

ВІСНИК ЛЬВІВСЬКОГО УНІВЕРСИТЕТУ

Серія юридична

Випуск 38

Видається з 1961 р.

Львів

Видавничий центр ЛНУ ім. Івана Франка

2003

У "Віснику" публікуються статті, присвячені актуальним проблемам теорії та історії держави і права, питанням удосконалення інститутів конституційного, цивільного, трудового, кримінального та інших галузей права України. Аналізуються шляхи поліпшення правового регулювання процесуально-юридичної діяльності в сучасній Україні.

Для викладачів, аспірантів, студентів, працівників органів місцевого самоврядування, державних адміністрацій, суду, правоохоронних органів, правової служби в народному господарстві, адвокатів.

Бібліографія у кінці статей.

"Visnyk" contains articles on current issues of theory and history of the state and law, the ways of improving institutions of civil, labor, constitutional, criminal and other branches of law. Various legal regulation methods of improving procedural activities in contemporary Ukraine are analyzed in this edition.

Recommended for professors, post-graduate and undergraduate students, employees of local self-government, state administration and law enforcement bodies, national economy officials, judges and lawyers.

Bibliography is attached to each article.

Редакційна колегія: д-р. юрид. наук, проф. *В.Т. Нор* (відп. ред.); д-р. юрид. наук, проф. *П.М. Рабінович* (заст. відп. ред.); д-р юрид. наук, проф. *В.М. Коссаk*; д-р юрид. наук, проф. *В.С. Кульчицький*; д-р юрид. наук, проф. *П.Д. Пилипенко*; д-р юрид. наук, проф. *З.В. Ромовська*; д-р юрид. наук, проф. *Н.І. Титова*; канд. юрид. наук, доц. *В.О. Семків* (відп. секретар).

Адреса редакційної колегії:
79000 Львів, вул. Січових Стрільців, 14
Університет, юридичний факультет
Тел.: (0322) 79-41-73

Переклад англійською мовою доц. *Л.В. Мисик*, асп. *Т.І. Пашук*
Редагування текстів англійською мовою доц. *Л.В. Мисик*
Відповідальний за випуск *А.М. Бойко*

Друкується за ухвалою Вченої Ради
Львівського національного університету імені Івана Франка.

ПРАВА ЛЮДИНИ

ПРОБЛЕМИ ВИКЛАДАННЯ ПРАВ ЛЮДИНИ У ВИЩИХ НАВЧАЛЬНИХ ЗАКЛАДАХ

І. Панкевич

*Львівський національний університет імені Івана Франка,
бул. Університетська, 1, 79000 Львів, Україна
тел. (0322) 96-41-24 e-mail: ivan_pankevych@yahoo.com*

Пропонована стаття присвячена проблемі викладання прав людини у вищих навчальних закладах. Автор аналізує досвід викладання прав людини у вузах України. За результатами досліджень зроблені відповідні висновки, що заслуговують на увагу.

Ключові слова: права людини, викладання прав людини.

Історія становлення інституту прав людини та права загалом – це цілісний процес у розвитку людства. За словами В.С. Нерсисянца, "право взагалі та права людини (у тих чи інших формах і обсягах їхнього буття та вираження) – це необхідний, невід'ємний та обов'язковий компонент всякого права як права взагалі, визначений (а саме – суб'єктно-людський) аспект вираження сутності права як особливого типу та специфічної форми соціальної регуляції. Право без прав людини так само неможливе, як і права людини без і поза правом" [1, с.22].

Сьогодні проблема прав людини – це вельми актуальна та перспективна політико-правова, філософська доктрина, спрямована на задоволення духовних та матеріальних інтересів людини. Права людини належать до так званих вічних тем, над якими працювали мислителі різних епох, починаючи від мислителів античного світу аж до наших сучасників. Відтак проблема прав людини має своє минуле, сучасне та майбутнє, багато із сторін якої вивчені філософами, соціологами та юристами. Цій темі присвятили свої праці такі видатні вчені XIX-XX ст. як М.А. Бердяєв, В.В. Івановський, Б.О. Кістяківський, Л.І. Петражицький, В.С. Соловйов та ін. Ідея прав людини в історії політико-правової думки XIX-XX ст. представлена різними школами: слов'янофілами (К.С. Аксаков), соціологічною доктриною права (Б.О. Кістяківський), психологічною теорією права (Л.І. Петражицький), нормативістською теорією права (Г.Ф. Шершеневич).

У радянський період проблем з правами людини начебто не існувало. Концепція прав людини спочатку взагалі не була визнаною радянською науковою доктриною. Лише наприкінці 50-х – початку 60-х років, завдяки тиску світової громадськості на радянське керівництво, ідея прав людини була у Радянському Союзі реанімована, внаслідок чого створено соціалістичну концепцію прав людини. Цій темі присвячені праці М.В. Вітрука, Л.Д. Воеводіна, В.А. Карташкіна, В.О. Кучинського, Г.В. Мальцева, Н.І. Матузова, В.С. Нерсисянца, П.М. Рабіновича, В.М. Чхиквадзе, Н.І. Титової, Б.С. Ебзеева та ін.

На законодавчому рівні про права людини вперше було згадано у Французькій Декларації прав людини і громадянина 1789 року, ст.4 якої проголошує, що "свобода

полягає у можливості робити все, що не шкодить іншому: таким чином, здійснення природних прав кожного обмежено лише тими межами, які забезпечують іншим членам суспільства ці ж права" [2, с.3]. Значне змістовне наповнення поняття прав людини набуло з прийняттям низки міжнародно-правових актів у галузі прав людини, в яких вказано, що права людини "випливають з гідності, органічно притаманної людській особистості" [3, с.32].

У контексті світових та європейських глобалізаційних процесів Україна, хоча і з певними труднощами, йде шляхом визнання та забезпечення загальноцивілізаційних цінностей сучасної світової спільноти, серед яких права людини посідають одне з пріоритетних місць. Важливо відзначити, що процес цей складний, суперечливий, у багатьох випадках болісний, оскільки пов'язаний з ламанням стереотипів, які склалися на протязі багатьох десятиріч [4, с.15]. Адже система, заснована на ідеології марксизму-ленінізму, виявила свою повну нежиттєздатність та неспроможність, а проголошувані цією доктриною цінності виявилися декларованими: права людини було відкинута як продукт буржуазного суспільства, категорію, що не відповідає сутності людини як соціальної істоти. Наслідком такої "деіндивідуалізації" стало перетворення людини у своєрідний знеособлений гвинтик величезної державної машини. Сьогодні Україна, як незалежна держава, декларує у своїй Конституції та іншому законодавстві прагнення забезпечити захист прав людини. Проте одна справа задекларувати права людини, а інша – їх забезпечити. І, як свідчить міжнародний досвід, держави готові радше формально заявити про свою готовність дотримуватися прав людини, оскільки це безпосередньо пов'язано з міжнародним іміджем країни у світі, однак з меншим ентузіазмом ці норми реалізують на практиці. Для того, щоб особа, у випадку порушення прав, могла їх захистити, необхідно з ними ознайомитись і одним із шляхів ефективізації їх реалізації є викладання прав людини у навчальних закладах.

Серед науковців-юристів немає єдиної думки щодо низки питань у справі викладання курсу "Права людини". Передусім це стосується доцільності чи необхідності викладання цієї дисципліни, обсягу та змісту курсу, підходів до побудови навчального курсу, диференціації підходу до його викладання залежно від специфіки навчального закладу, проблем підготовки спеціалістів зазначеного профілю, ролі державних та недержавних організацій у цьому складному та неоднозначному процесі. Однак, поза всяким сумнівом, проблема викладання прав людини в Україні набула надзвичайної вагомості, оскільки українське суспільство є ще недостатньо поінформованим у галузі прав людини. Основна маса інтелігенції, не кажучи про інші соціальні верстви суспільства, не знає сутності прав людини, основних документів ООН, що торкаються прав людини, історії та досвіду боротьби за права людини, міжнародних механізмів, спрямованих на реалізацію цих прав. Викладання прав людини необхідне і з позицій посилення гуманізації системи освіти, підвищення правової культури. В галузі принципів освіти слід керуватися рекомендаціями ЮНЕСКО:

- однакове значення повинно надаватися всім правам людини, враховуючи універсальний та неподільний характер цих прав;
- необхідно постійно піклуватися про формування чіткого уявлення про тісний зв'язок між правами людини, світом та розвитком;
- освіта у галузі прав людини полягає головню у формуванні позицій терпимості та поваги у практиці реалізації прав людини.

У документах ЮНЕСКО закріплені погляди та знання, які необхідно розвивати у процесі вивчення і викладання прав людини і які стисло викладемо так:

- терпимість стосовно відмінностей у звичках, переконаннях, соціально-економічних та політичних системах;
- оцінка вкладу іноземців у важливі аспекти цивілізації;
- інтерес до мистецтва інших культур і визнання їх власної самоцінності;
- бажання співпрацювати з іноземцями з метою покласти кінець ворожнечі та нерозумінню, поважати права людини і підтримувати мир;
- бажання розглядати проблеми, з якими сьогодні стикаються народи, в глобальному та міжнародному плані, а не лише з національної точки зору;
- визнання того, що основні права людини сьогодні однакові для всіх.

Актуальність викладання прав людини зумовлюється також і позицією Організації Об'єднаних Націй, яка проголосила 1995–2005 роки десятиріччям викладання прав людини. Ухвалюючи таке рішення, ООН враховувала той факт, що більшість населення світу не знає своїх прав. До того ж до кінця XX ст.. проблема прав людини набула вже глобального, світового масштабу.

Однак, незважаючи на беззаперечність того, що викладання прав людини в Україні є більш ніж на часі, налагодження системи викладання цієї навчальної дисципліни стикається із значними труднощами. Зокрема, це стосується і викладання прав людини у вищих навчальних закладах. Першою ж, проте не останньою, є проблема забезпечення студентів необхідною літературою. Самоочевидно, що для налагодження повноцінної системи викладання прав людини у вищих навчальних закладах необхідно мати достатню кількість навчальної та методичної літератури. Брак відповідної навчальної літератури є складовою механізму гальмування у справі налагодження викладання прав людини.

Знання прав людини збагачує особистість, активно сприяє вихованню позитивних рис. (Так, наприклад, серед студентської молоді може бути сформована установка на неможливість будь-яких проявів дискримінації). Саме завдяки проголошенню і здійсненню прав і свобод людини забезпечується самобутність і унікальність особистості, повною мірою розкриваються і виявляються її творчі здібності і можливості, що має вирішальне значення для прискорення суспільного розвитку в цілому.

Сьогоднішній стан викладання прав людини у вищих навчальних закладах України, за даними нашого дослідження, не є належним. З вищих навчальних закладів третього-четвертого рівня акредитації права людини як окрему навчальну дисципліну викладають у Національній академії внутрішніх справ, Києво-Могилянській академії та Донецькому національному університеті. З вузів першого-другого рівня акредитації права людини викладають для студентів юридичного факультету Коледжу "Західноукраїнський колегіум". Щодо Львівського національного університету імені Івана Франка, то тут права людини як окрема навчальна дисципліна, на жаль, не викладаються. Щоправда на юридичному факультеті університету окремі блоки тем, які висвітлюють проблематику прав людини, читаються для студентів першого курсу у межах навчальної дисципліни "Теорія права та держави" та для магістрів у межах навчальної дисципліни "Філософія права". Висвітлюється проблематика прав людини і у процесі читання лекцій з навчальних дисциплін з курсів "Основи права України" та "Основи

конституційного права України" для студентів неюридичних спеціальностей університету. А проте кількість годин, яка відводиться згаданій проблемі, не може сприяти повному та ґрунтовному висвітленню "праволюднинної" тематики.

Досвід викладання прав людини в межах курсів "Основи права України" та "Основи конституційного права України" упродовж майже п'яти років дає підставу автору запропонованої статті зробити деякі висновки та узагальнення.

