступними змінами та доповненнями), Республіки Білорусь (Закон «Про споживчу кооперацію (споживчі товариства та їх об'єднання) в Республіці Білорусь» від 25 лютого 2002 р.), Республіки Казахстан (Закон «Про споживчий кооператив» від 8 травня 2001 р.), Республіки Молдови (Закон «Про споживчу кооперацію» від 28 вересня 2000 р.). Аналіз перерахованих спеціальних законодавчих актів свідчить про дещо вищий рівень їх про-

гресивності щодо врегулювання діяльності споживчих товариств, однак, водночас, необхідно вказати на відсутність єдиного підходу законодавців країн СНД до визначення правового статусу названих товариств. Це підтверджується перш за все тим, що не досягнуто єдності у питанні порядку розподілу прибутку споживчих товариств, оскільки закони одних держав дозволяють розподіляти між членами товариств обмежену частину доходу товариства, а інших держав — повністю забороняють здійснювати розподіл доходу між членами споживчих товариств. Проте прийняті в країнах СНД закони про споживчі товариства все ж таки дають змогу вести мову про наявність загальних тенденцій щодо подальшого розвитку правового регулювання цих товариств. Вважаю, що до таких напрямів належать: встановлення споживчих товариств як виду кооперативу; визначення їх як неприємницьких організацій. Такі характеристики споживчих товариств повинні обумовлювати специфіку об'єктів права власності членів товариств, сукупність їх майнових та немайнових прав, обсяг відповідальності. На жаль, чинне законодавство України не відповідає вказаним положенням, що ще раз свідчить про наступне — чинна правова основа споживчих товариств себе вичерпала та потребує суттєвого перегляду.

Споживчі товариства займають вагомe місце в системі юридичних осіб не лише в межах СНД, а й у Світовому Співтоваристві, яке у своїй діяльності значну увагу приділяє саме кооперативним юридичним особам, їх об'єднанням. Вказане не є голослівним з огляду на ефективну та значущу діяльність Міжнародного кооперативного альянсу, законодавчу практику Європейського Союзу, що визначає правовий статус так званих європейських кооперативних товариств. Повідомлення комісії ради Європарламенту, економічного і соціального комітету та комітету регіонів від 23 лютого 2004 р. про стимулювання кооперативів у Європі містить дані, відповідно до яких Європейський Союз нараховує понад 300 000 кооперативів, які об'єднують 2, 3 млн громадян. Створення сприятливого середовища та стимулювання розвитку кооперативних товариств є тими пріоритетами, що встановлені багатьма міжнародними організаціями, зокрема, Організацією Об'єднаних Націй, Міжнародною організацією праці тощо.

Прагнення Європейського Союзу створити уніфіковані сприятливі правові основи для діяльності кооперативних товариств засвідчує прийняття Регламенту Ради (ЄС) №1435/2003 від 22 липня 2003 р. про статут Європейського кооперативного товариства. Основним функціональним призначенням такого Регламенту виступає прагнення «забезпечити кооперативи, які є загальновизнаною організаційною формою в усіх державах-членах, відповідними правовими інструментами, здатними полегшити розвиток їх транскордонної діяльності» [16].

Викладені положення законодавства Європейського Союзу свідчать про те, що споживчі товариства в розрізі сучасної міжнародної правової системи є необхідними та перспективними утвореннями, що ґрунтуються на принципі примату особи. Тому можна зробити підсумок про потребу трансформації законодавства, що визначає правовий статус споживчих товариств шляхом прийняття Закону України «Про кооперацію» в новій редакції, яка враховуватиме поділ кооперативних товариств на підприємницькі та непідприємницькі й врегулювання в ньому норм, що визначатимуть організаційно-правову форму споживчих товариств. Такі норми мають стосуватися

об'єктів права власності останніх, порядку розподілу їх доходу, сукупності майнових та немайнових прав членів споживчих товариств, обсягу відповідальності їх членів.

Прийняття окремого нормативно-правового акта щодо споживчих товариств необхідно вважати таким, що не є доречним, оскільки більшість його положень будуть повторювати ті, які передбачені в Законі «Про кооперацію». Така ситуація призведе до дублювання норм, котрі регламентуватимуть правовий статус споживчих товариств, що навряд чи можна визначити як позитивну тенденцію.

Доцільно зауважити, що під час розроблення таких законодавчих актів слід враховувати необхідність адаптації законодавства України до законодавства Європейського Союзу, а саме, до Регламенту Ради ЄС про статут Європейського кооперативного товариства. Проте відмінність національного законодавства України та законодавства ЄС свідчить про необхідність подальшого здійснення досліджень у даній сфері, оскільки бездумне запозичення норм Європейського Союзу може не врахувати специфіки нашої правової системи та як наслідок — навряд чи призведе до позитивних результатів.

#### ВИКОРИСТАНИ МАТЕРІАЛИ:

1. Кооперативне право. Підручник для кооперат., сільськогосп., економ., юрид. вищих навч. закладів і фак. / За ред. чл.-кор. НАН України В. І. Семчика. — К., 1998. — 366 с.
2. Кучеренко І. М. Організаційно-правові форми юридичних осіб приватного права: Монографія. — К., 2004. — 328 с.
3. Основи кооперації: Навч. посіб. / С. Г. Бабенко, С. Д. Гелей, Я. А. Гончарук, Р. Я. Пастушенко. — К., 2004. — 470 с.
4. Шершеневич Г. Ф. Торговое право. Том 1. Введение. Торговые деятели. Изд. 4. — СПб. По изданию 1908 г. — 556 с.
5. Мейер Д. И. Русское гражданское право / Е. А. Суханов (ред.). — М., 1997. — 455 с.
6. Жук А. Про перших кооператорів і першу кооперативну літературу на Великій Україні / Кооперативна республіка. — Львів, 1932. — С. 69-74.
7. Височанський П. Коротка історія кооперативного руху на Україні. — Харків, 1925. — 243 с.
8. Сборник указов. — 1919. — №17. — Ст. 191.
9. Сборник указов. — 1924. — №17. — Ст. 173.
10. Сборник законов. — 1935. — № 52. — Ст. 427.
11. Сборник Постановлений СССР. — 1959. — № 5. — Ст. 30.
12. Закон СРСР «Про кооперацію в СРСР» // Відомості Верховної Ради СРСР. — 1988. — № 22. — Ст. 335.
13. Закон України «Про споживчу кооперацію» від 10 квітня 1992 р. № 2266-XII // Відомості Верховної Ради України. — 1992. — № 30. — Ст. 414.
14. Закон України «Про кооперацію» від 10 липня 2003 р. № 1087-IV // Відомості Верховної Ради України. — 2004. — № 5. — Ст. 35.
15. Закон України «Про внесення змін та визнання такими, що втратили чинність, деяких законодавчих актів України у зв'язку з прийняттям Цивільного кодексу України» від 27 квітня 2007 р. № 997-V // Відомості Верховної Ради України. — 2007. — № 33. — Ст.440.
16. Регламент Ради (ЄС) №1435/2003 від 22 липня 2003 р. про статут Європейського кооперативного товариства // Офіційний вісник Європейського Союзу L207.

# ЕКОНОМІЧНО НЕВИПРАВДАНІ НАДХОДЖЕННЯ МІСЦЕВИХ ПОДАТКІВ І ЗБОРІВ — ОСНОВНА ОРГАНІЗАЦІЙНО-ПРАВОВА ПРИЧИНА НЕЗАБЕЗПЕЧЕНОСТІ МІСЦЕВИХ БЮДЖЕТІВ ВЛАСНИМИ ДОХОДАМИ



**З. ПЕРОЩУК**  
*(Київський національний університет  
внутрішніх справ)*

**Р**озпочатий етап економічних реформ визначив, що сьогодні існує багато суперечливих та невирішених організаційно-правових проблем у галузі бюджетного права, у тому числі й тих, які стосуються бюджетних повноважень органів місцевого самоврядування.

Саме тому потрібна подальша комплексна реформа, спрямована на розвиток місцевого самоврядування. Слід зазначити, що у сучасних умовах доходи місцевих бюджетів повинні дозволити у повному обсязі вирішувати завдання, покладені на органи місцевого самоврядування. А це означає, що потрібно проводити роботу, спрямовану саме на посилення самостійності місцевих бюджетів.

Серйозною перешкодою у напрямі поглиблення фіскальної децентралізації стала існуюча система адміністративно-територіального поділу. Теперішня організація місцевого самоврядування, незавершеність процесу її становлення, недоліки успадкованої системи адміністративно-територіального устрою не дозволяють провести повноцінну бюджетну реформу, яка гарантувала б фінансову самостійність і відповідальність органів місцевого самоврядування. Слід чітко усвідомлювати, що її розгортання буде суттєво гальмуватися існуючим адміністративно-територіальним устроєм.

© З. Перощук, 2008

Тому, в першу чергу, необхідно провести адміністративно-територіальну реформу, спрямовану на посилення ролі місцевого самоврядування та забезпечення спроможності його органів проводити ефективну політику в інтересах людини, надаючи їй високоякісні доступні послуги.

З метою недопущення подвійного підпорядкування та дублювання функцій і завдань потрібно чітко розмежувати повноваження між органами місцевого самоврядування різного рівня за принципом субсидіарності та прийняти такі закони: «Про територіальний устрій України», «Про місцеве самоврядування громади», «Про місцеве самоврядування району», «Про місцеве самоврядування регіону» та «Про основні засади державної регіональної політики».

Слід наголосити на тому, що вдосконалення бюджетної системи неможливо розглядати у відриві від реформування системи оподаткування. Для вирівнювання відмінностей у фінансовому забезпеченні місцевих бюджетів необхідно проводити адекватну податкову політику із встановлення економічно виправданих податкових надходжень. Головним завданням при цьому є кількісна та якісна стабілізація місцевих і загальнодержавних податків та зборів шляхом проведення податкової реформи.

Тому першим кроком до вирішення всіх перелічених проблем має стати остаточне ухвалення Податкового кодексу, прийняття якого затягнулося вже більше ніж на десять років. Його основними засадами повинні бути:

- значне скорочення кількості загальнодержавних і місцевих податків та зборів, що сприятиме збільшенню бази оподаткування, а відповідно — і податкових надходжень;

- забезпечення рівномірного розподілу податкового навантаження по всіх регіонах, а відтак — зміцнення фінансової основи діяльності органів місцевого самоврядування.

Особливе місце у зміцненні фінансової основи органів місцевого самоврядування однозначно слід відвести місцевим податкам і зборам.

Всупереч світовій практиці, де такі податки і збори виступають фінансовою основою місцевого самоврядування, в Україні вони не виконують своїх функцій і мають ряд особливостей: не враховують реальних доходів громадян, їм не властива прогресія, а основними платниками є фізичні особи. Як правило, у питанні встановлення місцевих податків і зборів діє принцип податкової ініціативи органів місцевого самоврядування в межах, визначених законодавством. На сьогоднішній час законодавча обмеженість кількості та ставок місцевих податків і зборів робить майже неможливим збільшення даного джерела доходів місцевих бюджетів.

За період з 1993 р. по даний час податкове законодавство щодо загальнодержавних податків і зборів постійно переглядалося. Проте місцеві податки і збори практично залишалися осторонь і справлялися до місцевих бюджетів за правилами, встановленими понад 14 років тому, згідно з Декретом Кабінету Міністрів України від 20 травня 1993 р. № 56—93 «Про місцеві податки і збори», що не відповідає фінансовим вимогам сьогодення і не забезпечує надійними джерелами власну ресурсну базу місцевих бюджетів.

Невиправданою також є прив'язка до неоподаткованого мінімуму доходів громадян ставок окремих місцевих податків і зборів, що залишається незмінним упродовж останніх років і, відповідно, не є реальною величиною, яка ефективно впливала б на податковий потенціал регіонів, а, отже, на ресурсну базу місцевих бюджетів.

Так, розрахунок ставок збору за видачу дозволу на торгівлю та комунального податку обчислюється, виходячи з неоподаткованого мінімуму доходів громадян, який протягом багатьох років не змінювався і становить 17 гривень.

Аналогічна ситуація із збором за видачу ордеру на квартиру, граничний розмір сплати якого Декретом визначено у розмірі 30 відсотків неоподаткованого мінімуму доходів громадян, внаслідок чого до місцевого бюджету сплачується всього 5, 10 гривень.

Потребують також правового врегулювання норми, що стосуються справляння ринкового збору. Так, відповідно до ст. 4 згаданого вище Декрету, його граничний розмір не повинен перевищувати 20 відсотків мінімальної заробітної плати для громадян і трьох мінімальних заробітних плат для юридичних осіб залежно від ринку, його територіального розміщення та виду продукції (товару), а згідно з п. 3 Указу Президента України від 28 червня 1999 р. № 761/99 «Про впорядкування механізму сплати ринкового збору» — ставка ринкового збору встановлюється у розмірі від 0,05 до 0,15 неоподаткованого мінімуму доходів громадян для фізичних осіб і від 0,2 до 2 неоподатковуваних мінімумів доходів громадян для юридичних осіб за кожне визначене Указом місце.

Варто наголосити і на тому, що відповідно до Указу Президента України від 28 червня 1999 р. № 746 «Про внесення змін до Указу Президента України від 3 липня 1998 року № 727 «Про спрощену систему оподаткування, обліку та звітності суб'єктів малого підприємництва» суб'єкти підприємницької діяльності, які перейшли на єдиний податок, не є платниками 16 видів податків і зборів, у тому числі плати за землю, комунального податку, податку на промисел, збору за видачу дозволу на розміщення об'єктів торгівлі та інші.

Перелічені види податків є джерелом доходів місцевих бюджетів, що не враховуються при визначенні обсягів міжбюджетних трансфертів, тобто є власними доходами місцевого самоврядування. В результаті переходу суб'єктів на спрощену систему оподаткування місцеві бюджети втрачають значні суми власних доходів, так як кошти у вигляді сплати єдиного податку є доходами місцевих бюджетів, що враховуються при визначенні обсягу міжбюджетних транс-



фертів, і використовуються на виконання делегованих повноважень.

Виходячи з аксіоми, що забезпеченість фінансовими ресурсами органів місцевого самоврядування на виконання власних повноважень є однією з основних умов стабільного розвитку територіальних громад, викликає занепокоєння зниження їх частки в загальному обсязі надходжень місцевих бюджетів.

У цьому напрямі необхідно створити на всій території країни єдиний та сприятливий для економічної діяльності податковий клімат, розширити податкові повноваження органів місцевого самоврядування, надати останнім право вводити нові місцеві податки і збори та визначати базу їх оподаткування.

Таким чином, на мою думку, відносини, пов'язані із встановленням, зміною, скасуванням та визначенням вичерпного переліку місцевих податків і зборів, що мають справлятися на територіях відповідних територіальних громад України, порядком їх адміністрування, платниками таких податків і зборів, їх правами та обов'язками, компетенцією контролюючих органів та повноваженнями їх посадових осіб під час здійснення податкового контролю, повинні бути врегульовані нормами Податкового кодексу України, окремим розділом «Місцеві податки і збори». Відповідно пропонується:

— за базу взяти основні положення Декрету Кабінету Міністрів України від 20 травня 1993 р. N 56-93 «Про місцеві податки і збори»;

— законодавчо встановити два види місцевих податків і зборів:

1) обов'язкові, тобто ті, які сільськими, селищними та міськими радами встановлюються в обов'язковому порядку;

2) особливі, тобто ті види місцевих податків і зборів, встановлення яких належить виключно до компетенції органів місцевого самоврядування;

— збільшити коефіцієнт ставок по податку з реклами, курортного збору (туристичного збору), збору за видачу дозволу на розміщення об'єктів торгівлі та сфери послуг;

— встановити граничні ставки місцевих податків і зборів у відсотках до мінімальної заробітної плати;

— ввести такі місцеві податки (збори), як: будівельний збір, збір за утилізацію сміття та відходів, ветеринарне обслуговування, використання природних будівельних матеріалів місцевого значення, забруднення довкілля.

Крім того, посилення ролі місцевого оподаткування неможливе без запровадження такого важливого податку, як податок на нерухоме майно.

Слід звернути увагу на те, що податок на нерухоме майно в ринкових країнах, хоч і не відіграє значної фіскальної ролі, все ж він залишається вагомим джерелом доходів місцевих бюджетів, крім того, є одним з ефективних важелів регіонального регулювання розвитку економіки.

Вийшло друком:

**Господарське судочинство в Україні: Судова практика / Верхов. Суд України ; упоряд. : Ємельяненко Е. О., Кириченко Н. М., Сердюк В. В.; за заг. ред. В. В. Онопенка. — К. : Видавничий Дім «Ін Юре», 2008. — 528 с.**



Збірник складається з судової практики Верховного Суду України і Вищого господарського суду України у справах зі спорів, що виникають з угод купівлі-продажу; у справах зі спорів про банкрутство; у справах зі спорів, пов'язаних з майновим наймом (орендою); у справах зі спорів у сфері корпоративних правовідносин.

Видання буде корисним суддям господарських судів, працівникам органів прокуратури, адвокатам, а також студентам вищих юридичних навчальних закладів України під час практичних занять.

**Замовляйте видання за  
телефонами:  
(044) 537-51-20, 537-51-21  
або за електронною поштою  
sales@inyure.kiev.ua  
http://shop.inyure.kiev.ua**

## ОСОБЛИВОСТІ ЗАХИСНОЇ ПРОМОВИ В СУДОВИХ ДЕБАТАХ У СПРАВІ НЕПОВНОЛІТНЬОГО ПІДСУДНОГО

**Х. ЛУЩАК**

*(Юридичний інститут Прикарпатського національного  
університету ім. Василя Стефаника)*

**З**авершується розгляд кримінальної справи. В залі серед присутніх багато молоді. За ґратами на лаві підсудних сидить юнак з низько похиленою головою і трепетно чекає вирішення своєї долі.

*Допитані: неповнолітній підсудний, потерпілий, свідки, батьки неповнолітнього, представники громадських організацій за місцем навчання чи праці підсудного. Виступив з обвинувальною промовою прокурор. В загальній тиші судового залу звучить голос судді: «Слово для захисту надається адвокату — захиснику підсудного».*

*Вельмишановний пане суддя! І лунає серед притихшого залу сильний гучний голос захисника, який проголошує своє бачення вирішення справи, що впливає з його остаточної позиції і детально втілюється в його захисній промові.*

Отже, захисна промова адвоката — це підсумок його роботи при здійсненні захисту. З одного боку, захисна промова є аналізом зібраних у справі доказів та мотивованим на цій підставі висновком, а, з іншого — важливий засіб виховного впливу, як на неповнолітнього підсудного, так і на присутніх у залі судового засідання. Іноді саме дана сторона захисної промови в справах неповнолітніх має вирішальне значення, в чому, на мою думку, полягає одна із особливостей захисної промови в справах цієї категорії.

Не викликає сумніву, що для належного виступу необхідно скласти тези або план захисної промови, а іноді навіть конспект, але ніколи їх не зачитувати, а лише проголошувати. Слухати читання промови ніхто не любить, насамперед молодь. Промова захисни-

ка в суді — це не доповідь, а живе слово, звернене як до суду, так і до найчутливішої та сприйнятливої аудиторії, серед якої є молодь.

Отже, захисникові потрібно не тільки підготувати зміст промови в суді, а й вміти виголосити її. Захисник повинен «уміти говорити» (13, 31). Промову слід починати прямо із суті справи або з чогось цікавого, що приверне увагу. Якщо розпочати трафаретно, то увага слухачів не концентрується, а якщо розпочати з чогось незвичайного, то увага зразу приковується. Якщо це так важливо для промови взагалі, то для промови захисника в суді, а тим більше в справах неповнолітніх, ще більш важливо. Вона покликана сприяти вихованню підлітків.

Звичайно, захисна промова перш за все має захищати неповнолітнього підсудного. Не перекручуючи дійсності, не оперуючи вивертami, захисник повинен висвітлювати події, давати оцінку доказів з позицій, найбільш сприятливих його підзахисному. Одночасно він має бути прикладом добросовісності як у викладенні фактів, так і в їх юридичній трактовці.

Головною частиною захисної промови є аналіз доказів (17, 4).

Аналізуючи показання підсудного, потерпілого, свідків, захисник повинен співставити різні показання однієї особи, якщо це порівняння дає підставу для певних висновків. Порівняння показань різних осіб, особливо якщо вони суперечливі, а також співставлення показань з безспірними фактами і документами дає захиснику можливість оцінити докази в їх сукупності і вит-

© Х. Лушчак, 2008

думачити їх по-своєму. Досліджуючи докази в суді, а потім аналізуючи їх в захисній промові, захисник повинен вміти відрізнити правдиві докази від різних і неправдивих. Іноді неправдиві докази звучать зі слів потерпілих, щоб створити або підсилити докази вини підсудного, зрідка зі слів свідків. Судова практика знає випадки, коли добросовісні свідки, помилково сприйнявши побачене чи почуте, не зрозумівши суті події або невірно їх зрозумівши, забувши деякі обставини, в суді натхненно вигадують показання, захоплюючись власною творчістю і навіть вірячи в їх дійсність. Аналізуючи показання свідків, захисник в своїй промові повинен ясно уявляти собі, хто є свідком, які його взаємовідносини з підсудним, чи не зацікавлений свідок з тих чи інших причин у вирішенні справи, щоб на основі цих даних дати безпомилкову відповідь на питання про достовірність показань. Дуже важливим для захисника є обдумане уява ним морального стану свідка.

Зупинимось тепер на позиції адвоката в кримінальній справі. Щодо випадку, коли підсудний визнає себе винним, то думка вчених—процесуалістів і юристів практиків є однаковою. Вона зводиться до того, що не зважаючи на визнання підсудним своєї вини, адвокат зобов'язаний всебічно й об'єктивно перевірити всі зібрані в справі докази. І якщо дійде висновку про його невинуватість, ставити перед судом питання про виправдання підзахисного. Лише так він добросовісно виконає свій професійний обов'язок. У такому разі необхідно без будь-яких вагань доводити перед судом свої міркування з цього приводу. На мою думку, тут необов'язково доводити свою позицію до відома як підсудного, так і його законного представника, та заручатись згодою підзахисного.

Так, наприклад, неповнолітній В. С. з метою вигоріти старшого брата визнав себе винним в пограбуванні і наполягав на цьому як на досудовому слідстві, так і у судовому розгляді справи. Але в промові захисник переконливо довів, що його підзахисний взяв вину на себе, щоб відвести обвинувачення від старшого брата (який, як з'ясувалося, дійсно був грабіжником), та порушив питання про виправдання неповнолітнього В. С. Суд погодився з думкою захисника [8, 196]. Важливим для захисника, як відмічав Ю. Герман, є віра в добру основу в

людині, віра в свого підзахисного, навіть і тоді, «коли той, змучений від слідства і переслідування, готовий зізнатися в злочині, якого він не вчинив». І тут він повинен підтримати свого підзахисного, вселити в нього віру в справедливість» [3, 98]. Так, п'ятнадцятилітній Б. обвинувачувався в убивстві школярки П. з метою пограбування. Підставою обвинувачення стало зізнання підлітка. Однак на слідстві він неодноразово змінював свої показання: то зізнавався у вбивстві П., то категорично заперечував вину. Захисник у промові довів його невинуватість, а його зізнання — результат неправильного допиту [16, 37]. Суд погодився з думкою захисника.

Захисник не вправі підтримувати незаконні вимоги підзахисного, використовувати методи захисту, не сумісні із завданнями Кримінально-процесуального кодексу України. Але заперечення підзахисним своєї вини є законним засобом його захисту від пред'явленого обвинувачення. Дискусійним серед юристів є питання щодо позиції захисника у випадку, коли підзахисний заперечує свою вину, і в захисника після судового слідства виникає сумнів щодо доведеності вини його підзахисного, а всі можливі перевірки доказів вичерпані. Деякі автори твердять, що в цьому разі захисник вправі не підтримати позиції свого підзахисного і будувати захист за власним розумінням, тобто погоджуватись з доведеністю вини підзахисного [12, 42]. Супротивники цієї точки зору вважають, і з ними слід погодитися, — що визнання захисником вини підзахисного при запереченні її останнім слід розглядати як порушення свого професійного обов'язку [4, 8]. Проти права захисника розійтися з позицією підзахисного, який заперечує свою вину, висловилися також інші автори [9, 48; 15, 29]. Як свідчить судова практика, протилежна позиція деяких захисників призводить до випадків винесення судом виправдальних вироків, хоч захисники вважали, що вина їх підзахисних доведена [1, 193; 11, 23; 19, 287]. Слід вважати, що визнання захисником вини всупереч позиції підзахисного є завуальованою формою відмови від захисту. Особливо це стосується неповнолітніх, позбавлених можливості самотійно здійснювати свій захист та відмовитися від послуг захисника в разі розходження з ним у позиції захисту. Виявляти обставини, що виправдовують неповнолітнього підозрюваного, обвинуваченого, підсудного, або пом'якшують

їх вину, зобов'язані слідчий, прокурор і суд (ч. 1 ст. 22 КПК України). На захисника ж, крім цього, покладено ще й обов'язок захищати свого підзахисного від пред'явленого обвинувачення.

Як же будувати захист у разі, коли підзахисний заперечує свою вину, а захисник не знаходить переконливих доказів у його невинуватості. Професор І. Перлов рекомендує захиснику повідомити підзахисного про свою позицію, а той повинен або погодитись з нею, або відмовитися від захисника, а захист взяти на себе чи обрати собі іншого захисника [10, 449]. На мою думку, запропоноване вирішення зазначеного питання напевно не прийнятне. Адже остаточно позиція захисника в суді визначається наприкінці судового слідства. До того ж інший захисник, якого побажав би запросити підсудний, також може обрати позицію першого захисника. Крім того, відмова від захисника з метою взяти захист на себе для неповнолітнього підсудного рівнозначна залишенню його без захисту. Неприйнятною, вважаю, є також рекомендація захиснику відмовитися від захисту, якщо підзахисний заперечує проти визнання захисником його вини [2, 57]. Частина 7 ст. 48 КПК України забороняє захиснику відмовитися від взятого на себе захисту, за винятком обставин, перелічених в ст. 61 КПК, або коли він відмову мотивує недостатнім знанням чи некомпетентністю. Вважаю, що позиція захисника завжди має бути чітко і ясно визначеною. Правильне вирішення питання про його позицію в разі невизнання неповнолітнім підзахисним своєї вини, на мою думку, полягає в тому, щоб захисник не протиставляв своїй думки про винність позиції підсудного, який заперечує свою вину, а захищав його так, як цього вимагає від нього закон. Тобто, яким би безспірним не здавалось обвинувачення, захисник, використовуючи свій професіоналізм, вміння знайти та успішно використати найнепомітнішу щілину в моноліті обвинувачення, повинен піддати його критичному аналізу [19, 147], показати його сумнівні сторони, суперечності в доказах, виділити з доказового матеріалу і порушити перед судом все, що стосується обвинувачення, зупинитися на характеристичі підсудного, що може бути корисним підзахисному, а в результаті мають з'ясуватися всі обставини на користь підзахисного неповнолітнього, даватися відповіді на всі необгрунтовані

твердження обвинувачення, висвітлювати особу підсудного під кутом захисту і, як наслідок, формулювати єдиний висновок — про недоведеність вини підсудного.

Практика судового захисту знає випадки, коли захисники могли протиставити обвинуваченню лише свої сумніви (відомі російські адвокати Н. Коммодов та Н. Казначеев в кримінальній справі С. і С-ві) [6, 166, 180]. В юридичній літературі така позиція захисту вважається вірною [6, 10].

Для більшої ефективності захисту неповнолітніх в судовому процесі адвокатами, на мою думку, слід доповнити Закон України «Про адвокатуру» нормою, а саме: в колегіях адвокатів, а там, де немає колегій, в кваліфікаційно-дисциплінарних комісіях запровадити посаду адвоката—методиста, який би пройшов спеціалізацію з питань захисту в справах неповнолітніх, був би забезпечений необхідною методичною літературою і проводив би заняття з адвокатами з метою вдосконалення професійного рівня і набуття знань в галузі дитячої та юнацької психології.

Особливості захисної промови в справах неповнолітніх криються не лише в глибокому аналізі доказів, а й в дослідженні умов життя і виховання неповнолітнього підсудного та причин і умов, які призвели до вчинення підзахисним злочину, та висвітленню обстановки, що негативно вплинула на його виховання [18, 36].

Щодо встановлення причин і умов, що сприяли вчиненню злочину неповнолітнім, у кримінальному процесі, зокрема, ст. 23 КПК зобов'язує до такої діяльності тільки орган дізнання, слідчого, прокурора і суд. Крім того, ст. 433 КПК вимагає обов'язкового з'ясування у справах неповнолітніх умов їх життя, виховання та обставин, що негативно впливали на їх виховання, наявності дорослих підмовників та інших осіб, які втягнули неповнолітнього у злочинну діяльність. З'ясування умов життя і виховання неповнолітнього, а також обставин, що негативно впливали на його виховання, має безпосереднє відношення до встановлення причин і умов, що сприяли вчиненню злочину підлітком. Коли відбувається збіг негативних зовнішніх впливів (аморальна поведінка дорослих, побутове або сімейне невлаштування батьків, поганий вплив), педагогічних помилок (необ'єктивність вчителів, зіпсовані відносини з колективом

одноліток), неправильних педагогічних установок батьків тощо, неповнолітній стає важким [5, 66].

Підбурювання ж неповнолітнього до злочинної діяльності і втягнення у таку діяльність слід розглядати як одну з можливих причин вчинення неповнолітнім злочину. Важливе значення для захисту набуває встановлення того факту, що несприятливі умови життя і виховання склались незалежно від волі підлітка, що причинам, які призвели його до вчинення злочину, він не зміг протистояти, що зміна вказаних умов призведе до зміни його поглядів і звичок, і що ці несприятливі умови життя і виховання й є збігом тих обставин, які становлять одну з пом'якшуючих обставин, передбачених ст. 66 КК. Встановлення таких даних дає адвокату підстави порушити питання про вжиття заходів до усунення причин і умов, що сприяли вчиненню злочину. Оскільки до числа обставин, які пом'якшують відповідальність, можуть відноситись і такі, що сприяли вчиненню злочину (причини і умови злочину), буде правомірним зробити висновок про процесуальний обов'язок адвоката з'ясовувати такі обставини. Цей висновок повністю впливає зі змісту ст. 48 КПК.

Не можна погодитись з думкою Я. Кисільова, що в захисній промові захисник повинен говорити про поліпшення виховної роботи лише в сім'ї і школі (тобто, де ріс, виховувався, навчався неповнолітній підсудний) [7, 164]. На мою думку, навколо таких підлітків слід створити особливе оточення і не лише в сім'ї та школі, а й поза ними: в громадських місцях, на спортивному майданчику, в спортивних та інших громадських організаціях, де проводить свій час чи дозвілля підліток, а не обмежувати виховний вплив певними вузькими рамками.

Особливістю захисної промови є і те, що в ній, при доведеності обвинувачення, має бути висвітленим і дійсний мотив злочину, що є важливим для правильного вирішення долі неповнолітнього підсудного, оскільки від цього залежить ступінь громадської небезпеки його злочинних дій. Особливістю захисної промови в справах цієї категорії є також глибокий аналіз впливу дорослих співучасників на неповнолітнього підсудного як до, так і під час вчинення ним злочину. У промові захисник повинен глибоко висвітлити особу неповнолітнього підзахис-

ного та ретельно проаналізувати шлях, що призвів його до вчинення злочину. Він має вивчити особу неповнолітнього підсудного сам, допомогти це зробити суду шляхом допиту його законних представників, представників навчально-виховних закладів, з місця роботи, інших осіб, оголошенням наявних у справі документів, пред'явленням суду додаткових документів (грамот, характеристик, дипломів, довідок), які позитивно характеризують неповнолітнього, шляхом особистих спостережень за підсудним. Завдання захисника щодо висвітлення особи неповнолітнього підсудного полягають в тому, щоб на підставі зібраних про нього даних створити перед судом живий багатогранний образ молодого людини з усіма його позитивними та негативними рисами й повно і всебічно розкрити цей образ як перед судом і учасниками судового розгляду, так і присутніми у залі судового засідання. Захисна промова має бути широкою, зрозумілою, без будь-яких застережень, вона покликана як захищати підлітка, так і сприяти його вихованню. Всі проблеми, які висувуються захисником у промові, повинні мати своє логічне вирішення. Морально-виховний фактор не просто декларується, він пронизує всі без винятку її розділи, а не є додатком до захисту. Лише за таких умов захисна промова, проголошена захисником у суді, буде дійсно належною зброєю в боротьбі проти проявів антигромадських поглядів, що породжують злочини серед неповнолітніх. Захиснику слід уникати загальних висловлювань, відомих істин. У кожній справі неповнолітніх можна (і треба) знаходити недоліки чи-то в сімейному вихованні, чи з боку установ, громадських організацій, оточуючих підлітка осіб, які не виявили достатньої уваги до нього, внаслідок чого він став на шлях злочину. Про них слід говорити і вносити конкретні конструктивні пропозиції до усунення виявлених недоліків. Правильна, у виховному відношенні, промова захисника поруч з розкриттям факторів, що схилили підлітка до вчинення злочину, має містити в собі слова і думки, які не давали б підстав для підлітка вважати, що він є жертвою випадкових обставин, котрі призвели його до злочину, що помилки виховання не знімають з нього самого відповідальності. Всю промову повинна пронизувати думка про підлітка, його сьогодення і майбутнє. Свій виступ необхідно побудувати так, щоб у непо-

внолітнього, який дійсно скоїв злочин, виникло почуття засудження своєї поведінки і зміцніла переконаність та рішучість не допускати в майбутньому правопорушень. У судовому засіданні в справах неповнолітніх присутні батьки підсудного, вихователі, представники шкіл, дитячих установ. Часто промова захисника допомагає цим особам безпосередньо побачити і зрозуміти ті хиби й недоліки у вихованні, які призвели неповнолітнього на лаву підсудних, допомагає знайти методи та способи усунення цих недоліків. Отже, можна з переконливістю твердити, що судовий розгляд справи неповнолітнього повинен бути школою моралі. При доведенні злочину неповнолітнього підзахисного, безумовно, слід висловити свою думку щодо кваліфікації злочину та міри покарання, в необхідних випадках клопотати про умовне засудження з призначенням громадського вихователя, а за наявності достатніх підстав і про закриття справи.

Важливим у проголошенні захисної промови, в тому числі й в справах неповнолітніх, є питання про допустимість альтернативи, тобто, чи допустимо одноразово ставити перед судом дві вимоги: виправдати підсудного чи пом'якшити йому покарання. З даного питання автор повністю приєд-

нується до думки тих науковців-процесуалістів, які вважають, що позиція захисника завжди має бути чіткою і визначеною, а це означає, що альтернатива в захисній промові недопустима [14, 103].

Якщо у кримінальній справі заявлено цивільний позов, захисник у своїй промові повинен висловити свою думку щодо підстав позову та доведеності його розміру, а також щодо особи, яка повинна відшкодувати заподіяну шкоду.

Неповнолітній підсудний може бути видалений із залу суду не лише під час дослідження обставин справи, але також і під час проголошення захисної промови, якщо зачіпаються інтимні сторони життя сім'ї, недоліки виховної роботи. Якщо в справі з боку неповнолітнього підсудного бере участь кілька захисників, вони повинні погодити між собою єдину позицію захисту. На мою думку, ч. 2 ст. 47 КПК слід доповнити саме таким змістом. Після закінчення виступів учасники судових дебатів мають право обмінятися репліками. За своїм призначенням репліка — це відповідь на промови або репліки інших учасників процесу. Право останньої репліки належить захиснику. Обмін репліками не повинен перетворюватись у лайку сторін обвинувачення і захисту.

#### ВИКОРИСТАНИ МАТЕРІАЛИ:

1. Б о й к о в А. Д. Проблемы адвокатской этики / Сб. Роль и задачи советской адвокатуры. — М., 1972. — 153.
2. В и н о к у р о в а Т. Суперечності між адвокатом і підзахисним // Радянське право. — 1967. — С. 57.
3. Г е р м а н Ю. Вера в доброе начало // Звезда. — 1966. — № 12. — С. 98.
4. Г и н з б у р г Г. А., П о л я к А. Г., С а м с о н о в В. А. Советский адвокат. — М., 1968. — С. 8.
5. З а р о с и н с ь к и й Ю., З а р о с и н с ь к и й О. Причини і умови злочинності неповнолітніх потребують теоретичного і практичного розроблення // Право України. — 2004. — № 3. — С. 66.
6. Защитительные речи советских адвокатов. — М., 1957. — Вып. 2. — С. 10, 166, 180.
7. Защитительные речи советских адвокатов в суде / Сб. Вопросы защиты по уголовным делам. — Л., 1967. — С. 164.
8. К и с и л е в Я. С. Судебные речи. — Л., 1967. — С. 196.
9. М а т в и е н к о А. Судебная речь. — Минск, 1972. — С. 48.
10. П е р л о в И. Д. Участие защитника в судебном разбирательстве. Научно-практический комментарий к Уголовно-процессуальному кодексу РСФСР. — М., 1963. — С. 449.
11. П е т р у х и н И. Доказывание невиновности и позиция адвоката в суде // Сов. юстиция. — 1972. — № 10. — С. 23.
12. Р о з е н б е р г М. Роль защитника в доказывании по уголовному делу // Соц. законность. — 1968. — № 6. — С. 42.
13. С е р г е и ч П. Искусство речи на суде. — М., 1960. — С. 31.
14. С в я т о ц ь к и й О. Д., М и х е е н к о М. М. Адвокатура України. — К., 1998. — С. 103.
15. С т р о г о в и ч М. Процессуальное положение адвоката в советском уголовном процессе // Соц. законность. — 1959. — № 3. — С. 29.
16. Судебные речи советских адвокатов. — М., 1960. — С. 37.
17. Судові промови адвокатів України. — К., 2000. — С. 4.
18. Т и т а р е н к о В. Захист неповнолітніх у кримінальному процесі Української РСР. — К., 1973. — С. 36.
19. Ф і о л е в с ь к и й Д. Т. Адвокатура. Вид. Прецедент. — 2007. — С. 147, 287.

## ПРАВО ВЛАСНОСТІ НА РОСЛИННІСТЬ НА ЗЕМЕЛЬНИХ ДІЛЯНКАХ, МЕЖІ ЯКИХ НЕ ВИЗНАЧЕНІ В НАТУРІ (НА МІСЦЕВОСТІ)



**О. ЛУГИНА**  
(м. Чернігів)

З прийняттям Земельного кодексу України (далі — ЗК) від 25 жовтня 2001 р. межі права власності на земельну ділянку було закріплено на рівні закону [3]. Зокрема, ч. 2 ст. 79 ЗК визначила, що право власності на земельну ділянку поширюється в її межах на ліси і багаторічні насадження, які на ній знаходяться. Пізніше відповідна норма була повторена ч. 3 ст. 373 Цивільного кодексу України (далі — ЦК) [4].

Визначення лісу дається в ч. 1 ст. 1 Лісового кодексу України: ліс — це тип природних комплексів, у якому поєднуються переважно деревна та чагарникова рослинність з відповідними ґрунтами, трав'яною рослинністю, тваринним світом, мікроорганізмами та іншими природними компонентами, що взаємопов'язані у своєму розвитку, впливають один на одного і на навколишнє природне середовище [2].

Термін «багаторічні насадження» вказує на дві обов'язкові ознаки відповідної рослинності: кількарічний період росту та її створення шляхом садіння людиною. Насадження — це посаджені дерева, рослини. Посаджені — це закопані в землю коріння саджанців, бульба, цибуля і т. ін. для вирощування [9].

Проте існують ще й рослини, які вирости самостійно і не належать до лісів або багаторічних насаджень (самостійні рослини, окремо розташовані дерева тощо). При буквальному тлумаченні ч. 2 та ч. 3 ст. 78 ЗК, ч. 3 ст. 373 ЦК вони не охоплюються терміном «право власності на земельну ділянку».

У юридичній літературі зустрічається вирішення зазначеної проблеми шляхом

розширеного тлумачення терміна «багаторічні насадження», де вживається вираз «багаторічні насадження дикоростучого і культурного походження» [10].