На нашу думку, передусім, назріла потреба запровадження прав людини як обов'язкової навчальної дисципліни на всіх спеціальностях у вищих навчальних закладах України. Як посттоталітарна держава Україна повинна інформувати своїх громадян про можливості захисту їхніх порушених прав. Вивчення прав людини у вузах має бути завершальним етапом своєрідної "праволюднинної драбини", оскільки починати вивчення прав людини слід ще зі шкільної лави, де дітей ознайомлюватимуть з їхніми правами.

По-друге, розробляючи навчальні плани та програми, необхідно брати до уваги специфіку не лише того чи іншого навчального закладу, але й особливості вікового складу аудиторії, спрямування професійного навчання тієї чи іншої спеціальності. Зокрема, слід враховувати усталену спеціалізацію факультетів. Наприклад, викладаючи права людини для студентів факультету журналістики, наголошувати треба на практиці реалізації права на свободу слова в Україні та інших пострадянських державах, порівнявши її з практикою захисту права на свободу слова у країнах, яких "соціалізм з людським обличчям" не торкнувся. Студентів історичного факультету, природно, більш цікавитиме історичний огляд становлення феномену прав людини; студентів економічного факультету цікавитимуть, мабуть, питання захисту авторських прав. Щодо викладання прав людини у спеціалізованих юридичних вузах, то важливо наголосити на основній відмінності у специфіці та методології викладання прав людини у юридичних вузах. Водночас обов'язково слід враховувати те, що головним напрямком роботи студентів зазначених вузів у майбутньому становитиме правозастосовча та правореалізаційна діяльність, тобто у своїй роботі вони керуватимуться як основним принципом аксіомою відновлення порушених прав, запобігання їх порушенням. Відтак видається за доцільне у зазначених вузах головну увагу приділяти не філософським, моральним аспектам феномену прав людини, а власне практико-прикладним, особливо це стосується навчальних закладів Міністерства внутрішніх справ, студенти яких повинні засвоювати курс прав людини як основної навчальної дисципліни.

Серед інших можливих проблем при викладанні прав людини у юридичних закладах як окремої навчальної дисципліни слід зазначити можливість дублювання деяких тем загального курсу прав людини та тем галузевих дисциплін. У першу чергу це стосується конституційного права, одним з блоків якого виступають інститут правового статусу людини і громадянина, тобто це вимагатиме особливої методології побудови курсу прав людини.

Однією з проблем, як уже зазначалось, виступає гостра нестача навчальної літератури, посібників з прав людини. Як один із виходів із такої ситуації можна запропонувати проведення всеукраїнського конкурсу на написання підручника з прав людини.

Наприкінці зауважимо, що, оскільки вже в одній із перших статей Конституції України (ст.3) встановлено, що права і свободи людини та їх гарантії визначають зміст і спрямованість діяльності держави, а утвердження і забезпечення прав і свобод

людини є її (держави) головним обов'язком [5], проблема прав людини завжди йде у взаємозв'язку із розвитком демократії. Суспільство не може бути демократичним, якщо його громадяни не мають чіткого уявлення про права і обов'язки людини, про закони, які регулюють відносини у певному суспільстві. Тому освіта в галузі прав людини повинна стати загальною і обов'язковою, перетворитися в складову навчального і виховного процесу у вищому навчальному закладі.

-
1. Нерсесянц В.С. Права человека в истории политической и правовой мысли (от древности до декларации 1789 г.)//Права человека в истории человечества и в современном мире. – М., 1989.
 2. Решетников Ф.М. Основные правовые системы современности. – М., 1992.
 3. Международная защита прав и свобод человека: Сборник документов. – М., – 1990.
 4. Буткевич В. Права людини в Україні // Політична думка. – 1993. – №1.
 5. Конституція України//Відомості Верховної Ради України. – 1996. – №30. – Ст.141.

ISSUES OF HUMAN RIGHTS TEACHING IN THE INSTITUTIONS OF HIGHER LEARNING

I. Pankevych

*Ivan Franko National University of Lviv,
Universitetska Str. 1, UA-79000 Lviv, Ukraine.
tel.(0322) 96-41-24 e-mail: ivan_pankevych@yahoo.com*

The article deals with the issues of human rights teaching in the institutions of higher learning. The author analyzes the human rights teaching experience in the Ukraine's institutions of higher learning. The article contains relevant conclusions worth paying attention to.

Key words: human rights, human rights teaching.

Стаття надійшла до редколегії 10.03.2003
Підписана до друку 30.10.2003

СИСТЕМА ПРАВ ГРОМАДЯН УКРАЇНИ У СФЕРІ ОХОРОНИ ЗДОРОВ'Я

І. Сенюта

*Львівський національний університет імені Івана Франка,
вул. Університетська, 1, 79000 Львів, Україна*

У статті розглядається система прав громадян у сфері охорони здоров'я. Автор роботи пропонує класифікацію прав для всебічного і повного їх аналізу і вивчення та виявлення прогалин та недосконалостей у правовому регулюванні охорони здоров'я в Україні. На основі аналізу усього комплексу прав, що мають громадяни у сфері охорони здоров'я, сформульовано визначення системи прав громадян у сфері охорони здоров'я.

Ключові слова: охорона здоров'я, права пацієнтів, право на охорону здоров'я, система прав громадян у сфері охорони здоров'я.

Права і свободи людини і громадянина, їх розвиток і реалізація є однією з одвічних проблем розвитку людства. Ці питання були актуальними і залишаються в авангарді проблем, що хвилюють дослідників нашого часу. Конституція України 1996 року нормативно забезпечила суверенну волю українського народу розвивати і зміцнювати демократичну, соціальну, правову державу, у якій права і свободи людини та їх гарантії визначають зміст і спрямованість діяльності держави. При цьому утвердження і забезпечення прав і свобод людини є головним обов'язком нашої держави. З-поміж великої кількості прав, які закріплені Основним Законом України, виділяються право на охорону здоров'я, що забезпечує фізичне існування та благополуччя людини і є гарантією для реалізації інших прав.

Охорона здоров'я – це загальний обов'язок та одне з найважливіших завдань держави і суспільства та один з пріоритетних напрямів державної діяльності. Здоров'я населення та його охорона як невід'ємна складова суспільного й державного життя є реальним і об'єктивним показником соціально-економічного і культурного розвитку та цивілізованості суспільства і держави. У третьому розділі Концепції національної безпеки України від 16 січня 1997 року закріплено основні можливості загрози національній безпеці України, серед яких визначено падіння рівня здоров'я населення, незадовільний стан системи його охорони [1]. Тому державна політика у цій сфері, що має виняткове соціальне значення, виходячи з пріоритетності національних інтересів, має бути спрямована на створення ефективної системи соціального захисту людини, підвищення рівня здоров'я населення, запобігання демографічній кризі, поліпшення якості життя і стану навколишнього природного середовища та реформування системи охорони здоров'я на сучасному етапі розвитку України.

Людина має численні права у сфері охорони здоров'я, яка є системою заходів, спрямованих на забезпечення збереження та розвитку фізіологічних і психологічних функцій людини. Ці права не закріплені в єдиному нормативному акті, не уніфіковані. Відтак є потреба у систематизації прав людини у сфері охорони здоров'я з метою повнішого і всебічного їх аналізу, а також для удосконалення механізмів їх практичної реалізації.

У статті поставлено за мету провести класифікацію прав у згаданій сфері та дати загальну характеристику, використовуючи законодавство України, міжнародні акти та праці вчених, що досліджували та продовжують вивчати одну з найважливіших, а проте недостатньо розроблених проблем у нашій державі – медичне право. У напрацюваннях, що торкаються систематизації, аналізу та характеристики прав громадян у сфері охорони здоров'я, спостерігається певна наукова та правова прогалина. Джерелами для нашого дослідження були праці М. Малесної, М. Малесна, С. Дюжикова, М. Бондаря, які запропонували класифікацію та загальну характеристику прав громадян у сфері охорони здоров'я. Загальним проблемам правового регулювання відносин у сфері охорони здоров'я були присвячені численні дослідження і нагромаджено певний науковий матеріал. Теоретичною основою статті також були праці, у яких висвітлено правовий статус пацієнтів і медичних працівників, етичні та правові аспекти їх взаємодії і взаємовідносин та інші питання у сфері охорони здоров'я. У працях В. Аكوпова, Є. Маслова, В. Попова, Н. Попової, В. Рикова, С. Вековшиніної, В. Кулініченка, Я. Драгонця, П. Холлендера та ін. досліджується ця проблема, розробляється відповідний науковий та практичний матеріал і закладається належний фундамент для подальшої розробки нормативно-правових актів у сфері охорони здоров'я.

Класифікувати права людини у сфері охорони здоров'я можна за різними критеріями. Наприклад, М. Бондар пропонує поділяти права у сфері охорони здоров'я за способом реалізації і захисту на індивідуальні (реалізуються і захищаються людиною самостійно) та колективні (реалізуються і захищаються населенням і органами державної влади і органами місцевого самоврядування спільно) [2, с.190–194]. М. Малесна окремо виділяє права пацієнтів, здійснює їх детальну характеристику та класифікує на основні (становлять основу правовідносин лікар (медичний заклад)-пацієнт), специфічні (закріплені за окремими категоріями громадян) та додаткові [3, с.6 – 7].

Спираючись на загальну класифікацію прав людини, враховуючи запропоновані у науці критерії класифікації прав громадян у сфері охорони здоров'я, зважаючи на специфіку цієї галузі, запропонуємо більш розгорнуту класифікацію прав у сфері охорони здоров'я, використовуючи додаткові критерії, яка сприятиме повному і детальному аналізу та виявленню особливостей цих прав. Пропонується поділ прав громадян у сфері охорони здоров'я, користуючись критерієм класифікації – суб'єкт реалізації – і виділимо *основні, спеціальні та особливі* права громадян у сфері охорони здоров'я.

Першу групу прав громадян у сфері охорони здоров'я становлять *основні*, що належать всім громадянам, закріплені Конституцією України, міжнародними актами, які містять норми, що спрямовані на розвиток людини, зміцнення здоров'я, захист від неправомірного посягання на здоров'я людини. Цю групу прав можна ще більш деталізувати з урахуванням того, що в Основному Законі України, у якому закріплено основні (конституційні) права і свободи, що становлять ядро правового статусу людини і громадянина та є фундаментом для інших прав, знайшли свою повну і всебічну реалізацію вимоги міжнародних стандартів з прав людини. Можна поділити основні права, виходячи з рівня нормативного закріплення, а саме:

- 1) права, що закріплені на конституційному рівні, до яких відносимо право на життя (ст.27 КУ), право на повагу до гідності (ст.28 КУ), право на особисту недоторканність (ст.29 КУ), заборона збирати, зберігати, використовувати та

поширювати конфіденційну інформацію про особу без її згоди (ст.32 КУ), право на достатній життєвий рівень для себе і своєї сім'ї (ст.48 КУ), захист материнства і дитинства (ст.51 КУ) та інші [4];

- 2) права, що закріплені на міжнародному рівні, до яких відносимо право на життя і особисту недоторканність (ст.3 Загальної Декларації прав людини 1948 р., ст.6 Міжнародного пакту про громадянські і політичні права 1966 р.), заборона тортур, жорстокого, нелюдського поводження (ст.5 Загальної Декларації прав людини 1948 р., ст.37 Конвенції про права дитини 1989 р., ст.7 Міжнародного пакту про громадянські і політичні права 1966 р.), охорона материнства і дитинства (ст.10 Міжнародного пакту про економічні, культурні і соціальні права 1966 р.), право на достатній життєвий рівень, що включає достатнє харчування, одяг і житло (ст.25 Загальної Декларації прав людини 1948 р., ст.11 Міжнародного пакту про економічні, культурні і соціальні права 1966 р., ст.27 Конвенції про права дитини 1989 р.) та інші [5].

Зазначений поділ лише ще раз наголосив і підтвердив те, що творці Конституції України 1996 року, розробляючи другий розділ "Права, свободи і обов'язки людини і громадянина", врахували усі кращі здобутки міжнародного співтовариства у сфері прав людини і на найвищому (конституційному) рівні закріпили й гарантували права та свободи людини і громадянина, проголошені міжнародними документами про права людини. Ці права становлять основу для інших прав у сфері охорони здоров'я, що закріплюються в інших нормативно-правових актах. Саме з цього ядра прав, що входять до системи прав громадян у сфері охорони здоров'я, випливають права пацієнтів, правила відносин з пацієнтами та організація усієї системи охорони здоров'я України.