Можуть постати питання щодо права власності на багаторічні насадження, що знаходяться на земельних ділянках, які надаються власникам земельних часток (паїв). Такі багаторічні насадження мали певну балансову вартість і увійшли до переліку майна, що складає пайові фонди членів колективних сільськогосподарських підприємств. Могло трапитись так, що земельна ділянка передається одній особі, а багаторічні насадження на ній (фруктові сади, виноградники, хмільники тощо) — іншій. Уявляється, що для ліквідації зазначеної проблеми після набрання чинності Земельним кодексом України багаторічні насадження мали бути включені з пайових фондів.

Також звертає увагу те, що зі ст. 78 ЗК та ст. 373 ЦК неначе «випадають» однорічні рослини, трави. Проте, виходячи з духу зазначених норм та зі змісту п. «в» ч. 1 ст. 90 ЗК, право власності на земельну ділянку поширюється і на однорічні рослини, трави. Буде нелогічним, коли багаторічні насадження належатимуть власнику земельної ділянки, а однорічні — ні.

Відповідно до ст. 2 Закону України «Про власність» [1], ст. 78 ЗК, ст. 317 ЦК право власності — це право володіти, користуватися і розпоряджатися своєю власністю. Згідно зі ст. 4 названого Закону, ст. 319 ЦК власник володіє, користується, розпоряджається своїм майном на власний розсуд.

© О. Лугина, 2008

У той же час ч. 3 ст. 125 ЗК містить три юридичні факти, до настання яких забороняється приступати до використання земельної ділянки:

встановлення меж земельної ділянки у натурі (на місцевості);

одержання документа, що посвідчує право на земельну ділянку;

державна реєстрація.

Одержання документа, що посвідчує право на земельну ділянку, та його державна реєстрація є обов'язковими умовами виникнення права власності, тому цілком зрозуміло, чому закон забороняє приступати до використання земельної ділянки за відсутності цих юридичних фактів.

За загальним правилом, складання державного акта на право власності на земельну ділянку та його державна реєстрація проводиться після перенесення в натуру (на місцевість) меж земельної ділянки та закріплення їх довгостроковими межовими знаками встановленого зразка (п. 1.12 Інструкції про порядок складання, видачі, реєстрації і зберігання державних актів на право власності на земельну ділянку і право постійного користування земельною ділянкою та договорів оренди землі, затвердженої наказом Держкомзему України від 4 травня 1999 р. № 43) [6]. Виключення з цього правила передбачене ч. 3 ст. 11 Закону України «Про порядок виділення в натурі (на місцевості) земельних ділянок власникам земельних часток (паїв)», відповідно до якої земельні ділянки, які їх власники або інші особи будуть використовувати єдиним масивом, закріплюються межовими знаками встановленого зразка лише по окружній межі єдиного масиву [5].

Проте реалії є такими, що в ході земельної реформи власники земельних часток (паїв) одержують державні акти на землю без визначення меж земельних ділянок в натурі (на місцевості). Але навряд чи можна вести мову про недійсність державних актів на земельні ділянки, межі яких в натурі (на місцевості) не встановлені.

Як зазначено вище, без встановлення меж земельної ділянки у натурі (на місцевості) приступати до її використання забороняється. Для визначення, що можна робити власнику такої ділянки, а що ні, слід відповісти на питання: що таке «використання», чи є синонімами терміни «користування» та «використання»? Відповідь на це

питання можна знайти у постанові Пленуму Верховного Суду України від 16 квітня 2004 р. № 7 «Про практику застосування судами земельного законодавства при розгляді цивільних справ» [8]. З підп. «в» п. 18 даної постанови вбачається, що терміни «використання земельної ділянки» та «користування земельною ділянкою» є тотожними.

Крім того, Держкомзем України у листі від 19 квітня 2005 р. № 6-12-357/В-31 розтлумачив, що «використання земельної ділянки» — це отримання її корисних властивостей для забезпечення власних потреб користувача чи потреб інших осіб. «Приступити до використання земельної ділянки» — вчинити будь-які дії, які свідчать про фактичне її використання [7].

Таким чином, до встановлення меж земельної ділянки у натурі (на місцевості) ч. 3 ст. 125 ЗК забороняє власнику користуватись своєю ділянкою, проте дозволяє здійснювати дві інші правомочності права власності — володіння і розпорядження.

Не можна вважати, що при переході права власності на земельну ділянку, межі якої не встановлені в натурі (на місцевості), право користування залишається за попереднім власником, а до нового власника переходять лише право володіння та розпорядження. Насправді, при відчуженні земельної ділянки її колишній власник втрачає всі три правомочності. Попередній власник в жодному випадку вже ніколи не зможе встановити межі відчуженої земельної ділянки. Інша справа, що право користування не переходить до нового власника, а неначе «зникає». Певний період право користування не належить нікому. Але у будь-якому випадку у земельної ділянки є єдиний власник.

Виходячи з розуміння терміна «користування» [12], до моменту встановлення меж власник земельної ділянки не має права використовувати властивості земельної ділянки для своїх потреб чи потреб інших осіб, присвоювати плоди та доходи, що їх приносить земельна ділянка.

Разом з тим, до моменту встановлення меж власник має право володіти (мати фізичний доступ до речі [12]) та розпоряджатись (укладати щодо речі будь-які правочини, у межах, визначених законодавством) своєю земельною ділянкою.

Отже, власник земельної ділянки, межі якої не встановлені в натурі (на місцевості), має вільний доступ до своєї ділянки та рос-



линності на ній, може відчувувати її разом з рослинністю, передавати в оренду, заставу тощо (враховуючи встановлені законом обмеження). Однак він не може зібрати урожай, присвоїти плоди рослин. У той же час нікому іншому теж не належить право зібрати цей урожай, незважаючи навіть на його можливу загибель, втрату цінності.

Уявляється, що особа, яка саджала, сіяла рослини на земельній ділянці — не має права на законних підставах зібрати з неї урожай після набуття іншою особою права на зазначену ділянку, хоча б на тій підставі, що навіть

знаходження на чужій земельній ділянці вже в певній мірі порушує право власника ділянки, не говорячи вже про певні дії, роботи на цій ділянці.

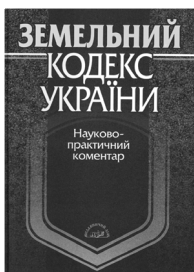
З метою забезпечення однакового застосування законів було б доцільно уточнити ч. 2 ст. 79 ЗК, виклавши її в новій редакції: «2. Право власності на земельну ділянку поширюється в її межах на поверхневий (грунтовий) шар, рослини, водні об'єкти, ліси, які на ній знаходяться». Відповідно, аналогічні зміни слід внести і до ч. 3 ст. 373 ЦК.

#### ВИКОРИСТАНІ МАТЕРІАЛИ:

1. Закон України «Про власність» від 7 лютого 1991 р. // Відомості Верховної Ради УРСР. — 1991. — № 20.
2. Лісовий кодекс України від 21 січня 1994 р. // Відомості Верховної Ради України. — 1994. — № 17. Ст. 99.
3. Земельний кодекс України від 25 жовтня 2001 р. // Відомості Верховної Ради України. — 2002. — № 3. — Ст. 27.
4. Цивільний кодекс України від 16 січня 2003 р. // Відомості Верховної Ради України. — 2003. — № 40. — Ст. 356.
5. Закон України «Про порядок виділення в натурі (на місцевості) земельних ділянок власникам земельних часток (паїв)» від 5 червня 2003 р. // Відомості Верховної Ради України. — 2003. — № 38 — Ст. 314.
6. Інструкція про порядок складання, видачі, реєстрації і зберігання державних актів на право власності на земельну ділянку і право постійного користування земельною ділянкою та договорів оренди землі, затверджена наказом Держкомзему України від 4 травня 1999 р. № 43 // Офіційний вісник України. — 1999. — № 23. — Ст. 357.
7. Лист Держкомзему України від 19 квітня 2005 р. № 6-12-357/В-31 // Інформаційно-пошукова система із законодавства України «Право».
8. Постанова Пленуму Верховного Суду України від 16 квітня 2004 р. № 7 «Про практику застосування судами земельного законодавства при розгляді цивільних справ» // Вісник Верховного Суду України. — 2004. — № 6.
9. Великий тлумачний словник сучасної української мови / Уклад, і голов. ред. В.Т.Бусел. — К., 2001.
10. Земельне право України: Підруч. / За заг. ред. Погрібного О. О., Каракаша І. К. — К., 2003.
11. Науково-практичний коментар Земельного кодексу України / За ред. В. В. Медведчука. — К., 2004.
12. Ярема А. Г. та ін. Науково-практичний коментар до цивільного законодавства України / А. Г. Ярема, В. Я. Карабань, В. В. Кривенко, В. Г. Ротань. — Т. 1. — К., 2004.

Вийшов у світ:

**Земельний кодекс України : Науково-практичний коментар / За заг. ред. В. І. Семчика. — 3-тє вид., перероб. і доп. — К.: Видавничий Дім «Ін Юре», 2007. — 896 с.**



Видання містить доктринальне тлумачення всіх положень Земельного кодексу, що сприятиме правильному й ефективному його застосуванню у сфері землекористування. Коментар підготовлений провідними правознавцями України — фахівцями у галузі земельного права. Буде корисний для студентів, викладачів і науковців, працівників аграрного сектору, органів виконавчої влади і місцевого самоврядування, усіх, хто цікавиться питаннями земельних відносин.

**Замовляйте видання за телефонами:**  
**(044) 537-51-20, 537-51-21**  
**або за електронною поштою**  
**sales@inyure.kiev.ua**  
**http://shop.inyure.kiev.ua**

## ПРЕДСТАВНИЦТВО ІНТЕРЕСІВ ЗАЯВНИКА У СПРАВАХ ПРО НАДАННЯ ПРАВА НА ШЛЮБ



**С. БИЧКОВА**

*доцент кафедри цивільного  
права і процесу Київського  
національного університету  
внутрішніх справ, к. ю. н.*



**Т. ФЕДОСЄЄВА**

*доцент кафедри  
цивільно-правових дисциплін  
«Вищого навчального закладу  
«Університет економіки  
та права «КРОК», к. ю. н.*

З прийняттям у 2002 р. Сімейного кодексу України (далі — СК) з'явилася нова категорія цивільних справ — про надання права на шлюб. Проте їх правова природа залишалась невизначеною до набрання чинності Цивільним процесуальним кодексом України від 18 березня 2004 р. (далі — ЦПК), в ч. 3 ст. 234 якого встановлено, що зазначені справи мають розглядатися у порядку окремого провадження.

На відміну від більшості інших категорій справ, що розглядаються судом у порядку окремого провадження, у цивільному процесуальному законодавстві України (зокрема, розділі IV ЦПК) детально не розписано особливості провадження у справах про надання права на шлюб. Окремі роз'яснення з приводу розгляду і вирішення таких справ надав Пленум Верховного Суду України у п. 2 постанови № 11 від 21 грудня 2007 р. «Про практику застосування судами законодавства при розгляді справ про право на шлюб, розірвання шлюбу, визнання його недійсним та поділ спільного майна подружжя».

Однак деякі проблеми на сьогодні ще залишаються невирішеними, незважаючи на їх актуальність і нагальну потребу в розв'язанні (наприклад, питання щодо можливості представництва інтересів заявника у справах про надання права на шлюб). Це є предметом даної статті.

Деяким аспектам участі представників у окремому провадженні тією чи іншою мірою

приділяли увагу такі відомі науковці, як Ю. Білоусов, С. Фурса, Є. Фурса, М. Штефан та ін. Разом з тим, до цього часу розглядуване спеціально питання вченими не досліджувалося. У судах же складається неоднорідна практика щодо застосування пов'язаних з ним положень законодавства.

У зв'язку з цим при написанні статті було поставлено за мету визначити та обґрунтувати наукові основи представництва інтересів заявника у справах про надання права на шлюб.

Звичайно, це не єдина категорія цивільних справ окремого провадження, у якій може виникнути відповідне питання щодо представництва. Наприклад, подібна проблема може існувати і у справах про надання неповнолітній особі повної цивільної дієздатності. Крім того, при розгляді справ про надання права на шлюб можуть поставати інші проблеми. Але такі питання виходять за межі цієї статті і є перспективними напрямками подальших наукових розвідок.

Для початку слід встановити, що за загальним правилом право на шлюб мають особи, котрі досягли шлюбного віку (ч. 1 ст. 23 СК), який встановлений для жінки — у сімнадцять, для чоловіка — у вісімнадцять років (ст. 22 СК). Однак за рішенням суду таке право може бути надане й особі, яка досягла чотирнадцяти років, за умови встановлення, що це відповідає її інтересам (ч. 2 ст. 23 СК).

© С. Бичкова, Т. Федосєєва, 2008

Крім того, знову таки за загальним правилом у шлюбі між собою не можуть перебувати рідна дитина усиновлювача та усиновлена ним дитина, а також діти, які були ним усиновлені. Відповідно до ч. 4 ст. 26 СК таким особам може бути надано право на шлюб тільки за рішенням суду.

Проаналізувавши ч. 2 ст. 23 і ч. 4 ст. 26 СК, можна стверджувати, що поняття «*справи про надання права на шлюб*» охоплює, насправді, три категорії цивільних справ, а саме:

- 1) справи про надання права на шлюб особі, яка досягла чотирнадцяти років, але не досягла шлюбного віку;
- 2) справи про надання права на шлюб між рідною дитиною усиновлювача та усиновленою ним дитиною;
- 3) справи про надання права на шлюб між дітьми, які були усиновлені однією і тією особою.

Не виключається й можливість комбінування першої із зазначених категорій цивільних справ з другою або третьою, наприклад, у разі заявлення до суду вимог про надання права на шлюб особі, яка досягла чотирнадцяти років, проте не досягла шлюбного віку, і при цьому котра прагне укласти шлюб з рідною дитиною її усиновлювача.

Заявником у всіх перелічених вище справах є фізична особа, з приводу надання права на шлюб якій судом відкрито провадження у цивільній справі.

Залежно від конкретної категорії справи про надання права на шлюб заявником може бути як повнолітня особа, так і неповнолітня.

При цьому у справі про надання права на шлюб особі, яка досягла чотирнадцяти років, але не досягла шлюбного віку, заявником завжди є або жінка у віці від чотирнадцяти до сімнадцяти років, або чоловік у віці від чотирнадцяти до вісімнадцяти років, тобто неповнолітня особа.

Отже, перейдемо ближче до питання про можливість представництва інтересів заявника у будь-якій з вказаних трьох категорій цивільних справ.

На нашу думку, незважаючи на те, що право на шлюб є особистим правом заявника, яке має бути реалізоване особою самотійно, це не виключає можливості участі його представника у справах про надання права на шлюб.

Свою позицію ми обґрунтовуємо наступним.

По-перше, у справах окремого провадження особами, які беруть участь у справі, є заявники, інші заінтересовані особи, їхні представники (ч. 2 ст. 26 ЦПК). Відповідно до ч. 1 ст. 38 ЦПК заявники у справах окремого провадження (крім справ про усиновлення) можуть брати участь у цивільній справі особисто або через представника. Таким чином, у справах окремого провадження можуть брати участь представники заявників.

По-друге, в законі немає жодної заборони щодо участі представника у справах окремого провадження, крім справ про усиновлення (ч. 1 ст. 38 ЦПК, ч. 1 ст. 223 СК). З цього випливає: оскільки законодавець встановив спеціальну заборону щодо справ про усиновлення, то неможливість представництва інтересів заявників у справах про надання права на шлюб ним також мала бути обумовлена.

По-третє, у випадках, встановлених у ч. 3 ст. 28 СК, заяву про реєстрацію шлюбу можна подавати через представника. При цьому закон вимагає обов'язкової присутності нареченого і нареченої лише в момент реєстрації їхнього шлюбу і встановлює неможливість такої реєстрації через представника (ст. 34 СК). Цим самим і забезпечується обов'язковість особистої реалізації права на шлюб. Тобто, робити висновок про те, що оскільки вступ у шлюб є дією, яка не може бути вчинена через представника, тому і заява про надання права на шлюб не може бути подана через представника, немає підстав.

Виходячи з викладеного, можна стверджувати, що при розгляді справ, які аналізуються, представництво заявника здійснюється на загальних підставах, передбачених у ЦПК. Тому окремо потрібно зупинитися на можливості застосування під час провадження у справах про надання права на шлюб положень щодо двох видів представництва фізичних осіб: законного і добровільного.

Особи, інтереси яких мають представляти законні представники, і перелік таких законних представників передбачений у ст. 39 ЦПК. Провівши детальний аналіз зазначеної норми та положень СК, які регулюють питання, пов'язані із шлюбом, можна зробити висновок, що проблема законного представництва у справах про надання права на шлюб може стосуватися заявників, котрі є непо-

внолітніми або цивільна дієздатність яких обмежена.

Відповідно до ч. 2 ст. 29 ЦПК неповнолітні особи, а також особи, цивільна дієздатність яких обмежена, можуть особисто здійснювати цивільні процесуальні права та виконувати свої обов'язки в суді у справах, що виникають з відносин, у яких вони особисто беруть участь, якщо інше не встановлено законом (не виникає сумнівів, що відносини, пов'язані з наданням права на шлюб, мають особистий характер).

Згідно з ч. 1 ст. 18 СК кожен учасник сімейних відносин, який досяг чотирнадцяти років, має право на безпосереднє звернення до суду за захистом свого права або інтересу. Крім того, право відповідної особи, яка досягла чотирнадцяти років, ініціювати розгляд питання про надання їй права на шлюб прямо закріплено у ч. 2 ст. 23 СК.

Слід також наголосити, що ніяких заборон або обмежень у СК не встановлено щодо можливості реєстрації шлюбу особою, цивільна дієздатність якої обмежена. Єдиною вимогою при цьому є повне усвідомлення такою особою значення своїх дій і здатність керувати ними під час реєстрації шлюбу. В іншому випадку шлюб вважається зареєстрованим без вільної згоди одного з подружжя і визнається недійсним за рішенням суду, якщо на момент розгляду справи не відпали обставини, які засвідчували відсутність згоди особи на шлюб (ч. 2 ст. 24, чч. 1, 3 ст. 40 СК).

Тому, врахувавши наведені вище норми, не можна не погодитися з тим, що особи, котрі досягли чотирнадцяти років, а також особи, цивільна дієздатність яких обмежена\*, мають достатню цивільну процесуальну дієздатність для самостійної участі у розгляді справи про надання їм права на шлюб.

Однак при цьому не слід забувати про право суду, закріплене у ч. 2 ст. 29 ЦПК, залучити до участі в справі законного представника неповнолітньої особи або особи, цивільна дієздатність якої обмежена". Чи може суд скористатися цим правом при розгляді справ про надання права на шлюб?

Справа в тому, що намір неповнолітньої особи або особи, цивільна дієздатність якої обмежена, укласти шлюб не завжди отримує схвалення батьків (усиновлювачів), піклувальників, тобто осіб, котрі у встановлених законом випадках є законними представниками таких осіб. Вони можуть навіть категорично заперечувати проти цього, хоча і не обов'язково у відкритій формі. Суд же не завжди наперед може передбачити, чи не зашкодить інтересам заявника залучення його батьків (усиновлювачів), піклувальників як законних представників. І доки він буде розбиратися з цим, законний представник уже може скористатися наданими йому правами і відмовитися від заявлених вимог від імені своєї дитини (підопічного), подати заяву про залишення заяви про надання права на шлюб без розгляду тощо. Отже, залучення батьків (усиновлювачів), піклувальників до участі у справі про надання права на шлюб як законних представників може тільки зашкодити об'єктивному встановленню обставин справи (зокрема, факту відповідності надання права на шлюб інтересам самої неповнолітньої особи або особи, цивільна дієздатність якої обмежена).

Крім того, з п. 2 постанови Пленуму Верховного Суду України № 11 від 21 грудня 2007 р. випливає, що як заінтересовані особи до участі в справі про надання права на шлюб особі, яка досягла чотирнадцяти років, залучаються, зокрема, один або обое батьків (усиновлювачів) такої особи чи її піклувальник. Це положення за аналогією можна поширити і на особу, цивільна дієздатність якої обмежена, тобто її піклувальник залучається до участі у відповідній справі також як заінтересована особа.

Таким чином, вести мову про можливість законного представництва інтересів заявників, котрі є неповнолітніми особами або особами, цивільна дієздатність яких обмежена, у справах про надання права на шлюб не доцільно. Батьки, усиновлювачі чи піклувальники таких осіб мають обов'язково

\* Тут і надалі в даній статті під особами, цивільна дієздатність яких обмежена, маються на увазі особи, котрі при цьому в необхідних випадках усвідомлюють значення своїх дій і керують ними.

\*\* Проаналізувавши у сукупності положення ч. 2 ст. 29 і ч. 2 ст. 39 ЦПК України, можна стверджувати, що остання норма застосовується у випадках, коли справа виникає з відносин, у яких неповнолітні особи та особи, цивільна дієздатність котрих обмежена, особисто участі не беруть. Крім того, на не зовсім вдале формулювання ч. 2 ст. 39 ЦПК України уже зверталася увага у працях одного з авторів цієї статті (Див.: Цивільний процесуальний кодекс України: Науково-практичний коментар / За заг. ред. С. С. Бичкової. — К., 2008. — С. 95).

залучатися до участі у справі, але тільки як заінтересовані особи.

Крім того, Пленум Верховного Суду у п. 2 зазначеної постанови підкреслює, що заперечення батьків (усиновлювачів), піклувальників щодо надання права на шлюб не є підставою для відмови в задоволенні відповідної заяви, адже головним критерієм для задоволення вимоги про надання права на шлюб є встановлення судом факту про відповідність такого права інтересам заявника. Ця позиція додатково аргументує зроблений нами висновок, оскільки участь батьків (усиновлювачів), піклувальників у розгляді справи, що аналізується, саме як заінтересованих осіб (а не як законних представників) надасть їм та заявникові рівні можливості щодо підтвердження (спростування) факту відповідності права на шлюб інтересам неповнолітньої особи або особи, цивільна дієздатність якої обмежена. Зазначене тільки сприятиме всебічному, повному та об'єктивному розгляду відповідної справи.

Вище уже було доведено, що у справах про надання права на шлюб не виключається можливість участі представників заявника. Оскільки ж підстав для законного представництва у цих випадках немає, то мова може йти лише про залучення добровільного представника.

Згідно з чч. 1, 2 ст. 42 ЦПК повноваження представників посвідчуються, зокрема, довіреністю фізичної особи. Така довіреність повинна бути посвідчена нотаріально або посадовою особою організації, в якій довіритель працює, навчається, перебуває на службі, стаціонарному лікуванні чи за рішенням суду, або за місцем його проживання.

Повноваження адвоката як представника можуть також посвідчуватись ордером, який виданий відповідним адвокатським об'єднанням, або договором (ч. 4 ст. 42 ЦПК).

Відповідно до ч. 6 ст. 42 ЦПК фізична особа може надати повноваження представникові за усною заявою, яка заноситься до журналу судового засідання.

Отже, у заявників-повнолітніх осіб з добровільним представництвом проблем не виникає: вони можуть обрати собі представника і визначити його повноваження, будь-яким з перелічених способів.

Однак у певних випадках неповнолітнім особам і особам, цивільна дієздатність яких обмежена, також необхідна правова допомога для належного обґрунтування свого наміру зареєструвати шлюб. Чи зможуть вони при цьому скористатися допомогою добровільного представника?

Виходячи з аналізу чч. 1, 2 ст. 32 ЦК, неповнолітня особа має право самостійно вчиняти лише дрібні побутові правочини, а також укладати договори банківського вкладу і банківського рахунка. Усі інші правочини неповнолітня особа вчиняє за згодою батьків (усиновлювачів) або піклувальників.

Згідно з чч. 2, 3 ст. 37 ЦК фізична особа, цивільна дієздатність якої обмежена, може самостійно вчиняти лише дрібні побутові правочини. Інші правочини вчиняються такою особою за згодою піклувальника. Хоча у особи, цивільна дієздатність якої обмежена, залишається право оскаржити до органу опіки та піклування або суду відповідну відмову піклувальника.

У п. 149 Інструкції про порядок вчинення нотаріальних дій нотаріусами України, затвердженої наказом Міністерства юстиції України від 3 березня 2004 р. № 20/5, додатково підкреслюється, що довіреності від імені неповнолітніх осіб, а також осіб, визнаних у судовому порядку обмежено дієздатними, посвідчуються з дотриманням вимог п. 40 цієї Інструкції, а саме: правочини від імені неповнолітніх осіб віком від чотирнадцяти до вісімнадцяти років, а також від імені осіб, цивільна дієздатність яких обмежена, можуть бути посвідчені лише за умови, якщо вони вчинені за згодою батьків (усиновлювачів) або піклувальника. У цьому ж пункті Інструкції викладено порядок отримання і фіксування відповідної згоди.

Тобто, неповнолітня особа або особа, цивільна дієздатність якої обмежена, не може самостійно видати нотаріально посвідчену довіреність своєму представникові. Повноваження адвоката як представника таких осіб також не можуть посвідчуватись способами, пов'язаними з укладенням певного договору (наприклад, ордером<sup>\*\*\*</sup>, договором доручення), без отримання згоди їх батьків (усиновлювачів) або піклувальників.

\*\*\* Неможливість посвідчення повноважень адвоката як представника неповнолітніх осіб або осіб, цивільна дієздатність яких обмежена, ордером без отримання згоди батьків (усиновлювачів), піклувальників обумовлена тим, що підставою для видачі ордера є укладення договору про надання відповідних послуг.

Якщо батьки (усиновлювачі), піклувальники погодяться на надання їх дитині або підопічному права на шлюб, а також будуть не проти особи, котру обрано як представника, вони можуть надати свою згоду на видачу ними відповідної довіреності або укладення необхідного договору, і тоді питання знімається.

Що ж робити заявникові, який є неповнолітньою особою або особою, цивільна дієздатність якої обмежена, у випадку, коли батьки (усиновлювачі), піклувальники не бажатимуть надавати згоду на видачу ним нотаріально посвідченої довіреності представникові або укладення необхідного договору?

У такому разі за вказаним заявником залишається право за визначених у законі підстав скористатися іншим з передбачених у ст. 42 ЦПК способів посвідчення повноважень представника, оскільки у деяких випадках отримувати згоду батьків (усиновлювачів), піклувальників не потрібно (зокрема, отримувати таку згоду не вимагається при посвідченні довіреності посадовою особою певної організації, при наданні повноважень за усною заявою під час судового засідання).

Проте без наявності згоди батьків (усиновлювачів), піклувальників на укладення відповідного договору або видачу нотаріально посвідченої довіреності, якщо при цьому не буде підстав для посвідчення довіреності іншими особами, скористатися допомогою представника при поданні до суду заяви про надання права на шлюб неповнолітньої особи і особа, цивільна дієздатність якої обмежена, не зможуть. Їм доведеться самостійно ініціювати відкриття провадження у такій справі, адже надати повноваження представникові за усною заявою можна тільки під час судового засідання.

Окремо, вважаємо за потрібне, необхідно зупинитися на додатковому обґрунтуванні можливості неповнолітньої особи брати участь у справах про надання права на шлюб через представника або поряд з ним.

У певних випадках залучення представника неповнолітньою особою є виправданим, оскільки в силу свого віку ця особа не завжди може самостійно належним чином сформулювати свої вимоги та обґрунтувати необхідність отримання їй права на шлюб. Представник же взмозі надати дитині відповідні роз'яснення стосовно можливих наслідків реалізації її намірів, з'ясувати дум-

ку заявника та довести до відома суду його міркування.

Надання неповнолітній особі права діяти через представника відповідає і міжнародним вимогам.

Так, відповідно до ч. 2 ст. 12 Конвенції про права дитини, прийнятої 44-ю сесією Генеральної Асамблеї ООН 20 листопада 1989 р. (ратифіковано постановою Верховної Ради Української РСР № 789-ХІІ від 27 лютого 1991 р.), дитині, зокрема, надається можливість бути заслуханою в ході будь-якого судового розгляду, що її стосується, безпосередньо або через представника у порядку, передбаченому процесуальними нормами національного законодавства.

Виходячи з положень Закону України «Про ратифікацію Європейської конвенції про здійснення прав дітей» від 3 серпня 2006 р., на розгляд судами справ, які стосуються дитини особисто, поширюється також ця Європейська конвенція, вчинена 25 січня 1996 р. у м. Страсбурзі.

Згідно з ч. 2 ст. 1 зазначеної Конвенції її предметом є, серед іншого, підтримка прав дітей, надання їм процесуальних прав та сприяння здійсненню ними цих прав шляхом забезпечення становища, при якому діти особисто або через інших осіб поінформовані та допущені до участі в розгляді судовим органом справ, що їх стосуються.

Крім того, сторони Європейської конвенції про здійснення прав дітей розглядають можливість надання дітям додаткових процесуальних прав у зв'язку з розглядом судовим органом справ, що стосуються дітей, зокрема:

- а) права клопотати про одержання допомоги від відповідної обраної ними особи у висловленні ними своєї думки;
- б) права клопотати самостійно або через інших осіб чи органи про призначення окремого представника, а у відповідних випадках — адвоката;
- с) права призначити свого представника;
- д) права здійснювати деякі або всі права сторін у такому процесі (ст. 5 Конвенції).

Слід окремо наголосити на тому, що заявник у справах про надання права на шлюб може залучити для юридичного консультування стосовно реалізації його цивільних процесуальних прав та виконання ним обов'язків особу, яка надає правову допомогу (ст. 56 ЦПК України). Але такого учасника цивільного процесу не можна ототожню-

вати з представником заявника, хоча в їх якості можуть виступати одні й ті ж особи (наприклад, адвокати).

Підсумовуючи викладене вище, можна виділити такі висновки:

1) незважаючи на особистісну сутність права на шлюб, при розгляді відповідних справ можуть брати участь представники заявника;

2) коли заявником у справах про надання права на шлюб є особа від чотирнадцяти до вісімнадцяти років або особа, цивільна дієздатність якої обмежена, вона наділена цивільною процесуальною дієздатністю, тобто може особисто здійснювати цивільні процесуальні права та виконувати свої обов'язки в суді, а тому можливість законного представництва у таких справах виключається;

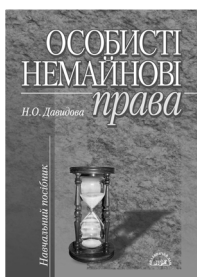
3) на справи про надання права на шлюб поширюють свою дію тільки положення

щодо добровільного представництва, але скористатися правом діяти через представника без будь-яких обмежень може лише заявник-повнолітня особа;

4) заявникові, який є неповнолітньою особою або особою, цивільна дієздатність якої обмежена, для того, щоб видати нотаріально посвідчену довіреність представникові або укласти відповідний договір, потрібна згода батьків (усиновлювачів), піклувальників, тому за відсутності такої згоди у заявника залишається лише право скористатися іншими можливостями, що впливають із ст. 42 ЦПК;

5) під час судового засідання зробити усну заяву щодо надання повноважень представникові може будь-який заявник (як повнолітня особа, так і неповнолітня, а також особа, цивільна дієздатність якої обмежена).

Пропонується навчальний посібник:



**Давидова Н. О.**

**Особисті немайнові права : навч. посіб. для студ. вищ. навч. закл. — К. : Видавничий Дім «Ін Юре», 2008. — 160 с.**

У навчальному посібнику аналізується чинне законодавство України та зарубіжних країн, судова практика, теоретичні проблеми особистих немайнових прав. Системно викладені поняття та ознаки, система особистих немайнових прав, джерела правового регулювання особистих немайнових правовідносин. Особлива увага приділяється реалізації, основним засадам та цивільно-правовому захисту особистих немайнових прав.

Для студентів юридичних вузів і факультетів, що вивчають курси «Цивільне право», «Особисті немайнові права», аспірантів, викладачів, практичних працівників судових, правоохоронних і правозастосовних органів та інших осіб, які цікавляться питаннями особистих немайнових прав.

**Замовляйте видання за телефонами:**

**(044) 537-51-20, 537-51-21**

**або за електронною поштою**

**[sales@inyure.kiev.ua](mailto:sales@inyure.kiev.ua)**

**<http://shop.inyure.kiev.ua>**

## СУБ'ЄКТИ СТАДІЇ ВИКОНАННЯ ВИРОКУ ТА ВИЗНАЧЕНІСТЬ ЇХ ПРОЦЕСУАЛЬНОГО СТАТУСУ В ЧИННОМУ ЗАКОНОДАВСТВІ



**Є. ШЕВЧЕНКО**

*(Харківський національний університет  
внутрішніх справ)*

Після набрання судовим рішенням законної сили в кримінальному процесі починається стадія виконання вироку, постанови, ухвали. Враховуючи, що притаманна кожній стадії кримінального судочинства процесуальна форма визначає специфіку статусу суб'єктів кримінально-процесуальної діяльності [1, 19], важливим є правильне визначення не тільки їх кола, а й відповідних прав та обов'язків під час провадження у цій стадії процесу.

На жаль, у вітчизняній юридичній літературі проблемам стадії виконання вироку майже зовсім не приділяється уваги. Так, можна згадати лише дисертаційну роботу Н. Бородовської, яка присвячена забезпеченню кримінально-процесуального статусу засудженого [2]. Відповідно, і питання процесуального статусу суб'єктів стадії виконання вироку також поки залишаються без уваги з боку процесуалістів. Дослідження у цій сфері обмежуються лише фрагментарним висвітленням окремих питань статусу суб'єктів кримінального судочинства, що не може негативно не позначитися на подальшому розвитку процесуальної теорії та кримінально-процесуального законодавства. Метою даної статті є визначення вичерпного переліку суб'єктів кримінального судочинства, які беруть участь у стадії виконання вироку, постанови, ухвали, а також кола їх процесуальних прав та обов'язків. Вирішення цього завдання на теоретичному рівні дозволить розробити обґрунтовані пропозиції стосовно вдосконалення чинного законодавства, що, у свою чергу, сприятиме за-

безпеченню прав і законних інтересів усіх осіб, які залучаються до провадження у справі в стадії виконання вироку, постанови, ухвали суду.

У юридичній літературі тривалий час дискутується питання про співвідношення понять «учасник» та «суб'єкт» кримінального судочинства. На думку В. Шпильова, Ю. Іванова, учасниками процесу є всі особи, які беруть участь у справі, тобто ці поняття тотожні [3, 10–14; 4, 446]. П. Елькінд вважає, що учасники кримінального процесу є його суб'єктами, які наділені численними правами та обов'язками. Суб'єктами кримінально-процесуальної діяльності вони стають у ході здійснення таких прав та обов'язків [6, 58]. Деякі процесуалісти вважають, що терміни «учасник процесу», «суб'єкти кримінально-процесуальної діяльності», «учасники кримінального судочинства», «суб'єкти процесуальних відносин», «особи, які беруть участь у справі» є тотожними [7, 15]. Автор даної публікації не може погодитися з таким підходом.

Якщо під участю в процесі розуміти особисту активну діяльність, то з кола учасників кримінального судочинства слід виключити потерпілих-немовлят, осіб, котрі через свої фізичні або психічні вади не можуть самостійно реалізувати процесуальні права тощо. Вони хоча і вважаються суб'єктами кримінального судочинства, наділені кримінально-процесуальними правами, але безпосередньо у провадженні у справі участі не беруть. До речі, у проекті КПК України від 18 листопада 2005 р. № 3456-Д розділ другий



має назву «Суб'єкти кримінального провадження». Пункт 56 ст. 6 проекту визначає: «Учасники судового розгляду — підозрюваний, обвинувачений, підсудний, засуджений, виправданий, їхні захисники і законні представники, прокурор, потерпілий і його представник, особа, стосовно якої відмовлено у порушенні провадження в кримінальній справі чи закрито провадження в кримінальній справі, цивільний позивач, цивільний відповідач та їхні представники, які беруть участь у судовому розгляді». Прорізний зміст термінів «суб'єкт» та «учасник» процесу можна вести мову на підставі аналізу положень чинного КПК України.

Помилковість ототожнення названих понять позначається на класифікації суб'єктів кримінального процесу. Так, однією з груп суб'єктів більшість авторів називають учасників процесу. Але, якщо ці поняття тотожні, чи означає це, що до даної групи повинні входити всі без винятку суб'єкти? Вважаю, що для означення державних органів, посадових, юридичних та фізичних осіб, які залучаються до сфери кримінального судочинства, доцільно використовувати термін «суб'єкти кримінального процесу».

Питання про коло суб'єктів та їх процесуальний статус у стадії виконання вироку тісно пов'язане з визначенням початкового та кінцевого моменту цієї стадії. Науковці, що досліджували проблеми стадії виконання вироку, не акцентують увагу на цьому питанні. Так, юридичним фактом, що «породжує» стадію виконання вироку, ухвали чи постанови суду, є набрання відповідним рішенням законної сили. Більшість вчених саме з набранням вироком законної сили пов'язують виникнення процесуальної фігури засудженого. Іншу точку зору висловила Н. Бородовська. На її думку, згідно з чинним законодавством України, підсудний набуває процесуального статусу засудженого до позбавлення волі з моменту публічного проголошення постановленого судом обвинувального вироку, в якому мірою покарання визначено позбавлення волі довічно чи на певний строк [2, 12]. На жаль, автор не визначає: тільки підсудний до позбавлення волі набуває статусу засудженого чи усі особи, щодо яких проголошений обвинувальний вирок? Чи починається з цього моменту стадія виконання вироку і як бути з іншими суб'єктами даної стадії? Дійсно, у чинному законодавстві дещо непослідовно викорис-

товується понятійний апарат, але це не може бути підставою для тверджень, що статус засудженого виникає раніше, ніж почалася стадія виконання вироку.

Існують деякі особливості при визначенні кінцевого моменту цієї стадії, оскільки, як зазначає Л. Лобойко, у стадії виконання вироку не приймають кінцевих рішень [8, 337]. Незважаючи на цю обставину, кінцевий момент стадії виконання вироку, постанови, ухвали, вважаю, пов'язаний зі зняттям чи погашенням судимості.