Другу групу прав становлять *спеціальні* права громадян у сфері охорони здоров'я, які набувають усі, хто звернувся за медичною допомогою чи консультацією до закладів охорони здоров'я. У цьому випадку громадянин набуває статусу "пацієнта" та стає суб'єктом специфічних відносин. Права пацієнтів не згруповані в одному джерелі права, а розкидані по різних нормативних актах, як правило, відомчого характеру. Але усі акти, що закріплюють права таких суб'єктів, повинні відповідати Конституції України і впливати з конституційно-правових основ регулювання й гарантування прав та свобод людини (ч.4 Преамбули Конституції України, ст.3 КУ, розділ 2 КУ).

Найповніша регламентація прав громадян у сфері охорони здоров'я, у тому числі і прав пацієнтів, міститься в Основах законодавства України про охорону здоров'я 1992 р. (далі Основи), так званій декларації прав громадян у сфері охорони здоров'я. У "преамбулі" Основ закріплено положення, що кожна людина має природне невід'ємне і непорушне право на охорону здоров'я. У ч.1 ст.6 Основ закріплено зміст права на охорону здоров'я, а у ч.2 ст.6 Основ зазначено, що законодавством може бути визначено й інші права громадян у галузі охорони здоров'я [6].

У п."д" ст.6 Основ законодавства України про охорону здоров'я закріплено право громадян на медико-санітарну допомогу, яке реалізується виходячи з принципів охорони здоров'я (ст.4 Основ) та гарантій для реалізації прав у сфері охорони здоров'я (ст.7 Основ). У разі звернення громадянина за медико-санітарною допомогою він набуває, як зазначено вище, статусу пацієнта і має права, що пов'язані із специфікою його статусу. Аналізуючи Основи, зауважимо, що цей акт не містить статті, яка б чітко визначала права громадян у разі їх звернення за медичною

допомогою. Права пацієнтів "розкидані" по п'ятому розділі, частково закріплені у ст.6 Основ. Наше законодавство у сфері охорони здоров'я, зокрема щодо прав пацієнтів, потребує негайних доповнень, як шляхом внесення змін і доповнень до Основ через чітке визначення прав пацієнтів та розширення їх каталогу, так і через прийняття спеціалізованих актів, а саме Медичного кодексу України, Закону України про права пацієнтів, проект якого вже розроблено в Україні, у яких би закріплювались права пацієнтів і передбачались гарантії їхньої реалізації. Для прикладу, звернемо увагу на ст.30 Основ законодавства Російської Федерації про охорону здоров'я громадян, що містить визначений перелік прав пацієнтів, які всебічно і повно враховують їхні інтереси і специфіку статусу таких суб'єктів [7].

Отже, пацієнт в Україні має право на:

- 1) вільний вибір лікаря та лікувального закладу;
- 2) вимогу про заміну лікаря;
- 3) лікування за кордоном у разі неможливості надання такої допомоги у закладах охорони здоров'я України;
- 4) достовірну і своєчасну інформацію про стан свого здоров'я;
- 5) ознайомлення з історією своєї хвороби та іншими документами, що можуть слугувати для подальшого лікування;
- 6) інформовану згоду на медичне втручання;
- 7) відмову від лікування;
- 8) повну інформованість і добровільну згоду на медико-біологічний експеримент;
- 9) лікарську таємницю, що впливає з обов'язку медичних працівників та інших осіб, яким стало відомо про хворобу, медичне обстеження, огляд та їх результати, інтимну і сімейну сторону життя громадянина не розголошувати ці відомості;
- 10) трансплантацію органів та інших анатомічних матеріалів як на спеціальний метод лікування;
- 11) штучне запліднення та імплантацію ембріона;
- 12) застосування методів стерилізації;
- 13) добровільне штучне переривання вагітності;
- 14) зміну (корекцію) статевої належності;
- 15) відшкодування заподіяної здоров'ю шкоди;
- 16) правовий захист від будь-яких незаконних форм дискримінації, пов'язаних із станом здоров'я;
- 17) незалежну медичну експертизу;
- 18) оскарження неправомірних рішень і дій працівників, закладів та органів охорони здоров'я.

Перелік прав пацієнтів, що міститься в Основах, не є вичерпним, оскільки їх деталізація і конкретизація знаходить свій вияв в інших нормативно-правових актах. Для більш чіткого розуміння цього статусу, поглибленого аналізу цієї групи прав запропонуємо класифікацію, яка б допомогла деталізувати права пацієнтів. Пропонуємо здійснити поділ цих прав за критерієм – суб'єкт реалізації – на *загальні, окремі та додаткові*.

До *загальних* відносимо права, що належать усім пацієнтам, зокрема право на кваліфіковану медичну допомогу, право на лікарську таємницю, право на медичну

інформацію та інші. *Окремими* є ті права, що закріплені за окремими категоріями пацієнтів, а саме – право на медико-біологічний експеримент, право на корекцію статевої належності, на стерилізацію та інші. *Додатковими* визначаємо право на зберігання речей пацієнта, право на харчування, право на належні побутові умови у стаціонарних закладах, право на створення умов для відправлення релігійних обрядів та ін.

Проаналізувавши каталог прав пацієнтів, звертаємо увагу на прогалини, що містяться у цьому аспекті правового регулювання охорони здоров'я та декларативність багатьох прав пацієнтів.

Третю групу становлять права, притаманні окремим категоріям громадян, особливі ознаки яких визначають назву *особлива група*. Законодавець до таких особливих ознак відносить вік, стан здоров'я, заняття певними видами діяльності, проживання у визначених районах та ін. Стаття 31 Основ передбачає обов'язкові медичні огляди для неповнолітніх, вагітних жінок, працівників підприємств з шкідливими і небезпечними умовами праці, військовослужбовців та осіб, професійна діяльність яких пов'язана з обслуговуванням населення або підвищеною небезпечкою для оточуючих. У ст.70 Основ закріплюється право призовників, військовослужбовців та військовозобов'язаних на військово-лікарську експертизу, яка визначає придатність до військової служби, необхідність і умови застосування медико-соціальної реабілітації та допомоги військовослужбовцям. На розвиток конституційної норми, що передбачає охорону материнства, дитинства, батьківства, сім'ї з боку держави (ч.3 ст.51 КУ) Основи містять положення про охорону і заохочення державою материнства, закріплюють гарантії забезпечення охорони здоров'я матері і дитини, окремо визначено права вагітних жінок.

Основи регламентують права й інших категорій громадян (неповнолітніх, інвалідів), але не визначають права сім'ї, осіб похилого віку, ув'язнених, затриманих та ін. Крім того, привертаємо увагу на "розмитість" структури нормативних актів, які визначають права громадян у сфері охорони здоров'я загалом і, зокрема, прав окремих категорій громадян. Так розділ 5 Основ законодавства РФ про охорону здоров'я громадян міститься перелік прав окремих категорій населення у сфері охорони здоров'я, де в окремих статтях регулюються права по кожній з категорій.

Відтак громадяни мають численні права у сфері охорони здоров'я, які можна класифікувати за різними критеріями для повнішого і детальнішого їх аналізу і вивчення, конкретизації та виділення особливостей прав пацієнтів і прав окремих категорій громадян. Така систематизація дасть змогу виявити й недоліки чинного законодавства, яке містить прогалини, декларативні норми, не завжди дієві гарантії для реалізації прав у сфері охорони здоров'я. Є також невідкладна потреба у прийнятті нових актів, які б розширили каталог прав громадян у сфері охорони здоров'я, закріпили належні механізми для їхньої реалізації. Отже, *системою прав громадян у сфері охорони здоров'я* є закріплена і гарантована Конституцією і законами України, визначена міжнародними актами взаємозв'язана і взаємозалежна сукупність можливостей на використання усіх заходів, які спрямовані на збереження та розвиток або відновлення стану повного фізичного, душевного і соціального благополуччя та відшкодування заподіяної здоров'ю шкоди.

1. Постанова Верховної Ради України про Концепцію (основи державної політики) національної безпеки України від 16 січня 1997 року // Відомості Верховної Ради України. – 1997. – №3.
2. Бондарь Н.С. Права человека и местное самоуправление в РФ. – Ростов н/Дону: Ростов. ун-т, 1998. – 382 с.
3. Малеин Н., Малеина М. Закон и охрана здоровья граждан. – М.: Знание, 1986. – 64 с.
4. Конституція України. Прийнята на п'ятій сесії Верховної Ради України 28 червня 1996 року. – К., 1996.
5. Права людини. Міжнародні договори України, декларації, документи / Упоряд. Ю Качуренко. – 2-е вид. – К.: Юрінформ, 1992.
6. Основи законодавства України про охорону здоров'я від 19 листопада 1992 року // Відомості Верховної Ради України. – 1993. – №4.
7. Основы законодательства РФ об охране здоровья граждан от 22 июля 1993 года (в ред. от 2 марта 1998 г.) // Правовые основы медицинской деятельности: Справочно-информационное пособие. – СПб.: Изд-во "Деан", 1993.

THE SYSTEM OF CITIZENS' RIGHTS IN THE SPHERE OF HEALTH PROTECTION

I. Seniuta

*Ivan Franko National University of Lviv,
Universytetska Str. 1, UA-79000 Lviv, Ukraine*

In this article the system of citizens' rights in the sphere of health protection is elucidated. The author proposes a classification of rights for their thorough and complete analysis, reveal and study of legal gaps and defects in legal regulation of health protection in Ukraine. In this article the author, on the grounds of analysis of the whole scope of the citizens' rights in the sphere of health protection, formulates a definition of the system of citizens' rights in the sphere of health protection.

Key words: health protection, patients' rights, right to health care, system of citizens' rights in the sphere of health protection.

Стаття надійшла до редколегії 2.04.2003
Підписана до друку 30.10.2003

ЗАГАЛЬНА ТЕОРІЯ ДЕРЖАВИ І ПРАВА

ОСОБЛИВОСТІ ДІЇ МІЖНАРОДНИХ ДОГОВОРІВ НА ТЕРИТОРІЇ ДЕРЖАВИ

Н. Раданович

*Львівський національний університет імені Івана Франка
бул. Університетська, 1, 79000 Львів, Україна*

У статті досліджується характер дії міжнародних договорів, зокрема тих, що стосуються прав людини. Простежується залежність такої дії від обраної державою концепції співвідношення міжнародного права і національного. Аналізуються основні міжнародно-правові акти про права людини щодо їх самовиконуваності.

Ключові слова: самовиконуваний міжнародний договір, несамовиконуваний міжнародний договір, міжнародний договір, що потребує національної імплементації, адаптація міжнародно-правових норм.

Однією з важливих проблем, яку необхідно вирішувати в процесі національної імплементаційної діяльності держави, є встановлення характеру дії міжнародного договору, тобто з'ясування самовиконуваним чи несамовиконуваним є такий договір. Важливість вирішення цієї проблеми в рамках національної правової системи не викликає сумнівів, оскільки йдеться про:

а) врегулювання правових відносин у державі не самою лише державою, а міжнародною спільнотою (і тому розв'язання поставленої проблеми самовиконуваності міжнародного договору є віддзеркаленням того, наскільки комплексно держава підходить до реалізації принципів міжнародного права, зокрема принципу добросовісного виконання міжнародних зобов'язань);

б) втручання в таку делікатну сферу суспільного життя, як права людини (оскільки саме міжнародні договори з цих питань звернені до виконання передусім національними суб'єктами права).

Вирішення цієї проблеми пов'язане із визначенням обсягу імплементаційної діяльності держави, із подальшим запуском, налагодженням механізму, який належним чином приведе в дію міжнародний договір, забезпечить його виконання.

Досліджували дію міжнародних договорів Я. Броунлі, Г.М. Даниленко, В.Н. Денисов, В.І. Євінтов, С.Л. Зівс, В.А. Карташкін, І.І. Лукашук, С.Ю. Марочкін, О.Я. Прагнюк, В.С. Семенов, А.Н. Талалаєв. Аналіз праць цих авторів дає підставу вважати недостатньо з'ясованими питання:

- залежності характеру дії міжнародного договору від обраної державою концепції співвідношення міжнародного права і національного;
- повноважень держави щодо вирішення питання про самовиконуваність міжнародних договорів.

У статті зроблено спробу запропонувати своє бачення вирішення означених питань.

Відомо, що національна імплементація міжнародних договорів залежить від обраної державою концепції співвідношення міжнародного і національного права. Отже, якщо за методологічну базу національної імплементації міжнародних договорів про права людини прийняти взаємодію міжнародного і національного права, то цим презюмується пряма (безпосередня) або опосередкована дія норм означених договорів.

Водночас зауважимо, що на відміну від моністичної концепції примату міжнародного права над національним при "взаємодії" безпосередня дія міжнародно-правових норм матиме свою специфіку:

- 1) така дія "санкціонується" у кожному конкретному випадку шляхом висловлення державою згоди на обов'язковість для неї конкретного договору;
- 2) їй передують волевиявлення національного суб'єкта права, який ухвалює рішення про самовиконуваність норми міжнародного договору;
- 3) ця дія виявляється в рамках національного правопорядку, а не поза ним.

У такому контексті, мабуть, виправданим буде говорити про безпосередню дію у державі міжнародно-правових норм.

Примат же міжнародного права передбачає безпосередню його дію попри національного права, передумовою для якої є загальний постулат про пріоритетне застосування міжнародного права у разі розбіжності його правил з приписами національного права. Таку позицію займає, зокрема, і В.І. Євінтов [1, с.27].

Гадаємо, цілком слушно зауважує І.І. Лукашук щодо ситуації в Росії, стверджуючи, що не може бути жодної мови про пряме застосування міжнародно-правових норм, тобто попри національної правової системи, "оскільки норми міжнародного права включаються Конституцією в правову систему держави, вони діють як частина цієї системи, застосовуються відповідно до її цілей і принципів, а також у встановленому нею процесуальному порядку [2, с.61]".

Такої ж позиції дотримується і В.Н. Денисов, який, зокрема, зазначає, що "взаємодія міжнародного і внутрішнього права з практичної точки зору вимагає засвоєння норм міжнародного права в такий спосіб, щоб вони могли практично застосовуватися у правовій системі держави і насамперед у необхідних випадках національними судами, і що сама ідеологія міжнародного права не пов'язує пріоритет міжнародного права і його безпосередню дію, вважаючи такий підхід ірраціональним [3, с.95]" (це свідчить про те, що позиція беззаперечного примату міжнародного права над внутрішнім все-таки потребує деякого переосмислення). Цю позицію підтримує і Я. Броунлі [4, с.35].

Наведені міркування представників науки міжнародного права, навіть тих, котрі схиляються до примату міжнародних договорів, свідчать про необхідність адаптації міжнародно-правових норм. Але оскільки з адаптацією дуже часто ототожнюють саму імплементацію, то варто наголосити, що в даному випадку *під адаптацією розуміється перевірка на безпосередність дії в національному праві міжнародно-правової норми (тобто перевірка на самовиконуваність)* і вже в разі несамовиконуваності вжиття необхідних засобів для забезпечення її дії.

Доцільно навести деякі з форм безпосереднього застосування положень міжнародного права у державі, досліджувані В.С. Семеновим та О.Я. Прагнюк:

- 1) самостійне застосування міжнародного договору та інших джерел міжнародного права (без прямої участі норм національного законодавства, але не поза сферою їхнього впливу);

- 2) спільне застосування норм міжнародного договору і споріднених норм національного законодавства;
- 3) пріоритетне застосування норм міжнародного права замість норм національного [5, с.15].

Виділення таких форм безпосередньої дії буде повністю обґрунтованим, проте, як видається, лише за умови, що відповідні норми міжнародних договорів є самовиконуваними.

У загальній теорії держави і права досліджував цю проблему С.Л. Зівс. Не підтримуючи спробу теоретично зрівняти джерела міжнародного і внутрішньодержавного права та довести нібито існуючий "прямий перехід" джерела однієї системи в іншу, він заперечує безпосередню дію міжнародно-правових норм у національному правовому полі і обстоює теорію трансформації. "Трансформація потрібна тоді, – пише автор, – коли необхідне перетворення міжнародно-правової норми, яка зобов'язує або може зобов'язати тільки держави, в норму національного права, що регулює відносини між такими суб'єктами, як юридичні особи, посадові особи, громадяни [6, с.224]".

Отже, теза про можливість прямої дії норм міжнародного права не набула особливої підтримки серед науковців, не підтвердилась вона і на практиці. В результаті досліджень, проведених з приводу самовиконуваності таких важливих міжнародних актів, як Загальна декларація прав людини (1948), Міжнародний Пакт про економічні, соціальні і культурні права людини (1966), вчені дійшли висновку, що вважати самовиконуваними такі акти немає підстав.

Зокрема, в преамбулі Загальної декларації говориться, що вона має розглядатися "як завдання, до якого повинні прагнути всі народи і держави".

Відсутність чітких юридичних зобов'язань (адже Декларацію вважають політико-правовим документом і тому говорити про юридичні зобов'язання буде виправданим), якими повинні керуватися суб'єкти національного права, вказує на несамовиконуваність норм Декларації. "Держави, – зазначає Г.М. Даниленко, – прийняли певні загальні зобов'язання на міжнародному рівні, проте їх конкретне втілення залежить від національно-правових заходів, тобто розвитку національного законодавства" [7, с.67]. Безумовно, посилення на національне законодавство у даній ситуації унеможливує пряму дію проголошених норм у національному правопорядку. Відповідно норми Декларації не можуть розглядатися як самовиконувані.

До аналогічного висновку приходимо, аналізуючи Пакт про економічні, соціальні і культурні права, п.1 ст.2 якого проголошує, що держави "зобов'язуються вжити в максимальних межах ресурсів, якими вони наділені, заходів для того, щоб поступово забезпечити повне здійснення визнаних у даному Пакті прав усіма належними способами, включаючи, зокрема, вжиття законодавчих заходів". Програмна спрямованість на майбутнє, неконкретний або "м'який" характер зобов'язань, що їх держави беруть на себе, а також відсилання до національного законодавства як способу їх здійснення означає несамовиконуваність норм, які містяться в Пакті.

Варто зазначити, що стосовно самовиконуваності Пакту про громадянські і політичні права теж є сумніви, оскільки сам він (Пакт) допускає можливість неготовності держави до реалізації передбачених ним прав. Так, у п.1,2 ст.2 йдеться про те, що держава зобов'язалася поважати і забезпечувати права, визнані Пактом. А якщо це ще не гарантовано існуючими законодавчими та іншими заходами, то кожна

держава, яка є учасницею даного Пакту, зобов'язується вжити необхідних заходів відповідно до своїх конституційних процедур і положень цього Пакту.

Згадана стаття Пакту особливо характерно відображає взаємодію міжнародного права з національним. Адже, з одного боку, держава зобов'язується вжити всіх заходів для забезпечення визнаних Пактом прав, а з іншого – такі заходи мають бути проведені відповідно не тільки до положень Пакту, а й до конституційних процедур (причому в статті спочатку йдеться про відповідність до конституційних процедур держави і вже потім про відповідність вживаних заходів до положень Пакту). Отже, сам Пакт передбачає лише зобов'язання забезпечити визнані ним права, а конкретні заходи такого забезпечення повинна визначити сама держава.

Розглянемо під цим кутом зору і деякі статті Конвенції про захист основних прав і свобод людини (далі – Конвенція). Зокрема, ст.1 акта проголошує, що "Високі Договірні Сторони гарантують кожній людині, яка перебуває під їхньою юрисдикцією, права і свободи, визначені розділом I цієї Конвенції".

Отже, загальної вказівки на необхідність вжиття певних імплементаційних заходів для реалізації положень Конвенції, як бачимо, немає. Тоді, мабуть, для вирішення цього питання необхідна "національна ініціатива". Для прикладу наведемо деякі статті, з тим щоб простежити, чи потрібне для реалізації Конвенції вжиття додаткових заходів.

Так у ч.2 ст.7 зазначено, що Конвенція "не виключає судового розгляду і покарання будь-якої людини за будь-які дії або бездіяльність, які на час їх вчинення становили кримінальний злочин згідно із загальними принципами права, визнаними цивілізованими націями".

Не вдаючись у дослідження таких принципів, зауважимо, що, згідно з Кримінальним Кодексом України (далі – КК), підставою для притягнення особи до відповідальності і призначення їй покарання є кримінальний закон (ст.2 КК). Очевидно, що ч.2 ст.7 Конвенції і ст.2 КК є невідповідними. Своєю чергою ч.2 ст.58 Конституції України встановлює, що "ніхто не може відповідати за діяння, які на час їх вчинення не визнавалися законом як правопорушення". Отже, Основний Закон теж визнає підставою відповідальності (в тому числі й кримінальної) лише закон, не згадуючи з цього приводу про загальні принципи права. У Конвенції йдеться саме про підстави кримінальної відповідальності, а відсутність у національному праві визначення загальних принципів права, визнаних цивілізованими націями, навіть якщо розуміти їх як загальновизнані принципи і норми міжнародного права, що пропонує А.Н. Талалаєв [8, с.65], а також відсутність вказівки про додаткові підстави кримінальної відповідальності, згідно з цими принципами, дає підставу вважати несамовиконуваною у цій частині ст.7 Конвенції. Без перебільшення можна стверджувати, що несамовиконуваними є і деякі інші статті Конвенції.

Отож навіть на підставі такого поверхового аналізу самовиконуваності норм Міжнародних Пактів про права людини (1966) та Конвенції можна говорити про варіанти, коли:

- міжнародно-правовий договір сам зобов'язує до вжиття певних (на розсуд держави) імплементаційних заходів для реалізації його положень, якщо вони, звичайно, ще не вжиті (міжнародні Пакти);
- міжнародний договір таких загальних вказівок про вжиття імплементаційних заходів не містить.

Чи свідчать такі вказівки автоматично про несамовиконуваність міжнародного договору? Гадаємо, що ні. Адже в ході його реалізації (чи, наприклад, в процесі його попередньої правової експертизи) держава встановлює, чи здатні її правові механізми забезпечити таку реалізацію, тобто держава щодо себе самостійно вирішує питання самовиконуваності міжнародного договору. Для одних країн прийняття відповідних законодавчих актів (чи вжиття інших заходів) є необхідним, для інших – ні. Тому така загальна вказівка, вміщена у Пактах, не говорить автоматично про несамовиконуваність міжнародного договору. Це дає підставу не погодитись із викладеними вище аргументами Г.М. Даниленка, висловленими ним на користь "несамовиконуваності".

Отже, однією із очевидних передумов встановлення самовиконуваності міжнародного договору є те, що рішення про "самовиконуваність" приймає сама держава. Аналогічною є позиція і В.А. Карташкіна, який зауважує, що "при виконанні своїх міжнародних зобов'язань кожна держава повинна відповісти на деякі запитання, одним з яких є таке: чи є міжнародні угоди самовиконуваними, тобто чи сформульовані їхні положення настільки чітко й однозначно, що не потребують для реалізації видання відповідних внутрішньодержавних актів" [9, с.12]. Зі слів автора видно, що держава сама вирішує, наскільки норма міжнародного акта є самовиконуваною.

Дещо протилежні думки висловлює І.І. Лукашук, який, аналізуючи на предмет самовиконуваності законодавство Російської Федерації, доходить висновку, що "питання безпосередньої застосовуваності договірних положень є питанням договірного права більшою мірою, аніж права державного, хоча це не виключає залучення для вирішення даного питання у конкретному випадку і національного права" [10, с.22]. Національне право визнає загальний порядок внутрішньодержавного застосування міжнародних договорів. Що ж до питання застосовуваності конкретного договору, його положень, то все залежить від їхнього змісту, тобто від договірного права.