Визначивши «параметри» стадії, перейдемо до аналізу питання про коло суб'єктів стадії виконання вироку, ухвали, постанови. На мій погляд, до нього слід віднести:

1) *суд* — місцевий, апеляційний, касаційний. Як суб'єкт стадії виконання вироку суд наділений повноваженнями із звернення вироку до виконання (ст. 404 КПК) та вирішення питань про: сумніви та суперечності, що виникають при виконанні вироку (ч. 1 ст. 409 КПК); звільнення від відбування покарання за хворобою (ст. 408 КПК); звільнення від відбування покарання вагітних жінок і жінок, які мають дітей віком до 3-х років (ст. 407<sup>1</sup> КПК); скасування звільнення засудженого від відбування покарання з випробуванням (ст. 408<sup>2</sup> КПК); скасування звільнення від відбування покарання вагітних жінок і жінок, які мають дітей віком до трьох років, чи направлення засудженої для відбування покарання, призначеного за вироком (ст. 408<sup>3</sup> КПК); заміну штрафу покаранням у виді громадських робіт, виправних робіт — штрафом, позбавлення волі — триманням у дисциплінарному батальйоні, обмеження чи позбавлення волі — службовим обмеженням для військово-службовців (ст. 410 КПК); застосування примусового лікування до засуджених, які є алкоголіками чи наркоманами і відбувають покарання в установі виконання покарань, якщо примусове лікування не було їм призначене вироком суду (ст. 411<sup>1</sup> КПК); припинення примусового лікування від алкоголізму чи наркоманії (ст. 411<sup>1</sup> КПК); зняття судимості (ст. 414 КПК); умовно-дострокове звільнення від відбування покарання і заміна невідбутої частини покарання більш м'яким покаранням (ст. 407 КПК); звільнення від покарання і пом'якшення покарання (ст. 405<sup>1</sup> КПК) тощо;

2) *прокурора*. У стадії виконання вироку він має право: вносити подання до суду про

звільнення від покарання з випробуванням після закінчення іспитового строку; брати участь у розгляді судом питань, що виникають при виконанні вироку; подавати апеляції на рішення суду; здійснювати нагляд за законністю виконання вироків та інших судових рішень; санкціонувати постанови слідчого або органу дізнання про тимчасове залишення засудженого в слідчому ізоляторі, на гауптвахті Військової служби правопорядку в Збройних Силах України засудженого до позбавлення волі з відбуванням покарання в установі виконання покарань, дисциплінарному батальйоні, а також про тимчасове переведення засудженого з установи виконання покарань в слідчий ізолятор, на гауптвахті Військової служби правопорядку в Збройних Силах України при необхідності провадження слідчих дій у справі про злочин, вчинений іншою особою. Для реалізації вказаних прав прокурор може: 1) у будь-який час відвідувати місця тримання затриманих, попереднього ув'язнення, установи, в яких засуджені відбувають покарання, установи для примусового лікування і перевиховання, опитувати осіб, що там перебувають, знайомитись з документами, на підставі яких ці особи затримані, заарештовані, засуджені або до них застосовано заходи примусового характеру; 2) перевіряти законність наказів, розпоряджень і постанов адміністрації цих установ, зупиняти виконання таких актів, опротестовувати або скасовувати їх у разі невідповідності законодавству, вимагати від посадових осіб пояснень з приводу допущених порушень; 3) прокурор зобов'язаний негайно звільнити особу, яка незаконно перебуває в місцях тримання затриманих, попереднього ув'язнення, позбавлення волі або в установі для виконання заходів примусового характеру (ст. 44 Закону України «Про прокуратуру»);

3) *засудженого*. У цій стадії процесу він має такі права: подавати заяву про звільнення від покарання або про пом'якшення покарання в разі, якщо новим законом усунено караність діяння; подавати заяву про дострокове зняття судимості; брати участь у розгляді питань, пов'язаних з виконанням вироку, в судовому засіданні та ін.;

4) *захисника засудженого*, який надає тому правову допомогу, бере участь у судових засіданнях;

5) *виправданого*, який має право на відшкодування моральної та матеріальної

шкоди, заподіяних незаконними діями органів дізнання, досудового слідства, прокуратури та суду, оскаржувати підстави виправдання;

6) *орган, що відає відбуванням покарання*. Даний суб'єкт бере участь у судовому засіданні та має право вносити подання про: застосування умовно-дострокового звільнення від відбування покарання і заміни невідбутої частини покарання більш м'яким; звільнення від покарання за хворобою; звільнення від покарання з випробуванням після закінчення іспитового строку; скасування звільнення від покарання з випробуванням; заміну штрафу покаранням у виді громадських робіт, виправних робіт — штрафом, позбавлення волі — триманням у дисциплінарному батальйоні, обмеження чи позбавлення волі — службовим обмеженням для військовослужбовців та ін.;

7) *служба в справах дітей*. Вказана служба вносить подання до суду про застосування умовно-дострокового звільнення від відбування покарання і заміни невідбутої частини покарання більш м'яким та бере участь у судовому розгляді при вирішенні цих питань;

8) *спостережну комісію*, яка має право вносити подання про: застосування умовно-дострокового звільнення від відбування покарання і заміни невідбутої частини покарання більш м'яким; звільнення від відбування покарання вагітних жінок і жінок, які мають дітей віком до 3-х років; погоджує подання адміністрації установи виконання покарань про заміну штрафу покаранням у виді громадських робіт, виправних робіт — штрафом, позбавлення волі — триманням у дисциплінарному батальйоні, обмеження чи позбавлення волі — службовим обмеженням для військовослужбовців;

9) *лікарську комісію*, яка наділена правами: давати висновок про стан здоров'я засудженого та про необхідність застосування до нього примусового лікування від алкоголізму чи наркоманії або висновок про припинення такого лікування; брати участь у судовому засіданні, в якому вирішуються згадані вище питання, та ін.;

10) *колектив підприємства, установи, організації*, який має право вносити подання до суду про заміну штрафу покаранням у виді громадських робіт, виправних робіт — штрафом, позбавлення волі — триманням у дисциплінарному батальйоні, обмеження чи позбавлення волі — службовим обмеженням

для військовослужбовців; звертатися до суду з клопотанням про зняття судимості; брати участь у судовому засіданні з перелічених питань;

11) *осіб, які відбули покарання*. Дані особи мають право вносити клопотання до суду за місцем постійного проживання про зняття судимості та брати участь в розгляді судом цього питання;

12) *цивільного позивача та цивільного відповідача*. Вони можуть бути викликані для участі в судовому засіданні у випадках, коли питання стосуються виконання вироку в частині цивільного позову;

13) *слідчого або орган дїзнання*. У цій стадії процесу вони наділені правом виносити постанову, яка підлягає санкціонуванню прокурором, про тимчасове залишення засудженого в слідчому ізоляторі, на гауптвахті Військової служби правопорядку в Збройних Силах України засудженого до позбавлення волі з відбуванням покарання в установі ви-

конання покарань, дисциплінарному батальйоні, а також про тимчасове переведення засудженого з установи виконання покарань в слідчий ізолятор, на гауптвахту Військової служби правопорядку в Збройних Силах України при необхідності провадження слідчих дій у справі про злочин, вчинений іншою особою;

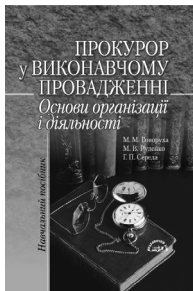
14) *секретаря судового засідання*, статус якого чинним законодавством чітко не визначений.

На підставі аналізу норм КПК України, присвячених виконанню вироку, постанови, ухвали суду, можна стверджувати, що процесуальний статус суб'єктів цієї стадії кримінального судочинства регламентований фрагментарно або не регламентований взагалі. Тому визначення кола суб'єктів розглядуваної стадії є підґрунтям для подальшого дослідження питання про їх процесуальний статус та удосконалення кримінально-процесуального законодавства.

#### ВИКОРИСТАНІ МАТЕРІАЛИ:

1. Кримінальний процес України / За ред. Ю. М. Грошевого та В. М. Хотенця. — Х., 2000.
2. Бородавська Н. О. Забезпечення кримінально-процесуального статусу особи, засудженої судами України до позбавлення волі: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. — К., 2006.
3. Шпилев В. Н. Участники уголовного процесса. — Минск, 1970.
4. Иванов Ю. А. Субъекты уголовно-процессуальной деятельности / Курс советского уголовного процесса. Общая часть. — М., 1989. — С. 446.
5. Курс советского уголовного процесса. Общая часть. — М., 1989.
6. Элькин П. С. Сущность советского уголовно-процессуального права. — Л., 1963.
7. Зайцев О. А. Государственная защита участников уголовного процесса. — М., 2001.
8. Лобойко Л. Н. Уголовно-процессуальное право: Курс лекций. — Х., 2007.

Вийшов друком навчальний посібник:



**Прокурор у виконавчому провадженні : основи організації і діяльності : Навч. посіб. для студ. юрид. спец. вищ. навч. закл. / М. М. Говоруха, М. В. Руденко, Г. П. Середа. — К. : Видавничий Дім «Ін Юре», 2008. — 376 с.**

У посібнику на основі чинного законодавства і практики його застосування розглянуто актуальні питання організації і діяльності прокурора у виконавчому провадженні. Висвітлюється специфіка прокурорського нагляду за додержанням і застосуванням законів у сфері примусового виконання рішень та представництва прокурором інтересів стягувача у суді. Показані особливості організації цієї важливої прокурорської діяльності. Окреслені шляхи підвищення ефективності участі прокурора у виконавчому провадженні.

Розраховано на студентів вищих навчальних юридичних закладів, аспірантів, професорсько-викладацький склад, прокурорів, суддів, адвокатів. Посібник має бути корисний працівникам Державної виконавчої служби, а також іншим органам, які виконують рішення суддів щодо стягнення коштів.

**Замовляйте видання за телефонами:**

**(044) 537-51-20, 537-51-21**

**або за електронною поштою**

**sales@inyure.kiev.ua**

**http://shop.inyure.kiev.ua**

## АДВОКАТСЬКА ДІЯЛЬНІСТЬ ПОТРЕБУЄ ЗАКОНОДАВЧОГО УДОСКОНАЛЕННЯ



**Б. БАЖЕНОВА**  
(Академія адвокатури України)

**П**роблеми, що існують в адвокатурі України, постійно обговорюються серед практикуючих адвокатів та науковців. Шляхи їх вирішення запропоновані у проектах Закону України «Про адвокатуру» народними депутатами М. Оніщуком, С. Слабенком № 7051-2 від 29 листопада 2005 р. та М. Маркуш, В. Демьохіним, Ю. Кармазіним № 7051 від 9 лютого 2005 р. Але вони не витримали критики і на даний час проблеми адвокатури залишаються не вирішеними.

Серед таких головних проблем адвокатури заслужений юрист України, голова Київської міської колегії адвокатів В. Кальний називає відсутність належної регламентації в законодавчому порядку адвокатської діяльності та її організації як окремого адвоката, так і адвокатури в цілому; невизначеність чіткої організації діяльності як адвокатських об'єднань, так і адвокатів-індивідуалів [1].

Основним джерелом інституту адвокатури є Закон «Про адвокатуру» від 19 грудня 1992 р. (далі — Закон), де відповідно до його ст. 1 *адвокатура України є добровільним професійним громадським об'єднанням*, покликаним згідно з Конституцією України сприяти захисту прав, свобод та представляти законні інтереси громадян України, іноземних громадян, осіб без громадянства, юридичних осіб, подавати їм іншу юридичну допомогу [2, 5].

Стаття 2 Закону дає визначення поняттю «адвокат». Адвокатом може бути особа, яка має вищу юридичну освіту, підтверджену дипломом України або відповідно до міжнародних договорів України дипломом іншої країни, стаж роботи у галузі права не менше

двох років, володіє державною мовою, складала кваліфікаційні іспити, одержала в Україні свідоцтво про право на зайняття адвокатською діяльністю та прийняла Присягу адвоката України [2, 11].

Згідно з чинним законодавством *кожен адвокат має обов'язково входити до добровільного професійного громадського об'єднання адвокатів, оскільки в іншому випадку, відповідно, адвокат не має відношення до адвокатури України*.

Поняття «громадське об'єднання» в чинному законодавстві України не існує. Згідно з визначенням поняття «об'єднання», яке дає Юридична енциклопедія, — це інституційний тип державної, громадської, господарської, військової та іншої національної і міжнародної *організації здебільшого зі складною комплексною структурою*. За ступенем організованості та правової визначеності об'єднання бувають формальними і неформальними [3, 209].

Визначальною характеристикою формальної організації є те, що вона утворюється не спонтанно, а є системою встановлених правил, стандартів, приписів, процедур, програм, які регулюють поведінку членів організації. Так, проф. Колумбійського університету П. Блау, який займався соціологією організацій, пропонує розуміти формальну організацію як інструментальну, штучно створену і свідомо сформульовану цільову систему, що має чітко виражену організаційну структуру [4, 93]. Формалізація організації виявляється у вигляді свідомо заданих сталих зразків функціональної поведінки (статус, режим, зв'язки тощо), котрі виступають як елементи організованості. За

цим способом організація будується як безособистісна структура. Головною ознакою формальності є запрограмованість, попередня визначеність організаційних норм та дій [4, 661].

Неформальна організація виникає спонтанно, без «санкцій» політичної влади. Вона є продуктом процесів самоорганізації і саморегуляції в суспільстві. Таким чином, під неформальною організацією тут будуть розумітися організаційні зв'язки і процеси, не заплановані програмою, які виникають спонтанно, непередбачено. Неформальне — таке явище в соціальній організації, яке стоїть поза організаційною програмою. Але виникає неформальна організація тільки поряд з формальною, як зазначає А. Пригожий [5, 92].

Тобто, вбачається, що *добровільне професійне громадське об'єднання адвокатів* (ст. 1 Закону «Про адвокатуру») не належить до поняття неформальної організації. Але, якщо звернути увагу на визначення проф. П. Блау формальної організації, то головною її ознакою є чітко виражена організаційна структура, якої не має добровільне професійне громадське об'єднання адвокатів України.

В Україні не створено та законодавчо не визначено, чим є добровільне професійне громадське об'єднання, до якого мають входити ті, хто бажає бути адвокатом. Спільне, що об'єднує всіх без винятку адвокатів України, це створений згідно з Положенням, затвердженим Вищою кваліфікаційною комісією адвокатури при Кабінеті Міністрів від 10 березня 2000 р. Єдиний реєстр адвокатів України. Але він не має нічого спільного з поняттям громадського об'єднання. Єдиний реєстр адвокатів — це база даних, у якій містяться необхідні відомості про адвокатів України (п. 1.1. Положення) [2, 186].

Після виконання яких, визначених на цей час законодавчо дій, адвоката можна вважати членом добровільного професійного громадського об'єднання? Згідно із затвердженим протоколом Вищої кваліфікаційної комісії адвокатури України від 1 жовтня 1999 р. Порядком складання кваліфікаційних іспитів у регіональних кваліфікаційно-дисциплінарних комісіях адвокатури заявник подає заяву про допуск до складання іспитів (п. 4). Якщо він успішно їх склав, за рішенням КДКА йому видається Свідоцтво про право зайняття адвокатською

діяльністю, під час отримання якого він приймає Присягу адвоката України (п. 13) [2, 191, 193].

Але адвокат на час складання Присяги може не бути членом добровільного професійного громадського об'єднання. Заява адвоката про прийняття його до складу будь-якого добровільного професійного громадського об'єднання адвокатів не є обов'язковою умовою при отриманні ним такого Свідоцтва. То чи має така особа відношення до адвокатури, чи можна називати її адвокатом?

Далі. Якщо особа не увійшла до складу будь-якого добровільного професійного громадського об'єднання адвокатів, але має Свідоцтво на право займатись адвокатською діяльністю, то у неї є вибір: займатись професійною діяльністю чи ні. Це викликає наступні проблеми: втрата кваліфікації, якщо особа не займається довгий час адвокатською діяльністю; неможливість здійснювати контроль за якістю послуг, наданих адвокатами після тривалої перерви у професійній діяльності; у реєстрації кількості дійсно працюючих за отриманою професією адвокатів та інші. Наприклад, згідно з постановою Вищої кваліфікаційної комісії адвокатури про Порядок затвердження Положення про Єдиний реєстр адвокатів України, голови КДКА повинні запропонувати особам, котрі отримали Свідоцтво про право на зайняття адвокатською діяльністю, усунути перешкоди щодо сумісності адвокатської діяльності з іншою діяльністю протягом місяця, і у випадку усунення перешкод, передбачених ст. 2 Закону «Про адвокатуру», включити їх до Єдиного реєстру адвокатів України [2, 185]. Але покладений на голів КДКА обов'язок неможливо виконати. Після отримання Свідоцтва адвокатами на них законом не покладено обов'язок повідомляти про зміну місця проживання, роботи та надавати довідки, які підтверджували б роботу адвокатами за отриманою спеціальністю.

Стаття 4 Закону має назву «Принципи та організаційні форми діяльності адвокатури». Якщо повернутись до визначення поняття адвокатури, даного у ст. 1 Закону, то впливає назва статті «Принципи та організаційні форми діяльності добровільного професійного громадського об'єднання». Постає питання, чи може професійне громадське об'єднання здійснювати свою діяльність у формі, визначеній ч. 2 ст.4 Закону, тобто, де

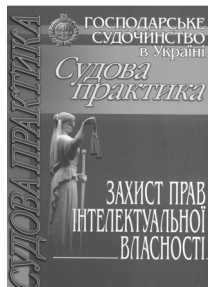
адвокат має право займатись адвокатською діяльністю індивідуально? Індивідуальна трудова діяльність без реєстрації у професійному громадському об'єднанні вступає у протиріччя зі змістом поняття адвокатури загалом.

Адвокатам України потрібне формальне (з точки зору організації) професійне об'єднання адвокатів з чітко вираженою законодавчо організаційною структурою.

#### ВИКОРИСТАНІ МАТЕРІАЛИ:

1. Кальний В. Про деякі проблеми адвокатури та шляхи їх вирішення // Юридична газета. — № 13(49). — 2005.
2. Варфоломєєва Т. В., Гончаренко С. В. Науково-практичний коментар до Закону України «Про адвокатуру» / Законодавство про адвокатуру та адвокатську діяльність: Зб. нормат. актів. — К., 2003. — 432 с.
3. Юридична енциклопедія. — К., 2002. — Т. 4. — 717 с.
4. Блау П. М. Исследование формальных организаций // Американская социология: Перспективы. Проблемы. Методы. — М., 1970.
5. Пригожий А. И. Методы развития организаций. — М., 2003. — 864 с.

Видання з питань захисту прав інтелектуальної власності:



**Захист прав інтелектуальної власності.**  
**Господарське судочинство в Україні : судова практика /**  
**Відповідальний редактор В. С. Москаленко та ін. —**  
**К. : Видавничий Дім «Ін Юре», 2007. — 408 с.**

Видання містить роз'яснення, рекомендації, інформаційні листи Вищого господарського суду України з питань застосування законодавства про охорону прав інтелектуальної власності та постанови названого Суду зі справ у відповідних спорах.

Розраховано на суддів, адвокатів, юрисконсультів, патентних повірених, аспірантів і студентів та фахівців у сфері інтелектуальної власності.

**Замовляйте видання за телефонами:**  
**(044) 537-51-20, 537-51-21**  
**або за електронною поштою**  
**[sales@inyure.kiev.ua](mailto:sales@inyure.kiev.ua)**  
**<http://shop.inyure.kiev.ua>**

## ПИТАННЯ ОПТИМІЗАЦІЇ ПОКАРАННЯ ЗА ЗГВАЛТУВАННЯ

Є. ПОНОМАРЕНКО

(м. Київ)

Стаття 51 Кримінального кодексу України, який набрав чинності 1 вересня 2001 р., передбачає низку покарань. Проаналізуємо, які види покарань передбачені щодо осіб, винних у вчиненні згвалтування: за ч. 1 ст. 152 — позбавлення волі на строк від 3 до 5 років; ч. 2 — позбавлення волі на строк від 5 до 10 років; ч. 3 — позбавлення волі на строк від 7 до 12 років; ч. 4 — позбавлення волі на строк від 5 до 10 років.

Постає цілком логічне питання: чому при наявності в законі альтернативних видів покарань за згвалтування в КК України 2001 р. передбачено тільки один вид покарання — позбавлення волі? Вважаю, що наукове дослідження стосовно ефективності застосування покарання у виді позбавлення волі у протидії згвалтуванням є вельми актуальним.

Позбавлення волі — найтяжчий вид покарання, який може бути застосовано до особи. Згідно з чинним кримінальним законодавством України одним з різновидів цього покарання є позбавлення волі на певний строк. Його сутність полягає у надійній ізоляції засудженої особи та поміщенні її на відповідний строк згідно з вироком суду до кримінально-виконавчої установи [1].

Ефективність виконання покарання у виді позбавлення волі і, як наслідок, моральна, психологічна й організаційна підготовка засуджених до звільнення; усвідомлення засудженими нових соціальних ролей після звільнення від покарання, відновлення соціально корисних зв'язків — на сьогоднішній день мають негативне забарвлення [1, 14]. Це є результатом деформації правових інститутів, адміністративно-силового характеру формування кримінально-виконавчої політики. Відторгнення особи від суспільства продовжується іноді довгі роки, навіть і після звільнення від відбування покарання. Держава лише констатує зростання рецидивної злочинності серед звільнених з місць позбавлення волі, причому при повторному вчиненні злочину вони стають більш жорстокими та агресивними.

© Є. Пономаренко, 2008

Так, з початку 2007 р. кількість злочинів, скоєних особами, які раніше вчиняли злочин, склала 37204, що на 11,7 % більше в порівнянні з минулим роком (2006 р. — 33314), з них число осіб, які повторно скоїли згвалтування, складає 119 злочинців, що на 2,6 % більше порівняно з 2006 р. Найбільший відсоток осіб, які повторно вчинили злочини, зареєстрований в Запорізькій області — 3196, в порівнянні з 1452 у 2006 р. (+ 120,1 %); в Одеській — 2067, порівняно з 1455 у 2006 р. (+ 42,1 %); в Хмельницькій області з початку 2007 р. зареєстровано 792 особи, які повторно скоїли злочин в порівнянні з 451 у 2006 р. (+ 75,6).

Як зазначає О. Шинальський, упродовж останніх років збільшилася карна репресія (65 %), досить високим залишається коефіцієнт судимості в Україні (445 на 100 тисяч населення у 2006 р.), що в три — чотири рази вище, ніж у середньому по країнах Європи. Наша судова практика продовжує орієнтуватися на переважне застосування покарання у виді позбавлення волі, де частка позбавлення волі у структурі інших видів кримінальних покарань становить 37,5 % у 2006 р., що є одним з найвищих показників у світі [2].

Підтримую позицію, що широке застосування покарання у виді позбавлення волі дає не стільки позитивні, скільки негативні результати. Позбавленню волі властиві певні протиріччя, зокрема, людина відривається від життя в нормальних умовах, ізолюється від суспільства, потрапляє в обстановку, яка різко відрізняється від життя вільних громадян. Крім того, особи тримаються в оточенні інших злочинців, а перебування в місцях позбавлення волі віднімає у людини самостійність, привчає до пасивного сприймання навколишнього світу.

До того ж засуджені дуже швидко адаптуються до тюремних умов, а останні не стільки виправляють, скільки, навпаки, розвивають їх у небажаному для суспільства напрямі. В умовах позбавлення волі їх життя

часто буває відчуженим, відокремленим, характеризується антагонізмом, підвищеною конфліктністю.

Ще 250 років тому в Європі, як винахід, були підготовлені матеріали та створені тюрми, які стали начебто панацеєю для суспільства і воно оплесками зустріло ідею тюремного тримання засуджених. Але проіснувала ця модель в тому вигляді, в якому її було закладено, всього 50 років. І Швеція, і Швейцарія відмовились від неї після того, як побачили наслідки для суспільства, і почали шукати альтернативні форми. В країнах Західної Європи і США за мету покарання висунули профілактику й виправлення злочинця замість погрози й помсти. Так, у ФРН до штрафу засуджуються до 80% від загального числа правопорушників, у Японії в загальній структурі покарання штраф займає 95%.

Французький законодавець наголошує на такій меті покарання, як ресоціалізація злочинця. Саме з цією метою були введені в кримінальне право Франції нові види позбавлення волі, інститут апробації тощо. Аналіз норм Особливої частини чинного КК Франції щодо призначення покарання за зґвалтування дозволяє зробити висновок, що у Кодексі розпочата спроба втілити як ідеї сучасного неокласицизму (стосовно таких тяжких злочинів, як, наприклад, зґвалтування), так і принципові положення школи нового соціального захисту. Так, особи, засуджені за вбивство, поєднане із зґвалтуванням, відбувають покарання в пенітенціарних установах, де застосовується послідовна медична й психологічна адаптація (§ 12–14). Зґвалтування із застосуванням катувань карається довічним позбавленням волі (§ 125.9). Але Кодекс, поряд з тривалими строками позбавлення волі за вчинення статевих злочинів, встановлює ще й інші види покарання — мільйонні штрафи.

Але незрозуміло, чому сьогодні у кримінальному законодавстві більшості держав за зґвалтування переважаючою формою покарання залишається позбавлення волі, а іноді — страта.

Так, у США федеральне законодавство й законодавство штатів по-різному визначають межу покарання за вчинення зґвалтування. Стратою карають (за законодавством різних штатів): зґвалтування при обтяжуючих обставинах, статеві стосунки з неповнолітніми, примушування жінки до вступу в шлюб і деякі інші. Усього американські

юристи нараховують до 70 складів злочинів, за які може бути призначена страта. Закони, що передбачають страту за зґвалтування, допускають застосування замість цього виду покарання довічне тюремне ув'язнення або позбавлення волі на тривалий строк. Підставою для такої заміни можуть бути не тільки обставини, що пом'якшують покарання, а й деякі інші умови, які стосуються фактичних обставин справи [3].

У КК Республіки Узбекистан, КК Литовської Республіки, у кодексах — Республіки Казахстан і Естонської Республіки такий склад злочину як зґвалтування розташований у главі, присвяченій злочинам проти особи. Санкції статей передбачають тюремне ув'язнення строком від 5 до 25 років.

Систему особливої частини чинного афганського кримінального законодавства становить сукупність ряду нормативно-правових актів і положень шариату. Діяння, визнані злочинами, і покарання за їх вчинення передбачені в численних актах [4]. До статевих злочинів віднесене перелюбодійство, мужолозтво й зґвалтування. Ці злочини розглядаються в главі 8 розділу 2 Особливої частини Закону про покарання. Цим Законом перелюбодійство, мужолозтво й зґвалтування розглядаються в єдиній нормі — ст. 427. Настання смерті визнається особливо кваліфікуючою ознакою й тягне застосування страти або позбавлення волі до 15 років.

У кримінальному законодавстві Аргентини, Туреччини й Республіки Сан-Марино є свої особливості. Наприклад, у ст. 119 КК Аргентини параграф перший передбачає відповідальність за сексуальне зловживання, якщо винний удався до насильства та погроз. КК Республіки Сан-Марино в ст. 171 серед інших ознак зґвалтування називає й такі, які не зустрічалися в жодному іншому кодексі: вчинення зґвалтування з використанням гіпнотичного стану потерпілої особи. Покарання передбачене у виді позбавлення волі від 5 до 25 років або довічне ув'язнення.

У ході кримінально-правової реформи українські юристи з інтересом звертаються до закордонного законодавства і практики боротьби зі злочинністю. Але, зважаючи на закордонний досвід, потрібно виходити з того, що сліпе копіювання зарубіжного законодавства без врахування особливостей економічного і політичного розвитку сучасної Української держави, правової тенденції, яка



склалася, та суспільної психології, було б недоцільним.

Суди повинні враховувати новий Кримінальний і Кримінально-виконавчий кодекси, широко застосовувати такі види покарань, як: арешт, обмеження волі, позбавлення права займатися певною діяльністю, штрафи та інші покарання, не пов'язані з позбавленням волі. Адже сьогодні, коли Україна оголосила про процес євроінтеграції, саме на зменшення кількості засуджених повинна бути спрямована діяльність слідчо-судової системи разом з громадськими організаціями.

Автором проаналізовано судову статистику з призначення покарань за згвалтування за період 2003–2006 рр. Здебільшого суди призначали покарання у виді позбавлення волі раніше засудженим за тяжкі та особливо тяжкі злочини. Так, у 2006 р. частка цих осіб становила дві третини, або 68,5 %. За згвалтування у 2006 р. до позбавлення волі на певний строк засуджено — 80,5 % осіб, в той час як у 2003 р. цей показник складав 74,3 %. За 8 місяців 2007 р. за згвалтування засуджено до позбавлення волі 336 осіб (85,7 %). Питомо вага жінок, засуджених за згвалтування, щорічно коливається в межах від 2,2 до 2,7 % (у 2006 р. їх було 69 з 845) [5]. За даними нашого дослідження, загальна кількість неповнолітніх, засуджених за згвалтування протягом 2006–2007 рр., складає 250 осіб. З них 36,8 % вчинили злочин одноосібно, 64,2 % — групою, в тому числі 4,0 % — разом з дорослими не судимими, 12,0 % — спільно з дорослими судимими.

При аналізі застосування покарання за згвалтування приходимо до висновку, що найбільше число осіб, які вчинили злочин, передбачений ст.152 КК України, засуджуються до позбавлення волі на строк від 3 до 5 років (34–35 %) і на строк від 5 до 8 років (31–32 %). Покарання нижче нижчої межі

щорічно призначається 17–18 % засудженим у зазначеній категорії кримінальних справ. Цей показник за 5-річний період надзвичайно стабільний. Незважаючи на те, що максимальний строк позбавлення волі за згвалтування за ч.4 ст.152 становить 15 років позбавлення волі, менш ніж 1% засудженим, судячи з даних статистики, щорічно призначається таке покарання.

Таким чином, з урахуванням викладеного вище і аналізом застосування покарання у виді позбавлення волі при згвалтуванні та наслідками його застосування, вважаємо за доцільне поряд з цим видом покарання активно використовувати інші, передбачені в КК України 2001 р., види кримінальних покарань, альтернативні позбавленню волі. На підставі проведених в Україні наукових досліджень стосовно призначення покарання та запропонованих нових видів кримінальних покарань доцільно законодавчо закріпити нові принципи кримінальної і кримінально-виконавчої політики, неупереджено втілюючи правовий принцип, де покарання у виді позбавлення волі є крайній, винятковий захід впливу, а широке застосування альтернативних видів покарань за вчинення згвалтування надасть змогу істотно зменшити державні витрати на утримання пенітенціарної системи, знизити рівень рецидивної злочинності.

Тому пропонуємо передбачити в санкції ч. 1 ст. 152 КК України альтернативний вид покарання: обмеження волі — від трьох до п'яти років, з додатковим покаранням у виді штрафу до тисячі неоподатковуваних мінімумів доходів громадян, а саму статтю викласти у наступній редакції:

*«Згвалтування ...-*

*карається обмеженням волі від трьох до п'яти років або позбавленням волі на той самий строк та штрафом до тисячі неоподатковуваних мінімумів доходів громадян».*

#### ВИКОРИСТАНІ МАТЕРІАЛИ:

1. Кримінально-виконавча система в Україні: проблеми, пошуки, перспективи: Матеріали наук.-практ. конф. коледжу «Проблеми виконання кримінальних покарань у виді позбавлення волі та його альтернатив: історія та сучасність» / Держ. департамент України з питань виконання покарань; Чернігів. юрид. коледж; І. Г. Богатирьов (відп. ред. та уклад.). — Чернігів, 2003. — С.25.
2. Шинальський О. І. Покарання в системі засобів протидії злочинності: Автореф. ... канд. юрид. наук. К., 2006. — С. 14.
3. Крылова Н. Е., Серебрянников А. В. Уголовное право современных зарубежных стран (Англия, США, Франция, Германия): Учебное пособие. — М., 2001. — С. 44–48.
4. Боронбеков С. Государственный строй и уголовное право Афганистана (1880–1930 гг.) — Рязань, 1995. — С.52.
5. Довідка Департаменту кримінального розшуку МВС України щодо стану призначення покарань за згвалтування у 2006 році. — К.:ДІТ МВС України, 2006. — С. 1.

## «ПРАВОВИЙ МЕХАНІЗМ ПОДАТКУ» ЧИ «ЮРИДИЧНА КОНСТРУКЦІЯ ПОДАТКУ»: ДИСКУСІЙНІ ПИТАННЯ ТЕОРІЇ ТА МЕТОДОЛОГІЇ

Р. ГАВРИЛЮК

кандидат юридичних наук, доцент

(Чернівецький національний університет ім. Юрія Федьковича)

У постсоціалістичній, в тому числі й вітчизняній, теорії фінансового права системність податкового права прийнято ілюструвати та розкривати з допомогою категорії «механізм правового регулювання», яка внаслідок її адаптації до потреб податкового права трансформувалась у категорію «правовий механізм податку». Найбільш послідовно та виразно про це пише М. Кучерявенко. Зокрема, він констатує, що «регулювання **правового механізму податку** (виділено мною. — Г. Р.) здійснюється шляхом закріплення імперативного набору елементів, що визначають зміст і особливості реалізації податкового зобов'язання» [1]. Як тотожні зазначеній вище категорії М. Кучерявенко інколи вживає поняття «податковий механізм», «цільний правовий механізм податку» тощо.

Правовий механізм податку М. Кучерявенко розглядає як «певним чином співпорядковану систему», що містить в собі «обов'язкові і факультативні елементи». Чи не найбільш промовистим положенням, що розкриває сутність розуміння М. Кучерявенком системності та структурованості податкового права, на нашу думку, є наступне: «Потрібно розрізняти, — зазначає він, — **структуру і систему** (виділено мною — Г. Р.) податкового права. Якщо структура виражає внутрішню будову елементів (??? — Г.Р.), що становлять сукупність податково-правових норм, виділення окремих відособлених базових податково-правових інститутів, то система податкового права являє собою складний інститут податкового права як логічно взаємопов'язану сукупність правових норм, акцентує увагу на характері взаємозв'язку

між базовими інститутами, коли вони постають у системі взаємозв'язків з іншими інститутами, що утворюють цільну єдність» [2] (??? — Г. Р.).

Тобто, тлумачення цим знаним теоретиком податкового права змісту категорій системного дослідження «структура» та «система» повністю протилежне їх тлумаченню загальною теорією систем. Очевидно, це зумовлено тим, що М. Кучерявенко намагається пояснити складну, системну природу податкового права не з позицій системного підходу до нього та не з допомогою системного категорійно-понятійного апарату його аналізу, а з позицій класичного елементаризму. Аналогічного підходу до пояснення системної природи податкового права дотримується переважна більшість вітчизняних та зарубіжних пострадянських вчених юристів-фінансистів, а також судових та законодавчих інституцій.

Ними раз за разом постулюються одні і ті ж судження про юридичну конструкцію податку як певну лінійно-однорідну сукупність її складових частин. Дані уявлення є ні чим іншим, як практичним наслідком елементаристського типу пізнання, який дозволяє побачити певну річ чи явище, виділити їх ознаки, класифікувати їх складові частини, однак не спроможний розкрити іманентних властивостей цих явищ, механізмів їх взаємодії із зовнішнім середовищем. У підсумку цей підхід обмежує вченого феноменологічним поглядом на досліджувану річ, якщо цією річчю виступає навіть система, у нашому випадку юридична конструкція податку. Елементаризм як тип пізнання в цілому та тип правопізнання зокрема виходить з переко-

© Р. Гаврилук, 2008

нання, що у будь-якому явищі необхідно відшукати його першооснову, першопричину, ті висхідні складові елементи, з яких вибудовується досліджуване явище об'єктивної дійсності за певними законами.

В межах елементаристського типу пізнання проблема складності досліджуваних об'єктів трансформується, таким чином, у проблему зведення складного до простого, цілого до частин. Якщо ж не вдається відшукати такого висхідного елемента, то це розцінюється не як відсутність його в принципі, а тільки як недостатність нашого пізнання відповідного сегмента об'єктивної, у нашому випадку — фінансово-правової, реальності, як ознака слабкості людського пізнання взагалі. Саме на цій підставі, як переконує їх аналіз, з'явилися та поширились численні різновидності механіцизму та редукціоналізму у науці нового та новітнього часу. Елементаризм як тип пізнання черпав та черпає свою силу в тому, що йому найадекватніше відповідає поки що найпоширеніша логіка мислення, яка склалася ще в античності та базується головним чином на аристотелевській схемі родо-видових відносин.

Одним з конкретних проявів механіцизму у правопізнанні і став так званий «механізмений» підхід до нього. Безпосередні витoki «механізменого» підходу у пострадянській науці фінансового права слід шукати, на нашу думку, ще в радянській теорії права.

Зокрема, після опублікування у 1966 р. монографії С. Алексєєва «Механізм правового регулювання у соціалістичній державі» [3] набула права громадянства і надзвичайно швидко стала фактично загальноновизнаною категорія «механізм правового регулювання» (МПР). С. Алексєєв характеризував у той час МПР, по-перше, як взяті в єдності усю сукупність юридичних засобів, з допомогою яких забезпечується правовий вплив на суспільні відносини. По-друге, на його думку, МПР не тільки «збирає» ці засоби правового регулювання, а й розставляє їх у відповідності з їх місцями, внаслідок чого «перед нами виявляються не розрізнені явища (норми, тлумачення, юридична техніка та ін.), а цілісний механізм, кожна частина якого, взаємодіючи з іншими, виконує свої специфічні функції». По-третє, на думку С. Алексєєва, МПР з неминучістю передбачає і характеристику стадій правового впливу, тобто динамічної сторони правового регулювання [4].

З другої половини 60-х років ХХ ст. «механізмений» бум охопив більшість галузей радянського права і тривав близько двадцяти років, однак радянську науку фінансового права він, по суті, обминув боком. Це було не випадково, адже, на нашу думку, в ідеї МПР знайшло своє природне втілення прагнення представників тих юридичних наук, які вже досягли певного критичного рівня знань про більшість складових частин, ознак та окремих сторін своїх об'єктів та предметів пізнання, синтезувати ці розрізнені знання, відтворити системну цілісну наукову картину правового регулювання відповідних сегментів суспільного життя. Наука фінансового права до цих наук у той час ще не належала — у ній тривав процес поступального, лінійного нагромадження знань про окремі складові частини, ознаки та сторони фінансово-правової дійсності, які навіть у своїй сукупності ще не могли претендувати на відтворення цілісної картини досліджуваної дійсності.

Проте ще під час «механізменого» буму досить швидко з'ясувалося, що запропонований С. Алексєєвим та широко підтриманий багатьма іншими вченими-юристами проілюстрований вище підхід виявився неспроможним відтворити системну, цілісну картину правового впливу на суспільну дійсність, що на категорію «механізм правового регулювання» було покладено непосильне, а головне — внутрішньо не властиве для неї теоретико-сміслові навантаження: з допомогою «механізменого» підходу намагалися з'ясувати й істинну системну природу права.

Щоб переконатися в останньому, достатньо, на нашу думку, звернутися до головного інструментарію, з допомогою якого наука пізнає досліджувані об'єкти і водночас фіксує у ньому одержані результати — категорійно-понятійного апарату відповідної теорії. У «механізмений» доктрині права ключовим поняттям є терміно-поняття «механізм». У «Великому тлумачному словнику сучасної української мови» його основне значення пояснюється як «пристрій, що передає або перетворює рух». І тільки у переносному значенні терміно-поняття «механізм» може позначати в українській мові «внутрішню будову, систему чого-небудь; сукупність станів і процесів, з яких складається певне фізичне, хімічне та інше явище» [5]. Аналогічною є ситуація і в російській мові.

Тобто терміно-поняття «механізм» та створена на його основі категорія юриспруденції «механізм правового регулювання» є інструментом не системного підходу до пізнання відповідного фрагмента об'єктивної реальності, (у нашому випадку права), а категорією панівного у юриспруденції елементаристського підходу до пізнання права. Останній прекрасно зарекомендував себе у дослідженнях окремих складових частин та окремих сторін права, однак за своєю природою неспроможний забезпечити пізнання системних якостей права в цілому та окремих якісно відмінних його складових частин.

Вчені юристи-фінансисти, які у пострадянський період розвитку науки фінансового права стали ініціаторами або прихильниками використання категорії «механізм правового регулювання» для досліджень системних якостей фінансового права в цілому та окремих його інститутів зокрема, чомусь не зауважили, що ще в радянській юриспруденції «механізмений» бум до пізнання системних якостей права був замінений не менш поширеним бумом пошуків системних підходів до пізнання тих самих об'єктів. Він розпочався на рубежі 70-х — 80-х років минулого століття і тривав до періоду завершення існування радянського правознавства. Зокрема, один з колишніх прихильників «механізменого» підходу до дослідження права А.Васильєв дійшов висновку, що на цей час в юридичній науці склалася ситуація, коли аналітичні розробки у праві вийшли за межі наявних теорій і нагромаджений теоретичний матеріал в них уже не вписується [6]. До речі, саме він очолив роботу над двотомником «Правова система соціалізму», що справив помітний вплив на розвиток системних досліджень системних якостей права як у радянській, так і в пострадянській юриспруденції (Див.: Правовая система социализма. В 2-х кн. / Под ред. А. М. Васильева: Кн. 1. Понятие, структура, социальные связи. — М., 1986; Кн. 2. Функционирование и развитие. — М., 1987).

Ще більш категоричним, проте не менш обґрунтованим є висновок В.Протасова щодо «механізменого» підходу у правопізнанні та перспектив його застосування. «На нашу думку, — пише він, — категорію МПР у тому вигляді, в якому вона народилась та існує, необхідно вважати не завершеною правовою конструкцією, а стадією досистемного, передсистемного осмислення правової

дійсності» [7]. Ми повністю поділяємо даний висновок відомого теоретика права.

Показово, що в постсоціалістичний період розвитку юриспруденції суттєво змінилися погляди на сутність та місце МПР й головного ідеолога «механізменого» підходу до праворозуміння та правопізнання у радянському правознавстві С.Алексєєва. Слушно не відкидаючи зовсім категорію «механізм правового регулювання» з категорійно-понятійного арсеналу юридичної науки, водночас він розглядає її окремо від аналізу системних якостей права і доходить висновку, що «МПР може бути визначений як **взята у єдності система правових засобів, з допомогою якої забезпечується** результативна правова дія на суспільні відносини» [8]. Поняття МПР, на думку С.Алексєєва, похідне від поняття правового регулювання. Саме цим, як вважає він, в першу чергу визначається місце та значення МПР загальній теорії права.