У зв'язку з цим виникає ще одне важливе запитання: чи можна ототожнювати несамовиконувані міжнародні договори і міжнародні договори, які потребують національної імплементації?

Важливість вирішення цієї проблеми зумовлюється тим, що коли несамовиконувані міжнародні договори вважати міжнародними договорами, які потребують національної імплементації, то це означатиме, що встановлення самовиконуваності (несамовиконуваності) міжнародного договору все-таки не є питанням переважно договірного права. Спробуємо з'ясувати це на прикладах.

Стаття 1 Протоколу №6 (про скасування смертної кари) встановлює: "Смертна кара скасовується. Ніхто не може бути засуджений до смертної кари або страчений". Враховуючи ознаки самовиконуваності норм міжнародного договору, запропоновані С.Ю. Марочкіним, можна сказати, що дана норма є самовиконуваною, оскільки вона: 1) містить загальну вказівку про те, що її можна застосовувати у сфері національного права; 2) адресована до фізичних, юридичних осіб та органів держави; 3) є детальною (висловлена в чіткій і ясній формі і не потребує для свого виконання відповідних внутрішньодержавних актів) [11, с.159], для неї достатньо загального порядку застосування, передбаченого національним правом. Україна, ратифікувавши цей Протокол, згідно зі ст.9 Конституції та ст.17 Закону "Про міжнародні договори України", повинна застосовувати цю норму без будь-яких національних імплементаційних актів (оскільки вона є частиною національного законодавства,

застосовується в порядку, передбаченому для його норм, і в разі розбіжності з положеннями національного права саме за нею зберігається пріоритет).

А от ч.2 ст.8 Конвенції, що стосується права на повагу до особистого й сімейного життя людини, житла і таємниці голосування та обмежень, які можуть накладатися державою на здійснення цього права, не є детальною і потребує додаткових імплементаційних заходів, оскільки, по-перше, зміст цього права розкривається у низці рішень Суду, що не є джерелами права України і без яких звужується сфера реалізації цієї норми. По-друге, такі конвенційні обмеження, як, зокрема: "згідно із законом та у випадках, необхідних у демократичному суспільстві в інтересах національної і громадської безпеки або економічного добробуту країни, з метою запобігання заворушенням і злочинам, для захисту здоров'я або моралі чи з метою захисту прав і свобод інших людей", – повинні бути визначені державою за умови, що національні суди самі не візьмуть на себе відповідальність щодо встановлення згаданих обмежень у разі застосування цієї норми Конвенції.

Отже, ця стаття потребує національних імплементаційних заходів, які частково визначатимуться міжнародним правом (рішеннями Суду) щодо змісту права на повагу до особистого і сімейного життя, та частково – національним правом, що стосується встановлення обмежень для втручання держави у здійснення даного права.

Проте усе це пов'язано з, так би мовити, змістовним аспектом вирішення питання про самовиконуваність міжнародного договору. Однак є ще аспект "процедурний". Як зазначає С.Ю. Марочкін, додатковою ознакою, яка підтверджує самовиконуваність норми, є наявність у міжнародному або внутрішньому праві супроводжуючого її механізму реалізації [11, с.159]. Відповідно, можна говорити, що *самовиконуваність міжнародного договору має два аспекти:*

- змістовний ("що виконувати", а це переважно залежить від міжнародного права);
- процедурний ("як виконувати", що більшою мірою пов'язано з правом національним).

Оскільки і в разі "змістовного" вирішення питання про самовиконуваність міжнародного договору, і в результаті "процедурного" приймається внутрішньодержавний акт, це свідчить про перебіг правотворчого процесу, зокрема імплементаційного. Отже, *несамовиконуваний договір – це договір, який потребує національної імплементації*. Але при цьому національна імплементація залежить від договірного права настільки ж, як і від національного.

В результаті проведеного дослідження ми дійшли певних висновків. Характер дії міжнародного договору визначається обраною державою концепцією співвідношення міжнародного права і національного. Зокрема, примат міжнародного права передбачає безпосередню дію міжнародно-правових норм, помимо національного права, передумовою для якої є загальний постулат про пріоритетне застосування міжнародного права у разі розбіжності його правил з приписами національного права. А якщо за методологічну базу національної імплементації міжнародних договорів про права людини прийняти взаємодію міжнародного і національного права, то цим презюмується пряма (безпосередня) або опосередкована дія означених договорів, притім пряма дія міжнародно-правових норм матиме свою специфіку.

Аналіз норм основних міжнародних договорів про права людини та практики їх застосування судами держав дає підставу стверджувати, що такі норми дуже рідко

визнаються державою самовиконуваними. При цьому самовиконуваність міжнародного договору матиме два аспекти: змістовний (який залежить від міжнародного права) і процедурний (пов'язаний із правом національним), що дає можливість визначити компетенцію держави стосовно питання встановлення самовиконуваності міжнародного договору.

Звичайно колом розглянутих питань не вичерпується означена проблематика. Її подальше дослідження, як видається, може розвиватися в напрямі з'ясування основних визначальних критеріїв встановлення самовиконуваності міжнародних договорів.

1. Свінтов В.І. Пряме застосування міжнародних стандартів прав людини (Коментар до ст.9 Конституції України)// Укр. часопис прав людини. – 1998. – №1. – С.26-28.
2. Лукашук И.И. Международное право. Общая часть. – М.: БЕК, 1998. – 371.
3. Денисов В.Н. Коллизионные вопросы применения международного права во внутреннем праве// Матеріали міжнародної науково-практичної конференції "Колізії у законодавстві України: проблеми теорії і практики". – К., 1996. – С.95-97.
4. Броунли Я. Международное право. В 2 кн. М.: Прогресс, 1977. – Кн.1. –535с.
5. Семенов В.С., Прагнюк О.Я. Міжнародно-правові аспекти Конституції України. –К. - 1997. -87 с.
6. Зивс. С.Л. Источники права. – М.: Наука, 1981. – 240 с.
7. Даниленко.Г.М. Применение международного права во внутренней правовой системе России: практика Конституционного Суда / Государство и право. -1995. -№11. – С.23-34.
8. Талалаев А.Н. Два вопроса международного права в связи с Конституцией РФ // Государство и право. –1998. – №3. – С.64-70.
9. Карташкин В.А. Права человека в международном и внутригосударственном праве. – М., 1995. – 133 с.
10. Международные нормы о правах человека и применение их судами Российской Федерации (практическое пособие). –М.: Права человека, 1996. – 432с.
11. Марочкин С.Ю. Действие норм международного права в правовой системе Российской Федерации. – Тюмень, 1998. – 200 с.

THE PECULIARITIES OF THE INTERNATIONAL TREATIES OPERATION WITHIN THE TERRITORY OF THE STATE

N. Radanovych

*Ivan Franko National University of Lviv
Universytetska Str., 1, UA-79000, Lviv, Ukraine*

The article deals with the analysis of the international treaties operation, specifically human rights treaties operation. The dependence of such operation on the conception of the international and domestic law correlation chosen by the state is examined. The author analyses fundamental international human rights acts in the view of their self-execution.

Key-words: self-executing international treaty, non-self-executing international treaty, international treaty requiring national implementation, adaptation of international legal rules.

Стаття надійшла до редколегії 25.02.2003

Підписана до друку 30.10.2003

ДЕТЕРМІНАНТИ ПРАВОЗАСТОСУВАЛЬНОГО РОЗСУДУ

М. Рісний

*Львівський національний університет імені Івана Франка,
вул. Університетська, 1, 79000 Львів, Україна*

Стаття присвячена дослідженню проблеми детермінації правозастосувального розсуду. В обіг введено низку понять, зокрема: детермінанти правозастосувального розсуду, його межі, критерії, фактори. Увага акцентується на різноманітній природі детермінант правозастосувального розсуду, окремі з яких є правовими феноменами, а інші належать до числа неправових явищ.

Ключові слова: правозастосувальний розсуд, детермінанти правозастосувального розсуду, межі, критерії, фактори.

Однією з найактуальніших проблем сучасного правозастосування є проблема розсуду суб'єктів, які уповноважені впроваджувати у життя юридичні норми. Особливу увагу привертає питання оптимізації меж такого розсуду з тим, щоб, з одного боку, кваліфікований та добросовісний правозастосувач мав якомога ширші можливості щодо максимального врахування під час застосування юридичних норм обставин конкретної справи, а з іншого – некваліфікований чи недобросовісний суб'єкт правозастосування не міг неналежно реалізовувати або зловживати наданим йому розсудом.

Досліджувана проблема є комплексною за характером, тому, розглядаючи її умовно виділимо декілька аспектів.

- 1) У розвитку чинного законодавства України та міжнародно-правових актів останнім часом простежуються тенденції, які свідчать про збільшення кількості правових положень із відносно визначеним змістом. Все це зумовлює розширення переліку ситуацій, в яких правозастосувальні суб'єкти користуються розсудом, а також розширення самого обсягу такого розсуду. У зв'язку з цим важливо визначити ті напрями (галузі) правового регулювання, де надання суб'єктам правозастосування більшого розсуду сприятиме підвищенню якості та ефективності правового регулювання, а також вказати на суспільні відносини, щодо яких розширення "розсудових" повноважень відповідних правозастосувальних суб'єктів є небажаним.
- 2) Відсутність ґрунтовних загальнотеоретичних досліджень проблеми розсуду у правозастосуванні, а також певна недосконалість як національного законодавства, так і окремих міжнародно-правових актів, породжують ситуацію, коли делегований правовими нормами розсуд реалізується радше інтуїтивно, аніж із врахуванням науково-обґрунтованих положень. Це, зокрема, яскраво виявляється у питаннях встановлення взаємного порівняльного значення різноманітних критеріїв розсуду, коли одні з них "схиляють" правозастосувального суб'єкта до ухвалення більш "м'якого", а інші, навпаки, – "жорсткішого" рішення. Переважно на інтуїтивному рівні при реалізації суб'єктом правозастосування належного йому розсуду враховуються і різноманітні обставини суспільного життя, які хоч прямо не передбачені правовими положеннями, однак справляють відомий вплив на обрання одного з дозволених законом варіантів рішення.

Вирішення згаданої проблеми можливе лише за умови "конструювання" ефективного механізму детермінації правозастосувального розсуду. Необхідними елементами такого механізму, як видається, повинні бути не лише відповідні правові норми, але й наукові висновки про особливості детермінації правозастосувального розсуду залежно від галузі права та ситуації правозастосування.

Проблема детермінації правозастосувального розсуду залишилась практично осторонь загальнотеоретичних досліджень, принаймні вітчизняних юристів і на сьогодні є недостатньо вивченою. Окремі її аспекти були об'єктом загальнотеоретичного дослідження іноземних вчених (В.Г. Андропов, А. Барак, А.Т. Боннер) або окремих галузевих праць цієї ж категорії науковців (К.І Комісаров, Й. Новацький, В.Н. Дубовицький, Ю.А. Тихомиров, О.А. Папкова, В.Б. Гончаров, В.В. Кожевников, С. Дунаєвська) У межах вітчизняної науки проблемі детермінації правозастосувального розсуду присвячено лише окремі галузеві за характером праці або статті (В.С. Канцір). Аналіз змісту праць згаданих авторів дає підстави дійти висновку, що існуючі у вітчизняній правовій науці епізодичні за характером та галузеві за спрямуванням наукові дослідження не спроможні на належному рівні забезпечити формулювання науково-обґрунтованих положень у сфері проблематики детермінації правозастосувального розсуду з наступним використанням таких положень у правозастосувальній та правотворчій діяльності. Комплексні ж за характером та загальнотеоретичні за спрямованістю праці зарубіжних учених, орієнтовані, як правило, на відповідні національні системи права, а тому можливість використання викладених у них висновків в українських реаліях є обмеженою.

Метою пропонованого дослідження є комплексний загальнотеоретичний аналіз проблем, які виникають у процесі детермінації правозастосувального розсуду.

Для досягнення цієї мети уявлялось необхідним вирішити такі завдання:

- доповнити чи уточнити поняттєво-термінологічний апарат, необхідний для проведення цього дослідження (зокрема, сформулювати дефініції таких понять, як-от: обсяг розсуду, детермінанти, межі, критерії та фактори розсуду);
- дослідити особливості детермінації різних видів правозастосувального розсуду (залежно від підстав виникнення);
- сформулювати пропозиції щодо окреслення основних шляхів вирішення проблем, які виникають у процесі реалізації правозастосувального розсуду, і найголовніше – викласти власне бачення перспективної оптимізації обсягу правозастосувального розсуду;

Ухвалення будь-якого правозастосувального рішення є складним інтелектуальним процесом, який вміщує обов'язкове врахування компетентним суб'єктом численних факторів і обставин – детермінант, що тією чи іншою мірою впливають на зміст такого рішення. У випадку такого правозастосування, яке характеризується делегуванням правозастосувальному суб'єкту можливості певного розсуду, значення згаданих детермінант є, безсумніву, особливо важливим, оскільки саме вони "спонукають" правозастосувального суб'єкта до вибору конкретного варіанта рішення із кількох, котрі припустимих за законом.

Як відомо, правозастосування передбачає застосування абстрактних приписів правових норм до конкретних фактичних обставин справи. Саме тому, за словами П.О. Недбайла, правильне застосування таких норм може бути лише там і тоді, де і

коли фактична сторона справи відповідає законній стороні, а законна сторона не суперечить фактичному стану речей [1, с.184]. Отже, у правозастосуванні компетентний суб'єкт першою чергою виходить з вимог закону, а також конкретних обставин справи, що розглядається.

Аналогічної позиції дотримується П.М. Рабінович, стверджуючи, що рішення про суспільні відносини, які виникають, змінюються або припиняються у процесі правозастосування, ухвалюється на підставі правових норм і відповідно до конкретних життєвих ситуацій [2, с.133].

Поряд з тим перелік детермінант розсуду не вичерпується лише правовими нормами і фактичними обставинами справи. З цього приводу В.В. Лазарєв правомірно зауважує: "Повинен бути теоретично осмисленим і той факт, що норми права та фактичні обставини становлять основу правозастосуального акта через досить своєрідного посередника – через особистість людини, яка застосовує право, її психіку" [3, с.4].

Особистість правозастосувача, його правосвідомість, система світоглядних та моральних принципів не може не позначатися на змісті "розсудового" рішення, яке ухвалюється, оскільки за всіх інших рівних обставин правозастосувальний суб'єкт віддасть перевагу саме тому варіанту рішення, який більшою мірою відповідає його особистим переконанням, поглядам, установкам.

Крім власне обставин справи, у якій ухвалюється рішення, правозастосувальний суб'єкт не може не взяти до уваги й інші реалії конкретної ситуації, в умовах якої він функціонує. Врахування обставин такої ситуації дає можливість забезпечити якомога доцільніше застосування правових норм. З цього приводу слушно зауважував П.О. Недбайло: "...доцільність у застосуванні і виконанні правових норм є такою їх реалізацією, за якої не лише досягається мета закону, яка полягає у відомих матеріальних та соціально-культурних результатах, але ця мета досягається якнайповніше у конкретно-історичних визначених умовах часу й місця" [1, с.199]. Отже, урахування поряд з обставинами справи й інших фактичних реалій ситуації правозастосування дає підставу ухвалити – у межах закону – найбільш соціально-оптимальне (справедливе з соціального погляду) рішення.

Відтак, детермінантами правозастосуального розсуду є: а) правові норми, б) обставини конкретної справи, в) свідомість правозастосуального суб'єкта, г) інші соціальні фактори, що ними характеризується ситуація правозастосування. Враховуючи викладене, *детермінанти правозастосуального розсуду можна визначити як правові та неправові явища соціальної дійсності, які тією чи іншою мірою впливають на процес вибору правозастосувальним суб'єктом одного із дозволених правом варіантів рішення*. Зовнішньою формою виразу впливу таких детермінант на правозастосувальне рішення є його мотивація (обґрунтування), в якій компетентний суб'єкт викладає свої міркування щодо причин і мотивів, що спонукали його до прийняття саме такого, а не іншого рішення.

Щодо питання класифікації детермінант правозастосуального розсуду, а також з'ясування їхнього змісту, то в юридичній літературі воно вирішується неоднозначно.

Деякі вчені вважають, що правові норми впливають на правозастосувальний розсуд лише шляхом закріплення у своєму змісті меж такого розсуду. Межі розсуду визначаються ними як будь-які (правові чи неправові) правила, принципи, що їх зобов'язаний дотримуватися орган, який здійснює правозастосування [4, с.28].

Інші ж науковці розрізняють поняття меж розсуду та його критеріїв. Межі розсуду визначаються ними як правові положення, що лімітують можливість вибору правозастосувального суб'єкта, а критерії – як ті вимоги чи засади, які змістовно зумовлюють вибір конкретного правозастосувального рішення [5, с.8].

Наведені позиції не є достатньо чіткими, формалізованими. Окрім того, на нашу думку, беззаперечним є підхід, який передбачає об'єднання у категорії меж і критеріїв розсуду явищ як правового, так і не правового характеру, оскільки "неправові" явища, з огляду на їхню природу, не є формально обов'язковими до врахування, а отже, можуть і не "обмежувати" обсяг розсуду за відсутності у правозастосувального суб'єкта зацікавлення зважати на них.

З огляду на викладені міркування пропонуємо таку класифікацію детермінант правозастосувального розсуду.

Ті детермінанти, які закріплені правом, є формально обов'язковими для правозастосувального суб'єкта і визначають обсяг його розсуду, вважатимемо його *межами*. Іншими словами, межі розсуду є, звичайно, чіткими, жорстко встановленими рамками вибору, вийти поза які правозастосувальний суб'єкт не має права.

Ті ж детермінанти розсуду, які передбачені нормами права, є формально обов'язковими і підлягають урахуванню суб'єктом правозастосування при здійсненні ним вибору оптимального рішення у рамках обсягу розсуду, слід вважати його *критеріями*. Отже, критерії розсуду "спонукають" правозастосувального суб'єкта до ухвалення одного з варіантів рішення, окреслених межами розсуду.

Детермінанти розсуду, що не закріплені у правових нормах, а отже, не є обов'язковими, однак впливають на процес ухвалення "углядового" рішення, вважаємо *факторами розсуду*. Хоча такі фактори й не є формально обов'язковими до врахування суб'єктом правозастосування, однак їх належне врахування, звичайно, є певною гарантією нескасування наглядовими інстанціями такого рішення.

Окремою детермінантою розсуду, яка не входить до жодного із наведених вище видів, є правосвідомість суб'єкта правозастосування. Її значення у процесі формування переконання суб'єкта правозастосування, а отже, і вплив на вибір одного із дозволених варіантів правозастосувального рішення є беззаперечним [6, с.5]. Адже правосвідомість є тим середовищем, в якому правозастосувальний суб'єкт здійснює багатоаспектну оцінку порівняльного значення кожного із критеріїв чи факторів розсуду.

Окремим видом детермінант правозастосувального розсуду є, як відзначалось, фактичні обставини справи, в якій ухвалюється рішення. У більшості випадків реалізації розсуду конкретні обставини справи враховуються правозастосувальним суб'єктом з огляду на вказівку правової норми про обов'язковість такого врахування. У такій ситуації вказані обставини детермінують розсуд опосередковано, через "дію" його критеріїв. Подібним є характер впливу обставин справи на зміст ухвалюваного рішення за умови існування узагальнень судової та іншої правової практики, оскільки вони, конкретизуючи зміст правових приписів, звичайно містять перелік тих обставин справи, на які варто звернути увагу під час ухвалення рішення.

Важливо зауважити, що одночасне існування відразу усіх видів детермінант розсуду при застосуванні конкретної правової норми чи її частини не є обов'язковим. Наявними можуть бути, скажімо, лише критерії розсуду і його фактори, або ж тільки

його фактори. Так, відповідно до ст.205 Цивільного кодексу України, якщо належна до сплати неустойка надмірно велика порівняно із збитками кредитора, суд вправі її зменшити. При цьому слід брати до уваги: ступінь виконання зобов'язання боржником, майновий стан сторін, які беруть участь у зобов'язанні, і не тільки майнові, але й інші інтереси сторін, що заслуговують на увагу. Наведена норма не містить меж розсуду, оскільки не вказує, наскільки ж суд може зменшити розмір неустойки; поряд з тим вона вказує на ті критерії, врахування яких є обов'язковою передумовою ухвалення рішення щодо конкретного розміру зменшеної неустойки.

Запропонована класифікація детермінант правозастосувального розсуду та визначення кожного із видів таких детермінант стосується розсуду, який виникає в разі відносної визначеності змісту правової норми, що застосовується. У випадку ж існування розсуду, підставою якого є прогалина у законодавстві, вести мову про таку ж систему детермінант навряд чи можна. Така теза випливає із того, що в останньому випадку йдеться не про безпосереднє застосування конкретної правової норми, а про вибір однієї з кількох норм (принципів, загальних засад права). Зрозуміло, що за таких обставин не можна говорити про існування меж чи критеріїв розсуду, які закріплені в конкретній правовій нормі, оскільки її взагалі не існує (винятки з цієї тези становлять ті галузі права, які містять спеціальні норми, присвячені регламентуванню процесу правозастосувального подолання прогалин у законодавстві, чи усунення колізій. У чинному законодавстві України подібну норму знаходимо, наприклад, у ч.3 ст.11 Цивільно-процесуального кодексу України).

У разі існування прогалини у законодавстві чи праві детермінантами розсуду виступатимуть лише доктринальні висновки щодо критеріїв подібності суспільних відносин або стосовно змісту і дії загальноправових принципів. Отож, відповідно до поданої вище класифікації практично діятимуть лише *фактори* розсуду.

Розглядаючи питання про детермінанти правозастосувального розсуду, не можна не зупинитися й на проблемі можливості регулювання такого розсуду. На думку В.Г. Антропова, регулювання правозастосувального розсуду правом є неможливим [7, с.18]. Такий висновок він обґрунтовує постановкою так званої прагматичної проблеми меж розсуду, яка полягає у принциповій неможливості комплексного (одночасного) вирішення питань: 1) чи хочемо ми, аби добросовісний і кваліфікований суб'єкт правозастосування мав найбільші можливості та найменші перепони в ухваленні справедливих і обґрунтованих рішень (найбільший розсуд), і 2) чи хочемо ми, щоб недобросовісний чи некваліфікований суб'єкт правозастосування мав найменші можливості ухвалювати несправедливі чи необґрунтовані рішення (найменший розсуд)? І справді, у разі встановлення широких меж розсуду може спостерігатись зловживання з боку недобросовісного та помилки з боку некваліфікованого правозастосувального суб'єкта; у той же час закріплення вузьких меж створить для добросовісного і кваліфікованого суб'єкта за певних обставин неможливість ухвалити достатньо обґрунтоване й справедливе рішення. Оскільки право встановлює повноваження суб'єктів правозастосування взагалі, не розмежовуючи їх за критерієм добросовісності чи рівнем кваліфікації, то, на думку В.Г. Антропова проблема оптимізації меж правозастосувального розсуду знімається сама по собі [7, с.18]. Поряд з тим хотілося б зауважити, що запропонована згаданим автором позиція могла би бути обґрунтованою лише у тих випадках, коли розсуд правозастосувального суб'єкта детермінується винятково межами такого розсуду. Іншими словами, якщо закон передбачає, наприклад, лише верхню і нижню межі

санкції, не вказуючи на критерії, які треба врахувати під час вибору рішення, проблема добросовісності чи рівня кваліфікації правозастосувального суб'єкта – в інтерпретації її згаданим автором – справді могла б виникати. Однак сьогодні кількість таких ситуацій є мінімальною і не йде у жодне порівняння із числом випадків, коли розсуд достатньою мірою "регламентований" за допомогою різноманітних критеріїв. Окрім того, навіть за відсутності критеріїв розсуду завжди є певна практика застосування відповідної норми, рекомендації вищих інстанцій, громадська думка щодо відповідної проблематики тощо. Тобто розсуд завжди піддається певній регулятивній дії соціальних факторів, не зважаючи на які суб'єкт звичайно собі не дозволяє. Більше того, ще одним аргументом на користь запропонованого нами підходу є думки того ж В.Г. Антропова щодо справляння низкою сформульованих у максимально абстрактній формі принципів регулятивного впливу на розсуд [7, с.19]. У зв'язку з цим закономірно постає питання: чому за абстрактними положеннями (принципами розсуду) автор визнає наявність регулятивного впливу на розсуд, а за правом (юридичними нормами), яке закріплює, власне, ті ж принципи, – не визнає? На нашу думку, правозастосувальний розсуд першою чергою детермінується і регулюється правом, оскільки, визначаючи владні повноваження правозастосувального суб'єкта, воно тим самим детермінує і сам розсуд, який фактично є окремим (специфічним) видом повноважень суб'єкта правозастосування.