На основі викладеного вище вважаємо обґрунтованим висновок, що категорія «правовий механізм податку» належить до категорійно-понятійного апарату елементаристського типу пізнання податкового права і не може апіорі забезпечити адекватного пізнання системних якостей податкового права з позицій системного підходу. Призначення даної категорії у дослідженнях податкового права є аналогічним призначенню категорії «механізм правового регулювання» у правознавстві в цілому, сформульованому С.Алексєєвим у другому виданні його монографії «Загальна теорія права».

В науці фінансового права існує й інший, системний підхід до з'ясування сутності та субстанціональних властивостей податкового права, дослідження його системних якостей. У вітчизняній теорії права він заявив про себе в останні роки та пов'язаний головним чином з чернівецькою школою фінансового права. Зокрема, автором даної статті з метою пояснення та наочного розкриття істинної системної природи податкового права обґрунтовано та запроваджено в науковий обіг категорію «юридична конструкція податку» [9]. Вона стала трансформацією, творчим розвитком категорії «юридична конструкція елементів оподаткування», обґрунтованої дещо раніше Д.Вінницьким.

І. Бабін, який на рівні кандидатської дисертації спеціально дослідив юридичну конструкцію податку як самостійний феномен

податкового права, його якісно виокремлену складову частину, дійшов висновку, що остання, з точки зору законодавчої техніки, — «це спосіб надання податковій юридичної сили шляхом законодавчого визначення елементів його внутрішньої структури». «З точки зору формальної логіки, — продовжує він, — це внутрішня логічно узгоджена будова податку». Родове поняття «юридична конструкція податку» у структурному аспекті, як з'ясовано цим дослідником, включає в себе платника податку і публічного суб'єкта, представленого відповідним бюджетом чи фондом надходження податку, та елементи оподаткування, а в функціональному зрізі охоплює також внутрішні та зовнішні, вертикальні і горизонтальні зв'язки як окремих елементів, так і їх груп між собою та із зовнішнім середовищем [10]. Тобто, юридична конструкція податку з усіх сторін відображає квінтесенцію податкового права та постає як складне суспільне явище системного характеру.

Як впливає уже з першої парадигми загальної теорії систем, котра дістала назву «частина-ціле» і була сформульована ще Арістотелем, складні явища повинні досліджуватися системно, оскільки у всіх таких випадках «ціле більше суми своїх частин» [11]. Це так звана аксіома емерджентності. Іншими словами, **у системі як цілісності з неминучістю з'являються певні якості, котрі не властиві будь-якому з її елементів зокрема.** Дана парадигма з давніх давен використовується для опису і пояснення виникнення системних якостей, або, як висловлюються творці теорії систем, «ефектів системи», та успішно застосовується в аналізі будь-яких системних явищ. Не становлять тут винятку і юридичні конструкції права в цілому та юридичні конструкції фінансового права зокрема, в тому числі і юридична конструкція податку.

Тобто, якщо порівнювати системний тип пізнання з елементаристським типом пізнання, то слід сказати, що **системність у першому випадку є методологічною установкою, програмою дослідження, детермінованим специфікою предмета і конкретними дослідницьким завданням принципом пізнання**, про що писав ще Л. Берталанфі. «Відмінні особливості такої програми, — зазначав він, — можуть бути зведені до наступних моментів: по-перше, досить чітке і різке визначення меж об'єкта, яке б виступало як основа для відділення об'єкта від середовища, і розмежування його внут-

рішніх та зовнішніх зв'язків; по-друге, виявлення та аналіз системоутворюючих зв'язків об'єкта і способу їх реалізації; по-третє, встановлення механізму життя, динаміки об'єкта, тобто способу його функціонування та розвитку» [12], тоді як у другому випадку системність є не більше, **як онтологічний постулат, запрограмований на одержання очікуваного результату.**

Саме послідовне застосування системного типу пізнання щодо юридичної конструкції податку, принципів програмного дослідження, сформульованих Л. Берталанфі, дозволило нам вперше у пострадянській науці фінансового права, на нашу думку, найближче підійти до адекватного розуміння та пояснення джерела системності юридичних конструкцій права на прикладі податкового права. Нами, зокрема, запропоновано вирішувати основоположні проблеми теорії і практики оподаткування шляхом природного поєднання з позицій егалітарної інструментально-потребової концепції податкового права, здавалося б, на перший погляд, несумісних у принципі приватних і публічних інтересів платника податків. Ця концепція, як ми вважаємо, докорінно відрізняється від усіх інших відомих доктрин оподаткування передусім тим, що не протиставляє платника податків і відповідний публічний суб'єкт — одержувача податкових надходжень, а виходить з діалектичної єдності приватних і публічних інтересів платників податків, тобто їх системності, оскільки носій як одного, так і іншого інтересу єдиний — людина (окремі індивіди), їхні співтовариства та соціум у цілому [13]. Тобто у даному випадку має місце така концентрація і диференціація водночас соціальних інтересів, яка, послуговуючись формулою М.Вебера, сама по собі виступає тим природним началом, яке призводить до зародження відповідного порядку та утворює його нормативну структуру [14], у нашому випадку — юридичну конструкцію податку.

Якщо з позицій егалітарної чи людиноцентристської доктрин сенс податкового права полягає у спробах еклектичного об'єднання, а фактично протиставлення несумісних начал — інтересів публічного суб'єкта та індивіда чи навпаки, тобто у них імпліцитно присутній антагонізм, то з позицій егалітарної його концепції суть податкового права полягає у нормуванні та поєднанні двох невід'ємних сторін, атри-

бутів єдиного начала — природних потреб індивіда, їх індивідуальної для кожного та спільної для усіх, тобто загальної частин. Такою є природа системності юридичної конструкції податку.

Отже, системний та потребовий підходи до пошуку та пояснення первинних начал системності податкового права, насамперед юридичної конструкції податку, як якісно виокремленої з усього фінансового права субстанції, дозволяють уникнути вульгарної марксистської установки на повну детермінованість правових явищ зовнішніми відносно фінансового права економічними явищами, з одного боку, та зведення фінансово-правових сутностей до зовнішніх формально-юридичних ознак, з іншого. Тобто застосування системного та потребового підходів дозволяє досліднику даної проблеми піднятися над крайнощами як «методологічного детермінізму», так і «методологічного формалізму» [15], робить можливим проникнення у саму суть природних причинно-наслідкових зв'язків власного буття податкового права та усіх його якісно виокремлених компонентів.

На нашу думку, надто дискусійними, щоб не сказати хибними, є припущення окремих пострадянських теоретиків права, «що призначенням системного підходу, який відображає специфіку наукового дослідження реальних явищ та процесів, є певна схематизація, а

отже — й «спрощення реальності» [16]. Істинний системний підхід до з'ясування відповідних аспектів об'єктивної реальності, в тому числі й правової дійсності, ніколи й нічого не спрощує, точніше кажучи, неспроможний спрощувати за своєю природою. Справжнім призначенням системного підходу у пізнанні, в тому числі і правовізнанні, згідно з другою парадигмою загальної теорії систем, є, по-перше, розрізнення певного явища та його зовнішнього середовища, у нашому випадку юридичної конструкції податку та податку як якісно виокремленого феномена дійсності публічних фінансів; по-друге, з'ясування внутрішньої форми даного явища, або, інакше кажучи, його межі із зовнішнім середовищем; по-третє, з'ясування усієї множини внутрішніх та зовнішніх горизонтальних і вертикальних зв'язків елементів та їх груп системи між собою і із зовнішнім середовищем.

Отже, ключовою категорією науки фінансового права, з допомогою якої необхідно системно досліджувати та відображати системні якості податкового права, є категорія «юридична конструкція податку». Вона не замінює категорії «правовий механізм податку» — у них різне цільове та функціональне призначення. Неадекватне застосування названих вище категорій теорії фінансового права з неминучістю призводить до хибних теоретичних висновків та деформацій на цій основі фінансово-правової дійсності.

#### ВИКОРИСТАНІ МАТЕРІАЛИ:

1. Кучерявенко Н. П. Курс налогового права. В шести томах. Т. 3. Учение о налоге. — Харьков: Легас-Право, 2005. — С. 137.
2. Кучерявенко Н. П. Курс налогового права. В шести томах. Т. 2. Введение в теорию налогового права. — Харьков: Легас, 2004. — С. 508—509.
3. Алексеев А. А. Механизм правового регулирования в социалистическом государстве. — М.: Юрид. лит.-ра, 1966.
4. Алексеев А. А. Проблемы теории права. Т. 1. — Свердловск, 1972. — С. 153.
5. Великий тлумачний словник сучасної української мови (з дод. і доповн.) / Укладач і гол. ред. В. Т. Бусел. — К.: Ірпінь; ВТФ «Перун», 2005. — С. 665.
6. Див.: Правовая система социализма. В 2-х кн. / Под ред. А. М. Васильева: Кн. 1. Понятие, структура, социальные связи. — М., 1986. — С. 31.
7. Протасов В. Н. Что и как регулирует право. — М.: Юристь, 1995. — С. 66.
8. Алексеев С. С. Общая теория права: Учебник. 2-е изд., перераб. и доп. — М.: Велби, Проспект, 2008. — С. 267.
9. Гаврилюк Р. Юридична конструкція податку // Право України. — 2006. — № 4. — С. 113—117.
10. Бабін І. І. Юридична конструкція податку. Автореф. дис... канд. юрид. наук. — К., 2007. — С. 4, 5.
11. Луман Н. Клас. Социальные системы. Очерк общей теории. Пер. с нем. И. Д. Газиева. Под ред. Н. А. Головина. — СПб.: Наука, 2007. — С. 28—29.
12. Bertalanffy L. von General System Theory. Foundations. Development. Applications/ — N.Y., 1968. — P. 86.
13. Гаврилюк Р. Егалітарна інструментально-потребова концепція податкового права // Право України. — 2007. — № 10. — С. 48.
14. Weber M. Rechtssoziologie / Aus dem Manuskript hrzg. u. eingel. von Wirkelnann J.; — Zuchterhand, 1960. — S. 196.
15. Henkel T. Begriffsjurisprudenz und Billigkeit. — Koeln, Weimar, Wien, 2004. — S. 37.
16. Петришин О. Право як соціально-юридичне явище: до постановки проблеми // Вісник Академії правових наук України. — Харків, 2007. — № 4(51). — С. 7.

## ОБМЕЖЕНА ОСУДНІСТЬ ЯК ОЗНАКА СУБ'ЄКТА ЗЛОЧИНУ

**В. МАРЧАК**

*кандидат юридичних наук, доцент кафедри правосуддя  
юридичного факультету Чернівецького національного університету,  
суддя Апеляційного суду Чернівецької області*

Поряд із віком осудність є також необхідною ознакою суб'єкта злочину. Це встановлено в ст. 18 КК України, в ч. 1 якої зазначено, що загальним суб'єктом злочину є фізична осудна особа, яка вчинила злочин у віці, з якого відповідно до КК України може наставати кримінальна відповідальність. При цьому осудність і досягнення особою, яка вчинила злочин, встановленого законом віку як ознаки суб'єкта злочину між собою тісно пов'язані, взаємно обумовлюють та доповнюють одне одного в складі злочину. Як висловився Я. Брайніна, суб'єкт злочину практично немислимий без цих двох основних ознак [3, 218]. Звідси — осудність як психічний стан особи, при якому вона в момент вчинення злочину була здатна усвідомлювати характер своєї поведінки і керувати нею, у визначеній конкретній ситуації поряд з віком є також невід'ємною ознакою суб'єкта як елемента складу злочину.

В науці кримінального права та в кримінальному законодавстві визначено поняття обмежено осудної особи, тобто такої, яка під час вчинення злочину, через наявний у неї психічний розлад не була спроможна повною мірою усвідомлювати свої дії та керувати ними. Це поняття є новим і тому вимагає окремого дослідження, оскільки набуває актуальності при визначенні органом досудового розслідування чи судом наявності чи відсутності складу того чи іншого злочину. Осудність чи обмежена осудність має велике значення, як і вік, не тільки для встановлення суб'єкта злочину як кримінально-правового поняття, але для всього складу в цілому, оскільки при відсутності цих ознак чи одного з них буде відсутній і суб'єкт злочину. Звідси випливає, що вирішення питань винності чи кримінальної відповідальності особи, яка вчинила суспільно небезпечне

діяння, відпадає. Зокрема, значення обмеженої осудності як ознаки, яка характеризує суб'єкт злочину, у вітчизняній та зарубіжній кримінально-правовій літературі ще недостатньо визначене. Саме поняття потребує в даний час свого подальшого вивчення і дослідження з точки зору науки кримінального права, психології, медицини, а також з точки зору філософського обґрунтування.

Проблему обмеженої осудності досліджувало багато сучасних науковців та практиків, зокрема, Ю. Антонян, С. Бородін, Ю. Богомягков, Л. Глухарєва, Н. Іванов, В. Клименко, Г. Колоколов, М. Костицький, М. Коченов, І. Кудрявцев, Д. Лунц, А. Марчук, В. Мельник, Р. Міхєєв, А. Музика, В. Нагаєв, Г. Назаренко, В. Орлов, В. Павлов, С. Полубінська, Т. Приходько, Ф. Сафуанов, О. Сиропятов, В. Сірожидінов, О. Сітковська, С. Тіхенко, В. Трахтеров, В. Устименко, та ін.

Спроможність правильно розуміти і оцінювати фактичну сторону і значення своїх діянь та при цьому усвідомлено керувати своєю волею і діями відрізняє осудну особу від обмежено осудної, яка не може повною мірою це здійснювати.

Свідомість та воля є найбільш важливими психічними функціями, які взагалі визначають повсякденну поведінку будь-якої людини. Психологічне вчення про детермінуючі тенденції і свободу волі покладено в основу самого поняття осудності [14, 131]. Як наслідок, в особи, яка діє в стані обмеженої осудності, повинна, як правило, хоча б частково бути присутня свобода волі. Як зазначав А. Амон, для визначення індивідуальної відповідальності необхідно, щоб особа, якій приписується вчинене діяння, була наділена свободою волею, в якій і закладена основа осудності [1, 130]. На філософський аспект проблеми звертають увагу в

© В. Марчак, 2008

своїй праці Ю. Антонян і С. Бородин, які відзначають, що за своїми філософськими витоками осудність дуже тісно пов'язана з поняттям свободи волі і відповідальності особи за свої діяння [2, 120]. Неможливо розмірковувати про мораль та право, писав Ф.Енгельс, не торкаючись питань свободи волі та осудності людини [7, 115].

Маючи здатність мислити, людина зі здоровою психікою може не тільки правильно оцінювати свої дії, але і обирати найрізноманітніші варіанти поведінки, які відповідають мотивам, потребам, меті та завданням, які вона собі визначила. Вплив навколишнього середовища, зовнішніх багатьох факторів та обставин, які впливають та визначають її поведінку поряд з внутрішніми процесами, які відбуваються в ній, завжди проходять через її свідомість.

Свідомість і воля є найбільш важливими психічними функціями, які визначають взагалі повсякденну поведінку будь-якої людини. Все, що примушує людину до діяльності, повинно проходити через її свідомість. Вплив зовнішнього світу на людину запам'ятовується в її свідомості, відображається в ній у вигляді почуттів, думок, виявів волі.

Таким чином, усвідомлена вольова поведінка особи дає можливість їй під впливом зовнішніх факторів оточуючого світу правильно обирати свою поведінку в тій чи іншій конкретній ситуації, а також при вчиненні суспільно небезпечного діяння. В кримінальному праві, зазначав П.Дагель, свобода волі означає не що інше, як здатність особи усвідомлювати собі звіт свої дії і їх фактичну сторону та суспільну небезпечність, а також керувати ними. Іншими словами, вона означає осудність особи, яка здатна бути як винною, так і відповідальною [4, 9].

Обмежена осудність по відношенню до осудності є поняттям більш широким та об'ємним. Так, наприклад, обмежено осудною може бути визнана не тільки психічно здорова особа, але й особа, яка має деякі психічні розлади, які дають їй можливість у момент вчинення злочину оцінювати свої дії в тій чи іншій конкретній обстановці чи ситуації. В даному разі йдеться про психічні розлади, які не усувають повністю спроможність особи усвідомлювати свої злочинні дії і керувати ними.

Як зауважує Р. Міхеев, у медичному змісті, навіть у межах «психічно не здоро-

вий», суб'єкт злочину може бути осудним. При цьому не тільки коли йдеться про «пограничні» стани психіки, але і при хронічних психічних захворюваннях, а саме: при шизофренії (у випадках ремісії), епілепсії (перед приступом) та інших випадках [8, 84].

Разом з тим, на практиці всілякі сумніви стосовно осудності особи, яка вчинила суспільно небезпечне діяння, коли її поведінка повною мірою не відповідає самоконтролю над собою, має місце з її боку неадекватна реакція на зовнішні впливаючі фактори та збудники, повинні вирішуватися на користь цієї особи. В цих випадках доцільно призначати судову комплексну психолого-психіатричну експертизу. Подальше вирішення питання про осудність чи обмежену осудність особи, яка вчинила злочин, здійснюється судом відповідно до чинного законодавства, на підставі висновку зазначеної вище експертизи.

Обмежена осудність, як ознака, що характеризує особу, яка вчинила злочин, дає підставу ставити питання про її винність, а в подальшому — про кримінальну відповідальність та покарання, тобто встановлення у особи обмеженої осудності передую встановленню у відповідності із принципами кримінального закону її винності, яка доводиться як на стадії досудового слідства, так і в суді.

Сам принцип вини, передбачений ст. 2 КК України, у якій зазначено, що особа вважається невинуватою у вчиненні злочину і не може бути піддана кримінальному покаранню, доки її вину не буде доведено в законному порядку і встановлено обвинувальним вироком суду. Звідси випливає, що спроможність особи хоча би частково усвідомлювати вчинювані нею дії та приймати рішення в процесі їх вчинення слугує підставою для визнання її суб'єктом злочину, винною в умисному чи необережному суспільно небезпечному діянні. Тобто в цьому випадку особа діє в стані обмеженої осудності, оскільки під час вчинення злочину не була здатна повною мірою усвідомлювати свої дії та керувати ними.

Якщо особа діяла в стані неосудності та визнана судом неосудною, то в цьому випадку у неї відсутня вина. При цьому винність особи, згідно зі ст. 64 КПК України, є обставиною, яка підлягає доказуванню в кримінальній справі як при проведенні дізнання, досудового слідства, так і в судово-



му засіданні. Винність особи, яка вчинила злочин, може бути встановлена вказаними органами тільки після того, коли буде вирішено питання про її осудність чи обмежену осудність. Неосудна особа, згідно з ч. 2 ст. 19 КК України, не підлягає кримінальній відповідальності. Згідно з ч. 3 ст. 19 КК України, не підлягає покаранню особа, яка вчинила злочин у стані осудності, але до постановлення вироку захворіла на психічну хворобу, що позбавляє її можливості усвідомлювати свої дії або керувати ними. До таких осіб за рішенням суду можуть застосовуватися примусові заходи медичного характеру. У другому випадку особа може підлягати покаранню тільки після одужання.

Встановлення стану обмеженої осудності обов'язково передуює встановленню винності особи та покаранню.

Таким чином, встановлення всіх обставин справи на досудовому слідстві, в суді та при проведенні судової комплексної психолого-психіатричної експертизи і на підставі висновку експерта дає можливість вирішувати питання про обмежену осудність особи, яка вчинила злочин, а потім уже доказувати умисну чи необережну вину особи.

Тому, чи може орган досудового слідства чи прокурор звинувачувати особу, яка вчинила суспільно небезпечне діяння, якщо в процесі досудового розслідування не встановлена її осудність?

Слід відзначити, що обмежена осудність, яка тісно пов'язана із виною, має важливе значення для настання кримінальної відповідальності стосовно суб'єкта злочину. Обмежена осудність та вина в сукупності характеризують психічну сторону особи — суб'єкта злочину, який вчиняє злочин умисно чи з необережності. Встановлення взаємозв'язку обмеженої осудності та вини дозволяє більш глибоко розібратися в самому суб'єкті злочину як елементі складу, а також в його змісті і кримінально-правовій характеристиці не тільки з позицій науки кримінального права, але й з позицій медицини та психології. Звідси — обмежена здатність особи усвідомлювати свою протиправну поведінку, відображена у вчиненні умисного чи необережного злочину і(чи) керувати своїми діями, є також основою для вирішення питання про притягнення її до кримінальної відповідальності.

Особа може бути притягнута до кримінальної відповідальності, як зазначають

С.Келіна і В.Кудрявцев, коли злочин був не тільки справою її рук, але й продуктом як її свідомості, так і її волі, тому принцип особистої відповідальності найтісніше пов'язаний з проблемою осудності [5, 108].

Звідси випливає, що до кримінальної відповідальності може бути притягнута тільки осудна чи обмежено осудна особа, яка вчинила злочин. Відповідно до ст. 2 КК України, підставою кримінальної відповідальності є вчинення особою суспільно небезпечного діяння, яке містить склад злочину, тобто об'єкт, об'єктивну сторону, суб'єктивну сторону та суб'єкт злочину, передбачені кримінальним законодавством. Сам же злочин — це юридичний факт, за наявності якого обмежено осудна та винна особа стає зобов'язаною бути підданою примусовому впливу з боку держави.

Кримінальна відповідальність як правовий наслідок — це результат застосування кримінального закону з боку держави стосовно обмежено осудної особи, яка вчинила суспільно небезпечне діяння при доведеності вини суб'єкта злочину. Сама здатність людини усвідомлювати вчинювані нею діяння та усвідомлено керувати своїми вчинками відрізняє обмежено осудну особу від осудної та неосудної. Неосудна особа не може нести кримінальної відповідальності взагалі. Осудна особа несе повну кримінальну відповідальність відповідно до чинного законодавства. Вчинення злочину в стані обмеженої осудності обов'язково враховується судом при винесенні вироку і може бути підставою для застосування примусових заходів медичного характеру.

Викладене вище дозволяє зробити висновки, що обмежена осудність як ознака, що характеризує суб'єкта злочину поряд з винністю, є також умовою настання кримінальної відповідальності особи, яка вчинила суспільно небезпечне діяння, чого не можна сказати про особу, яка вчинила злочин у стані неосудності. Як стверджує Р. Міхеев, осудність у кримінальному праві виконує роль визначника суб'єкта злочину, а також одну з умов як вини, так і кримінальної відповідальності [8, 16].

Після притягнення до кримінальної відповідальності обмежено осудна особа, яка є суб'єктом злочину, може понести кримінальну відповідальність. Однак хоч кримінальна відповідальність особи і передуює покаранню, але вона може бути звільнена від нього.

Останнє положення, наприклад, закріплено в ст. 105 КК України, в якій передбачено звільнення судом неповнолітньої особи, яка вчинила злочин невеликої або середньої тяжкості, від покарання, якщо буде визнано, що внаслідок широго розкаяння та подальшої бездоганної поведінки вона на момент постановлення вироку не потребує застосування покарання. У цьому разі судом можуть бути застосовані примусові заходи виховного характеру, проте особу звільняють тільки від покарання, а не від кримінальної відповідальності за вчинений злочин.

Визнання особи обмежено осудною обов'язково враховується судом при призначенні покарання і може бути підставою для застосування примусових заходів медичного характеру.

Таким чином, поняття обмеженої осудності у відповідних випадках є невід'ємною ознакою суб'єкта злочину. Разом з тим, як показує практика, судді, слідчі чи прокурори недостатньо володіють теоретичними обґрунтуваннями поняття обмеженої осудності, яке має кримінально-правове значення для вини, кримінальної відповідальності та покарання суб'єкта злочину. Дана обставина диктує гостру необхідність проведення подальших наукових досліджень у цьому напрямі і більш широкого відображення цих питань в юридичній, медичній та психологічній літературі, щоб обмежено осудні особи могли нести кримінальну відповідальність та їм правильно призначалося судом покарання.

#### ВИКОРИСТАНІ МАТЕРІАЛИ:

1. А м о н А. Детерминизм и вменяемость. — СПб., 1905. — С. 130.
2. А н т о н я н Ю. М., Б о р о д и н С. В. Преступность и психические аномалии. — М., 1987. — С. 120.
3. Б р а й н и н Я. М. Уголовная ответственность и ее основание в советском уголовном праве. — М., 1963. — С. 218.
4. Д а г е л ь П. С., К о т о в Д. П. Субъективная сторона преступления и ее установление. — Воронеж, 1974. — С. 9.
5. К е л и н а С. Г., К у д р я в ц е в В. Н. Принципы советского уголовного права. — М., 1988. — С. 108.
6. К о с т и ц к и й М. В. Судебно-психологическая экспертиза. — Львов: Выща школа, 1987.
7. М а р к с К., Э н г е л ь с Ф. Соч. Т. 20. — С. 115.
8. М и х е е в Р. И. Проблемы вменяемости и невменяемости в советском уголовном праве. — Владивосток, 1983. — С. 84.
9. П а в л о в В. Г. Субъект преступления и уголовная ответственность. Монография. — СПб.: Издательство «Лань», Санкт-Петербургский университет МВД России, 2000. — 192 с.
10. П р и х о д ь к о Т. М. Проблеми зменшеної осудності у кримінальному праві. — Одеса: Маяк, 1998.
11. Философский энциклопедический словарь. — М.: ИНФРА-М, 1999. — 576 с.

## ПОНЯТТЯ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ВИКОНАННЯ ЗОБОВ'ЯЗАННЯ



**Ю. ПОПОВ**

*головний експерт із правознавства  
Центру комерційного права*

**П**ерелік видів забезпечення виконання зобов'язань (неустойка, порука, гарантія, застава, притримання, задаток), наведений у ч. 1 ст. 546 Цивільного кодексу України (далі — ЦК), не є вичерпним, оскільки згідно з ч. 2 ст. 546 ЦК договором або законом можуть бути встановлені інші види забезпечення виконання зобов'язань. Внаслідок цього за чинним ЦК поняття забезпечення виконання зобов'язань не має легального визначення.

Слід зазначити, що сама по собі відсутність легального визначення того чи іншого поняття, яке використовується у законі, не означає автоматично наявності помилки чи недоліку закону. Закон країни системи континентального права, особливо такий як Цивільний кодекс, повинен мати достатній ступінь абстрактності, щоб бути відкритим для доктринального тлумачення та формування права судовою практикою [1, 37], оскільки саме це запобігає застаріванню закону, робить закон придатним для використання протягом десятиріч, а то і сторіч без внесення істотних змін до нього. Про необхідність розвитку юридичної техніки у такому напрямі висловлюються інколи навіть вчені країн англосаксонської правової системи. Так, видатний американський вчений Грант Гілмор, торкаючись проблеми старіння законів, високо оцінив зусилля ідеолога та одного з основних розробників Уніфікованого комерційного кодексу Сполучених Штатів Америки Карла Левеліна (Karl Llewellyn), спрямовані на те, щоб цей Кодекс був «open-ended» [2, 629], тобто розрахований не тільки на сьогодення, а й орієнтований і на невизначене майбутнє. Слід мати на увазі, що в © Ю. Попов, 2008

праві існують поняття, визначення яких є недоцільним або навіть небезпечним [3, 31], зокрема може призводити до стримування розвитку доктрини. Наприклад, цивільні кодекси Німеччини та Франції взагалі не дають визначення поняття «юридична особа», а Цивільний кодекс Квебеку зазначає лише, що юридичні особи мають правоздатність. Це, з одного боку, не шкодить правозастосуванню, з іншого, — не заважає науковим дискусіям щодо правової природи юридичної особи. Натомість визначення цього поняття, наведене у ст. 23 Цивільного кодексу УРСР 1963 р. (далі — ЦК УРСР), з одного боку, нічого не давало для правозастосування, з іншого, — призвело до некритичного переписування до підручників ознак юридичної особи, що містились у легальному визначенні. Крім того, треба враховувати, що намагання дати легальні визначення всім поняттям, які використовуються у законах, призвело б до визначення одних таких понять через інші («логічне коло»).

Відсутність легального визначення поняття «забезпечення виконання зобов'язань» спричинила численні спроби дати визначення зазначеного поняття через істотні ознаки. Особливо багато таких спроб здійснено російськими дослідниками, оскільки частина перша Цивільного кодексу Російської Федерації (далі — ЦК РФ), п. 1 ст. 329 якого містить положення, подібні до положень ст. 546 ЦК, прийнята значно раніше ЦК — у 1994 р. Втім, слабкі спроби відшукати істотні ознаки забезпечення робилися інколи ще революційними вченими.

Стаття 1554 Зводу законів цивільних (т. X Зводу законів Російської Імперії) визна-

чала, що договори та зобов'язання можуть бути «зміцнювані та забезпечувані» порукою, неустойкою, заставою нерухомості та закладом рухомого майна. Як бачимо, цей перелік має вигляд вичерпного. Доктрина того часу, однак, відносила до забезпечень також завдаток, оскільки у ст. 1685 Зводу законів цивільних йшлося про можливість «забезпечити свою попередню умову завдатком».

На думку Д. І. Мейера, «все те, що за правилами розсудливості може спонукати боржника до точного виконання договору, і є сумісним з існуючими юридичними визначеннями, може слугувати його забезпеченню» [4, 526]. Насамперед помічаємо, що це визначення є вкрай нечітким і навряд чи придатним для практичного використання. Це підтверджується і тим, що Д. І. Мейер у загальній частині розділу «Забезпечення договору» змушений окремо характеризувати кожний із способів забезпечення, говорячи про «розширення» зобов'язання (неустойка), про розширення кола осіб, зобов'язаних за договором (порука), про право вимагати продажу певної речі (застава), про особливий інтерес боржника продовжувати виконання договору під страхом майнових втрат (завдаток). При цьому Д. І. Мейер, окрім зазначених способів, вказує лише на можливість встановлення обов'язку утримуватись від певних дій, не сумісних з основним договором (але тут же зазначає, що таке зобов'язання не має ніякого значення, хіба що буде гарантоване неустойкою), та на можливість звернення за вирішенням спору до посередника, третейського або певного суду.

Г. Ф. Шершеневич зазначає, що кредитори намагаються забезпечити себе або притягненням до зобов'язання інших осіб (порука), або виділенням певної частини майна, яка має слугувати винятковим засобом задоволення тільки даної вимоги (застава), або шляхом спонукання боржника до точного виконання під страхом ще більш невігідних наслідків при ухиленні (завдаток і неустойка); таким чином засобами забезпечення зобов'язань є: 1) завдаток, 2) неустойка, 3) порука і 4) застава та заклад [5, 379]. Як бачимо, Г. Ф. Шершеневич фактично не дає визначення забезпечення зобов'язань через істотні ознаки, а визначає це поняття через виключний перелік елементів його об'єму. При цьому Г. Ф. Шершеневич вказує, що на практиці зустрічаються і деякі інші способи, наприклад, відібрання паспорта або затри-

мання самого боржника, та характеризує такі способи як протизаконні.

Цікавим є підхід К.Д.Кавеліна, який навіть не визнав за необхідне дати будь-які пояснення щодо сутності забезпечення зобов'язань, не кажучи вже про істотні ознаки, а просто визначив це поняття через виключний перелік видів [6, 333].

Під час дії ЦК УРСР у літературі приділялося мало уваги пошуку ознак поняття «забезпечення виконання зобов'язань» — у цьому не було потреби завдяки наявності у ст. 178 цього кодексу визначення поняття через виключний перелік видів. З набранням чинності новим ЦК України (а десятьма роками раніше — частиною першою ЦК РФ) такі дослідження активізувалися з огляду на необхідність з'ясувати, які саме відносини регулюються загальними положеннями про забезпечення виконання зобов'язань. Для цього слід відповісти на два запитання: по-перше, — які визначені законом інструменти (крім перелічених у ч. 1 ст. 546 ЦК) слід відносити до видів забезпечення виконання зобов'язань, по-друге, — які непоіменовані види забезпечення виконання зобов'язань можуть встановлюватись договором.

Багато авторів включає у визначення забезпечення виконання зобов'язань стимулюючу функцію як істотну ознаку. У цьому сенсі показовою є думка Р.Хаметова та О.Миронової, які вважають, що під способами забезпечення виконання зобов'язань маються на увазі спеціальні засоби, які достатньою мірою гарантують виконання основного зобов'язання та стимулюють боржника до належної поведінки [7, 567]. Важко не помітити, що у цьому визначенні вираз «достатньою мірою гарантують» є нечітким і потребує власного визначення. Що ж до стимулювання боржника до належної поведінки, то, по-перше, застосування забезпечення далеко не завжди має наслідком таке стимулювання. Так, неустойка, встановлена не за прострочення, а за невиконання зобов'язання, та завдаток можуть слугувати не тільки посиленню, а й послабленню договору [8, 252; 9, 321], тобто не стимулювати боржника, а сприйматися боржником як шлях до звільнення від зобов'язання, тобто виконувати тим самим функцію, протилежну стимулюючій [10, 64]. Цього прикладу достатньо для висновку, що стимулювання боржника не є істотною ознакою забезпечення виконання зобов'язань взагалі та неустойки і

завдатку зокрема, оскільки істотною ознакою може бути тільки така ознака, яка наявна завжди [11, 23]. По-друге, якщо мати на увазі не фактичне досягнення стимулювання, а спрямованість на спонукання до належної поведінки, то така спрямованість є характерною для правового регулювання взагалі, оскільки предметом правового впливу є саме вольові відносини [12, 292]. Відтак використання зазначеної функціональної ознаки неминуче призводить до включення до об'єму поняття необмеженого кола елементів, які ніяк не можна віднести до одного інституту.

Багато дослідників вважає істотною ознакою забезпечень їх додатковий (акцесорний), залежний від забезпечуваного зобов'язання характер. Не бажаючи, однак, допустити отождошення понять забезпечення та додаткових заходів, такі дослідники вводять до визначення обмежуючі ознаки, зокрема альтернативні. Так, Б. М. Гонгало визначає способи забезпечення виконання зобов'язань як встановлені законом або договором забезпечувальні заходи майнового характеру, що існують у вигляді акцесорних зобов'язань, які стимулюють боржника до виконання зобов'язання та (або) іншим чином гарантують захист майнового інтересу кредитора у разі несправності боржника [13, 40]. Легко помітити, що вираз «іншим чином гарантують захист майнового інтересу», як і подібний вираз у визначенні Р.Хаметова та О.Миронової, є нечітким, а тому і непридатним для практичного використання. До того ж таке визначення вочевидь виключає віднесення до видів забезпечення виконання зобов'язань гарантії, оскільки відповідно до ст. 562 ЦК зобов'язання гаранта не залежить від основного зобов'язання (аналогічне положення міститься й у ЦК РФ). Особливо слід підкреслити, що визначення забезпечення як заходів, що існують у вигляді зобов'язань, виключає з об'єму поняття заставу та притримання, оскільки права кредитора із застави та притримання на одержання задоволення за рахунок заставленого (притриманого) майна є абсолютними, а не відносними (чого Б.М.Гонгало не помічає, хоч і визнає наявність у комплексі прав із застави поряд із зобов'язальними речово-правових елементів [13, 163]). Поглядив Б. М. Гонгало дотримуються В. В. Вітрянський [14, 480], Н. Ю. Расказова, яка розглядає вирази «спосіб забезпечення виконання зобов'язань» та «забез-

печувальне зобов'язання» як синоніми [15, 125], і багато інших дослідників.

Загалом можна зробити висновок, що визначення поняття «забезпечення виконання зобов'язань», які сьогодні наводяться у літературі, є незадовільними. Тому не дивно, що ці визначення не дають змоги однозначно відповісти на два запитання, сформульовані вище, що зводяться до того, які саме інструменти, встановлені законом або договором, є забезпеченням. Незадовільність визначень проявляється і в тому, що багато дослідників, з одного боку, відмовляється відносити до забезпечення ті інструменти, які відповідають їх же власним визначенням, а з іншого, — визнають забезпеченнями ті інструменти, які їх визначенням не відповідають. Так, Б. М. Гонгало не відносить збитки до видів забезпечення виконання зобов'язань, оскільки, на його думку, можливість стягнення збитків та їх стягнення слугують забезпеченню не тільки зобов'язальних, а й інших цивільних відносин [13, 24], хоча можливість стягнення збитків підпадає під запропоноване самим же Б. М. Гонгало визначення поняття способів забезпечення виконання зобов'язань. Натомість Є. О. Харитонов вважає відшкодування збитків забезпеченням [16, 387]. А. А. Рубанов вважає забезпеченням право кредитора у разі відсутності зустрічного виконання призупинити виконання власного обов'язку або відмовитись від виконання та стягнути збитки [17, 523], а В. В. Вітрянський відносить таку можливість до заходів оперативного впливу [14, 523]. Н. С. Кузнецова та Т. В. Боднар відносять до забезпечень страхування підприємницьких ризиків [18, 398], в той час як С. І. Шимон вважає, що заходи щодо страхування не слід розглядати як способи забезпечення виконання зобов'язання, «оскільки вони не передбачають безпосереднього впливу на поведінку боржника» [19, 47]. У правовій літературі зустрічається віднесення до забезпечень дуже різних інструментів, зокрема: субсидіарну відповідальність учасників за зобов'язаннями товариства; відповідальність, яку поряд з боржником несуть треті особи; накладення заборони на відчуження майна; відстрочення оплати, наприклад, до спливу гарантійного строку; право кредитора вимагати реєстрації правочину у разі ухилення від реєстрації іншої сторони; внесення грошової суми у депозит третьої особи; продаж товару

із збереженням права власності до оплати товару; конвалідацію правочинів (можливість визнання судом дійсним правочину, який є нікчемним у зв'язку з недодержанням вимоги закону про нотаріальне посвідчення) та навіть використання диспозитивних норм.

Окремі автори помилково вважають непоіменованими забезпеченнями удавані або протизаконні умови. Наприклад, В. А. Белов вважає забезпеченням обов'язок кредитора заохотити боржника за належне виконання зобов'язання (сплатити премію, надати знижку тощо) [20, 68]. Проте умова про наділення боржника певним благом за належне виконання зобов'язання еквівалентна умові про позбавлення боржника такого блага за порушення зобов'язання. Так, умова про сплату кредитором боржнику, крім плати, «премії» за належне виконання боржником зобов'язання еквівалентна умові про встановлення обов'язку кредитора сплатити боржнику плату у розмірі, збільшеному на розмір «премії», із встановленням обов'язку боржника сплатити неустойку у розмірі «премії» у разі порушення ним зобов'язання та встановленням правила про автоматичне зарахування зустрічних однорідних вимог боржника та кредитора у цьому розмірі. Умова про надання «знижки» за належне виконання зобов'язання еквівалентна умові про встановлення розміру основного боргу боржника у розмірі, зменшеному на розмір «знижки», із встановленням обов'язку боржника сплатити неустойку у розмірі «знижки» у разі порушення ним зобов'язання. Отже, умова про «заохочення» боржника за належне виконання зобов'язання є нічим іншим, як замаскованою умовою про сплату боржником неустойки (у розмірі «заохочення») за порушення зобов'язання. В. В. Вітрянський як приклад непоіменованого договірної забезпечення повернення кредиту наводить попередній договір купівлі-продажу майна: строк укладення основного договору купівлі-продажу встановлюється за межами строку повернення кредиту, а сума неповерненого кредиту з процентами розглядається як попередня оплата за майно, що підлягає передачі покупцеві за договором купівлі-продажу [14, 482]. Насправді такий договір є договором застави, за яким передбачається у разі порушення зобов'язання продаж предмета застави кредитором за наперед визначеною ціною (ЦК РФ, на відміну від ЦК,

передбачає можливість спонукання до укладення основного договору в судовому порядку), тобто продаж предмета застави поза передбаченою законодавством конкурентною процедурою. Н. Ю. Рассказова вважає забезпеченням укладення договору зберігання з метою подальшого притримання майна [15, 131–132], який насправді є договором закладу.

Слід зазначити, що хоча укладення таких удаваних договорів зазвичай ініціюється кредитором з метою створення ілюзії необхідності застосування до відносин сторін правил, більш вигідних кредиторам порівняно із встановленими законодавством, для кредитора існує небезпека перехитрити самого себе. Так, в останньому з наведених прикладів боржник може до порушення ним зобов'язання пред'явити вимогу про повернення йому речі, зокрема негайно після її передачі «на зберігання», внаслідок чого кредитор втратить забезпечення, якщо не зможе переконати суд в удаваності «договору зберігання».

В українській правовій літературі переважає досить обережне ставлення до поняття забезпечення виконання зобов'язань та його видів. Автори коментарів та підручників часто не наводять прикладів непоіменованих забезпечень [16; 18; 19; 21], а інколи навіть не намагаються дати визначення поняттю забезпечення виконання зобов'язань [16; 21]. Такий підхід видається поміркованим, оскільки сукупність видів, яка наведена у ч. 1 ст. 546 ЦК, насправді являє собою еkleктичне поєднання різномірних правових інститутів. Винятком є лише неустойка та завдаток, які є досить близькими; крім того, притримання не є окремим інститутом, а є різновидом застави (ознаки, за якими деякі автори відмежовують притримання від застави [22, 183] — невизначеність до порушення зобов'язання предмета притримання та особливості права слідування — насправді є видовими, а не родовими, оскільки вони не є істотними для поняття застави). Цим зумовлюється марність спроб дати визначення поняття «забезпечення виконання зобов'язань» через істотні ознаки: навіть поіменовані види (способи) забезпечення виконання зобов'язань не мають істотних ознак, які були б спільними для всіх цих видів, але не були б притаманні тим правовим інструментам, які автори визначень не бажають включати до об'єму поняття з тих

чи інших міркувань.

Така ситуація спричинила виникнення двох протилежних тенденцій. Перша полягає у необмеженому розширенні об'єму поняття забезпечення виконання зобов'язання. Б. М. Гонгало, констатуючи наявність тенденції «розмивання» цього поняття, зазначає, що «способами забезпечення зобов'язання оголошуються ... засоби, які тією чи іншою мірою гарантують права одного з учасників правового зв'язку» [13, 30]. Зрозуміло, що за такого підходу використання поняття забезпечення виконання зобов'язання втрачає будь-який сенс. Друга тенденція базується на усвідомленні наявності помилок у законодавстві, у зв'язку з чим формулюються численні пропозиції *de lege ferenda* щодо виключення окремих видів з об'єму поняття «забезпечення виконання зобов'язання». Такі пропозиції, однак, здебільшого пропонуються з метою приведення законодавства у відповідність до умовляючих уявлень тих чи інших дослідників щодо того, що саме, на їх думку, слід називати забезпеченням. Інколи пропозиції є досить радикальними. Наприклад, І. Пучковська вважає, що нова правова конструкція гарантії не може належати до інституту видів забезпечення виконання зобов'язання [23, 120], підтримує думку про те, що міри відповідальності (зокрема неустойка та завдаток) не повинні визнаватися забезпеченнями [23, 126], і ставить знак рівності між забезпеченням виконання зобов'язання та забезпечувальним зобов'язанням [23, 119]. За такого підходу з шести видів забезпечення виконання зобов'язання, перелічених у ч. 1 ст. 546 ЦК, залишився б один — порука.

Звичайно, ситуація, за якої поняттю, що не має легального визначення, але використовується для встановлення регулювання, неможливо дати скільки-небудь задовільного доктринального визначення, є ненормальною, оскільки це не відповідає єдиному призначенню законодавства, яке полягає в упорядкуванні суспільних відносин [12, 191]. З цього випливає, що зміни у законодавстві, яке стосується забезпечення виконання зобов'язань, є необхідними. Разом з тим неприпустимим є внесення змін до законодавства з метою втілення наукових поглядів тих чи інших вчених. Метою таких змін має бути виключно встановлення належного регулювання. При цьому уявлення про те, яке регулювання є належним, звичайно, залежить від поглядів розробників законопроектів.

Тому для формування законодавчих пропозицій слід проаналізувати загальні положення про забезпечення виконання зобов'язань, з'ясувати загальні правила, які цими положеннями встановлюються, та відповісти на запитання: чи є ці правила дійсно необхідними. Якщо відповідь виявиться негативною, то це означатиме помилковість введення до ЦК загальних положень про забезпечення виконання зобов'язань, а відтак і відсутність самої необхідності у відповідному понятті. У разі ж позитивної відповіді на зазначене питання слід буде встановити коло відносин, до яких необхідно ці правила застосовувати, і вже залежно від цього визначити поняття забезпечення виконання зобов'язань тим чи іншим способом (зокрема, можливо, і через вичерпний перелік видів). Результати такого аналізу будуть викладені в іншій статті.

#### ВИКОРИСТАНІ МАТЕРІАЛИ:

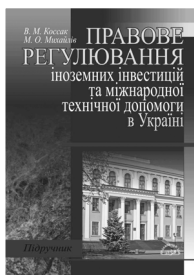
1. П о п о в Ю. Суддівське правотворення на прикладі регулювання відносин щодо неукладених угод // Юридичний радник. — 2005. — № 5. — С. 34–38. — Режим доступу: [http://www.geocities.com/popov\\_yuri/14\\_suddivske\\_pravotvorenniya.htm](http://www.geocities.com/popov_yuri/14_suddivske_pravotvorenniya.htm)
2. G i l m o r e G. The Good Faith Purchase Idea and the Uniform Commercial Code: Confessions of a Repentant Draftsman // Ga. L. Rev. — 1980–1981. — v. 15 — P. 605–629.
3. Х в о р о с т я н к і н А. Дефініції в законодавчих текстах: питання теорії // Право України. — 2005. — № 11. — С. 28–32.
4. М е й е р Д. И. Русское гражданское право. — М.: Статут, 2000. — 831 с.
5. Ш е р ш е н е в и ч Г. Ф. Курс гражданского права. — Тула: Автограф, 2001. — 720 с.
6. К а в е л и н К. Д. Права и обязанности по имуществам и обязательствам (в применении к русскому законодательству: Опыт систематического обозрения) / К а в е л и н К. Д. Избранные произведения по гражданскому праву. — М.: ЮрИнфоР, 2003. — 722с.
7. Х а м е т о в Р., М и р о н о в а О. Обеспечение исполнения обязательств: договорные способы // Российская юстиция. — 1996. — № 5. — С. 18–20 (цитуються за: Гражданское право. Том I / Под ред. А. П. Сергеева, Ю. К. Толстого. — М., 2001. — С. 632).

8. Победоносцев К. П. Курс гражданского права: В трех томах. Том 3. — М.: Зерцало, 2003. — 608 с.
9. Синайский В. И. Русское гражданское право. — М.: Статут, 2002. — 638 с.
10. Карапетов А. Г. Неустойка как средство защиты прав кредитора в российском и зарубежном праве. — М.: Статут, 2005. — 286 с.
11. Кириллов В. И., Старченко А. А. Логика: учебник. — М.: Высш. школа, 1982. — 263 с.
12. Алексеев С. С. Общая теория права. Т. I. — М.: Юрид. лит., 1981. — 360 с.
13. Гонгало Б. М. Учение об обеспечении обязательств. — М.: Статут, 2002. — 222 с.
14. Брагинский М. И., Витрянский В. В. Договорное право. Книга первая: Общие положения. — М.: Статут, 2001. — 848 с.
15. Рассказова Н. Ю. Вопросы общей теории обеспечительных обязательств // Університетські наукові записки. — 2006. — № 3—4. — С. 124—138. — Режим доступу: <http://www.univer.km.ua/visnyk/1134.pdf>
16. Цивільне право України / Є. О. Харитонов, Н. О. Саніахметова. — К.: Істина, 2005. — 776 с.
17. Гражданский кодекс Российской Федерации. Часть первая. Научно-практический комментарий / Отв. Ред. Т. Е. Абова, А. Ю. Кабалкин, В. П. Мозолин. — М.: БЕК, 1996. — 714 с.
18. Цивільний кодекс України: Науково-практичний коментар / За ред. розробників проекту Цивільного кодексу України. — К.: Істина, 2004. — 928 с.
19. Науково-практичний коментар Цивільного кодексу України. — Т. II. / За відповід. ред. О. В. Дзери, Н. С. Кузнецової, В. В. Луця. — К.: Юрінком Інтер, 2005. — 1088 с.
20. Белов В. А. Поручительство. Опыт теоретической конструкции и обобщения арбитражной практики. — М.: ЮрИнфоР, 1998. — С. 233.
21. Науково-практичний коментар до цивільного законодавства України / А. Г. Ярема, В. Я. Карabanь, В. В. Кривенко, В. Г. Ротань. — Т. 2. — К.: А.С.К.; Севастополь: Ін-т юрид. досліджень, 2004. — 864 с.
22. Сабаш С. В. Право удержания как способ обеспечения исполнения обязательств. — М.: Статут, 2003. — 251 с.
23. Пучковська І. Щодо визначення характерних ознак і функцій видів забезпечення виконання зобов'язання // Вісник Академії правових наук. — 2006. — № 4(47). — С. 118—126.

Видавничий Дім «Ін Юре» готує до друку:

**Коссак В. М., Михайлів М. О.**

**Правове регулювання іноземних інвестицій та міжнародної технічної допомоги в Україні : підручник. — К. : Видавничий Дім «Ін Юре», 2008.**



У підручнику висвітлюються теоретичні та практичні питання правового регулювання іноземних інвестицій та міжнародної технічної допомоги в Україні. Аналізуються форми здійснення іноземних інвестицій та види міжнародної технічної допомоги. Розглядаються гарантії захисту прав іноземних інвесторів, засоби цивільної відповідальності учасників відносин з надання міжнародної технічної допомоги. Значна увага приділена правовим аспектам стимулювання надання технічної допомоги.

Для студентів юридичних та економічних спеціальностей, науковців і практичних фахівців, що займаються інвестиційною діяльністю та використанням міжнародної технічної допомоги.

**Замовляйте видання за телефонами:**

**(044) 537-51-20, 537-51-21**

**або за електронною поштою**

**[sales@inyure.kiev.ua](mailto:sales@inyure.kiev.ua)**

**<http://shop.inyure.kiev.ua>**



# СУДОВІ ДЕБАТИ ЯК ЕТАП СУДОВОГО РОЗГЛЯДУ В ЦИВІЛЬНОМУ ПРОЦЕСІ

Г. ТИМЧЕНКО

*кандидат юридичних наук, старший науковий співробітник  
(Інститут держави і права ім. В. М. Корецького НАН України)*

Судовий розгляд є головною, центральною стадією цивільного процесу, саме на ній справа вирішується по суті. Проте дії, котрі необхідно виконати на цій стадії, пов'язані з певними етапами, серед яких важливе місце займають судові дебати. Така постановка проблеми не є випадковою, оскільки саме на цьому етапі найбільш яскраво виявляються змагальні засади як домінанти сучасного цивільного судочинства.

Наука цивільного процесу вже приділяла увагу судовим дебатам як частині судового розгляду. Про це свідчать праці: П. Гурєєва, М. Зейдера, Н. Арапова, Д. Луспеніка, Ю. Білоусова, В. Комарова, С. Фурси та ін. Але все ж не вирішеними залишаються питання правової природи судових дебатів, їх поняття, процедури участі в них осіб, які беруть участь у справі, в тому числі підстав скасування судових рішень внаслідок ненадання права на участь у судових дебатах. Тому метою цієї статті є аналіз правової природи судових дебатів, їх поняття, сучасних проблем, котрі постають в зв'язку із застосуванням правил про судові дебати нового ЦПК України.

Підбиваючи підсумки стосовно досліджених обставин справи, суд має бути впевнений в тому, що особи, які беруть участь у справі, вже наповнили доказову базу і не бажають додавати до неї матеріали, даючи суду додаткові пояснення, а також не мають будь-яких клопотань по суті розглядуваної справи. Про це прямо йдеться у ст. 192 ЦПК. Відповідно до неї, після з'ясування всіх обставин справи та перевірки їх доказами головуючий надає сторонам та іншим її учасникам можливість дати додаткові пояснення, які можуть доповнити матеріали справи. Після вислуховання додаткових пояснень і прийняття рішення щодо заявлених при цьому клопотань, суд постановляє ухвалу про закінчення з'ясування обставин справи та перевірки їх доказами і переходить до судових дебатів.

© Г. Тимченко, 2008

Судові дебати є частиною судового розгляду. Як зазначав Є. Васьковський, необхідною і важливою частиною позовного провадження є розроблення фактичного матеріалу справи сторонами та їх адвокатами в змагальних паперах і в усних дебатах на суді [1]. Значення цього етапу судового розгляду неможливо переоцінити. Дебати сторін допомагають суду уникнути односторонності позивача при оцінюванні доказів, дозволяють суду врахувати доводи позивача і відповідача, що має велике значення для винесення законного і обґрунтованого рішення у справі [2].

Як правило, в процесуальній літературі особлива увага приділяється кінцевій меті судових дебатів. Ось як характеризує її призначення Д. Луспенік: у судових дебатах, особи, які беруть участь у справі, викладають свої власні міркування стосовно оцінки доказів, дають особисту правову оцінку обставин і правовідносин сторін, обґрунтовують свою позицію у справі та висловлюють думки щодо можливості задоволення заявлених вимог, тобто підбивається підсумок дослідження фактичних обставин справи і доказів [3]. Варто зауважити, що для цього етапу характерним є найбільший прояв змагальності в процесі. По суті, це частина судового процесу, завдяки котрій правосуддя в цілому розглядається як таке, що має ознаки змагальності. Можна погодитися з В. Мамницьким в тому, що дебати сторін являють собою найяскравіший момент судового змагання [4].

В науці цивільного процесуального права стало традиційним дослідження судових дебатів як судових промов осіб, які беруть участь у справі [5]. Вважаю, що таке бачення структури судових дебатів необхідно уточнити. Останні можуть складатися не тільки з промов учасників справи, неабияке значення має право обмінюватися репліками. Зміст терміна «промова» в даному випадку не може включати репліку. Якщо промова — це

передусім публічний виступ [6], то репліка являє собою відповідь, заперечення, зауваження одного співрозмовника на слова іншого [7]. Правильно зазначає Ю. Білоусов, що репліка — коротка відповідь, заперечення, зауваження, які висловлюються учасниками судових дебатів у зв'язку зі сказаним у промовах [8].

Отже, судові промови не включають репліки, оскільки обидва терміни мають різний зміст, але вони охоплюються поняттям «дебати» як сперечання, суперечка, спір, обговорення [6, 584]. Іншими словами, дебати складаються як із виступів (промов), так і з реплік щодо них.

У рамках розглядуваної проблеми не можна залишити без уваги позицію ряду вчених, які обґрунтовують точку зору, згідно з котрою сутність судових дебатів полягає в заключних поясненнях у справі, які дають позивач і відповідач [9]. Навряд чи можна поставитися позитивно до висловлених пропозицій. Промови не можуть бути поясненнями, на етапі судових дебатів учасники справи вже не пояснюють, вони викладають своє бачення справи, дають, за словами С. Фурси, рекомендаційну оцінку зібраним доказам [5, 524] і обґрунтовують свою правову позицію. Крім того, якщо прийняти точку зору згаданих вчених, то неминуче буде втрачена змагальна складова судових дебатів, оскільки пояснення — це все ж більш пасивна участь, ніж виступи і репліки, в кінцевому підсумку пояснення і виступи осіб, які беруть участь у справі, мають різну природу, пов'язану з особливостями етапів судового розгляду, їх «процесуальною якістю», залежність один від одного.

Для використання повною мірою переваг, які надає етап судових дебатів, учасники справи мають бути поінформовані про їх час і місце та свої права в них. Можливість брати участь в судових дебатах — це загальне процесуальне право, роз'яснювати сутність котрого краще за все безпосередньо учасникам справи перед ними. Це пов'язано з тим, що на попередніх етапах складно реалізувати право на участь в судових дебатах (вони ще не настали). Необхідно при цьому роз'яснювати право (хотілося б підкреслити, що це право, а не обов'язок, до нього не можна примусити) на виступ (промову) і на відповідь (репліку) [10]. Отже, особи, які беруть участь у справі, можуть і відмовитися від виступу в судових дебатах.

Стаття 193 ЦПК встановлює послідовність (черговість), згідно з котрою особи, які беруть участь у справі, реалізують своє право на участь в судових дебатах. В них першими мають виступати позивач та його представник. Треті особи без самостійних вимог виступають після особи, на боці котрої вони беруть участь. Третя особа, яка заявила самостійні позовні вимоги щодо предмета спору, та її представник виступають після сторін. За клопотанням сторін і третіх осіб у судових дебатах можуть виступати лише їх представники. Суд не може обмежувати тривалість судових дебатів певним часом. Головуючий може зупинити промовця лише тоді, коли він повторюється або виходить за межі розглядуваної справи. З дозволу суду ті, хто виступає, можуть обмінюватися репліками. Право останньої репліки завжди належить відповідачеві та його представникові.

Аналіз процесуального законодавства приводить до думки, що потенціал реплік в ході судових дебатів залишається не до кінця використаним. На цьому етапі провадження репліка саме і складає ядро принципу змагальності. Виступи осіб, які беруть участь у справі, завжди певною мірою односторонні й водночас достатньо тривалі у часі. Сутність же змагання полягає в тому, щоб на кожний «випад» супротивника відповідати своїм ударом. В ролі цих ударів виступають репліки як короткі відповіді по суті на висловлені іншою стороною. Тільки в такому випадку судовий розгляд насправді буде схожим на змагання, в результаті котрого у суду з'явиться можливість повністю проаналізувати взаємовідносини сторін і винести справедливе рішення. У зв'язку з цим значення реплік зростає, що потребує більшої уваги до них з боку законодавця.

Іноді в процесуальній літературі вказується на додатковий щодо виступу характер репліки [11] або репліка розглядається як вторинний виступ у зв'язку з висловленням у промовах [12]. Виходить, що увага дослідників сконцентрована лише на тому значенні репліки, що з її допомогою можна доповнити або скоректувати вже сказане. У розвитку цієї думки, на мій погляд, надто категоричним є судження С.Фурси, котра вважає, що репліки — це необов'язкова складова судових дебатів. Вони можуть мати місце, коли аргументи сторони та її представника в судових дебатах зачіпають іншу сторону, не обґрунтовані, надумані, не опи-

раються на закон. На думку С. Фурси, виступ з репліками може мати місце з метою уточнення або доповнення сказаного раніше, якщо якась частина виступу була неправильно сприйнята особами, що беруть участь у справі [5, 525].

А як бути з іншими сутнісними характеристиками репліки? Вважаю, що вони дещо випадають з основного напрямку досліджень, які проводяться сучасними теоретиками цивільного процесу. За ознаки, які властиві репліці, можна виділити наступні: репліка — це відповідь на проголошену в дебатах промову. Це не виступ, не міркування [13], в цьому її головна відмінність. Крім того, репліка жорстко прив'язана до того, що вже було сказано. Отже, не можна зводити репліку до вторинного чи додаткового виступу з викладенням свого бачення справи. Для репліки характерним є оцінювання виступів інших осіб.

Частина 7 ст. 193 ЦПК встановлює, що з дозволу суду ті, хто виступає, можуть обмінюватися репліками. Висловлю деякі міркування стосовно правового регулювання репліки.

Беручи участь у судових дебатах, сторона у виступі показує і обґрунтовує свою правову позицію. Законодавець використовує термін «доказування» замість терміна «обґрунтування», а втім, останній має ширше значення, оскільки доказування відбувається за допомогою доказів, а обґрунтування є можливим і без них. Репліка же являє собою відповідь на виклад і обґрунтування позиції другої сторони або на їх відсутність.

Процесуальне законодавство передбачає право на останню репліку відповідача і його представника. Наявність такої норми наперед визначена процесуальним становищем відповідача. З самого початку процесу відповідач перебуває в невідгукних для нього умовах, він повинен захищатися від поставлених вимог до нього. Тому є логічним, що законодавець намагається з допомогою різних процесуальних засобів врахувати й інтереси відповідача. Одним із таких засобів є закріплені в законі процесуальні пільги — право останньої репліки відповідача і його представника.

Стаття 193 ЦПК не передбачає, в якому порядку реалізують своє право на виголошення реплік особи, які беруть участь у справі. Вважаю, що в ЦПК необхідно встановити, що черговість виголошення реплік [14] аналогічна черговості, згідно з котрою учасники справи виступають у судових дебатах з промовами. Враховуючи, що участь в судових дебатах — це все-таки право особи, відмова від виголошення промов не є підставою і для відмови від виголошення реплік.

Отже, судові дебати відіграють значну роль в плані реалізації принципу змагальності. Але не завжди це належним чином враховується як в доктрині процесуального права, так і законодавцем при формулюванні правових норм. Свого часу Н. Арапов, досліджуючи цивільне процесуальне законодавство, писав, що ненадання учасникам справи права брати участь в судових дебатах не спричиняє безумовного скасування судового рішення. Але таке порушення не може вважатися формальним, якщо воно призвело (чи могло призвести) до неправильного вирішення справи [15]. Це положення, вважаю, є актуальним і сьогодні. Ненадання або якесь інше обмеження права на участь в судових дебатах повинні розглядатися як підстави для скасування судових рішень.

Проведене дослідження етапу судових дебатів у цивільному процесі дає підстави для формулювання певних висновків і перспектив подальших розвідок у даному напрямі. По-перше, судові дебати складаються з промов учасників справи та реплік. По-друге, черговість виголошення реплік повинна бути аналогічною черговості, згідно з котрою учасники справи виступають у судових дебатах з промовами. По-третє, ненадання учасникам справи права брати участь в судових дебатах не спричиняє безумовного скасування судового рішення. Але таке порушення не може вважатися формальним, якщо воно призвело (чи могло призвести) до неправильного вирішення справи. По-четверте, цивільне процесуальне законодавство не до кінця використовує потенціал судових дебатів, а тому має бути вдосконалим в цій частині.

#### ВИКОРИСТАНІ МАТЕРІАЛИ:

1. В а с ь к о в с ь к и й Е. В. Учебник гражданского процесса. — М., 1914. — С. 169.
2. Г у р е в П. П. Судебное разбирательство гражданских дел. — М., 1958. — С. 143.
3. Л у с п е н и к Д. Д. Розгляд цивільних справ судом першої інстанції. — Х., 2006. — С. 297. Така точка зору властива й іншим вченим. Див.: Цивільне процесуальне право / За заг. ред. С. С. Бичкової. — К., 2006. — С. 234.
4. М а м н и ц к и й В. Ю. Принцип состязательности в гражданском судопроизводстве: Дис. ... канд. юрид. наук. — Х., 1995. — С. 116.
5. Ф у р с а С.Я., Ф у р с а Є.І., Щ е р б а к С. В. Цивільний процесуальний кодекс України: Наук.-практич. коментар: У 2-х т. / За заг. ред. С. Я. Фурси. — К., 2006. — С. 524.
6. О ж е г о в С. И., Ш в е д о в а Н. Ю. Толковый словарь русского языка. — М., 1997. — С. 678.
7. Т а м с а м о. — С. 677.
8. Цивільний процес / За ред. Ю. В. Білоусова. — К., 2006. — С. 166.
9. Див.: З е й д е р Н. Б. Судебное заседание и судебное решение в советском гражданском процессе. — Саратов, 1959. — С. 27. Проте ця позиція і не була прийнята іншими представниками процесуальної науки.
10. Єдине, що у даному випадку було б виправданним — це закріплення обов'язку виступати в судових дебатах для спеціалістів в галузі права.
11. Цивільний процесуальний кодекс України: Наук.-практич. коментар / За заг. ред. В.В.Комарова. — Х., 2001. — С. 404.
12. Гражданский процесс / Под ред. М. К. Треушникова. — М., 2006. — С. 374.
13. Д. Д. Луспеник пише, що репліка — це коротке міркування щодо основних питань, висловлених у дебатах. Див.: Л у с п е н и к Д. Д. Розгляд цивільних справ судом першої інстанції. — Х., 2006. — С. 298.
14. Репліка повинна відповідати наступним вимогам: 1) вона має стосуватися суті промови і бути короткою; 2) треба просити суд дати дозвіл на її виголошення підняттям руки; 3) репліка виголошується під час паузи у промові, щоб не збити з думки того, хто виступає; 4) промовець, який побачив, що суд дає дозвіл подати репліку, має зробити паузу; 5) репліка подається з місця.
15. А р а п о в Н. Судебные прения в гражданском процессе // Сов. юстиция. — 1975. — № 8. — С. 20.

Вийшов друком збірник судової практики:

**Судова практика Верховного Суду України у цивільних справах :  
Офіц. вид. / Верхов. Суд України; Упоряд. : А. Г. Ярема, Л. В. Сидорова ;  
За заг. ред. А. Г. Яреми. — 2007. — К. : Концерн «Ін Юре», 2007. — 960 с.**



Збірник складається з судової практики Верховного Суду України у цивільних справах, нормативно-правових актів, на які є посилання в судових рішеннях, з інформаційних листів Верховного Суду України, а також окремих постанов Пленуму Верховного Суду України.

Збірник розрахований на суддів, фахівців права, викладачів, студентів юридичних навчальних закладів, а також усіх учасників цивільних правовідносин.

**Замовляйте видання за телефонами:**

**(044) 537-51-20, 537-51-21**

**або за електронною поштою**

**[sales@inyure.kiev.ua](mailto:sales@inyure.kiev.ua)**

**<http://shop.inyure.kiev.ua>**

# РЕАЛІЗАЦІЯ ПРИНЦИПУ ЗМАГАЛЬНОСТІ НА ДОСУДОВОМУ СЛІДСТВІ: ПРОБЛЕМНІ ПИТАННЯ

**Ю. ЧОРНОУС**

*старший викладач, кандидат юридичних наук  
(Київський національний університет внутрішніх справ)*

**К**римінальне судочинство нашої країни у різні історичні періоди знало функціонування декількох форм кримінального процесу, зокрема, інквізиційного, розшукового, змішаного [1]. У 90-х рр. минулого сторіччя у кримінальному судочинстві України відбувся остаточний поворот до демократичних цінностей: Концепція судово-правової реформи від 28 квітня 1992 р. [2] закріпила провідні ідеї правосуддя, вироблені світовою наукою і практикою, зокрема принцип змагальності, а з часу прийняття 28 червня 1996 р. Конституції України змагальність була визнана конституційною засадою кримінального судочинства (ст. 129).

Нині, у зв'язку із проголошенням пріоритету прав і свобод людини, орієнтацією на міжнародні демократичні стандарти, реорганізація кримінального судочинства у відповідності із принципом змагальності набула особливої ваги.

Традиційною у науковій літературі, зокрема, працях Ю. Аленіна, Ю. Грошевого, А. Дубинського, Є. Коваленка, В. Маляренка, О. Михайленка, М. Михеєнка, В. Нора, М. Строговича, В. Савицького, С. Стахівського, П. Репешка, В. Тертишника, В. Шибіки та практичній правозастосовній діяльності, є думка про змагальність як принцип кримінального судочинства, що реалізується у судових стадіях кримінального процесу.

Проте вимоги сьогодення потребують ширшого погляду на принцип змагальності, з'ясування його сутності, форм і методів реалізації на досудовому слідстві, що і обумовило завдання даної статті. Перш за все доцільно визначитися із функціями, виконуваними суб'єктами кримінального судочинства під час провадження кримінальної справи.

Так, В. Маляренко визначає три функції — обвинувачення, захисту і вирішення © Ю. Черноус, 2008

справи. При цьому функцію обвинувачення виконує обвинувач (прокурор, потерпілий), функцію захисту — сам обвинувачений та його захисник, а вирішення справи належить суду [3, 34].

Є. Коваленко вважає, що систему основних кримінально-процесуальних функцій у кримінальному судочинстві Україні складають чотири: розслідування злочинів, обвинувачення, захист, вирішення справи по суті (на стадіях досудового або судового слідства) [4, 24]. Цю думку поділяє О. Солдатенко, додаючи, що в цій системі органи досудового слідства є носіями функції досудового розслідування [5, 10]. Інакше вважає І. Рогатюк, відносячи слідчого до представників функції обвинувачення [6, 9].

Питання щодо розмежування функцій суб'єктів кримінального судочинства є суперечливим через відсутність з даного приводу єдиної позиції вчених. Слід пам'ятати, що недопустимим є виконання одним із суб'єктів одночасно декількох функцій, що суперечить принципу диспозитивності та змагальності кримінального процесу. Тому чітке розмежування функцій у кримінальному судочинстві — запорука всебічного, повного і об'єктивного розгляду та вирішення кримінальної справи.

Кримінально-процесуальний кодекс України не дає відповіді на це питання. Проте п. 47 ст. 6 проекту КПК (реєстр. № 3456-І) роз'яснює, що сторонами кримінального провадження виступають: з боку обвинувачення — прокурор, слідчий, особа, яка здійснює дізнання, начальник слідчого підрозділу, начальник органу дізнання, потерпілий та його представник, цивільний позивач та його представник; з боку захисту — підозрюваний, обвинувачений, підсудний, засуджений, виправданий, особа, стосовно якої відмовлено у порушенні провадження в

кримінальній справі чи закрито в ній провадження, їх захисники та законні представники, цивільний відповідач та його представник. У той же час ст. 20 проекту КПК передбачає, що розгляд усіх справ у судах відбувається на засадах змагальності сторін.

Складається проблемна ситуація: на досудовому слідстві керівну роль у провадженні кримінальної справи відіграє слідчий (представник сторони обвинувачення), а принцип змагальності починає діяти лише у судових стадіях кримінального процесу. Виходячи з наведеного, можна зробити невтішний висновок про обвинувальний нахил досудового слідства, що не відповідає сучасним демократичним тенденціям розвитку кримінального судочинства.

П. Репешко, аналізуючи стан кримінального судочинства України, зазначає, що в стадії досудового слідства органи слідства і дізнання через існуючі положення кримінально-процесуального законодавства, що має в цих стадіях багато ознак таємного письмового інквізиційного процесу, надають обвинуваченню та їх захисникам недостатньо можливості довести безпідставність, зверхність чи однобічність проведеного ними розслідування. Можливість отримувати, надавати і досліджувати докази в умовах рівності сторін у сторони захисту виникає повною мірою, як правило, лише у стадії судового розгляду кримінальної справи у суді першої інстанції [7, 163–164].

З цього приводу заслуговують на увагу позитивні зміни у російському законодавстві. Так, ст. 15 КПК Російської Федерації від 22 листопада 2001 р. передбачає, що кримінальне судочинство здійснюється на основі змагальності сторін. Функції обвинувачення, захисту і вирішення кримінальної справи відділені одна від одної і не можуть бути покладені на один і той самий орган чи одну й ту саму посадову особу.

Російські вчені зазначають, що якщо до цього часу принцип змагальності у кримінальному судочинстві повною мірою діяв лише при розгляді справи в суді, а на досудовому слідстві були присутні лише деякі елементи змагальності, то з прийняттям нового кримінально-процесуального законодавства принцип змагальності застосовується до всього кримінального судочинства. Основу принципу змагальності складає розділ функцій захисту, обвинувачення і вирішення справи [8, 36–37].

У зв'язку з тим, що на сьогодні кримінально-процесуальні функції найбільш повно реалізуються поки лише в стадії судового розгляду, у якій найповніше реалізується змагальність кримінального процесу, не випадково в новітній українській юридичній літературі з'явився цілий ряд пропозицій щодо розширення засади змагальності на стадії досудового слідства. Так, Г. Алейніков, наприклад, зазначає, що доцільно надати захисникові право проведення альтернативних експертиз, це сприятиме зміцненню змагальності [9, 88]. На думку В. Півненка та Є. Мірошниченка, для забезпечення змагальності і рівності сторін у кримінальному судочинстві слід відмовитись від такого правового інституту, як ознайомлення сторін з матеріалами кримінальної справи після завершення досудового слідства [10, 51].

Важливим питанням є визначення завдань кожної із сторін у процесі доказування в кримінальній справі на досудовому слідстві. С. Стахівський зазначає, що суб'єктів доказування можна поділити на дві групи: а) державні органи і посадові особи, на які покладено обов'язок здійснювати доказування (орган дізнання, особа, яка провадить дізнання, слідчий, прокурор, суддя або суд); б) особи, які вправі брати участь у процесі доказування (підозрюваний, обвинувачений, захисник, цивільний позивач, цивільний відповідач, потерпілий тощо) [11, 10].

Стаття 67 КПК України передбачає, що суд, прокурор, слідчий і особа, яка провадить дізнання, оцінюють докази за своїм внутрішнім переконанням, що ґрунтується на всебічному, повному і об'єктивному розгляді всіх обставин справи в їх сукупності, керуючись законом. Дане положення зберігається й у статтях 162, 165 проекту КПК.

Постає питання: чи правомірно, враховуючи сучасні демократичні тенденції розвитку кримінального судочинства та пріоритет захисту прав і свобод людини, не визнавати захисника у кримінальній справі суб'єктом оцінки доказів? Адже захиснику, реалізуючи свої повноваження, без оцінки доказів неможливо здійснювати захист. Оцінку доказів та їх значення для справи він наводить у процесуальних документах (клопотаннях, заявах, скаргах, апеляціях, касаційних скаргах). Ця оцінка не є обов'язковою для органу дізнання, слідчого, прокурора, суду. Але у них є обов'язок — дати мотивовану відповідь захиснику на його клопо-

тання, заяву, скаргу та обґрунтувати свою незгоду. Слід мати на увазі й інше. Суд (або інший орган) може не погодитись з позицією захисника, але це не означає, що останній помилився. Правоту його може підтвердити суд другої інстанції або Верховний Суд України. Певну позицію, яку зайняв захисник, може підтримати Конституційний Суд України або Європейський суд з прав людини.

Таким чином, захисник ставить перед органом дізнання, слідчим, судом проблему, яку відповідний орган зобов'язаний вирішити. Процесуальні документи захисника мають важливе значення. Вони визначають напрям захисту, фіксують ті чи інші порушення кримінального процесу і спрямовують органи, які відхилялися від вимог закону, у рамки законності при розслідуванні й вирішенні кримінальних справ [12, 10–11].

Трапляються випадки, коли особа, що провадить розслідування кримінальної справи, через певні причини, наприклад, існуючу систему статистичних показників розкриття злочинів, не зацікавлена у встановленні обставин, що пом'якшують покарання, виключають злочинність діяння, можуть сприяти звільненню від кримінальної відповідальності й відбуття покарання. У цьому зацікавлена сторона захисту, яка в необхідних випадках може добровільно взяти на себе обов'язок доказування перерахованих обставин в кримінальній справі. Однак такий обов'язок сторона захисту може взяти на себе лише тоді, коли буде наділена рівними можливостями участі у процесі доказування в кримінальній справі [13, 19]. У цьому випадку, здійснюючи доказування у напрямках, обумовлених їх функціями, сторони обвинувачення і захисту досліджуватимуть всі обставини, перераховані у ст. 64 КПК України.

Реалізуючи дані установки, кримінальне судочинство зробить крок до досягнення дійсної рівноправності сторін, і в першу чергу на досудових стадіях кримінального процесу.

Нині, при обговоренні проблем розслідування злочинів, серед теоретиків і практиків відбувається «змагання» нерідко протилежних позицій: так, сторона захисту нарікає на обвинувальний ухил досудового слідства, його інквізиційний, однобічний характер [12, 10, 32], а слідчі зазначають про протидію розслідуванню, яка чиниться з боку захисників у кримінальній справі. Наприклад, О. Александренко, розглядаючи кри-

міналістичні проблеми подолання протидії розслідуванню, відносить до суб'єктів протидії адвоката [14, 9]. Р.Шехавцов характеризує протидію розслідуванню як своєрідний вид злочинної діяльності, спрямованої на перешкодження встановленню у процесі провадження в кримінальній справі обставин конкретного злочину та винності осіб, які його вчинили [15, 16].

З цього приводу слушним є зауваження С.Шейфера: досліджуючи негативний зміст, який характеризує термін «протидія розслідуванню», впливає, що захисник у своїй діяльності професійний «ворог розслідування». Однак таке уявлення панувало в минулому та не знаходить підтвердження у сучасній теорії і законодавстві, що ґрунтується на розподілі процесуальних функцій [16, 434].

Відповідно до ст. 44 КПК України, захисником є особа, яка в порядку, встановленому законом, уповноважена здійснювати захист прав та законних інтересів підозрюваного, обвинуваченого, підсудного, засудженого, виправданого та надання їм необхідної юридичної допомоги при провадженні у кримінальній справі.

Звідси цілком обґрунтованим є висновок про те, що захисник — це правозахисник, своєрідний помічник підзахисного, суду у встановленні істини та здійсненні справедливого правосуддя. Тим більше захисник не є помічником слідчого. Навпаки, захисник — його процесуальний противник, покликаний оспорювати, спростовувати чи пом'якшувати обвинувальні аргументи і висновки слідчого [16, 434].

Слід зазначити, що діяльність захисника певною мірою однобічна: якщо слідчий однаково уважно досліджує всі «за» і «проти» обвинувачення, то захисник — лише «проти». Про це свідчить зміст ст. 7 Закону України «Про адвокатуру» від 19 грудня 1992 р., ст. 48 КПК: захисник зобов'язаний використовувати всі законодавчо передбачені засоби захисту з метою з'ясування обставин, які спростовують підозру чи обвинувачення, пом'якшують чи виключають кримінальну відповідальність підозрюваного, обвинуваченого, підсудного, засудженого та надавати їм необхідну юридичну допомогу.

Не можна не враховувати, що захисник для виконання своїх функцій наділений досить значними повноваженнями (ст. 48 КПК). І суспільство зацікавлене в тому, щоб

захисник не був пасивним спостерігачем дій слідчого, а активно використовував свої права, оскільки всі вони сформульовані як засоби протидії з невірними, необґрунтованими твердженнями протилежної сторони, і, в цьому значенні, є ефективними гарантіями встановлення об'єктивної істини, тобто досягнення мети судочинства.

І хоча протидія розслідуванню є різноманітним конфліктною поведінкою і часто негативно впливає на процес розслідування, помилково вважати, що всі дії з протидії розслідуванню містять у собі ознаки суспільної небезпечності, є злочинними. Деякі види протидії розслідуванню, безумовно, кримінально карані, а інколи є складовою злочинної діяльності. Однак певна можливість протидіяти розслідуванню з боку підозрюваного, обвинуваченого передбачена кримінально-процесуальним законодавством як право на захист. Закон, надаючи підозрюваному і обвинуваченому право на захист від обвинувачення всіма можливими законними засобами, фактично дозволяє реалізувати це право, у тому числі й вдаючись до протидії розслідуванню. Такі дії підозрюваного і обвинуваченого, як дача завідомо неправдивих показань, відмова від дачі показань, тобто кримінально некарані його види, що складають більшість актів протидії слідству, — є наслідком реалізації наданого кримінально-процесуальним законом права на захист від кримінального переслідування і навряд чи суперечать конституційним принципам кримінального судочинства, включаючи змагальність сторін [17, 8].

У той же час не викликає сумнівів, що протидія розслідуванню може чинитися і за допомогою неправомірних чи навіть злочинних дій захисника, спрямованих на підрив обвинувачення, наприклад, фальсифікацією доказів, перешкоджанням з'явленню свідка, потерпілого, експерта, примушуванням їх до відмови від давання показань чи висновку (ст. 386 КК), розголошенням даних досудового слідства або дізнання (ст. 387 КК). Це ж стосується й спроб давання хабара слідчому, прокурору. У цьому та інших подібних випадках захисник дійсно стає «ворогом розслідування», що використовує свій досвід і знання для створення протизаконних перешкод його нормальному ходу. Такі неправомірні дії необхідно передбачати і нейтралізувати органу розслідування, зокрема шляхом притягнення винних до кримінальної відповідальності.

Останніми роками у зв'язку з набуттям злочинністю організованого характеру, діяльність якої забезпечується «блоком прикриття», до якого входять «свої» захисники, що перебувають на постійному утриманні у злочинних угруповань, тиск на органи досудового слідства посилюється, провадження слідчих дій нерідко носить конфліктний характер [18, 57, 109–110]. Постала необхідність у науковому розробленні нових засобів протидії подібному тиску.

Аналізуючи форми протидії розслідуванню з боку адвоката-захисника не можна обминути питання — чи завжди використання ним своїх повноважень є допустимим з точки зору закону і виправданим з точки зору професійної етики адвоката. Ця проблема є досить складною. Закон «Про адвокатуру» (ст. 15) зобов'язує адвоката дотримуватись у своїй професійній діяльності Присяги адвоката України, інакше до адвоката відповідно можуть бути застосовані заходи дисциплінарної відповідальності, аж до припинення адвокатської діяльності (статті 16, 17). Відповідно до Правил адвокатської етики [19], адвокат не повинен умисно перешкоджати законному здійсненню процесу дізнання, досудового слідства, давати клієнту поради, свідомо спрямовані на вчинення таких перешкод. Адвокат не повинен приймати доручення на ведення на стадії дізнання та досудового слідства справи клієнта, направленою йому особами, які здійснюють дізнання або слідство в цій справі (ст. 60).