На підставі проведеного дослідження можна дійти таких висновків:

- 1) детермінантами правозастосувального розсуду є а) правові норми, б) обставини конкретної справи, в) свідомість правозастосувального суб'єкта, г) інші соціальні фактори, що ними характеризується ситуація правозастосування;
- 2) детермінанти правозастосувального розсуду можна визначити як правові та неправові явища соціальної дійсності, які тією чи іншою мірою впливають на процес вибору правозастосувальним суб'єктом одного із дозволених правом варіантів рішення;
- 3) залежно від природи, функціонального призначення та ступеня обов'язковості для правозастосувального суб'єкта детермінанти розсуду можна класифікувати на межі, критерії та фактори.
- 4) правозастосувальний розсуд завжди піддається певній регулятивній дії соціальних (у першу чергу, правових) факторів.

Проведення подальших досліджень проблеми правозастосувального розсуду поєднане із імплементацією сформульованих у їх процесі науково обґрунтованих висновків у практичну діяльність, без сумніву, сприятиме підвищенню якісного рівня правозастосування, який виражатиметься в ухваленні лише законних, справедливих, обґрунтованих та якомога доцільніших рішень.

-
1. Недбайло П.Е. Применение советских правовых норм. – М., 1960.
 2. Рабінович П.М. Основы загальної теорії держави та права. – К., 2001.
 3. Лазарев В.В. Социально-психологические аспекты применения права. – Казань, 1982.
 4. Див. Барак А. Судейское усмотрение. / Пер. с англ. – М.: Изд. – НОРМА, 1999; Боннер А.Т. Применение закона и судебное усмотрение // Сов. государство и право. – 1979. – №6; Папкова О.А. Пределы судейского усмотрения в гражданском процессе //

- Журнал российского права,. – 1998. – №2; Дубовицкий В.Н. Административное усмотрение в советском государственном управлении // Сов. государство и право. – 1980. – №9.
5. Канцір В.С. Проблеми судового розсуду при застосуванні кримінального законодавства України. Автореф. дис.... канд. юрид. наук. – Львів, 1998.
 6. Грошевой Ю.М. Теоретические проблемы формирования убеждения судьи в советском уголовном судопроизводстве: Авторефер. дис.... канд. юрид. наук. – Харьков, 1976.
 7. Антропов В.Г. Правоприменительное усмотрение: понятие и формирование (логико-семантический аспект). Авторефер. дис.... канд.юрид.наук. – Волгоград, 1995.

THE DETERMINANTS OF LAW-APPLYING DISCRETION

M. Risnyy

*Ivan Franko National University of Lviv,
Universytetska Str. 1, UA-79000 Lviv, Ukraine,*

The article deals with the problem of law-applying discretion determination. Analyzing the problem the author introduces some new scientific notions such as: the determinants of law-applying discretion, its scopes, criteria and factors. The special attention is given to the different character of the law-applying discretion determinants, since some of them are legal phenomena and the others do not belong to the law sphere.

The key-words: law-applying discretion, the determinants of law-applying discretion, scopes, criteria and factors of law-applying discretion.

Стаття надійшла до редколегії 5.03.2003

Підписана до друку 30.10.2003

ПРАВОВА НАУКА – САМОСТІЙНИЙ ОБ'ЄКТ ТЕОРЕТИЧНОЇ САМОРЕФЛЕКСІЇ

М. Дамірлі

*Бакинський державний університет,
вул. З. Халілова 1, м.Баку, Азербайджан,
e-mail: mdamirli@yahoo.com*

У статті обґрунтовується актуальність і необхідність розробки науково-пізнавальних проблем правознавства (що традиційно вважається завданням загальної теорії права) у рамках самостійної наукової дисципліни – правової епістемології як загальної теорії правової науки, визначається об'єкт і предмет цієї нової для пострадянського правознавства дисципліни, аналізується питання про її структуру.

Ключові слова: загальна теорія права, загальна теорія правової науки, правова епістемологія, об'єкт і предмет правової епістемології, структура правової епістемології.

Критичне осмислення теоретико-пізнавальних проблем, концептуальних основ будь-якої науки – сфера постійного інтересу вчених. Це вічні проблеми наукової творчості, що є, були і завжди будуть, поки "жива" наука. На запитання, що ж позитивного дає наука, М. Вебер відповідає: "По-перше, наука передусім розробляє, звичайно, техніку оволодіння життям ... По-друге, наука розробляє методи мислення, робочі інструменти і виробляє навички поводження з ними" [1, с.719]. Це друге завдання, яке спрямоване усередину і слугує задоволенню своїх власних потреб наукового пізнання, аж ніяк не менш важливе, ніж перше. Причому рефлексія стосовно власних пізнавальних проблем, інакше кажучи, саморефлексія, що забезпечує ріст і розвиток знань, є одним з найважливіших критеріїв науковості. Звідси зрозуміло, що поряд з пізнанням світу права нам необхідні й пізнання законів нашого пізнання цього світу. Однак ця функція може бути виконана остільки, оскільки ефективно вирішується внутрішнє завдання розробки науково-пізнавальних (епістемологічних) проблем правової науки.

Ще з часів конструювання і інституціоналізації правової науки проблематика, пов'язана зі специфікою правового пізнання, стала привертати увагу дослідників. Однак на наступних етапах її розвитку в умовах "єдино правильної" методології пошуки в галузі теоретико-пізнавальних проблем правопізнання ставали дедалі одноманітнішими. І тільки зміни, що відбулися останнім десятиліттям у суспільному житті країн пострадянського простору, привели до звільнення від панування комуністичної ідеології і, відповідно, методологічної гегемонії марксизму. На жаль, у результаті сформованої епістемологічної ситуації утворився своєрідний теоретичний вакуум: стара методологія була віддана забуттю, здана в "архів" історії, а оволодіння новою методологією виявилось для багатьох справою далеко не простою. Сьогодні розуміння проблем правового пізнання переживає певні метаморфози, зумовлені, з одного боку, зреченням від марксизму, з іншого – злетом постмодернізму, що зі своїми істинами і радикальними вимогами додає нову гостроту проблемам правового пізнання.

Зауважимо, що останнім часом інтерес до розробки теоретичних проблем науки в цілому значно зріс. Вона привертає увагу не тільки філософів, але й представників

багатьох інших соціально-гуманітарних наук. У той же час, як не парадоксально, інтерес до цієї проблеми з боку представників правової науки порівняно з попередніми десятиліттями помітно ослаб.

Нерозробленість теоретико-методологічних проблем правового пізнання веде до поширення в правових дослідженнях світоглядної нечіткості, до різнобою. Немає потреби спеціально доводити, що правові дослідження сьогодні вимагають серйозного і глибокого вивчення передусім епістемологічних проблем. Саме в нинішніх умовах відсутності єдиної методології створюються сприятливі можливості для об'єктивного і неупередженого розгляду багатьох аспектів цієї актуальної галузі. Отже, правова наука сама потребує в комплексній теоретичній саморефлексії, інакше кажучи, проблеми, поставлені вище, підводять нас до усвідомлення необхідності розвивати в рамках теоретичного правознавства особливу галузь, звернену безпосередньо до самої правової науки.

Тим часом у радянській і пострадянській правовій науці за галуззю наукових пошуків, що має своїм об'єктом саму правову науку, не визнається самостійний статус як особливої галузі теоретичного правознавства; теоретичне осмислення науково-пізнавальних проблем правознавства традиційно вважається, причому в більшості випадків мовчазно, завданням загальної теорії права. У предмет загальної теорії права повсюдно включаються закономірності тільки державно-правової реальності [див., напр.: 2, 10, 3, 9], а закономірності пізнання цієї реальності залишаються за її межами. При цьому одним з нечисленних винятків є точка зору В.М. Сиріх, згідно з якою до предмета загальної теорії права включають закономірності як першого роду, так і другого. Проте автор, ніби відчувачи подібний неоднорідний, скоріше еклектичний, склад предмета загальної теорії права, пропонує змінити її назву, а саме позначити загальну теорію права загальним правознавством [див.: 4, с.133], що і, на наш погляд, не може бути виходом із становища.

Найперше, віддаючи належне загальній теорії права в розробці багатьох концептуальних питань, що мають значення для всього корпусу правових знань, не слід тим не менше брати до уваги ту обставину, що загальна теорія права, як це видно і з її назви, становить зміст загальнотеоретичних науково-правових знань про право, про правову реальність, і не є теорією правової науки. Оскільки вирішення багатьох науково-пізнавальних проблем самої правової науки, наприклад, питання про предмет, завдання і метод, виходять за рамки знання про правову реальність. Інша справа, що загальна теорія права, маючи гносеологічну функцію, "виробляючи теоретичні конструкції і прийоми, тим самим сприяє розвитку правового пізнання" [3, с.7]. Будучи фундаментальною наукою, вона, безсумнівно, "виконує стосовно галузевих наук методологічну функцію. Її категорії, принципи, ідеї і висновки служать своєрідними "опорними пунктами", "несучими конструкціями" галузевих і спеціальних юридичних наук" [3, с.7].

Як відомо, основним класифікаційним критерієм відмежування предмета однієї науки від предмета іншої є об'єкт пізнання. Видається, що об'єктами теоретичного осмислення в будь-якій науці є: (1) досліджувана реальність і (2) пізнання цієї реальності. Отже, у теоретичній частині будь-якої науки за об'єктом пізнання легко виділити дві складові: теоретичне знання про досліджувану реальність, тобто теоретичне пізнання (теорія) реальності – онтологічна частина, і теоретичне знання про пізнання цієї реальності, тобто теоретичне пізнання (теорія) самого пізнання

(інакше кажучи, теорія наукового пізнання, теорія науки) – гносеологічна (епістемологічна) частина.

"Наука без теорії пізнання (наскільки це взагалі мислимо) стає примітивною і неоднозначною", – писав у свій час А. Ейнштейн. Однак теорію має не тільки наука взагалі (її називають загальною теорією науки), але й окремі науки. На необхідність і важливість спеціальної уваги до проблем теорії окремих наук крім теорії науки взагалі вказував Е. Гуссерль: "Насправді ж, – писав він, – нам необхідно і те, і інше: дослідження з теорії науки, рівною мірою стосуються всіх наук, і, як доповнення до них, особливі дослідження, що відносяться до теорії і методу окремих наук і спрямовані на вивчення особливості останніх" [5, с.192-193]. І.П. Копнін правомірно відзначав, що будь-яка наука повинна мати загальну теорію, єдиний метод, проблематику чи щонайменше певний набір загальних методів і проблем [див.: 6].

Автор цих рядків упевнений, що виділення теорії окремих наук як самостійної наукової дисципліни в рамках її теоретичної частини сприятиме підвищенню інтересу вчених до теоретико-пізнавальних проблем своєї науки, додасть розробкам цих проблем більш організований характер. Створення такої наукової дисципліни – вимога часу; актуальність її стає більш зримою на тлі сформованої ситуації в сучасній науці, наукової думки взагалі, однієї з характерних рис якої є зростаюча теоретико-пізнавальна саморефлексія вченого.