Але, в той же час, не можна не визнати, що зловживання захисника своїми правами дійсно може стати неправомірною і небезпечною протидією розслідуванню. У подібних випадках дії захисника, формально засновані на законі, вступають у протиріччя з основним його призначенням як борця за справедливість і надають його діяльності викривленого характеру, що суперечить змісту принципу змагальності [16, 441]. У цьому випадку правомірно ставити перед органами адвокатського об'єднання питання про відповідальність за порушення професійних обов'язків.

Проте проблемним і законодавчо не вирішеним є питання про притягнення до дисциплінарної відповідальності захисників у кримінальній справі, які не мають свідоцтва про право на зайняття адвокатською діяльністю, а є фахівцями в галузі права і залучені до кримінальної справи відповідно



до ст. 44 КПК. Це питання потребує окремого дослідження.

Підсумовуючи викладене вище, необхідно зазначити, що реалізація принципу змагальності на стадії досудового слідства вимагає переосмислення багатьох усталених поглядів щодо завдань, особливостей діяльності суб'єктів кримінального судочинства. При цьому слід визнати, що передумовою реалізації змагальності та найбільш ефектив-

ним способом подолання будь-якої можливої протидії ходу провадження в кримінальній справі була і залишається висока якість досудового слідства, неухильне дотримання слідчим вимог закону, оволодіння ним мистецтвом доказування, що може витримати будь-яке випробування.

#### ВИКОРИСТАНІ МАТЕРІАЛИ:

1. Российское законодательство X–XX веков: В 9-ти т. — М., 1991.
2. Відомості Верховної Ради України. — 1992. — № 30. — Ст. 426.
3. М а л я р е н к о В. Т. Реформування кримінального процесу України в контексті європейських стандартів: Теорія, історія, практика: Монографія. — К., 2004. — 544 с.
4. К о в а л е н к о Є. Г. Кримінальний процес України: Навч. посіб. — К., 2003. — 576 с.
5. С о л д а т е н к о О. А. Досудове слідство в Україні: становлення та перспективи розвитку: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. — К., 2006. — 16 с.
6. Р о г а т ю к І. В. Формування функції обвинувачення та її реалізація у кримінальному процесі: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. — К., 2002. — 20 с.
7. Р е п е ш к о П. И. Принципы уголовного процесса в суде первой инстанции Украины. — Николаев, 2001. — 258 с.
8. Комментарий к Уголовно-процессуальному кодексу Российской Федерации / Под ред. Н. А. Печухова, Г. И. Загорского. — Изд. 3-е, перераб. и доп. — М., 2002. — 768 с.
9. А л е й н і к о в Г. Принцип змагальності сторін та діяльність адвоката захисника щодо збирання доказів у досудовому слідстві // Підприємництво, господарство і право. — 2002. — № 1. — С. 83–90.
10. П і в н е н к о В. П., М і р о ш н и ч е н к о Є. О. Впровадження принципів змагальності і рівності сторін на стадії досудового слідства: проблеми і шляхи їх вирішення // Вісник Верховного Суду України. — 2003. — № 2. — С. 50–54.
11. С т а х і в с ь к и й С. М. Кримінально-процесуальні засоби доказування: Автореф. дис. ... док. юрид. наук. — К., 2005. — 30 с.
12. З е й к а н Я. П. Право на захист у кримінальному процесі. Зразки процесуальних актів: Збірник. — К., 2005. — 384 с.
13. П и к а л о в И. А. Равноправие сторон на досудебных стадиях уголовного процесса // Закон и право. — 2005. — № 6. — С. 17–19.
14. А л е к с а н д р е н к о О. В. Криміналістичні проблеми подолання протидії розслідуванню: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. — К., 2004. — 20 с.
15. Ш е х а в ц о в Р. М. Форми та способи протидії розслідуванню злочинів і засоби їх подолання: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. — К., 2003. — 20 с.
16. Ш е й ф е р С. А. Противодействие расследованию или противоборство равноправных сторон? / Расследование и противодействие ему в состязательном уголовном судопроизводстве: процессуальные и криминалистические вопросы: Сб. научных трудов. — М., 2007. — С. 432–444.
17. А р х и п о в Т. Э. Состязательность сторон в уголовном процессе и противодействие установлению истины / Расследование и противодействие ему в состязательном уголовном судопроизводстве: процессуальные и криминалистические вопросы: Сб. научных трудов. — М., 2007. — С. 7–16.
18. Ч а п л и н с ь к и й К. О. Організація і тактика слідчих дій при розслідуванні злочинів, вчинених організованими злочинними угрупованнями: Монографія. — Д., 2004. — 192 с.
19. Правила адвокатської етики, схвалені Вищою кваліфікаційною комісією адвокатури при Кабінеті Міністрів України 1 жовтня 1999 р. // Юридичний вісник України. — 1999. — № 46. — 18–24 листоп.

## НЕПРЯМІ ДОКАЗИ ТА НЕГАТИВНІ ОБСТАВИНИ: ДО ПИТАННЯ СПІВВІДНОШЕННЯ І ЗНАЧЕННЯ ПРИ РОЗСЛІДУВАННІ У КРИМІНАЛЬНІЙ СПРАВІ



**М. БАГРІЙ**  
(Львівський національний університет  
ім. Івана Франка)

У кримінально-процесуальній та криміналістичній літературі недостатньо чітко висвітлено питання співвідношення непрямих доказів з негативними обставинами, а також значення цих обставин при розслідуванні у кримінальній справі. В публікаціях з питань теорії доказів містяться лише загальні вказівки з цього приводу, які зводяться в основному до того, що негативні обставини потрібно розглядати як різновид непрямих доказів [1, 278; 2, 22–24; 3, 26]. Лише в 2002 р. вийшла спільна монографія В. Лисиченка та І. Когутича, присвячена комплексному дослідженню негативних обставин, в якій автори також запропонували власне бачення проблеми зіставлення непрямих доказів та негативних обставин та значення останніх під час розслідування у кримінальній справі.

Враховуючи важливе значення даної проблеми як для теорії доказів, так і для практичної практики, вважаю доцільним торкнутись деяких її аспектів і висловити власні міркування щодо них.

Першим, хто ввів поняття «негативні обставини» у вітчизняній літературі, був професор І. Якімов, який у своїй праці «Керівництво по розслідуванню злочинів», визначаючи особливості огляду місця події, відзначав наявність так званих «негативних обставин», тобто таких фактів, які за певних умов і за звичним розвитком подій завжди повинні бути наявними, але в даному випадку чомусь не спостерігались [12, 61]. В подальшому у літературі наводились різні

визначення поняття «негативна обставина», зумовлені, очевидно, неоднаковим розумінням його змісту. Так, Р. Белкін і А. Вінберг розглядали негативні обставини як одну із ознак уявного припущення про каузальний доказовий ряд. Вони відзначали, що «негативні обставини — це факти, які суперечать уявленню про звичайний в даній ситуації хід речей. Негативні обставини протирічать уявленню про механізм даного явища, а не самому явищу, сутність якого вони і відображають» [4, 64]. На думку С. Медведєва, до негативних обставин належать «будь-які фактичні дані, які суперечать (щодо їх логічного вирішення) звичайному поясненню факту у відповідності з певною версією» [5, 44]. Він також вважає, що негативні обставини слугують підставою для побудови «негативних версій», які можуть в результаті перевірки перетворитися у «позитивні версії», а негативні обставини безпосередньо стають позитивними доказами [5, 29–34]. Іншу позицію займав В. Овечкін, який не поділяв точку зору С. Медведєва та інших авторів, і запропонував наступне визначення названого поняття: «Негативні обставини — це такі фактичні дані, які суперечать певному припущенню тому, що вони не відповідають дійсності, є неналежними до справи або через неадекватність припущення об'єктивній реальності» [6, 44]. В криміналістичному словнику дається наступне визначення негативних обставин. «Негативні обставини — фактичні дані, які суперечать природному ходу події або звичайному стану речей; супе-

речать характерному механізму вчинення злочину, а також версіям слідчого» [7, 137]. Найбільш повним і вдалим, на мою думку, є визначення, запропоноване В. Лисиченком та І. Когутичем. «Негативні обставини — це реальні явища, які є відображенням супутніх, сумісних чи несумісних із злочинними діями, матеріальних процесів взаємодій (сліди, зміни в обстановці місця події тощо), або проявів в актах поведінки та показаннях осіб дисимуляції (утаювання чогось), котрі спостерігаються в ході слідчих дій як такі, що не узгоджуються із встановленими фактичними даними про конкретну подію і потребують системно-структурного дослідження з метою з'ясування їх походження та суті виявленого протиріччя» [8, 63]. При цьому названі автори слушно наголошують на тому, що різноманітність ситуаційно-супутніх процесів (готування до злочину; замах на нього; приготування до приховування наслідків злочинної діяльності; випадкові й не пов'язані зі злочином дії; протидія потерпілого; різні види інсценувань у поєднанні або без такого з навмисними показаннями винного з метою ввести в оману та ін.), які обумовлюють виникнення негативних обставин, різні форми їх відображення у навколишньому середовищі й прояви під час розслідування злочинів завжди потребують системно-структурного підходу до їх аналізу в зв'язку з механізмом вчинення конкретних злочинних дій, обстановки і поведінки причетних осіб [8, 63]. Визначаючи співвідношення між непрямыми доказами та негативними обставинами, названі автори зазначають, що «інформація, яку одержують у ході проведення слідчих дій про виявлені і пізнані ознаки негативних обставин (встановлення походження, суті тощо), має всі основні властивості доказів і за умови забезпечення додержання визначених законом вимог може бути використана не лише в стадії розкриття злочинів, а й на інших рівнях процесуального доказування при провадженні в кримінальних справах. Допустимість використання в доказуванні у кримінальних справах негативних обставин залежить від знання об'єктивних умов і закономірностей їх виникнення, достовірності встановлення їх походження і визначається передбаченими КПК вимогами формування процесуальних джерел та способів їх виявлення, фіксації і засвідчення» [8, 74]. І. Михайловська та деякі інші вчені також вважа-

ють, що «докази, які містять фактичні дані про негативні обставини, безсумнівно є належними» [9, 121; 1, 249; 5, 15–16]. А. Вінберг, Г.Міньковський, Р.Рахунов з цього приводу зазначали, що «... важливе місце серед заперечних фактів, які мають суттєве значення і підлягають встановленню у справі, займають «негативні обставини», тобто докази, які свідчать про невідповідність тих чи інших деталей обстановки досліджуваної події природному ходу цієї події» [2, 22]. Як правильно зазначають деякі автори [8, 74–75], використання негативних обставин в процесі доказування як доказів можливе, якщо: а) фізичні особи-носії негативних обставин та відомостей про них, так само і особи, які встановлюють їх, — обізнані і компетентні; б) джерело відомостей про негативні обставини відоме, і в разі необхідності воно може бути перевірене; в) були дотримані загальні правила доказування і виключена можливість неповного або спотвореного встановлення відомостей про негативну обставину; г) в змісті фактичної інформації про негативні обставини відсутні припущення чи неточності тощо.

Встановити належність до справи фактичних обставин, які відображаються за допомогою негативних обставин, означає, що: а) те явище, яке відображається виявленою негативною обставиною, входить до числа обставин, які складають предмет доказування в конкретній кримінальній справі; б) можливість встановлення за допомогою фактичних даних, які відображаються негативною обставиною, об'єктивного зв'язку цієї обставини з доказовими фактами. Таким чином, докази — негативні обставини відрізняються від інших видів доказів специфічною формою зв'язку з обставинами події злочину.

Аналізуючи позиції зазначених вище вчених, можна відзначити, що вони допускають використання негативних обставин як непрямих доказів, за умови їх допустимості, належності та достовірності. Виходячи із загальновизнаних теоретичних положень, слід відзначити, що названі вище ознаки — допустимість, належність та достовірність — є властивостями (ознаками) доказів, які виступають також критеріями їх оцінки. Виходячи зі змісту ст. 65 КПК України, будь-які фактичні дані, за умови дотримання зазначених вище критеріїв, будуть виступати доказами у справі. Логічно, що до цих фактичних даних входять і негативні обставини, які також

підпадають під дію критеріїв оцінки доказів. Однією з класифікацій поділу негативних обставин, висловлених в літературі [6, 49], є їх поділ за правилами оцінки доказів на:

- а) фактичні дані, що не відповідають дійсності (недостовірні);
- б) фактичні дані, що відповідають дійсності:
  - неналежні фактичні дані;
  - належні фактичні дані.

Можливо дана класифікація є не найкращою з точки зору об'єкта поділу (який є дуже широким та розмитим), проте вона дозволяє з'ясувати, які саме негативні обставини можуть виступати як непрямі докази у кримінальній справі. Очевидно, непрямыми доказами будуть належні фактичні дані, які відповідають дійсності (є достовірними). Тому слід зазначити, що для того, аби оперувати негативними обставинами як непрямыми доказами, необхідно:

1. Встановити ці обставини. Тут потрібно зазначити, що встановленню підлягають всі без винятку негативні обставини, які стосуються конкретної кримінальної справи.

2. Із встановлених негативних обставин, необхідно виокремити ті, які відповідають раніше встановленим вимогам.

3. Застосувати до встановлених негативних обставин ті правила, які використовуються при оперуванні непрямыми доказами.

Лише за таких умов використання негативних обставин як непрямих доказів вважається правомірним.

Ще одним важливим питанням, яке заслуговує на увагу, є питання про співвідношення негативних обставин (як доказів) з іншими непрямыми доказами. Деякі автори бачать цю відмінність у специфічній формі зв'язку з обставинами події злочину [8, 77]. Проте специфічна форма зв'язку властива всім непрямым доказам, і не лише з подією злочину, а предметом доказування загалом. Видається, що ця відмінність полягає у способі відображення інформації, яку містять у собі докази. Так, за допомогою негативних обставин встановлюється відсутність певного факту, який би за встановлених обставин обов'язково мав би бути. В даному випадку, оперуючи таким доказом, йдемо від зворотного, оскільки встановивши такий «негативний» факт, встановлюємо інший факт, яким констатуємо певну обставину. Наприклад, встановивши відсутність на трупі плям крові, при цьому з'ясувавши, що смерть настала внаслідок поранення колото-ріжучим

предметом, встановлюємо, що особу було вбито в іншому місці, а труп перенесено. В другому ж випадку, оперуючи будь-яким іншим непрямым доказом, відразу встановлюємо ту обставину, яка має значення для вирішення кримінальної справи. Так, виявивши при огляді місця події річ, яка належить певній особі, встановлюємо факт, що дана особа перебувала в цьому місці, а за яких обставин це було і чи причетна вона до вчинення злочину — з'ясується при подальшому розслідуванні.

Слід зазначити, що негативні обставини можуть мати двояке значення при доказуванні в кримінальній справі. По-перше, якщо за допомогою негативних обставин, за умови встановлення їх відповідності дійсності та після їх логічного осмислення, буде встановлено, що вони суперечать звичному поясненню факту відповідно до певної версії, то це свідчитиме про те, що таке пояснення є помилковим. В цьому випадку, негативні обставини слід розглядати як непрямі докази, оскільки вони будуть фактичними даними, що містять інформацію, яка належить до предмета доказування у конкретній кримінальній справі. В іншому випадку, якщо негативні обставини, що суперечать припущенню, після їх дослідження та оцінки будуть визнані такими, що не відповідають дійсності або неналежними, тоді вони у подальшому перестануть бути негативними, а отже, й не вважатимуться непрямыми доказами. В.Овечкін з цього приводу зазначав, що «виступаючи підставою для нового припущення і підтверджуючи його, обставина залишається негативною для первинного припущення. У випадку ж встановлення, що первинне припущення не відповідає дійсності, а нове об'єктивно її підтверджує, обставина перестає бути об'єктивною, оскільки встановлює її причетність до дійсної події (явища), наслідком якої (якого) вона є» [6, 41]. Автор також виражає свою незгоду з твердженням С. Медведєва про так звану «трансформацію негативних обставин у позитивні» [5, 81]. На його думку, в такому випадку насправді має місце не «трансформація», а точне встановлення дійсного значення негативних обставин, дійсного зв'язку зі справжньою подією. Вважаю також, що неналежні фактичні дані не можуть розглядатись як негативні обставини через відсутність будь-якого зв'язку з подією злочину, який розслідується. Вони можуть

тільки помилково визнаватись негативними, а отже, й непрямыми доказами.

Значення негативних обставин при розслідуванні у кримінальній справі можна проілюструвати на класичному прикладі. Наприклад, встановлення під час огляду місця події на шії трупа людини, що висів у петлі, двох странгуляційних борозен, одна з яких слабо виражена і замкнено-горизонтальна, інша — косо-висхідна та незамкнена. Перша виступатиме, без сумніву, негативною обставиною. Ця негативна обставина вказуватиме на те, що окрім вбивства чи самогубства, реально мали місце певні додаткові і супутні їм (вбивству чи самогубству) процеси. З судово-медичної літератури відомо, що коли мало місце вбивство, про що може свідчити горизонтально-замкнена странгуляційна борозна від стягування руками петлі навколо шії, тоді косо-висхідна странгуляційна борозна — це наслідок по смертного підвішування трупа з метою інсценування самогубства. Якщо ж мало місце самоповішання, тоді наявність на шії трупа слабо вираженої горизонтально-замкненої борозни може бути наслідком перебігу подій, що відбувалися до того, як особа покінчила життя самогубством шляхом самоповішання (тобто, могла мати місце бійка, під час якої зловмисник намагався її задушити із застосуванням петлі; сліди на шії могли виникнути від інших, не пов'язаних із самогубством дій, тощо) [10, 145—147].

Отже, у будь-якому випадку, фіксуючи негативні обставини, не ігноруючи їх, слідчий з'ясовує причину виникнення останніх, їх зв'язок із розслідуваною подією, що, в свою чергу, сприяє повному, всебічному і об'єктивному дослідженню всіх обставин справи і прийняттю правильного рішення. Негативні обставини, виявлені слідчим під час огляду місця події, обшуку, допиту та проведення інших слідчих дій, сприяють аналітичній оцінці і з'ясуванню механізму події злочину. Вони у сукупності з іншими достовірно встановленими фактичними даними забезпечують правильне визначення напрямів розслідування і конструювання відповідних слідчих версій, а також вибір тактичних прийомів їх перевірки. Як відзначала свого часу В.Коновалова, уміле оперування негативними обставинами сприяє усуненню протиріч в матеріалах кримінальної справи, прискорює процес розслідування її обставин [11, 56].

Виявлення негативних обставин в ході розслідування є одним із ефективних способів, що сприяє перевірці правильності й правдивості показань як свідків і потерпілих, так і підозрюваного та обвинуваченого. Ігнорування негативних обставин або неправильна їх оцінка неминуче призводять до помилок, які перешкоджають встановленню істини в конкретній кримінальній справі.

#### ВИКОРИСТАНІ МАТЕРІАЛИ:

1. Теория доказательств в советском уголовном процессе / Под ред. Н. В. Жогина. — Изд. 2-е испр. и доп. — М., 1973. — 736 с.
2. Винберг А. И., Миньковский Г. М., Рахунов Р. Д. Косвенные доказательства в советском уголовном процессе. — М., 1956. — 218 с.
3. Тертышник В. М., Слинко С. В. Теория доказательств: Учеб. изд. — Х., 1998. — 256 с.
4. Белкин Р. С., Винберг А. И. Криминалистика и доказывание (методологические проблемы). — М., 1969. — 216 с.
5. Медведев С. И. Негативные обстоятельства и их использование в раскрытии преступлений. Учеб. пособ. — Волгоград, 1973. — 120 с.
6. Овечкин В. А. Расследование преступлений, скрытых инсценировками. Учеб. пособ. — Х., 1979. — 64 с.
7. Шепітько В. Ю. Криміналістика. Енциклопедичний словник / За ред. В.Я.Тация. — Х., 2001. — 554 с.
8. Лисиченко В. К., Когутіч І. І. Негативні обставини та їх значення в розслідуванні злочинів. — К., 2002. — 183 с.
9. Михайловская И. Б. Относимость доказательств в советском уголовном процессе // Советское государство и право. — 1958. — С. 121—126.
10. Авдеев М. И. Судебная медицина. — М., 1950. — 507 с.
11. Коновалова В. О. Негативні обставини і їх значення у розслідуванні злочинів // Радянське право. — 1958. — № 6. — С. 41—56.
12. Якимов И. Н. Практическое руководство к расследованию преступлений. — М., 1924. — 188 с.

# ЗАСАДИ ФОРМУВАННЯ І ДІЯЛЬНОСТІ КОЛЕГІЙ РАЙОННИХ ДЕРЖАВНИХ АДМІНІСТРАЦІЙ В УКРАЇНІ



**О. ДУДЧЕНКО**  
(Київський національний університет  
внутрішніх справ)

Сучасні державотворчі процеси передбачають як структурні перетворення системи влади, так і пошук нових підходів до правового врегулювання цих процесів. За таких умов особливої актуальності набуває проблема організації та діяльності консультативно-дорадчих органів виконавчої влади. Особливе місце в даній системі займають місцеві державні адміністрації. Згідно зі ст. 39 Закону України «Про місцеві державні адміністрації» для сприяння здійсненню повноважень місцевих державних адміністрацій їхні голови можуть створювати консультативно-дорадчі органи, а саме колегії місцевих державних адміністрацій.

За останні роки роботи колегій накопичено значний досвід, який потребує осмислення, систематизації, узагальнення. Серед низки важливих історико-правових проблем, які заслуговують на увагу, особливий інтерес становлять проблеми формування та розвитку законодавства, що регулює діяльність колегій місцевих державних адміністрацій, процедури їх утворення і функціонування.

На жаль, рівень дослідження таких колегій як консультативно-дорадчих органів виконавчої влади характеризується тим, що вони недостатньо науково розроблені та висвітлені у юридичній літературі. Зокрема, на сьогодні немає жодного спеціального дослідження з даної проблематики. Водночас окремі питання зазначеної теми розглядались у науковій літературі. Загальні відомості про роботу колегій органів виконавчої влади, і зокрема колегій місцевих державних адміністрацій, подаються в підручниках та посібниках А. Колодія, А. Олійника, Н. Нижник, В. Журавського, О. Ярмиша, В. Серьогіна, В. Демиденка [1] та інших науковців. Окремі питання проблеми висвітлюються в працях В. Калиновського, В. Яцюка, В. Князева, Ю. Лебединського, О. Сушинського, Т. Проценка, В. Бойка [2] та інших. Деякі аспекти досліджуваного питання аналізувалися в кандидатських дисертаціях В. Величко [3] та О. Конотопцева [4], однак цей аналіз мав вибіркового, несистемний характер і здійснювався в контексті розгляду структури і повноважень місцевих державних адміністрацій.

Метою цієї статті є системне дослідження законодавчого становлення колегій місцевих державних адміністрацій в незалежній Україні. На прикладі районних державних адміністрацій Чернігівської області можемо продемонструвати цей процес на практиці.

Термін «колегія» походить від латинського *collegium*, що буквально означає товариство, братство, співпраця. Колегія в широкому значенні — це група осіб, що утворює керівний дорадчий або розпорядчий орган, який має право на колегіальне вирішення питань у межах своєї компетенції, може здійснювати функції управління (наприклад, колегія міністерства України) або правосуддя (наприклад, судова палата Верховного Суду України) [5]. У вузькому значенні колегія

місцевої державної адміністрації — дорадчий орган, що утворюється в місцевій державній адміністрації для колегіального вирішення питань, які належать до їх компетенції, та для колективного і вільного обговорення найважливіших напрямів діяльності [6].

Місцеві державні адміністрації є територіальними органами виконавчої влади загальної компетенції та становлять основу цієї гілки влади на місцях. Вперше в незалежній Україні інститут місцевих державних адміністрацій запроваджений у 1992 р. 5 березня 1992 р. Верховна Рада прийняла Закон «Про Представника Президента України». Згідно з ним Представник Президента призначався головою місцевої державної адміністрації відповідно в області, містах Києві, Севастополі, районі, районі міст Києва і Севастополя. 14 квітень 1992 р. Президент України видав Указ «Про Положення про місцеву державну адміністрацію», за яким державна виконавча влада в областях, містах Києві та Севастополі, районах, районах міст Києва і Севастополя здійснювалася місцевими державними адміністраціями. А вже 24 липня 1992 р. видано Указ Президента «Про внесення змін і доповнень до Положення про місцеві державні адміністрації», який передбачав створення колегій при Представнику Президента України.

Згідно зі ст. 19 Положення від 14 квітня 1992 р. із змінами та доповненнями (далі — Положення) Представник Президента України в області, містах Києві та Севастополі, районі, районі у містах Києві та Севастополі утворював відповідно обласну, міську, районну колегію, яку він очолював. Колегія при Представникові Президента була консультативно-дорадчим органом і утворювалася у складі перших заступників, заступників глави місцевої державної адміністрації, секретаря місцевої державної адміністрації, керівників органів, що входили до місцевої державної адміністрації, представників органів регіонального і місцевого самоврядування та інших державних і громадських органів та організацій. Колегія утворювалася на строк повноважень Представника Президента України. Її кількісний та персональний склад визначався Представником Президента, а порядок роботи регламентувався Положенням. На засіданнях колегії розглядалися питання економічного, соціального розвитку регіону, організації виконання актів законодавчої та виконавчої

влади, місцеві екологічні програми та інші питання місцевого життя. Рекомендації колегії проводилися у життя розпорядженнями Представника Президента.

Цим Положенням не врегульовувалася низка питань, у тому числі такі важливі, як кількісний та персональний склад колегії, процедура проведення її засідань та їх періодичність, контроль за виконанням рішень колегії. Тому ці питання вирішувалися на місцевому рівні у порядку і в спосіб, передбачені розпорядженнями голови райдержадміністрації.

До кінця 1992 р. видані розпорядження Представників Президента про створення відповідних районних колегій. Так, в Ніжинській районній державній адміністрації Чернігівської області розпорядженням Представника Президента від 26 серпня 1992 р. створено районну колегію у складі голови колегії (Представника Президента в Ніжинському районі, голови районної державної адміністрації), секретаря колегії (секретаря районної державної адміністрації) та 21 члена колегії [7, спр. 2, арк. 48–49].

Аналіз протоколів засідань колегій райдержадміністрацій Чернігівської області дозволяє визначити коло питань, які розглядалися на їх засіданнях. Це, зокрема: про заходи із стабілізації економіки районів, про стан організації торгового обслуговування населення в осінньо-зимовий період, про хід виконання у районі програми капітального будівництва і газифікації населених пунктів, про організацію ремонту сільськогосподарської техніки, про виконання в районах земельної реформи, про хід виконання комплексної програми соціальної перебудови сіл, про стан та заходи із зміцнення законності, правопорядку і безпеки в районах, про екологічну обстановку в районах тощо [8, 3].

Аналіз протоколів засідань колегій райдержадміністрацій Чернігівської області дозволяє простежити періодичність проведення їх засідань. Так, протягом 1993 р. в Ніжинській районній державній адміністрації проведено 12 [7, спр. 26, арк. 6], у Прилуцькій — 14 засідань колегій [9].

Така система організації виконавчої влади на місцях проіснувала недовго. 3 лютого 1994 р. Верховна Рада прийняла Закон «Про формування місцевих органів влади і самоврядування». Відповідно до його ст. 8 інститут місцевих державних адміністрацій та інститут Представників Президента України

скасовувалися, а функції місцевих органів державної влади в повному обсязі знову переходили до обласних та районних рад. Пізніше припинили свою роботу і колегії як консультативно-дорадчі органи при Представниках Президента.

Після обрання Президентом України Л.Кучми проводяться заходи з відновлення «вертикалі» виконавчої влади. Зокрема, Конституційним договором «Про основні положення організації і функціонування державної влади та місцевого самоврядування в Україні на період до прийняття нової Конституції України», підписаним 8 червня 1995 р. між Президентом України і Верховною Радою, утворені місцеві державні адміністрації. А 21 серпня 1995 р. були затверджені Положення про відповідні державні адміністрації, згідно з якими новостворені органи місцевої виконавчої влади підпорядковувалися Президенту України та Кабінету Міністрів.

На початку 1996 р. розпорядженнями голів районних державних адміністрацій відновлюються колегії райдержадміністрацій як консультативно-дорадчі органи. Наприклад, 29 лютого 1996 р. видані розпорядження голів Ніжинської та Ічнянської районних державних адміністрацій «Про консультативно-дорадчі органи при голові районної Ради та державної адміністрації». Згідно з ними колегії створювалися з метою ефективної роботи районної державної адміністрації із забезпечення комплексного соціально-економічного розвитку території, пошуку шляхів розв'язання гострих проблем району та вироблення відповідних рекомендацій і пропозицій для прийняття обґрунтованих та виважених рішень. За структурою та змістом зазначені положення були однаковими.

Так, згідно з Положенням про колегію при голові районної державної адміністрації, затвердженим розпорядженням голови Ніжинської районної Ради та державної адміністрації «Про консультативно-дорадчі органи при голові районної державної адміністрації» від 29 лютого 1996 р. № 64 така колегія визначалася консультативно-дорадчим органом і утворювалася головою районної державної адміністрації [7, спр. 45, арк. 31–32]. Вона створювалася для підготовки і розгляду оптимальних варіантів рішень з питань, віднесених до компетенції голови, в цілому райдержадміністрації, а та-

кож для надання голові кваліфікованих консультацій і порад щодо здійснення ним організаційних, економічних та політичних заходів. Головними завданнями колегії були вироблення рекомендацій голові адміністрації з питань забезпечення комплексного соціально-економічного розвитку району та реалізації державної політики у визначених законодавством сферах управління, щодо організації виконання указів і розпоряджень Президента України і рішень Кабінету Міністрів, рішень обласної та районної Рад, розв'язання нагальних проблем соціально-економічного розвитку території.

Очолював колегію голова районної державної адміністрації, а у разі його відсутності обов'язки з організації її роботи виконував перший заступник. До складу колегії входили перший заступник і заступники голови райдержадміністрації, керівники окремих управлінь, відділів, інших підрозділів адміністрації, районних організацій, органів місцевого самоврядування, громадських об'єднань. Представники органів, установ і організацій, які не входили у структуру районної державної адміністрації, включалися до складу колегії за їх згодою. Колегія утворювалася на строк повноважень голови райдержадміністрації.

Організаційно-правовою формою роботи колегії були її засідання, які проводилися відповідно до плану роботи райдержадміністрації або скликалися головою адміністрації по мірі необхідності. Засідання колегії могли проводитись в повному і неповному складі. Необхідність проведення засідань в повному чи неповному складі її членів визначалася головою залежно від характеру питань, які виносились на розгляд. За рішенням голови адміністрації на засідання колегії могли бути запрошені окремі керівники, фахівці, експерти, які не входили до її складу, для участі у розробленні відповідних рекомендацій та експертизи запропонованих членами колегії проектів розпоряджень. З урахуванням рекомендацій колегії голова адміністрації видавав відповідні розпорядження, давав доручення. Засідання колегії оформлялося протоколом. Питання, які виносились на розгляд колегії, включалися до плану роботи районної державної адміністрації на квартал. Організаційно-правове і матеріально-технічне обслуговування засідань колегії здійснював секретаріат районної державної адміністрації.



Отже, Положення про колегію при голові районної державної адміністрації 1996 р. детальніше регламентувало діяльність колегії порівняно з попереднім Положенням. Зокрема, більш чітко вирішувалися питання про склад та процедуру проведення засідань колегії. Проте зазначене Положення заклало лише початок тривалого процесу правового регулювання діяльності колегії при голові райдержадміністрації.

Новим періодом у формуванні місцевих органів виконавчої влади стало прийняття 28 червня 1996 р. Конституції України, згідно з якою виконавчу владу в областях і районах, містах Києві і Севастополі здійснюють місцеві державні адміністрації. Згідно зі ст. 118 Конституції склад місцевих державних адміністрацій формують голови місцевих держадміністрацій. Відтак, правовий статус колегій місцевих державних адміністрацій визначався Регламентом відповідної державної адміністрації та Положенням про колегію при голові відповідної державної адміністрації.

Починаючи з 1998 р. приймаються нові розпорядження голів районних державних адміністрацій про колегії. Так, розпорядженням голови Ічнянської районної державної адміністрації № 197 «Про колегію при голові районної державної адміністрації» від 15 липня 1998 р. затверджено Положення про колегію при голові районної державної адміністрації [10, 36]. Воно повною мірою повторило Положення про колегію при голові районної державної адміністрації, затверджене розпорядженням голови Ічнянської районної Ради та державної адміністрації від 29 лютого 1996 р. № 54, за винятком доповнення ст. 7. Згідно з нею виділялись такі види засідань колегії: просте, розширене та виїзне. У Ніжинській районній державній адміністрації аналогічне Положення затверджене розпорядженням голови адміністрації № 19 «Про колегію при голові районної державної адміністрації» від 17 січня 2000 р. [7, спр. 123, арк. 64–67]. На відміну від Положення, прийнятого Ічнянською районною державною адміністрацією, Положення про колегію при голові Ніжинської районної державної адміністрації не уточнювало види засідань, а повністю продублювало Положення 1996 р.

Важливим кроком на шляху подальшого становлення інституту місцевих державних адміністрацій виявилось прийняття Верхов-

ною Радою України 9 квітня 1999 р. Закону «Про місцеві державні адміністрації», у якому відповідно до Конституції України більш детально регламентовані організація, повноваження і порядок діяльності місцевих державних адміністрацій. Згідно з п. 9 ст. 39 даного Закону для сприяння здійсненню повноважень місцевих державних адміністрацій їхні голови утворюють консультативні, радничі та інші допоміжні органи і служби (ради, комісії, колегії, робочі групи тощо), члени яких виконують свої функції на громадських засадах, а також визначають їх завдання, функції та персональний склад.

11 грудня 1999 р. постановою Кабінету Міністрів України затверджений Типовий регламент місцевої державної адміністрації. Всі організаційно-процедурні питання внутрішньої діяльності останніх регулюються їхніми регламентами, що затверджуються головами відповідних адміністрацій. Типовий регламент передбачав існування радничого органу — колегії місцевої державної адміністрації, яка утворювалася для колегіального розгляду питань, що належали до її повноважень, та обговорення найважливіших напрямів діяльності останньої. Відповідно регламентами вирішувалися і питання діяльності колегій райдержадміністрацій. Для прикладу можемо проаналізувати, як визначався склад, повноваження і процедура ведення засідань колегії регламентом Ніжинської районної державної адміністрації, затвердженим розпорядженням її голови, «Про затвердження регламенту та положення про апарат районної державної адміністрації» від 4 січня 2000 р. № 1 [7, спр. 123, арк. 8–9]. Відповідно до регламенту колегія була консультативно-радничим органом. На її розгляд виносились питання соціально-економічного становища району, деяких населених пунктів, установ, бюджету та фінансів, управління державним майном, приватизації та підприємництва, розвитку окремих галузей господарського комплексу, гуманітарної сфери, обслуговування населення, охорони довкілля, забезпечення законності і правопорядку, виконання актів керівних органів та інші.

На засідання колегії готувалися відповідні матеріали — довідки, доповідні записки, у яких відображалися стан справ з конкретного питання, позитивні моменти, недоліки і прорахунки. Подавалися проекти розпоряджень, пропозиції щодо протоколь-

них доручень з конкретними висновками і завданнями. Відповідальність за якість підготовки документів, дотримання строків їх подання покладалася особисто на керівників структурних підрозділів, а також на заступників голови, керівника апарату райдержадміністрації згідно з розподілом обов'язків.

На засідання колегії запрошувались керівники структурних підрозділів райдержадміністрації, районних управлінь та організацій, селищні та сільські голови, господарські керівники, представники органів місцевого самоврядування, громадських об'єднань, засобів масової інформації. Доповідали на засіданні колегії, як правило, керівники управлінь, відділів.

Засідання колегії вважалося правомочним, якщо на ньому були присутні не менш як дві третини загальної кількості її членів. Засідання колегії протоколювалися. Протокол оформлявся протягом трьох робочих днів після засідання, підписувався керівником апарату і затверджувався головою райдержадміністрації.

Рішення колегії, як правило, проводилося у життя розпорядженнями голови райдержадміністрації, з окремих питань — протокольними дорученнями. Рішення приймалися відкритим голосуванням більшістю голосів присутніх на засіданні членів колегії. У разі рівного розподілу голосів вирішальним був голос головуєчого. В окремих випадках за рішенням головуєчого могла бути застосована процедура таємного голосування.

Все різноманіття нормативно-правових актів, якими регулювалася діяльність колегій, доводило нагальну потребу в прийнятті єдиного нормативно-правового акта, який регламентував би роботу колегій. Ним стала постанова Кабінету Міністрів України «Про затвердження Загального положення про колегію центрального органу виконавчої влади і місцевої державної адміністрації» (далі — Положення) від 2 жовтня 2003 р. № 1569 із змінами, внесеними згідно з постановами Кабінету Міністрів № 116 від 4 лютого 2004 р., № 371 від 18 травня 2005 р., № 1065 від 1 серпня 2006 р., № 435 від 14 березня 2007 р.

Згідно з Положенням: колегія центрального органу виконавчої влади, місцевої держадміністрації є постійним консультативно-дорадчим органом і утворюється для погодженого вирішення питань, що належать до їх

компетенції, та для колективного і вільного обговорення найважливіших напрямів діяльності. Це Положення визначає загальні засади утворення і діяльності колегій у центральних органах виконавчої влади (крім центральних органів виконавчої влади, в яких не передбачено утворення колегій, або положення про колегії, затверджені Президентом України), а також в місцевих держадміністраціях. Вперше на правовому рівні виділяються функції колегії місцевої державної адміністрації. У Положенні більш детально регулюється порядок проведення засідань колегії, процедура прийняття її рішень, контроль за їх виконанням. Проте і сьогодні залишається невирішеною низка питань. Зокрема, не врегульовані питання: взаємодії між колегіями обласної та районної державних адміністрацій; персональної відповідальності членів колегії за прийняті ними рішення та інші. Водночас деякі питання потребують детальнішого регулювання. Наприклад, порядок здійснення контролю за виконанням рішення колегії та процедура притягнення до відповідальності винних у невиконання її рішень, порушенні строків їх виконання.

Таким чином, процес правового оформлення діяльності колегій був тривалим і складним за змістом та відбувався у напрямі більшої детальної регламентації діяльності останніх. Аналіз нормативно-правової бази та діяльності колегій райдержадміністрацій дозволяє виділити етапи у процесі їх правового регулювання:

*Перший етап (1992–1994 рр.)* — створення та діяльність районних і обласних колегій при Представнику Президента України. У цей час діяльність колегій місцевих держадміністрацій регулювалася Указом Президента України від 14 квітня 1992 р. «Про Положення про місцеву державну адміністрацію» та розпорядженнями голів держадміністрацій, в яких вказувалися лише мета діяльності та повноваження колегій.

*Другий (1996–2003 рр.)* — створення та функціонування колегій при головах місцевих адміністрацій. На цьому етапі діяльність колегій регулювалася Законом «Про місцеві державні адміністрації», регламентами місцевих державних адміністрацій та розпорядженнями їх голів. Причому, якщо Закон «Про місцеві державні адміністрації» забезпечував засади роботи колегій місцевих державних адміністрацій, а регламентацію

їхньої діяльності передбачали місцеві регламенти та розпорядження голів держадміністрацій.

*Третій етап (2003–2007 рр.)* — діяльність колегій місцевих державних адміністрацій за постановою Кабінету Міністрів України «Про затвердження Загального положення про колегію центрального органу виконавчої влади і місцевої державної адміністрації» від 2 жовтня 2003 р. Це Положення визначає загальні засади утворення і діяльності колегій у центральних органах виконавчої влади та у місцевих держадміністраціях.

Аналіз нормативно-правових актів, які регулюють діяльність колегій з 1991 по 2007 рр., дозволяє виокремити низку тенденцій в процесі формування та діяльності колегій місцевих державних адміністрацій. По-перше, поступово збільшується правова регламентація створення і діяльності названих колегій. По-друге, відмічається поступовий

перехід в регулюванні діяльності колегій від місцевих до центральних органів. По-третє, збільшується коло повноважень колегій місцевих держадміністрацій як консультативно-дорадчих органів та їх роль у вирішенні питань, віднесених до компетенції цих держадміністрацій.

Поряд з розвитком та удосконаленням нормативно-правової бази, яка регулює діяльність колегій, залишається невирішеною низка проблем, що безпосередньо впливають на ефективність їх роботи. Серед них: по-перше, відсутність єдиного нормативно-правового акта, який детально регулював би діяльність даних колегій; по-друге, відсутність тісної взаємодії між колегіями обласної та районної адміністрацій; по-третє, правова неврегульованість питання персональної відповідальності членів колегії за прийняті ними рішення та ін.

#### ВИКОРИСТАНІ МАТЕРІАЛИ:

1. Колодій А. М., Олійник А. Ю. Державне будівництво і місцеве самоврядування в Україні. — К., 2007. — С. 276–278; Державне управління в Україні: організаційно-правові засади / За заг. ред. Н. Р. Нижник. — К., 2002. — 164 с.; Виконавча влада в Україні / За заг. ред. Н. Р. Нижник. — К., 2002. — 127 с.; Органи державної влади в Україні: структура, функції та перспективи розвитку / За заг. ред. Н. Р. Нижник. — К., 2003. — 288 с.; Журавський В. С., Серьогін В. О., Ярмак О. Н. Державне будівництво та місцеве самоврядування в Україні. — К., 2003. — 672 с.; Демиденко В. О. Державне будівництво і місцеве самоврядування в Україні (у схемах). — К., 2007. — С. 289.
2. Регіональна виконавча влада України: історія і сучасність / За заг. ред. В. В. Рибак, А. В. Толстоухова, В. Г. Яцуби. — К., 2007. — 409 с.; Організація роботи голови районної державної адміністрації / За ред. В. М. Князева, Ю. П. Лебединського. — К., 2003. — 391 с.; Сушинський О. І. Місцеві державні адміністрації: відносини з іншими інституціями влади. — Львів, 2002. — 60 с.; Місцеві державні адміністрації в Україні: нормативно-правове регулювання / Упоряд. О. І. Сушинський. — Львів, 2002. — 136 с.; Проценко Т. О. Органи виконавчої влади в регіонах України: шляхи вдосконалення. — Ірпінь, 2002. — 241 с.; Бойко В., Верес М. Організаційно-кадрова робота органів виконавчої влади та органів місцевого самоврядування (на прикладі Чернігівської області) // Вісник Національної академії державного управління. — 2006. — № 2. — С. 95–103.
3. Велічко В. О. Організаційно-правові питання діяльності місцевої державної адміністрації: Дис. ... канд. юрид. наук. — Х., 2001. — 209 с.
4. Контотце О. С. Концептуальні основи реформування територіальної організації державного управління: Дис. канд. наук з державного управління. — Х., 2003. — 207 с.
5. Юридична енциклопедія / Ю. С. Шемшученко та ін., 1998. — Т. 3. — 2001. — С. 149.
6. Маліновський В. Я. Словник термінів і понять з державного управління. — 2-е вид., доп. й перероб. — К., 2005. — С. 85.
7. Ніжинська районна державна адміністрація. — Ф. 272. — Опис 1.
8. Поточний архів Прилуцької районної державної адміністрації за 1993 рік. Папка «Розпорядження Представника Президента України в Прилуцькому районі Чернігівської області».
9. Поточний архів Прилуцької районної державної адміністрації за 1993 рік. Папка «Протоколи засідань колегії при Представнику Президента України в Прилуцькому районі Чернігівської області».
10. Поточний архів Ічнянської районної державної адміністрації за 1998 рік. Папка «Розпорядження Представника Президента України в Ічнянському районі Чернігівської області».

## ІСТОРІЯ РОЗВИТКУ ОРГАНІВ ДІЗНАННЯ В УКРАЇНІ



**І. СКУЛЯК**

*помічник судді судової палати  
у цивільних справах апеляційного суду  
Чернівецької області*

**П**роцес становлення інституту дізнання в Україні має давню історію. Українська дослідниця З. Смітєнко вважає, що першоджерелом започаткування інституту дізнання варто розглядати судову реформу 1864 р. в Російській імперії (до складу Російської держави на той час входили й українські землі). Зокрема, дослідниця наголошує, що «судова реформа 1864 року» внесла якісні зміни в кримінальне судочинство, які полягали у наступному: утворена судова система відділила владу судову від адміністративної; введення суду присяжних забезпечило змагальність сторін в процесі; обвинувачем в суді почав виступати прокурор (крім мирових судів); вперше впроваджена адвокатура; концепція формальних доказів замінена вільною оцінкою доказів за внутрішнім переконанням, що ґрунтується на сукупності обставин, виявлених при провадженні слідства і суду; результатом судового розгляду повинен бути висновок про винність чи невинність підсудного, залишення його під підозрою не допускається; узаконені основні принципи судочинства, такі, як: змагальність, безпосередність, усність судового розгляду та ін.; попереднє слідство вилучено з відання поліції і передано в судові відомства шляхом впровадження інституту судових слідчих» [1].

Законодавче закріплення в Статуті кримінального судочинства ( далі — СКС) 1864 р. останнього нововведення, а також судового слідства по суті утворили систему

© І. Скуляк, 2008

основних проваджень в кримінальних справах, яка діє й на сьогоднішній день. На думку провідного російського фахівця-правознавця І. Фойницького, на той час: «...з'явилися три послідовних стадії слідства: першою стало дізнання, другою — попереднє слідство і третьою — судове слідство» [2]. Дізнання і попереднє слідство дослідник розглядав як «попереднє дослідження, але кожне з них віддане особливим органам — поліції і судовим слідчим...». У той же час науковець поділив «попереднє дослідження» на три види, а саме «... дізнання, попереднє слідство і дізнання в справах місцевих установ» [2, 371–373].

Перший вид дізнання —розслідування поліцією справ про злочини, підсудні окружним судам, коли слідчий не міг відразу розпочати провадження попереднього слідства (ст. 258 СКС).

Під другим видом дізнання розумілось повне встановлення обставин вчиненого злочину чи проступку органом дізнання (в основному поліцією) і підтримання ним же обвинувачення в мирових судових установах (ст. 254 СКС). Інакше кажучи, пред'явлення державного позову особі, яка вчинила мало-значний злочин або проступок.

Оскільки закон Російської імперії чітко не регламентував діяльність поліції з провадження дізнання, як вважає І. Фойницький, вказане було зроблено з єдиною метою, «щоб не утискати поліцію в цій діяльності, яка по суті потребує швидкості і доцільності

відповідно до обставин, що змінюються» [2, 379–381], тому акти органів дізнання не були тотожними за своєю формою та юридичною силою з актами, які складалися судовим слідчим. А це давало підстави стверджувати, що дізнання не є процесуальною діяльністю, оскільки воно спрямоване лише на встановлення і подання відомостей, які не мають судового характеру; його роль обмежується виявленням даних, необхідних для діяльності слідчого, поданням йому необхідної допомоги з метою полегшення цієї діяльності; дізнання не має справи із судовими формами та звичаями, не оцінює фактів, не приймає жодних рішень про них, не робить з них ніяких істотних висновків [2, 374]. Так, В. Случевський — видатний російський юрист та один з авторів судової реформи 1864 р., зазначав, що основною метою діяльності органів дізнання є тільки «виявлення злочинного характеру події», вважаючи, що «подальші дії з розшуку та викриття злочинця» повинні належати тільки слідчому [3]. Інший відомий російський криміналіст А. Вульфрет стверджував, що «дізнання спрямоване на дослідження справи для виявлення винного чи його винності» [4].

Окремі науковці діяльність органів дізнання розглядали крізь етимологію терміна «дізнання». Відповідно до концептуальних переконань російських вчених С. Гіссі та Д. Соколовського, саме слово «дізнання» (дізнатись, довідатись) вказує: особи, зайняті його провадженням, роблять все те, що сприяє в зібранні яких-небудь відомостей про яку-небудь справу. Таким чином, під дізнанням слід розуміти сукупність всіх дій особи, яка поставила собі за мету з'ясувати ту або іншу подію» [5]. З даного визначення можна зробити висновок, що дослідники в зміст поняття «дізнання» поклали встановлення відомостей методом розшуку.

Рівнозначними поняттям «дізнання» і «розшук» також вважав і В. Долопчев, який оцінив місце та значення поліції в розкритті злочину наступним чином: «Отримавши відомості про вчинений злочин, поліція починає діяти з метою розкрити його ознаки, розшукати і зберегти його сліди, розшукати і зібрати докази їх вини. Такі дії поліції складають дізнання або розшук» [6].

Таким чином, оскільки виконання функції розшуку законом покладалося і на органи дізнання, і на органи попереднього слідства, а, як вважав корифей кримінально-

го права та процесу П. Люблінський, істотних процедурних відмінностей між діяльністю поліцейських та судових органів з розслідування злочинів, яка у всіх випадках відбувалася під керівництвом прокурора, не існувало. Виходячи з цих аргументів, дослідник пропонував злити дізнання з попереднім слідством в одну форму попереднього провадження, у так зване «прокурорське дізнання» [10].

У кінці XIX ст. в Російській імперії правові інститути знаходились на стадії зародження. В цей час були зроблені лише перші кроки з організації нової судової системи, реформування органів внутрішніх справ, кримінального судочинства, зокрема дізнання і попереднього слідства. У той же час кримінальне судочинство охоплювало не всі верстви населення. Переважна частина сільського населення України залишалась без правового захисту, оскільки навіть суди найнижчого ступеня (мирові суди) функціонували лише у містах.

Зміни в розвитку та соціальній ролі органів дізнання відбулись в 1917 р., тобто з моменту припинення існування Російської імперії та встановлення більшовицької влади і національно-визвольної боротьби в Україні. Водночас зі спробами створення української національної державності були зроблені спроби започаткувати якісно нову правоохоронну систему, напрацювати демократичні, цивілізовані форми і методи її роботи, зокрема й стосовно проведення дізнання і попереднього слідства.

За часів Української Народної Республіки (1917 — початку 1918 рр.), згідно із законом від 3 січня 1918 р. «Про утворення народного війська», провадження досудового розслідування злочинів покладалося на народну міліцію, яка підпорядковувалась Військовому Секретаріату, що мав виняткове право затверджувати на командних посадах інструкторів, котрі пройшли відповідну спеціальну підготовку. При виявленні фактів протиправної діяльності і злочинних посягань, враховуючи латентність воєнних дій, вони повинні були у скорочені терміни проводити дізнання та, за потреби, слідчі дії і передавати справи на розгляд судового слідства.

Важливо також підкреслити, що до функціональних обов'язків народної міліції входило захищати державу як від зовнішніх, так і від внутрішніх ворогів.

Проте більших перетворень уряд УНР здійснити не зміг, адже 29 квітня 1918 р. Центральна рада втратила свої повноваження, головою Української держави було проголошено генерала П. Скоропадського, в результаті місце Української Народної Республіки посіла Українська гетьманська держава.

Великі надії щодо охорони громадського порядку в державі гетьман П. Скоропадський покладав на новостворені поліцейські органи. В той же час розпочався процес формування структурних підрозділів Міністерства внутрішніх справ. Поряд з департаментами міського самоврядування, управлінням у справі преси, українським телеграфним агентством, низкою культурних та освітніх закладів з'явився Департамент Державної Варти. Одночасно 9 серпня 1918 р. прийнято Закон про Статут Державної Варти, в якому визначалося, що її слідчі та карно-розшукові відділи підпорядковуються «Міністерству внутрішніх справ тимчасово до передачі цих відділів у відомство Міністерства юстиції» [8].

Теоретично побудова поліцейської системи в Українській гетьманській державі була фактично скопійована з організації поліцейських підрозділів Російської імперії. Проте в практичному сенсі вона була більш досконалою, адже врахувала національні умови та особливості часу. Уряд гетьмана дав чітке нормативне визначення поняттю «охоронний апарат», а також деталізував нормативно-правові засади його діяльності. У справах провадження дізнань чини Державної Варти підпорядковувалися представникам прокурорського нагляду. В складі охоронних органів міністерського підпорядкування (військового, кордонного та митного відомств) і гетьманського штабу (Особливого відділу) були відповідні юридичні відділення, окремим службовцям яких було надано право провадити попереднє розслідування. Дізнання і досудове слідство здійснювалися згідно із загальними положеннями російського Статуту кримінального судочинства (в ред. 1892 р.).

На відміну від попередньої української влади 1917–1918 рр. гетьману П. Скоропадському вдалося розробити найбільш виважену і забезпечену правоохоронну систему. Але можливість її функціонування мала певну залежність від політики союзного командування. Це компрометувало охоронний

апарат гетьмана в очах громадян України.

Отже, судові та правоохоронні органи України за доби Центральної Ради та Гетьманату у своїй діяльності стосовно питань судочинства, в тому числі й проведення дізнання і попереднього слідства в Україні, керувалися переважно законодавством колишньої Російської імперії, зокрема Статутом кримінального судочинства, лише поступово вносячи зміни і доповнення.

Режим Директорії, що прийшов на зміну Українській гетьманській державі, у своїй законодавчій практиці також активно звертався до нормативної спадщини Російської держави. Але варто наголосити, що на відміну від своїх попередників, Директорія розробила і прийняла низку суттєвих законодавчих актів, які стосувалися кримінально-процесуального законодавства України. Зокрема, 4 серпня 1920 р. схвалений Радою народних міністрів і затверджений головою Директорії С. Петлюрою Закон «Про поступовання (судочинство) в Штабових судах» [9]. Глава четверта «Перевідування» (статті 29–36):

- встановлювала особу, яка мала право провадити дізнання в кримінальних справах, та особу, котрій це заборонялося;
- чітко регламентувала дії, які повинна робити особа, що провадить дізнання;
- окреслювала вимоги щодо оформлення результатів дізнання [9, 126].

Низкою статей висвітлювались питання проведення обшуків і виїмок, правила зберігання і оформлення речових доказів. Досить детально було регламентовано порядок оформлення добровільного зізнання особи, стосовно якої провадилося дізнання. У ст. 41 Закону зазначалося, що скарги на незаконні дії дізнавача мали подаватися до Штабного суду, а саме його голові, який мав право притягувати винуватого до відповідальності як за посадовий злочин. Нагляд за правильним і своєчасним виконанням норм Закону покладался на командира тієї військової частини, який дав наказ про проведення дізнання, та голову Штабного суду [10].

Кримінально-процесуальний кодекс РРФСР 1922 р. й Основи карного судочинства Союзу РСР і союзних республік 1924 р. поклали функцію розслідування злочинів на народних слідчих і старших слідчих, що утворювались при судових органах, а також слідчих з особливо важливих справ — при Наркоматі юстиції і Верховному Суді РРФСР. Розслідуванням особливо тяжких

справ також займалися слідчі військових трибуналів. Посади слідчих у карному розшуку скасовувалися, проте поняття органу дізнання або ж, навіть функціональних обов'язків дізнавача, взагалі не розглядалися.

У 1927 р. прийнято новий КПК, в якому фактично розглядалась діяльність та обов'язки органу дізнання. Відповідно до положень Кодексу слідчі залишалися в органах прокуратури, але попереднє слідство щодо більшості кримінальних справ покладалось на органи міліції. На думку автора, виокремлення в КПК 1927 р. інституту дізнання пов'язано перш за все зі складною соціально-політичною ситуацією в країні, тобто активізацією злочинців та злочинних формувань після закінчення громадянської війни, відповідно навантаження на діяльність слідчих було досить високим. Тому основною метою діяльності дізнавачів було запобігти зростанню рівня злочинності.

Таким чином, на дізнання перенесені всі ті процесуальні форми, які були встановлені для попереднього слідства, тобто дізнання набуло характеру процесуальної діяльності, оскільки Законом визнано: дії органу дізнання щодо розслідування злочинів відбуваються в процесуальній формі й акти, складені під час такого дізнання, мають таке ж юридичне значення, як і акти попереднього слідства

Отже, в перші роки радянської влади дізнання в основному було розшуком, що забезпечував ведення слідства. Однак дуже швидко межі між дізнанням і слідством почали стиратися. Поступово розширювалось коло справ, з яких розслідування проводили від початку й до кінця органи дізнання. В підсумку — поняття «дізнання» і «слідство» практично не розмежовувались. Вказане призвело до того, що органи дізнання аж до прийняття КПК 1961 р. розслідували абсолютну більшість злочинів, а це свідчить про можливий суб'єктивний та упереджений підхід до розслідування справ.

У результаті такого підходу ситуація, яка склалася в Україні 20-40 рр., не давала можливості для подальшого розвитку демократичного судового будівництва. З огляду на наведене вище стає зрозумілим, що більшо-

вицьке «правосуддя» не дотримувалося відповідних процесуальних «прискіпливостей».

У ході Другої світової війни під час воєнних дій на території України відбулись подальші структурно-функціональні зміни у кримінально-процесуальному провадженні, пов'язані з умовами воєнного часу. В цей період найсуттєвішими з них стали:

- 1) надання додаткових повноважень слідчим органів військового командування;
- 2) регламентація діяльності специфічних органів кримінального провадження військового типу — військових трибуналів;
- 3) впровадження прискорених та спрощених форм кримінально-процесуального провадження з метою максимальної економії процесуальних засобів [11].

Межа між дізнанням і попереднім слідством була чітко проведена лише в Основах кримінального судочинства Союзу РСР і союзних республік від 25 грудня 1958р., КПК УРСР 1961 р. Згідно з КПК 1961р. діяльність органів дізнання з провадження розслідування кримінальних справ розрізнялась залежно від того, чи діють вони у справах про злочини, у яких провадження попереднього слідства було обов'язковим або не обов'язковим. Однак після внесення в 1993 р. змін до КПК України провадження розслідування органом дізнання в повному обсязі кримінально-процесуальний закон не передбачає, і нині воно поділяється на два порядки провадження: у справах про тяжкі і особливо тяжкі злочини та у справах про злочини, які не є тяжкими чи особливо тяжкими. За роки дії чинного КПК до нього внесено ще низку змін і доповнень, які стосуються інституту дізнання, однак численні протиріччя у визначенні поняття дізнання, його завдань та мети діяльності органів, що його здійснюють, в даний час не усунені.

Підсумовуючи викладене вище, можна вказати, що дізнання в Україні пройшло еволюцію від діяльності непроцесуального, в основному розшукового характеру, результати якої не мали доказового значення в суді, до форми досудового розслідування в кримінальних справах поряд з досудовим слідством.

**ВИКОРИСТАНІ МАТЕРІАЛИ:**

1. Смитиенко З. Д. К истории становления дознания (по материалам РСФСР и УССР) // Тр. КВШ МВД СССР. — К., 1978. — Вып. 12. — С. 90–96.
2. Фойницкий И. Я. Курс уголовного судопроизводства. Т.1-2 / Печат. по 3-му изд. — СПб., 1910. — СПб., 1996. — 396 с.
3. Случевский В.К. Учебник русского уголовного процесса. — СПб., 1913. — 684 с.
4. Вульферт А. К. Реформа предварительного следствия. — М., 1881. — 148 с.
5. Гисси С. А., Соколовский Д. Д. Дознание, его цели и способы производства: Руководство для чинов полиции, волостного и сельского начальства. — Ч. 1. — Казань, 1879. — 138 с.
6. Долопчев В. Р. Участие полиции в производстве дознаний: Руководство для чинов полиции. — Варшава, 1901. — 119 с.
7. Люблинский П. И. Следователь как судебный орган // Судебное обозрение. — 1905. — № 50. — С. 1340–1345.
8. Губар С.В. Розбудова старого слідчого апарату і створення перших слідчих органів в Україні після жовтневого перевороту 1917 р. // Збірник наукових праць Інституту держави і права ім. В.М. Корецького НАН України. — 2001. — № 10. — С. 96–103.
9. Землянська В. Судове законодавство Директорії // Право України. — 2000. — № 1. — С. 125–128.
10. Михайленко П. Про судочинство в Українській народній республіці // Іменем закону. — №49. — С. 12–14.
11. Губар С. В. Становлення і розвиток органів дізнання і досудового слідства в Україні (1917–1960-ті роки ХХ ст): Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. — К., 2002. — 189 с.

Вийшов друком навчальний посібник:

**Нор В. Т.**

**Кримінальний процес України : Практикум : Навч. посіб. для студ. вищ. навч. закл. / В. Т. Нор, Н. Р. Бобечко, В. П. Бойко та ін. / За ред. В. Т. Нора. — К. : Видавничий Дім «Ін Юре», 2007. — 232 с.**



Навчальний посібник побудований відповідно до навчальної програми з курсу «Кримінально-процесуальне право України», який вивчається студентами вищих юридичних навчальних закладів України, зокрема на юридичному факультеті Львівського національного університету імені Івана Франка, та з урахуванням положень Болонської декларації, до якої приєдналася Україна. Він охоплює плани практичних занять, контрольні питання, нормативні матеріали та додаткову спеціальну літературу, засвоєння якої дає можливість успішно опанувати програму курсу.

Для студентів та викладачів вищих навчальних закладів. Він буде також корисним для практичних працівників правоохоронних органів та суддів.

**Замовляйте видання за телефонами:**

**(044) 537-51-20, 537-51-21**

**або за електронною поштою**

**[sales@inyure.kiev.ua](mailto:sales@inyure.kiev.ua)**

**<http://shop.inyure.kiev.ua>**



# ЗАОХОЧУВАЛЬНІ НОРМИ У КРИМІНАЛЬНОМУ КОДЕКСІ НАПОЛЕОНА

**П. ХРЯПІНСЬКИЙ**

*кандидат юридичних наук, доцент  
(Запорізький національний університет)*

**К**римінальне законодавство континентальних європейських держав XVIII–XIX сторіч значною мірою залучало заохочувальні норми у боротьбі зі злочинністю. Яскравим прикладом ефективного використання законодавцем заохочувальних приписів є один з найвпливовіших кримінальних законів Європи епохи буржуазних революцій — Французький Кримінальний кодекс 1810 р. (далі — КК), відомий як Кримінальний кодекс Наполеона.

Необхідність дослідження цієї історичної пам'ятки кримінального законодавства Європи зумовлена тим, що порівняльно-правові дослідження кримінального законодавства інших країн повинні зайняти чільне місце у кримінально-правових дослідженнях (правова компаративістика). «Аксіомою можна визнати те, — зауважує Ю. Баулін, — що освоєння реальної дійсності неможливе без опанування минулого та іншого досвіду, а останнє — без порівнянь. Недаремно нормативна база усіх сучасних дисертаційних досліджень з актуальних питань кримінального права, як правило, включає, крім чинного, і того, що діяло раніше, вітчизняного законодавства, також положення міжнародних договорів і кримінального законодавства інших держав. Але ті спроби компаративного аналізу, які робили вчені-криміналісти до цих пір, були несміливими, уривчастими, фрагментарними і не відображали усієї яскравої мозаїки зарубіжного кримінального законодавства» [1, 9].

Отже, прогалиною порівняльних досліджень зарубіжного кримінального законодавства слід визнати відсутність системних й ґрунтовних аналізів заохочувальних норм відповідних Кримінальних кодексів. Відомо, що серед кодексів континентальної Європи Французький Кримінальний кодекс 1810 р. мав найбільший вплив на розвиток аналогічних законів інших європейських країн [2, 50]. Достатньо прогресивний й розвину-

тий, як до свого часу, цей Кодекс черпав свою концептуальну ідею, принципи та основні положення з прямого попередника — Кримінального кодексу Франції 1791 р., що був безпосереднім виразником соціальних завоювань Французької буржуазної революції 1789 р. [3, 4–5]. З огляду на предмет нашого дослідження, — заохочувальні кримінально-правові норми, — звернемо увагу на найбільш показові положення цього Кодексу.

Проект Кримінального кодексу 1791 р. був представлений Установчим зборам Франції доповідачем Мішеlem Лепелет'є й виходив з гуманістичного спрямування буржуазного кримінального законодавства. Гуманізм безпосередньо матеріалізувався у п'яти тезах: 1) гуманізм має проникати у кожну клітину правової матерії; 2) покарання повинні бути співвідносними злочинам; 3) повинна бути залежність між природою злочину й природою покарання; 4) повинен діяти принцип рівності всіх перед законом; 5) зміст кримінальних покарань має чітко визначатися й бути вичерпним [4, 10–11]. Найбільш суперечливими при обговоренні проекту виявилися питання необхідної оборони при посяганнях на життя іншої людини, помилування й амністії, добровільної відмови від злочину.

Палкі дебати розгорілися навколо права необхідної оборони при захисті третіх осіб. Погляди поділися на взаємовиключні, проте слід звернути увагу на те, що французькі законодавці тих часів розглядали необхідну оборону як природне право захисту свого життя й життя іншої людини, що притаманне будь-якій людині з народження. Тому й звалася вона «природною обороною». Видатний французький парламентар — адвокат Дюпор зазначав: «Якщо я можу спасти когонебудь, тільки вбив іншого, то я вчиняю згідно природному праву, яке прагне з'єднати вузами людяності всіх добрих проти злих,

і це повинно зміцнювати суспільне право. Приходити на допомогу іншому є необхідністю у всіх суспільствах, організованих на принципах свободи і рівності» [4, 14]. Отже, необхідна оборона була закріплена як природне право громадян на захист самих себе й інших осіб від посягань на здоров'я, життя, власність.

Право амністії й помилування розглядалося через призму «права реабілітації за законом». Право помилування, як «реабілітація за свавіллям» було скасовано, оскільки надто свіжими були спогади про королівські «листи про помилування». Зловживання цим правом створило атмосферу безкарності аристократичної верхівки й привілейованих класів [4, 25]. Збережено було лише право на амністію, що належало Установчим зборам й застосовувалося у вигляді «права на реабілітацію». За соціальним змістом й правовими наслідками «право на реабілітацію» відповідає, на мій погляд, сучасному інституту дострокового зняття судимості. Якщо відкинути зовнішню театральність й пишномовність цього дійства, то проглядаються паростки заохочення у вигляді благопристойної поведінки особи після відбуття покарання, прощення з боку держави його злочину у вигляді публічного акту й усунення всіх без винятку правообмежень, що були пов'язані із вчиненням злочином. М. Ісаєв таким чином наводить цю історичну процедуру: «Засуджений повинен прожити на теренах муніципалітету не менше двох років, щоб здобути право порушувати клопотання про реабілітацію. З клопотанням засудженого знайомиться генеральна рада комуни, що збирається для відповіді засудженому — дати йому «атестацію» чи відмовити в ній. Якщо більшість членів ради таємним голосуванням висловлювалися за «атестацію», то два муніципальних службовця, з шарфами через плечі, відправлялися разом із засудженим на публічне засідання трибуналу. Після оголошення обвинувального вирокі службовці генеральної ради комуни проголошували «Такий-то ... спокутував свій злочин тим, що відбув покарання, зараз його поведінка бездоганна, просимо від імені муніципалітету, щоб пляма злочину з нього була стерта». Головуючий, не відкриваючи дебати, проголошує наступні слова: «Згідно з атестацією й клопотанням муніципалітету, закон і суд стирають пляму твого злочину» [4, 26].

Питання про караність замаху на злочин фактично трансформувалося у питання вимушеної чи добровільної відмови від доведення злочину до кінця. Йшлося про випадки зносин громадян з іноземними державами з метою завдання шкоди державним інтересам Франції, коли такі дії громадянами не були вчинені й шкода не була завдана, та замаху на вбивство шляхом отруєння потерпілого, коли дійове каяття особи у вигляді надання протиотрути відвертало смерть людини. Більшість Установчих зборів вважало, що там, де доведення злочину до кінця залежить від самого злочинця, як, наприклад, при вбивстві, незакінчений злочин має каратися менш суворо, оскільки треба заохочувати розкаяння й надавати людині всі можливості не доводити свого злочину до кінця. Інша справа, коли завдання чи не завдання шкоди вже не залежить від винного, коли він зробив все, щоб спонукати іноземні держави до ворожих дій проти своєї вітчизни.

Грунтуючись на цих паростках, Французький Кримінальний кодекс 1810 р. значно розгалузив й вдосконалив заохочувальні кримінально-правові норми. У так би мовити у його Загальній частині заохочення представлено наступними положеннями: визначені обставини, що виключають злочинність діяння; визначено вплив пом'якшуючих обставин при призначенні покарання; введено приватне обвинувачення й відповідно відмова від нього, за умов чого особа звільнялась від кримінальної відповідальності; визначені підстави умовно-дострокового звільнення від покарання. В своєрідній Особливій частині КК спостерігаємо непоодинокі випадки спеціального звільнення від кримінальної відповідальності, імперативного або дискреційного пом'якшення покарання за умов позитивної посткримінальної поведінки.

Так, у Другій книзі КК «Про осіб, що караються чи звільняються від відповідальності (excusables) або відповідальних за злочини чи проступки», статті 327—329 передбачають виключення кримінальної відповідальності у разі виконання закону чи наказу і необхідної оборони. Стаття 327 КК встановила, що «немає ні злочину, ні проступку, якщо позбавлення життя, нанесення ран й ударів було дозволено законом і наказано законною владою». У ст. 328 КК дається поняття необхідної оборони: «Немає ні злочину, ні проступку, якщо позбавлення життя,

нанесення ран й ударів було викликане наявною необхідністю (*necessite actuelle*) застосувати законну оборону самого себе або іншої людини». Спеціальними до загальних правил правомірності необхідної оборони у ст. 329 КК зазначалися два наступних випадки: 1) коли позбавлення життя було вчинено, а рани й удари нанесені при відверненні спроби вночі перелізти або зруйнувати городжу, стіну або спроби проникнути в дімівку, жиле приміщення чи їх добудови; 2) коли діяння вчинене при самозахисті від крадіжки з насиллям або пограбуванням [5, 198].

Проявом гуманізму було закріплене у ст. 463 КК положення про суттєвий вплив пом'якшуючих обставин на призначення кримінального покарання. У спеціальній літературі висловлена думка, що Кримінальний кодекс Наполеона «не визнає пом'якшуючих обставин» [6]. З нею важко погодитися. На мою думку, і це визначається тлумаченням змісту ст. 463, пом'якшуючими обставинами могли бути визнані будь-які обставини й їх перелік дійсно не був визначений у КК. Проте їх вплив на покарання був формалізованим й суттєво його пом'якшував. Так, наприклад, серед десяти обов'язкових випадків пом'якшення кримінального покарання за наявності пом'якшуючих обставин є наступне, якщо покарання визначено у вигляді тюремного ув'язнення або штрафу, виправних робіт, навіть у випадку рецидиву, суд має право призначити тюремне ув'язнення на термін до шести днів або штраф нижчий 16 франків, чи замінити тюремне ув'язнення штрафом, проте щоб покарання ні в якому випадку не було нижчим за поліцейські порушення. Ще більш поблажливими були положення ст. 463 КК в редакції Закону від 28 квітня 1832 р. За наявності пом'якшуючих обставин, покарання, що призначалися винним особам, змінювалися наступним чином: якщо законом передбачалась страта, то судом призначались каторжні роботи на певний термін чи довічно; якщо законом передбачались довічні чи на певний термін каторжні роботи, то судом призначались каторжні роботи на певний термін чи виправний дім; якщо законом передбачалось виправний дім, заточення, вигнання або цивільна деградація, то суд призначає тюремне ув'язнення, не нижче одного року [5, 243]. Своєрідність впливу пом'якшуючих обставин на призначене судом кримінальне покарання полягає у

більш-менш чіткому визначені меж судового розсуду щодо остаточного покарання винного.

Цікавими з точки зору кримінального переслідування є норми, що визнавали можливість примирення у справах приватного звинувачення. Так, згідно зі ст. 336 КК скарга про прелюбодіяння дружини могла подаватися виключно її чоловіком, а відповідно до ст. 337 КК дружина, викрита у прелюбодіянні, підлягала тюремному ув'язненню на строк не менше трьох місяців та не більше двох років, але її чоловік мав право припинити виконання такого вироку, виявивши згоду взяти дружину до себе знову. Аналогічно вирішувалось питання щодо кримінального переслідування чоловіка, який викрав неповнолітню дівчину. Якщо остання добровільно погодиться на шлюб з викрадачем, то переслідування може бути порушене лише за скаргою тих осіб, що мають законне право на визнання шлюбу недійсним (статті 356–357 КК).

Непоодинокими були приписи, що заохочували відмову від вчинення злочину, самовикриття і явку з повинною, повідомлення поліції про інших співучасників тощо. Так, ст. 100 Другої книги КК: «Не підлягають ніякому покаранню особи, які брали участь у бандах, але не були ватажками та їх помічниками й покинули їх за першою вимогою цивільної або військової влади чи були захоплені поза бунтівних місць без спротиву і зброї».

Низка кримінально-правових норм Особливої частини КК заохочували співпрацю осіб, які вчинили замах або закінчений злочин, з адміністративною або судовою владою Франції у справі запобігання більш тяжким злочинам (вбивства заручників), викритті інших співучасників чи їх затриманні. Так, статті 105–106 КК визначали: «Звільняється від покарання той, хто до вчинення будь-якого злочину, замаху на злочин або проступок проти внутрішньої та зовнішньої безпеки держави перший сповістить про них адміністративну або судову владу. Якщо повідомлення було зроблене після вчинення злочину або проступку, замаху на злочин або проступок, але до початку злочину, то звільнення від покарання є факультативним» [5, 132–133]; ст. 138 КК передбачала звільнення від кримінального покарання фальшивомонетників, якщо до закінчення цього злочину й до порушення будь-якого

переслідування вони зроблять повідомлення відповідній владі й викриють винних осіб, або якщо й після початку переслідування, вони сприяють затриманню й викриттю інших співучасників; ст. 355 КК передбачала заохочувальне пом'якшення покарання за добровільне визволення викраденого неповнолітнього (*auga envele*), якщо до оголошення обвинувального вироку неповнолітній буде повернутий живим; ст. 435 дозволяла звільнити від покарання, сучасною мовою «диверсантів», якщо до вчинення злочинів й до порушення будь-якого переслідування вони зроблять повідомлення про злочин й винних осіб відповідним властям, або якщо й після початку переслідування вони сприяють затриманню інших винних осіб [5, 236].

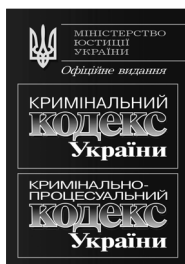
На підставі викладеного можна зробити висновок, що Кримінальний кодекс Наполеона заклав широку палітру заохочувальних приписів як у Загальній, так і Особливій ча-

стині французького кримінального законодавства і мав великий вплив на розвиток кримінального законодавства континентальної Європи [7, 27]. Чинне кримінальне законодавство Європи всіх без винятку держав має у своєму арсеналі потужний комплекс заохочувальних норм. На мою думку, значення Кримінального кодексу Наполеона для розвитку заохочувальних норм полягає у історичному прикладі їх ефективного використання у розв'язанні вузлових питань кримінально-правових інститутів: а) добровільної відмови від доведення злочину, у тому числі при співучасті; б) обставин, що виключають злочинність діяння; в) звільнення від кримінальної відповідальності чи покарання, у тому числі передбачених спеціальними нормами; г) обставин, що пом'якшують покарання; д) умовного засудження й умовно-дострокового звільнення від відбування покарання; е) дострокового зняття судимості.

#### ВИКОРИСТАНІ МАТЕРІАЛИ:

1. Б а у л і н Ю. В. Передмова до монографії: Х а в р о н ю к М. І. Кримінальне законодавство України та інших держав континентальної Європи: порівняльний аналіз, проблеми гармонізації. — К., 2006. — С. 9—12.
2. Х а в р о н ю к М. І. Вказ. праця. — 1048 с.
3. К р ы л о в а Н. Е. Основные черты нового Уголовного кодекса Франции. — М., 1996. — 124 с.
4. И с а е в М. М. Вступительная статья Уголовный кодекс 1791 г. к книге: Французский Уголовный кодекс 1810 г. / Под ред. М. М. Исаева. — М., 1947. — С. 7—91.
5. Французский Уголовный кодекс 1810 г. / Под ред. М. М. Исаева. — М., 1947. — 372 с.
6. Н е ч а е в А. В. Французский Уголовный кодекс 1810 г. // <http://arbitr.webhost.ru>
7. К у з н е ц о в а Н. Ф. Новый Уголовный кодекс Франции // Вестник Моск. ун-та. Серия II. Право. — 1994. — № 3. — С. 27—36.

Готується до друку кодекс України:



**Україна. Закони. Кримінальний кодекс України ;**  
**Кримінально-процесуальний кодекс України :**  
офіц. вид. : із змінами та допов. станом на 20 трав. 2008 р. /  
М-во юстиції України. — К. : Видавничий Дім «Ін Юре»,  
2008. — 560 с.

*Замовляйте видання за телефонами:*  
*(044) 537-51-20, 537-51-21*  
*або за електронною поштою*  
*sales@inyure.kiev.ua*  
*<http://shop.inyure.kiev.ua>*

# СУД ТА СУДОЧИНСТВО ЗА ВОЛОСЬКИМ ПРАВОМ НА ЗАХІДНОУКРАЇНСЬКИХ ЗЕМЛЯХ У XIII–XVIII СТ.



**Р. ШАНДРА**

*асистент кафедри основ права України  
Львівського національного університету  
ім. Івана Франка*

**З**начний науковий інтерес для української історико-правової науки має процес становлення та розвитку судочинства в Україні. Українські землі протягом тривалого часу перебували під пануванням різних держав, внаслідок чого відбувалася взаємодія та взаємопроникнення різних правових систем. Це, в свою чергу, суттєво вплинуло на розвиток українського судочинства. Помітний вплив на зазначений процес здійснило також волоське право.

Вказане право поширювалось, в основному, на території Галичини, яка перебувала у складі Польського королівства (з 1569 р. — Речі Посполитої), Буковини, що входила до складу Молдавського князівства, а також Закарпаття, котре належало до території Угорщини (з 1526 р. — Австрії). Волоське право на українських землях регламентувало питання місцевого самоврядування, оподаткування, а також характеризувалось своїми власними судовими інститутами. Разом з цим, правові норми, що регламентували правовідносини населення сіл волоського права у сфері судочинства, базувалися, в основному, на руському (українському) звичаєвому праві, як наслідок того, що населення сіл волоського права було українським.

Одними з перших вчених, які приділили увагу судочинству за волоським правом, були польські дослідники А. Стадницький та П. Домбковський, український історик І. Линниченко. Однак найбільш ґрунтовні дослідження цієї проблематики провадилися українськими вченими Ю. Гошком та

проф. Львівського національного університету ім. Івана Франка В. Інкіним. Так, Ю. Гошко досліджував звичаєве право населення українських Карпат та Прикарпаття у XIV–XVIII ст. на основі матеріалів Самбірської економії [1]. Науковець розглядав судову практику судів волоського, руського (українського) звичаєвого та магдебурзького права у кримінальних, майнових, сімейних справах тощо. В. Інкін опублікував низку статей, у яких досліджувалась практика сільських судів волоського права при розгляді різних категорій справ.

Разом з цим, зазначені дослідження стосуються в основному Самбірської економії, яка належала до так званих королівських столових маєтків і перебувала у власності королівського двору Речі Посполитої. Мало уваги присвячено застосуванню волоського права на території Закарпаття та Буковини, а також на території інших феодальних володінь Речі Посполитої.

У даній статті вперше цілісно визначено систему судових органів на українських землях за волоським правом, розглянуто їх компетенцію, досліджено повноваження сільського населення у сфері судочинства, розглянуто особливості застосування окремих правових норм волоського права.

Насамперед слід звернути увагу на те, що в середньовіччі судова влада не відділялася від адміністративної. Відповідно, визначати систему судочинства слід шляхом порівняння її з адміністративним устроєм. Він, за волоським правом, виглядав наступним чи-

© Р. Шандра, 2008

ном: групи сіл волоського права об'єднувалися у більші адміністративно-територіальні одиниці, які могли називатися по-різному: країнами, ключами, волостями, округами тощо. Враховуючи те, що вони утворювали єдиний адміністративний судовий округ, у статті для позначення таких адміністративно-територіальних одиниць надалі вживатиметься термін «округ». Общину волоського права очолював голова, якого найчастіше називали кнезом (у Галичині — князем), хоча могли застосовуватись терміни, більш характерні для українського звичаєвого права (тивун, ватаман) та магдебурзького права (війт, солтис). Округ очолював окружний сільський адміністратор (щодо них могли вживатись різні назви: крайник, управитель ключа, воєвода тощо), якому підпорядковувались голови сільських общин. Зазначені посадові особи підпорядковувались власнику села (сільського округу) та його представникам: феодалам в домініальних (феодальних) володіннях, монарху та його службовцям в королівських землях.

Кожна із зазначених осіб тією чи іншою мірою брала участь в судочинстві за волоським правом. Обсяг їх повноважень у сфері судочинства значно залежав від правового статусу в державній ієрархії та становища у суспільстві. Так, феодалам належала судова влада щодо населення підпорядкованих їм сіл (домініальний або феодалний суд), а монарх та його представники (загальні суди) здійснювали судочинство, переважно, стосовно населення так званих «королівщин» — територій, що належали королівському двору.

Окрім названих посадових осіб, певні повноваження у сфері судочинства мала сільська община, яка могла реалізовувати вказані повноваження шляхом проведення сільських та окружних (зборових) судів (суд групи сільських общин, що належали до одного округу).

В документальних джерелах зафіксовано небагато відомостей стосовно повноважень голови сільської общини волоського права у сфері судочинства. Свої повноваження кнези реалізовували відповідно до звичаєвого права, окремі норми якого, особливо, коли це стосується території Галичини, почали закріплюватись у офіційних документах лише у XV ст. В основному це були привілеї, якими надавалось право заснувати село на волоському праві або перевести його на за-

значене право. Однак, навіть, у даних документах дуже скупі відомості щодо суддівських повноважень кнеза, у багатьох документах про це зовсім нічого не згадується. Тому визначити обсяг суддівських повноважень даної посадової особи досить складно.

Дослідивши окремі привілеї про надання права на заснування села волоського права, А. Стадницький вважав, що до компетенції голови сільської общини належала виключна судова влада над усіма селянами відповідного села. Ця влада, на думку науковця, була настільки велика, що жоден із селян не міг ніким іншим бути засуджений чи покараний, окрім свого кнеза. Свою позицію вчений мотивує тим, що мешканці сіл волоського права в усіх справах (як цивільних, так і кримінальних) належали до юрисдикції волоського права і жодним іншим місцевим судам та владам не підлягали. Відповідно, судити їх могли лише особи, обізнані з цим правом. Оскільки єдиними правовими нормами, відомими загальним судам, були норми державного права (наприклад, у Галичині це було державне право Польського королівства, а з 1569 р. — державне право Речі Посполитої), то здійснення судочинства за волоським правом повинно було покладатися саме на кнеза [2, 8].

Ю. Гошко зазначає, що характерною рисою грамот про надання права на заснування сіл волоського права є відсутність у них жодних згадок про наділення кнезів волоського права суддівськими повноваженнями [3, 46]. Разом з тим, у селах волоського права Карпат та Прикарпаття діяли сільські суди, до складу яких входили голова сільської общини та присяжні. Такий суд відігравав роль суду першої інстанції відповідного села [1, 68].

Отже, голова сільської общини волоського права здійснював судочинство разом з громадою відповідного села та за участю вибраних на певний період присяжних. Кількість останніх у складі суду волоського права, як і у селах магдебурзького права, не перевищувала семи осіб. Що стосується здійснення судочинства одноосібно, то голова сільської общини волоського права міг здійснювати його лише у малих справах та в присутності людей з громади [4, 21]. Як голова сільської общини у селі волоського права, кнез виконував повноваження голови сільського суду.

Компетенція сільського суду була досить широкою. Такий суд виносив вироки в усіх

приватних та кримінальних справах, окрім справ, які передбачали виклик ката [1, 68]. Кнез разом з громадою розглядали питання опіки, поділу майна між членами сім'ї, мирові угоди, а також засвідчення укладення договору купівлі-продажу землі та худоби [5, 215]. Таким чином, як слушно звертає увагу Ю. Гошко, сільський суд певною мірою відіграв роль сучасного нотаріату, засвідчуючи укладення договорів [1, 68].

Щодо цього варто зазначити, що на відміну від сіл руського (українського) права, у селах волоського права, як і магдебурзького, судові акти вписувались до спеціальної книги [4, 21]. Такі судові книги почали вестись у Польщі з кінця XIV ст. До них, зокрема, вписували зміст відповідних судових справ, зміст рішень і вироків, акти купівлі-продажу, дарування, спадкування, «протестації» у зв'язку з порушенням прав, заподіяння шкоди тощо [6, 490]. З цієї метою, у більших селах волоського права до сільської адміністрації могли входити писарі [5, 214].

У кримінальних справах громада села була пов'язана колективною відповідальністю. Вона у повному складі брала участь у розшуках та видачі злочинця державному правосуддю, що було пережитком руського (українського) звичаєвого права [4, 22]. Таким чином, громада здійснювала не лише суддівські повноваження, а й провадила досудове слідство. Цікавим моментом є застосування громадами сіл волоського права звичаєвих норм, які більш характерні для руського (українського) звичаєвого права.

Так, наприклад, у 1668 р. на території громади с. Нижня Яблунька, що входило до складу Самбірської економії, сталося викрадення худоби. Громада цього села почала вести слід викраденої худоби, який вивів її до кордонів с. Сокілець (тепер с. Соколики). Після цього громада припинила вести слід, однак погодилася присягнути потерпілому, що серед її членів злочина немає [4, 13]. Цей процес можна порівняти з «Руською Правдою».

Так, у ст. 77 поширеної редакції «Руської Правди» (за Троїцьким списком) передбачено обов'язок громади йти слідом злочина, у разі якщо його не виявлено відразу. Як вбачається зі змісту названої статті, доказом невинуватості членів громади є наявність сліду, що веде до іншого села чи торгового стану. Очевидно, в такому разі підозра падала на

громаду відповідного села або членів торгового стану і відводила підозру від громади, що вела слід [7, 49].

Ймовірно, саме ця норма українського звичаєвого права, закріплена у «Руській Правді», стала причиною того, що потерпілий (у згадуваній вище справі) не наполягав на наданні громадою присяги [4, 13].

Застосування процедури розшуку злочинця, яка в історичній та історико-правовій літературі отримала назву «гоніння сліду», було постійною практикою сіл волоського права Самбірської економії. Селами волоського права застосовувались також інші звичаєві норми, характерні для «Руської Правди». Така ситуація не видається дивною, адже практично все населення сіл волоського права Самбірської економії становили українці. Це стосується також усіх сіл волоського права Галичини та більшості сіл волоського права, що знаходились на території Закарпатської України. Румунські етнічні елементи фіксувались лише в районах українсько-румунського кордону [8, 103]. Відповідно, у селах волоського права, населення яких становили переважно українці, застосовувались насамперед норми руського (українського) звичаєвого права.

Ще раніше цю особливість помітив В. Інкін. Він зазначив, що волоське право, внаслідок загального положення, за котрим кожна особа судилася у Польщі (пізніше — Речі Посполитій) за тим правом, в якому вона народилася, сприяло консервації звичаєвих норм, що являли собою по суті норми руського (українського) звичаєвого права [9, 80].

Отже, право, що в архівних документах та науковій літературі згадується як волоське, значною мірою складалось з норм руського (українського) звичаєвого права.

Наступною судовою інстанцією були окружні сільські суди волоського права. Вони провадилися на територіях, де волоські села лежали групами та утворювали певні сільські округи (країни, ключі тощо). Зокрема, в Перемишльському старостві Речі Посполитої знаходились Брилинська, Устрицька та Коростенська країни. У 1585 р. стали відомими ще дві країни — Стрийська та Дністрянська. До Стрийської країни входило 6 сіл, а до Дністрянської — 26. У другій половині XVI ст. зафіксовано ще сім країн: Волосянську, Ільницьку, Либохорську, Підбузьку, Розлуцьку, Гвоздецьку та Липецьку. На території

теперішнього Сколівського району також існували дві країни. До першої входили села над річкою Опір, а її крайник перебував у с. Лавочне. До другої — села, розміщені над річкою Орава та Тухля. Крайник цієї країни перебував в с. Плав'я [1, 30]. Документи другої половини XIV ст. згадують про наявність на Закарпатті понад 66 сіл волоського права та Хустську країну [8, 102–103]. Склад сіл, які входили до кожної з країн, не був постійний. Деколи окремі села переходили з однієї країни до іншої [3, ст.49].

Подібні судові та самоврядні сільські округи існували також на землях, що входили до складу Молдавського князівства. Однак вони припинили своє існування ще наприкінці XIV–XV ст. внаслідок розвитку процесу феодалізації. Про їх існування свідчать лише групи сіл з єдиною общинною межею — так званим «хотаром» [10, 76].

Общини сіл волоського права, що входили до складу одного сільського округу, один раз або двічі на рік збиралися разом на окружні суди, так звані «збори». На останніх вирішувалися питання, що стосувалися населення відповідного округу (господарські, цивільні, фінансові та ін), а також здійснювалося судочинство.

Склад зборового суду кожного із судових округів міг мати певні відмінності. Судді обиралися перед початком судового засідання [1, 64]. До складу суду могли входити окружний сільський адміністратор, голови сільських общин та інші повноважні особи.

Професор Львівського університету П. Домбковський, описуючи склад зборового суду волоського права, зазначав, що такий суд складався із семи членів, в тому числі з трьох кнезів, один з яких був головуючим суду. Зазначений суд був колегіальний, всі процесуальні дії здійснювалися суддями спільно [11, 106–107]. Ймовірно, що один з кнезів був одночасно окружним сільським адміністратором і, відповідно, виконував повноваження голови згаданого вище суду.

Окружні сільські адміністратори виконували повноваження голови окружного (зборового) суду та керували його роботою [1, 31]. В матеріалах люстрації Сяноцького староства Речі Посполитої, датованій XVI ст., згадується про участь у зборових судах представників уряду — підстарости та надвірного судді. І. Линниченко вважав, що це було нововведенням, впровадженим у

XVI ст. з метою урядового контролю за правильністю здійснення судочинства [12, 178].

Окружні суди волоського права були відомі також і на інших землях. Так, у Трансільванії, в округах, що мали привілейоване становище, застосовувався так званий «старовинний та визнаний закон волоських округів». Такі суди складалися з кнезів (інколи з кнезів-священиків та простих селян) і часто проводились під головуванням каштелянів та воєводи (віце-воєводи) Трансільванії [13, 233].

Процедура проведення зборових судів, строки скликання та представництво на них часто змінювалися залежно від волі органів державної влади. Так, наприкінці XVI ст. в Симбірському старостві і в 1605–1611 рр. у Старосільській жупі розрізнялися весняні та осінні збори. Перший у Старій Солі відбувався у квітні або ж в травні, а осінні було перенесено на зимові місяці. В Старо-Симбірському замку вже на початку XVII ст. окремі країни збиралися на збори по черзі лише раз на рік, у вільний від сільськогосподарських робіт час [14, 306].

Спочатку в зборових судах зобов'язані були брати участь усі повноправні члени сільських громад, що належали до відповідного судового округу. Неявка або передчасне залишення засідання окружного суду суворо каралися [1, 64]. Однак з часом селянам почало надаватися право відкупитися від обов'язкової участі у такому суді [14, 307]. Відповідальними за явку громади на зборові суди були голови сільських общин [1, 32].

Рішення зборових судів приймалося як щодо окремої особи, так і стосовно громади в цілому [1, 41]. При цьому слід зазначити, що громада сіл волоського права виступала перед судом фактично як юридична особа [3, 56].

На зборових судах розглядалися взаємні претензії та скарги членів сільських громад, кримінальні справи [1, 41]. Зазначені суди вирішували різноманітні майнові спори, в тому числі щодо сплати повинностей, провадили попереднє слідство та ін. [1, 91].

За дрібні крадіжки зборові суди сіл волоського права, на відміну від сіл магдебурзького права (які застосовували фізичне покарання), карали, в основному, грошовими стягненнями [1, 142]. У разі вчинення більш тяжкого злочину могло застосовуватись таке покарання, як вигнання з громади [1, 139].



У випадку помилкового звинувачення особи громада могла брати таку особу на поруки, при цьому поручителі брали на себе обов'язок доставити звинуваченого на суд і відповідати, за те, щоб він не втік. Взяти особу на поруки могла як громада, так і окремі її члени [1, 95–96]. Інколи зборовий суд доручав обвинувачуваній особі самостійно знаходити собі свідків, які могли б присягнути на її користь [1, 139].

Громади сіл волоського права мали виключне право приймати рішення про винуватість або невинуватість особи у кримінальних справах. Таке рішення мало силу незаперечного доказу та вважалось дійсним, якщо виражало одностайну думку усієї громади. У разі відсутності одностайності, підозрюваного віддавали у замкову в'язницю для подальшого розслідування. Якщо беззаперечних доказів винуватості особи не було знайдено, судді кримінального суду знов звертались до громади для винесення рішення про його винуватість або ж про звільнення з в'язниці. При цьому громадою бралась до уваги попередня поведінка такої особи. Якщо в минулому вона не вчиняла ніяких проступків і не було доказів скоєння нею злочину, членами громади надавалась присяга і особу звільняли [5, 34].

У досить обмеженій формі зборові суди проіснували у Галичині до 1774 р. [1, ст. 42]. Цього року вони були замінені австрійськими судами.

Ще однією судовою інстанцією волоського права був суд окружного сільського адміністратора (крайника, воеводи тощо). Судові повноваження таких адміністраторів були досить широкими. Вони здійснювали судочинство в усіх справах щодо порушення громадського порядку, майнових та побутових справах (бійки, дрібні крадіжки тощо) [3, 49]. Окружні сільські адміністратори та громади сіл волоського права здійснювали також судочинство у великих карних справах. У XVIII ст. суд окружного сільського адміністратора виконував повноваження апеляційної інстанції стосовно зборових (громадських) судів [5, 215].

Польський дослідник Г. Явор зазначає, що до компетенції названих адміністраторів належали повноваження стосовно розгляду справ щодо голів сільської общини у селах волоського права, а також, розгляд апеляцій на їх рішення, які подавалися простими мешканцями сіл [15, 66].

Разом з цим, система органів судочинства та порядок подання апеляції залежали від того, кому належала територія, на якій знаходилось відповідне село волоського права. На територіях, що належали королівському двору (староства, економії тощо), апеляційною інстанцією був монарх або його представники на місцях («старости», які очолювали «староства» в Речі Посполитій, «коміти» — керівники «комітатів» в Угорщині, «пиркелаби» — керівники «цинутів» у Молдавії). В маєтках феодалів апеляційною інстанцією був домініальний суд в особі власника села (феодала).

Аналізуючи діяльність домініальних (феодальних) судів на українських землях, що входили спочатку до складу Польського королівства, а пізніше (з 1569 р.) — Речі Посполитої, І. Линниченко зазначав, що такий суд розглядав справи, які виникли серед селян відповідного феодала. У випадку відмови останнього у задоволенні позовних вимог селянин міг звернутися до загального суду. До XVI ст. селяни могли звернутися з позовом проти свого феодала і у судовому порядку шукати захисту від його зловживань [12, 81]. Однак, видається сумнівним, що подання таких апеляцій могло мати масовий характер. Швидше за все йдеться про поодинокі випадки. Феодал був наділений майже необмеженою владою над підлеглим населенням і подання такої апеляції могло призвести до негативних наслідків щодо особи, яка її подала.

Суд феодала, як і суд голови сільської общини, не був одноособовий. Для розгляду апеляції на рішення сільського суду він повинен був запросити стороннього шляхтича, який брав участь у судочинстві поряд з іншими судьями домініального суду (очевидно, з представниками громади). Рішення такого суду виносилось (принаймні, формально) згідно з нормами права, на якому знаходилось село, в котрому проживав відповідач [12, 152–153].

Однак з часом права селян були значно обмежені. На підставі законів Речі Посполитої вони зобов'язані були цілковито підкорятися власнику села. Селяни позбавлялися права на законний протест проти свого феодала. Конституцією 1573 р. селян поставлено у повну залежність від волі їх пана, при цьому необмежена влада його поширювалась на усі сфери сільського життя. Лише згідно з реформою 1768 р. у феодалів відібрано право

судити підданих за вчинки, за які засуджувалось до смертної кари [1, 69].

Стосовно здійснення загальними судами судочинства за волоським правом дуже мало відомостей. Так, І. Линниченко згадує про проведення у XV ст. спеціальних судових засідань Сяноцьким гродським судом, які називались «*termini Valachorum*», «*termini castrenses iure Walachorum*». Згідно з протоколами, що збереглися в судових книгах, до складу суду входили представники державної влади — воєвода або каштелян, члени гродського суду — суддя чи підсудок та представники сільських громад — крайник (окружний сільський адміністратор), голови сільських общин (кнези), попи та інші представники сіл волоського права.

Це були екстраординарні сесії, на яких вирішувались справи, що виникали за ініціативою старости, а також справи, підсудні гродському (міському) суду (крадіжки, звалтування), майнові справи кнезів волоського права, претензії однієї общини до іншої. Рішення такого суду повинні були відбуватися на підставі волоського права, а судові мито та штрафи стягувались худобою (вівцями) [12, 178–179].

Таким чином, систему судочинства за волоським правом утворювали сільський суд (в особі кнеза або кнеза і присяжних), окружні сільські суди (суд групи сільських общин, що належали до одного сільського округу, так звані «зборові суди», «збори», «віча» тощо), та суд окружного сільського управителя (воєводи, крайника тощо). Окрім цього, у здійсненні судочинства за волоським правом брали участь домініальні (феодалні) суди та загальні суди (суд монарха або його посадовців, гродські суди тощо), які були судами другої та третьої інстанцій.

Варто звернути увагу на виняткову участь кожного селянина-члена сільської общини у здійсненні судочинства. Це право здійснювалось шляхом участі у сільських та окружних (зборових) судах і надавало можливість селянам впливати на різні сфери сільського життя.

Позитивною стороною функціонування таких сільських судів була певна незалежність мешканців сіл волоського права від

феодалів та держави у сфері судочинства, можливість безпосередньої участі у захисті їх прав та інтересів, а також збереження звичаєвих правових норм, в основу яких було покладено принцип справедливості (на відміну від державного права, котре насамперед забезпечувало економічні інтереси феодалів).

Однак внаслідок політики феодалних держав, до складу яких входили українські землі у XIII–XVII ст., посилювалось закріпачення селян, що в свою чергу призвело до суттєвого зменшення значення і впливу зборових судів та їх повної ліквідації. У цей же час було збільшено владу феодалів щодо підлеглого їм населення, що, у свою чергу, спричинило посилення експлуатації та збідніння селянства.

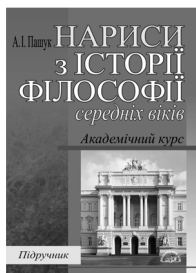
Окрему увагу слід звернути на те, що общини сіл волоського права застосовували норми, характерні для руського (українського) звичаєвого права. Так зване волоське право (в усякому разі, коли це стосується українських етнічних земель) значною мірою базувалось на українських звичаях. Відповідно, дослідження протоколів засідання судів волоського права може, в свою чергу, сприяти вивченню практики застосування українського звичаєвого права. Такі протоколи знаходяться в архіві Самбірської економії, що був переданий до відділу рукописів Наукової бібліотеки Львівського національного університету ім. Івана Франка.

Крім цього, значний науковий інтерес для історико-правової науки становить дослідження та порівняння особливостей застосування волоського права на українських землях та землях, що на сьогоднішній день належать до складу інших держав, зокрема Румунії, Молдавії, Угорщини та ін. Таке порівняння надасть можливість виявити норми власне волоського права та з'ясувати особливості впливу на його формування правових норм вказаних держав, що в свою чергу сприятиме з'ясуванню правової природи волоського права і, зокрема, його українського варіанта.

**ВИКОРИСТАНІ МАТЕРІАЛИ:**

1. Гошко Ю. Звичаєве право населення українських Карпат та Прикарпаття XIV–XIX ст. — Львів, 1999. — 336 с.
2. Stadnicki A. O wsiach tak zwanych wolskich na polnocnym stoku Karpat. — Lwow, 1848. — 5.92.
3. Гошко Ю. Населення українських Карпат XV–XVIII ст. (Заселення. Міграції. Побут.). — К., 1976. — 205 с.
4. Інкін В. Інститут співприсяжництва та громадські сільські суди в галицькій звичаєвій практиці XVI–XVIII ст. порівняно з Руською Правдою // Україна модерна. — Львів, 1996. — Ч. 1. — С. 18–41.
5. Інкін В. Сільське суспільство Галицького Прикарпаття у XVI–XVIII століттях: історичні нариси. — Львів, 2004. — I–XX+1-420+XXI–CII стор.;
6. Історія держави і права зарубіжних країн (середні віки та ранній новий час): Навч. посіб. / За ред. проф. Б. Й. Тищика. — Львів, 2006. — 696 с.
7. Гуз А. М. Історія держави і права України. Джерела права періоду Київської Русі: Навч. посіб. — К, 2007. — 72 с.
8. Тиводар М. Етнічні традиції у скотарстві / Етногенез та етнічна історія населення українських Карпат: У 4-х т. — Т. II: Етнологія та мистецтвознавство / Гол. ред. та керів. проекту С. Павлюк — Львів, 2006. — 812 с.
9. Інкін В. Ф. Нові матеріали до коментування статей «Руської Правди» про мужебійство та помсту // Вісник Львівського університету. Серія історична. — Львів. — 1970. — Вип. 6. — С. 80–96.
10. Драгнєв Д. М. Основные этапы развития и разложения общины в Молдавии (до начала XIX в.) // Славяно-волошские связи (сборник статей) / Отв.ред. Н. А. Мохов. — Кишинев, 1978. — С. 114–148.
11. Dabkowski P. Wolosi i prawo wolskie w dawnej Polsce // Studia historyczne kuczki Stanislaw Kutrzeby. — Krakow, 1938. — 105–118 s.
12. Линниченко И. А. Черты из истории сословий в Юго-Западной (Галицкой) Руси XIV–XV в. — М., 1894. — 238 с.
13. История Румынии / И. Болован, И.-А. Поп (координаторы) и др.; Пер. с рум. — М., 2005. — 680 с.
14. Инкин В. Ф. К вопросу о социально-политической организации галицких сел на волошском праве (о сборах, вечах) / Карпато-Дунайские земли в средние века. — Кишинев, 1975. — С. 299–330.
15. Jawor G. Osady prawa wolskiego i ich mieszkancy na Rusi Czerwonej w poznyim sredniowieczu. Lublin, 2000. — 223 s.

Пропонується:



**Пашук А. І.**

**Нариси з історії філософії середніх віків : підруч.  
для студ. вищ. навч. закл. — К. : Видавничий Дім «Ін Юре»,  
2007. — 712 с.**

У підручнику «Нариси з історії філософії середніх віків» зібрано та систематизовано основні вчення, концепції, напрями, течії, проблеми, ідеї тощо у філософському процесі, що тривав від I до XVI століть в історії християнства в епоху Середньовіччя (феодалізму).

Для укладення підручника використано велику кількість літератури та обґрунтовано в міру суб'єктивні й об'єктивні погляди. Усе це переосмислено й відображено на сторінках видання.

Підручник розраховано на студентів філософського факультету та всіх, хто цікавиться середньовічною філософією.

**Замовляйте видання за телефонами:**

**(044) 537-51-20, 537-51-21**

**або за електронною поштою**

**sales@inyure.kiev.ua**

**http://shop.inyure.kiev.ua**

## ОБГОВОРЕННЯ ПРОБЛЕМ РОЗВИТКУ ЗАКОНОДАВСТВА ЩОДО ДЕРЖАВНОГО РЕГУЛЮВАННЯ ЕКОНОМІЧНИХ ВІДНОСИН

16–17 квітня 2008 р. у конференц-залі львівського готелю «Супутник» відбулась науково-практична конференція на тему: «Державне регулювання економічних відносин: розвиток законодавства та проблеми правозастосування у господарських спорах».

Організаторами конференції виступили: судова палата з розгляду спорів, пов'язаних з державним регулюванням економічних відносин, Вищого господарського суду України та Львівський апеляційний господарський суд. У роботі конференції взяли участь судді — представники кожного господарського суду, авторитетні правники-науковці, відомі адвокати. Актуальність питань, розгляду яких було присвячено захід, викликала зацікавленість органів виконавчої влади — зокрема, відкриття конференції пройшло за участі в.о. голови Львівської обласної державної адміністрації М. І. Кмітя.

Відкриваючи роботу конференції, з вступною промовою до учасників звернувся заступник Голови Вищого господарського суду України, голова судової палати ВГСУ, кандидат юридичних наук **А. Й. Осетинський**. Голова судової палати ВГСУ звернув увагу при-

сутніх на вчасність обговорення питань застосування земельного, приватизаційного законодавства, суперечливості нормативно-правових положень та судової практики у відповідних категоріях спорів. Дискусія щодо цих проблем вже була започаткована на засіданнях секції законодавства у сфері державного регулювання економічних відносин Науково-консультативної ради при Вищому господарському суді України. Проте підсумки обговорення засвідчили необхідність більш ґрунтовного вивчення цих питань, з'ясування позицій господарських судів різних інстанцій та регіонів, вичерпного окреслення проблем та врешті — визначення заходів з їх розв'язання.

Заступник Голови ВГСУ зазначив, що відповідальність за спрямування правозастосовної активності у судах найперше відноситься до суду касаційної інстанції. Водночас конкретні правозастосовні орієнтири можуть бути рекомендовані судам лише за результатами всебічного дослідження існуючих правозастосовних позицій, обґрунтування правильності того чи того підходу, розвитку їх теоретичної основи.

Доповідач окреслив ключові проблеми, що винесені на розгляд конференції: модернізація судоустрою та господарського судочинства, розмежування юрисдикції судів, передусім з розгляду спорів, пов'язаних з державним регулюванням економічних відносин, проблеми та перспективи правового регулювання земельних відносин, законодавчі прога-



лини щодо регулювання відносин у сфері приватизації та інших виді господарських правовідносин.

Широкий спектр питань з проблематики розвитку вітчизняної системи правосуддя, спеціалізованих господарських судів зокрема, реформи господарського судочинства розглянув у своїй доповіді народний депутат України, доктор юридичних наук, академік Академії правових наук України **Д. М. Притика**.

Академік АПрН висловив впевненість у необхідності розробки системи підготовки кадрів для судів, яка має охоплювати всі стадії процесу набуття та підвищення кваліфікації суддів, починаючи від запровадження спеціальної програми підготовки майбутніх суддів у вищих навчальних закладах та проходження стажування у різних сферах юридичної діяльності, насамперед пов'язаних з їх майбутньою суддівською спеціалізацією.

У своєму виступі народний депутат також ознайомив присутніх з новелами проекту Господарського процесуального кодексу України, зареєстрованому ним у Верховній Раді України, зокрема, щодо запровадження допуску до порядку апеляційного та касаційного оскарження, який дасть змогу суттєво розвантажити суди та підвищити якість правосуддя. Висловивши загальну підтримку проекту змін до Закону України «Про судоустрій України», внесеному президентом України, доповідач зупинився й на недоліках нової редакції Закону. Так, на його думку, господарські суди мають розглядати усі справи, пов'язані з господарсько-правовими відносинами, а також інші справи, віднесені процесуальним законом до їх підсудності. Таким чином, видається хибним заявлений у проекті підхід, відповідно до якого до юрисдикції господарських судів має бути віднесено лише розгляд справ, пов'язаних з приватно-правовими відносинами у сфері господарювання.

Кандидат юридичних наук, старший науковий співробітник Інституту держави і права ім. В. М. Корець-

кого **М. І. Сірий** проаналізував тенденції розвитку спеціалізованої господарської юстиції у контексті європейського досвіду диференціації судової системи, розглянув питання підвищення значення ролі судової гілки влади у державі, нормотворчої ролі судової практики.

Особливостям тлумачення нормативно-правових актів при вирішенні господарських спорів, необхідності залучення науковців до здійснення юридичної експертизи у господарських справах було присвячено доповідь в.о. завідувача кафедри господарського права і процесу Одеської національної юридичної академії, доктора юридичних наук **О. П. Подцерковного**.

У доповідях учасників з питання розмежування юрисдикції судів з розгляду окремих категорій спорів було узагальнено досвід судів з вирішення складних колізій процесуального законодавства та викладено бачення юридичної науки щодо цієї проблеми.

Доктор юридичних наук, професор кафедри цивільного права Київського національного університету ім. Тараса Шевченка, академік Академії правових наук України **Н. С. Кузнєцова** зазначила, що створення в судовій системі окремої спеціалізованої адміністративної юрисдикції поставило у порядок денний питання про визначення критеріїв для виокремлення із сфери цивільного та господарського судочинства справ, які мають розглядатися в межах новоствореного адміністративного процесу. Загальні методологічні підходи до встанов-



лення критеріїв розмежування спорів щодо їх належності адміністративній або господарській юрисдикції визначаються, виходячи із основних завдань і функцій цивільного, господарського та адміністративного судочинства. На думку професора Кузнецової, сама по собі участь у відносинах юридичної особи публічного права не трансформує ці відносини у публічно-правові. Якщо предметом спору є порушені приватно-правові відносини, тобто сторони мають спір про право приватне, цей спір у цілому є приватно-правовим і підлягає розгляду і вирішенню в господарських судах, тоді як порушені публічно-правові відносини є предметом публічно-правового спору, тобто спору про право публічне, який має розглядатися в порядку адміністративного судочинства відповідними адміністративними судами.

З цікавими доповідями також виступили доктор юридичних наук, професор кафедри міжнародного приватного права Київського національного університету ім. Тараса Шевченка **В. І. Кисіль** («Застосування норм міжнародного приватного права при вирішенні господарських спорів»), завідувач кафедри цивільного права і процесу Львівського національного університету імені Івана Франка, доктор юридичних наук **В. М. Косак** («Проблеми застосування законодавства про режим іноземного інвестування»), доктор юридичних наук, професор, член-кореспондент Академії правових наук України **В. В. Костицький** («Питання предмета та принципів повітряного права: економічний патріотизм як принцип права») та інші учасники.

Значну увагу було звернуто на проблеми законодавчого регулювання земельних відносин та судової практики у земельних спорах.

Постійний представник Верховної Ради України в Конституційному Суді України, доктор юридичних наук, член-кореспондент Академії правових наук України **А. О. Селіванов**, комплексно розглянувши проблеми правового регулювання укладення договорів оренди земельних ділянок та визнання їх недійсними, наголосив на особливості специфічного підходу до регулювання договірних орендних відносин, що включає публічно-правові елементи і визначення порядку володіння, користування і розпоряд-

ження землі, умов укладення договору оренди і відповідальності за виконання його зобов'язань орендаром.

Доктор юридичних наук, доцент кафедри трудового, земельного та екологічного права Київського національного університету ім. Тараса Шевченка **В. В. Носік** проаналізував методологічні помилки при внесенні змін до земельного законодавства з прийняттям Закону України «Про Державний бюджет на 2008 рік та внесення змін до деяких законодавчих актів України», організаційно-правові та інші проблеми, що виникли з запровадженням цих положень.

У другий день роботи конференції були розглянуті проблеми законодавства та правозастосовної практики у сфері приватизації, а також інших господарських правовідносин. Зокрема, з доповіддю щодо поняття зовнішньоекономічного договору за законодавством України виступив завідувач кафедри цивільного права Київського національного університету ім. Тараса Шевченка, доктор юридичних наук, професор **Р. А. Майданик**; щодо правових положень удаваних правочинів та судової практики їх застосування — доктор юридичних наук, професор кафедри цивільного права Київського національного університету ім. Тараса Шевченка **О. В. Дзера**; щодо особливостей розгляду спорів, які виникають під час випуску та обігу цінних паперів в Україні — доцент кафедри галузевих правових наук Національного університету «Києво-Могилянська академія», кандидат юридичних наук **О. І. Онуфрієнко**.

Підводячи підсумки конференції, учасники ухвалили рекомендації, якими, серед іншого, передбачено утворення робочої групи з числа суддів господарських судів та представників наукових кіл для опрацювання проблем законодавства у сфері державного регулювання економічних відносин. За результатами діяльності цієї групи планується звернутися до профільних комітетів Верховної Ради України, Президента України, Кабінету Міністрів України з пропозиціями щодо розроблення і внесення на розгляд Верховної Ради України законопроектів, спрямованих на вдосконалення державного регулювання економічних відносин.

# НАСТІЛЬНА КНИГА СЛІДЧОГО — ВАЖЛИВЕ ДОВІДКОВЕ ВИДАННЯ

**М. ГЕРАСИМЕНКО**

*заступник голови — начальник Слідчого управління  
Служби безпеки України, генерал-майор юстиції*

**Н**ещодавно вийшла друком «Настільна книга слідчого»\*, яка комплексно охоплює усю довідкову інформацію для дізнавачів та слідчих. Зазначена праця є першим за часів незалежності України спеціалізованим науково-практичним виданням, рекомендації якого можуть успішно використовуватися у професійній діяльності з розслідування злочинів. Дана фундаментальна праця підготовлена висококваліфікованими фахівцями, вченими-криміналістами Національної юридичної академії України імені Ярослава Мудрого.

Пропоноване видання дійсно є настільною книгою, оскільки містить широкий арсенал прийомів, способів та методів розкриття і розслідування злочинів, новітні науково-технічні засоби та технології, а також довідкові дані, які є необхідними у боротьбі зі злочинністю. Ця праця є своєчасним і заповнює певні прогалини у забезпеченні практичних працівників органів досудового слідства корисним матеріалом, що сприяє оптимізації їх діяльності. Особливістю даної книги є її практичне спрямування — надання допомоги дізнавачам та слідчим у виконанні їх професійних функцій.

Рецензовану працю відрізняє високий науковий рівень. Матеріал викладено у логічній послідовності. Теоретичні положення ґрунтуються на результатах узагальнення слідчої, судової та експертної практики. Довідковий характер книги визначив відповідний стиль викладання та амплітуду інформаційної насиченості.

За своєю структурою «Настільна книга слідчого» складається з трьох частин, в яких висвітлюються головні положення криміналістичної техніки, криміналістичної тактики, методики розслідування злочинів. Даються рекомендації щодо можливостей використання окремих галузей криміналістичної техніки, пропонувано найбільш доцільні техніко-криміналістичні прийоми виявлення, фіксації та вилучення доказової інформації. Розглянуто зміст та особливості проведення слідчих дій. Заслужують на увагу тактичні прийоми здійснення слідчих дій у різних ситуаціях. Значне місце у книзі відведено окремим криміналістичним методикам — як традиційним, так і новим. Ознайомлення з такими методиками дозволяє слідчому визначати напрями розслідування і запобігти слідчим помилкам.

Інтерес являють також ілюстрації, рисунки, фотозображення, графіки, таблиці, якими насичена книга. Видання містить й відповідні додатки — криміналістичний словник, дані про експертні та правоохоронні органи, іншу довідкову інформацію. Позитивним є й те, що книга має алфавітно-предметний покажчик, який спрощує користування викладеним матеріалом.

Вихід у світ «Настільної книги слідчого» викликало досить позитивні та високі оцінки з боку практичних працівників правоохоронних органів. Ця праця дійсно є корисною для дізнавачів та слідчих і повною мірою відповідає їх очікуванням.



**\* Настільна книга слідчого :**  
[Наук.-практ. видання для слідчих і дізнавачів] /  
М. І. Панов, В. Ю. Шепітько, В. О. Коновалова та ін. —  
2-ге вид., перероб. і доп. —  
К. : Видавничий Дім «Ін Юре», 2007. — 728 с. : 49 іл.

#### РАДА ВИДАВЦІВ:

М. В. ОНІЩУК	— Міністр юстиції України
А. А. СТРИЖАК	— Голова Конституційного Суду України
В. В. ОНОПЕНКО	— Голова Верховного Суду України
С. Ф. ДЕМЧЕНКО	— Голова Вишого господарського суду України
О. І. МЕДВЕДЬКО	— Генеральний прокурор України
Ю. С. ШЕМШУЧЕНКО	— Директор Інституту держави і права НАН України
В. Я. ТАЦІЙ	— Президент Академії правових наук України
В. В. СТАШИС	— Перший проректор Національної юридичної академії України

#### НАУКОВА РАДА:

А. О. СЕЛІВАНОВ, доктор юридичних наук, професор (голова наукової ради),  
В. Б. АВЕР'ЯНОВ, доктор юридичних наук, професор,  
Л. К. ВОРОНОВА, доктор юридичних наук, професор,  
Ю. М. ГРОШЕВИЙ, доктор юридичних наук, професор,  
А. П. ЗАКАЛЮК, доктор юридичних наук, професор,  
В. С. КУЛЬЧИЦЬКИЙ, доктор юридичних наук, професор,  
В. Т. НОР, доктор юридичних наук, професор,  
В. Ф. ОПРИШКО, доктор юридичних наук, професор,  
М. П. ОРЗІХ, доктор юридичних наук, професор,  
М. І. ПАНОВ, доктор юридичних наук, професор,  
Д. М. ПРИТИКА, доктор юридичних наук, професор,  
М. В. РУДЕНКО, доктор юридичних наук, професор,  
В. І. СЕМЧИК, доктор юридичних наук, професор,  
В. П. ТИХИЙ, доктор юридичних наук, професор,  
В. А. ТИМОШЕНКО, доктор юридичних наук, професор,  
Є. О. ХАРИТОНОВ, доктор юридичних наук, професор,  
В. І. ЧУШЕНКО, кандидат юридичних наук, професор.

#### РЕДАКЦІЙНА КОЛЕГІЯ:

О. Д. СВЯТОЦЬКИЙ (головний редактор), О. В. КОНСТАНТА (перший заступник головного редактора), Ю. Г. ВЕРБЕНКО (заступник головного редактора), Ю. П. БИТЯК, А. М. БОЙКО, В. Д. БРИНЦЕВ, В. І. ГУМЕНЮК, О. В. ЗАДОРОВНИЙ, О. В. ЗАЙЧУК, Т. Г. ЗАХАРЧЕНКО, В. І. КАЛЬНИЙ, Н. І. КАРПАЧОВА, М. І. КОЗЮБРА, О. Л. КОПИЛЕНКО, В. Л. КРОТЮК, О. Д. КРУПЧАН, О. І. МЕЛЬНИЧЕНКО, Н. М. ОНІЩЕНКО, О. П. ОРЛЮК, А. М. ПІНЧУК, П. Д. ПИЛИПЕНКО, П. П. ПИЛИПЧУК, Б. М. ПОЛЯКОВ, І. Г. ПОБІРЧЕНКО, Ю. Д. ПРИТИКА, О. Г. ПУШЕНКО, Г. П. СЕРЕДА, В. Ф. СІРЕНКО, О. Ф. СКАКУН, О. В. СКРИПНЮК, М. Ф. СТАХУРСЬКИЙ, В. В. СТАШИС, М. О. ТЕПЛЮК, І. А. ТИМЧЕНКО, Б. Й. ТИЩИК, В. М. ШАПОВАЛ, Я. М. ШЕВЧЕНКО, І. Б. ШИЦЬКИЙ

Адреса редакції: 04107, м. Київ, вул. Багговутівська, 17–21, кімн. 427  
Розрахунковий рахунок: 2600901000593 МФО 380560 в Друга КФ ВАТ «Кредобанк»  
Телефони: головний редактор — 537-51-00; відповідальний секретар — 537-51-10  
Факс: 537-51-00

Сайт: [www.pravoua.com.ua](http://www.pravoua.com.ua)

*Листування з читачами — тільки на сторінках журналу.  
Відповідальність за достовірність інформації, що міститься в друкованих матеріалах,  
несуть автори. Редакція не завжди поділяє авторську точку зору.*

Комп'ютерний набір Т. П. Поліщук  
Комп'ютерна верстка О. Р. Карташової

Реєстраційне свідоцтво КВ № 1053, видане Держкомвидавком України 03.11.94.

Здано до набору 25.04.2008. Підп. до друку 23.05.2008. Формат 70х108/16. Папір офсетний.  
Офсетний друк. Ум. друк. арк. 14,35. Ум. фарбо-відб. 15. Обл.-вид. арк. 13,6. Зам. 8-133.  
Тираж 3 300. Ціна договірна.  
Набір та верстка журналу виконані у комп'ютерному центрі редакції.

Надруковано з оригінал-макета в ТОВ «Друкарня «Бізнесполіграф».  
Україна, 02094, м. Київ, вул. Віскозна, 8.