Існування подібної наукової дисципліни допоможе подоланню роз'єднаності окремих правових наукових дисциплін, коли фахівці-вчені тієї чи іншої галузі правової науки вирішують тільки свої вузько професійні питання. Адже всі ці дисципліни мають багато проблем концептуального плану, суміжні аспекти. Більш того, сьогодні є необхідним перехід від періодичних популярних публікацій до ґрунтовнішого і монографічного осмислення проблем правової науки в рамках зазначеної наукової дисципліни.

Щодо питання про назву цієї дисципліни, то тут, видається, можна виходити з традиції західноєвропейської філософії, відповідно до якої частина гносеології, що займається теорією наукового пізнання, називається епістемологією [див.: 7, с.3]. Невипадково у західноєвропейській теоретичній юриспруденції наукову дисципліну, що існує крім загальної теорії права, називають юридичною епістемологією. Також опубліковані однойменні роботи, однією з яких, на думку автора, юридична епістемологія займається "критичним аналізом принципів права, його постулатів, методів і шляхів його пізнання" [цит. за: 8, с.39].

Відтак видається, що *епістемологія* – це галузь питань і відповідей, проблем і рішень із приводу самої науки, постійних пошуків основних принципів самого наукового пізнання, простір пошуку основ науки, це особливе інтелектуальне поле звернення професійного вченого до самого себе, саморефлексії, самопізнання вченого.

Об'єктом епістемології є сама наука, а предметом її – загальні закономірності наукового пізнання реальності як особливої діяльності з продукування науково-правових знань.

У центрі уваги епістемології як загальної теорії науки знаходяться базові підстави науки (предмет науки і метод науки) – із властивими їй особливостями розуміння предметної сфери і дисциплінарних меж, упорядкованим набором та

послідовністю пізнавальних процедур, чіткістю професійної мови, визначенням соціальних функцій науки і вченого та ін.

Тепер щодо структури епістемології взагалі і правової епістемології зокрема.

Відомо, що необхідність вибору й обґрунтування методів, способу досягнення знання і з'ясування їхнього співвідношення породила специфічну галузь науково-теоретичного знання – *методологію*. Справа в тім, що найчастіше весь корпус знань науково-пізнавального, теоретико-методологічного плану включають у методологію. Однак, як переконує досвід автора пропонованої статті, є група питань, що виходять за рамки власне методології – у найзагальнішому вигляді це питання дослідження природи, меж і внутрішньої будови науки як цілісного знання, у більш-менш конкретизованому – це сутність науки, об'єкт і предмет науки, їх межі, структура науки, інтеграція і диференціація наукових знань [див.: 9]. Видається, що вони входять у самостійну частину епістемологічних проблем у будь-якій галузі наукового знання і найправильніше було б виділяти їх в окремий розділ епістемології. Отже, необхідність вибору й обґрунтування предмета пізнання, з'ясування пов'язаних з ним питань породжує іншу специфічну галузь науково-теоретичного знання поряд з методологією. Неважко помітити, що у центрі уваги цих двох частин є дві підстави науки: якщо в методології – це метод, то в другій – предмет. Саме предмет науки, на наш погляд, є ніби ядром, навколо якого поєднуються вищезазначені компоненти науки, системоутворювальним елементом, найбільшою мірою інтегруючим цю систему завдяки тісному зв'язку з цими елементами; причому останні пов'язані здебільшого з предметом науки, аніж з її методом. Тому ця частина епістемологічних знань може бути названа предметологією (від слова предмет і логос, тобто наука про предмет – автор із подякою сприйме будь-які інші, більш точні термінологічні позначення).

Отже, *предметологія* як структурна частина епістемології займається визначенням об'єкта і предмета наук, їхньої структури (у тому числі дисциплінарної), на основі якого дає класифікацію наук, розробляє питання їхньої інтеграції і диференціації, виявляє міждисциплінарні зв'язки.

Важливо відзначити, що в силу своєї природи як знання теоретико-пізнавального плану і цей розділ епістемології виконує методологічну функцію для всього наукового пізнання. При цьому питання про конкретну лінію розмежування між цими двома частинами епістемології має потребу в уточненні, подальшому обґрунтуванні і перевірці. Тому його постановка – це лише робоча гіпотеза.

Підсумовуючи і проектуючи усе викладене на правову науку (що із самого початку уявляється природною екстраполяцією), доходимо до певних **висновків**.

Загальна теорія права вивчає суто правову реальність, а не пізнання цієї реальності, розвиває зміст правової науки, а не саме правове пізнання, що правова наука є самостійним об'єктом теоретичного осмислення, що й повинно входити у завдання спеціальної теорії науки – загальної теорії правової науки, інакше кажучи, **правової (чи юридичної) епістемології**, що є самостійною галуззю теоретичного правознавства. *Об'єктом* її є саме правова наука, а *предметом* – загальні закономірності наукового пізнання правової реальності як особливої діяльності з продукування науково-правових знань.

Доменом цієї нової для нас наукової дисципліни є: базові підстави правової науки (предмет і метод її) – із властивими їй особливостями розуміння предметної

сфери і дисциплінарних меж, упорядкованим набором і послідовністю пізнавальних процедур, відомою чіткістю професійної юридичної мови, визначенням соціальних функцій правової науки і вченого-правознавця та ін.

Правова епістемологія, як і будь-яка теорія науки, складається з вищевказаних двох частин. У рамках даного дослідження важливо відзначити, що всі науково-пізнавальні проблеми правового пізнання, пов'язані як із предметом, так і з методом, мають потребу в постановці і вирішенні, що перед ученими-правознавцями на сьогодні стоять надскладні проблеми перебудови правової науки, що своєю чергою потребує постійного обговорення її епістемологічних проблем.

-
1. Вебер М. Избранные произведения. – М., 1990.
 2. Скакун О.Ф. Теория государства и права: Учебник. – Харьков, 2000.
 3. Теория государства и права / Под ред. М.М. Рассолова, В.О. Лучина, Б.С. Эбзеева. – М., 2000.
 4. Сырых В.М. Логические основания общей теории права: В 2 т. – М., 2000. – Т.1: Элементный состав.
 5. Гуссерль Э. Философия как строгая наука. – Новочеркасск, 1994.
 6. Копнин П.В. Гносеологические и логические основы науки. – М., 1974.
 7. Івакін О.А. Основи епістемології: Теорія і методологія наукового пізнання: Навч. посібник. – Одеса: Юрид. літ., 2000.
 8. Бержель Ж.-Л. Общая теория права / Пер. с фр. – М., 2000.
 9. Дамірлі М.А. Право и История: эпистемологические проблемы (Опыт комплексного исследования проблем предмета и структуры историко-правового познания). – СПб., 2002.

LEGAL SCIENCE AS INDEPENDENT OBJECT OF THEORETICAL SELF- REFLECTION

M. Damirli

*State University of Baku
Z.Halilov str., 1, Baku, Azerbaijan
e-mail: mdamirli@yahoo.com*

The article substantiates the urgency and need for the development of scientific-cognitive issues in jurisprudence (which is traditionally considered to be the issue of general theory of law) within the limits of independent scientific discipline — legal epistemology as the general theory of legal science. The object and subject of this discipline which is new for post-soviet jurisprudence are defined, the question about its structure is analysed.

Key words: general theory of law, general theory of legal science, legal epistemology, object and subject of the legal epistemology, structure of legal epistemology.

Стаття надійшла до редколегії 14.03. 2003

Підписана до друку 30.10.2003

ІСТОРІЯ ДЕРЖАВИ І ПРАВА

ІНСТИТУТИ РЕЧОВОГО ПРАВА У РИМСЬКОМУ ПРИВАТНОМУ ПРАВІ

Г. Федущак-Паславська

*Львівський національний університет імені Івана Франка
вул. Університетська, 1, 79000, Львів, Україна*

У статті проаналізовано окремі види речових прав. Особлива увага приділена праву власності як центральному інституту правової системи. Розглянуто також еволюцію поняття володіння у римському приватному праві. На підставі проведеного аналізу зроблено висновок про рецепцію інститутів римського речового права в українському праві.

Ключові слова: рецепція, володіння, право власності.

У період, коли відбувається трансформація правової системи України у правову систему романо-германського типу, неабияке значення мають дослідження з римського права. Одне із речових прав – право власності – детально розроблене римськими юристами. Історико-правові дослідження засвідчують, що тільки ті держави, у яких право приватної власності визначає всі інші відносини та перебуває у центрі правової системи, претендують називатися правовими і демократичними. Тому, запроваджуючи в дію норми Цивільного кодексу України від 16.01.2003 року, важливо мати на увазі не просто механічне запозичення формулювань, принципів, систем римського права, а сприйняття духу римського права, притаманного і римській доктрині речового права.

Дослідженням системи речового права та її окремих складових елементів займалися як зарубіжні, так і вітчизняні вчені – історики права, теоретики права, цивілісти. Але, як правомірно зазначено у передмові до фрагменту праці фахівця з цивільного права XIX-XX ст. О.М. Гуляєва, присвяченого речовим правам, – це класична, проте досі актуальна проблема [1, с.155].

Тому речове право давнього Риму вивчали глосатори у XI-XII ст., аналізували судді середньовічної Європи, використовували законотворці XIX-XX ст. Сьогодні відбувається новий етап відродження інтересу до римського права, зокрема у формі вивчення римського приватного права як надбання правової культури та використання норм римського приватного права як взірця при створенні нормативних актів, сприйняття та використання головних засад, ідей та категорій римського приватного права.¹

Свідченням цього є останні дослідження права власності і володіння у римському приватному праві і в цивільному праві Росії [2], особливостей захисту володіння як фактичного стану [3], обмежених прав на чужі речі [4; 5; 6].

¹ Згідно із класифікацією проф. Є.О. Харитонова. Детальніше див.: Харитонов Є.О. Римське право (Інституції). – Харків: Одиссей, 2000. – С.119.

У запропонованому дослідженні маємо на меті розглянути інститути римського речового права з точки зору відтворення їх у новому Цивільному кодексі України, який вступає в силу з 01.01.2004 р. Відтак перед нами поставили завдання: розглянути елементи римської системи речових прав; проаналізувати поняття власності та його зміст, співвідношення з поняттям володіння; охарактеризувати право власності, систему речових прав, у тому числі права на чужі речі, за ЦК України від 16 січня 2003 р.

Речове право виникає, коли особа має таке право на річ, яке дає їй можливість безпосередньої дії на цю річ. Об'єктом речового права є річ. На відміну від сучасного розуміння речі – суб'єкта речового права як матеріального предмета, – у римському праві річ у правовому розумінні (*res*) мала ширше визначення. Зокрема, це були не лише матеріальні, не вилучені з обігу об'єкти (*res corporalis*), а й *res incorporalis*. Йдеться про майнові права, які могли виникати, наприклад, із договору, заповіту.

Здійснена римськими юристами класифікація речей, а саме, поділ їх на тілесні і безтілесні, рухомі і нерухомі, видові і родові, подільні і неподільні, на головну річ і приналежність, на манципні і неманципні, виділення товарів, плодів, витрат мало значення при встановленні способів і форм набуття права власності.

Важливим внеском римських юристів, що став основою доктрини речового права, було розмежування фактичної і правової влади особи над річчю. У зв'язку з цим в Римі виділяли дві форми фактичного панування над річчю: володіння (*possessio*) та держання (*detentio*), а також правове панування у формі володіння, яке базувалося на праві (речові права). До речових прав римські юристи відносили право власності та права на чужі речі.¹

Поняття володіння розвинулося у період республіки, коли землі, що були власністю держави, передавалися у володіння римським громадянам. Тому термін *володіння* тягне свої етимологічні корені від слова *posidati, сидіти, сидіти на землі*. Не будучи власниками (не маючи права на річ), такі громадяни фактично користувалися земельними ділянками. А держава захищала їх володіння від порушення чи втрати. Звідси поступово виникає посесорний² захист, захист володіння за допомогою преторських інтердиктів, який надавався незалежно від того, чи мав володілець право власності на річ. Згодом об'єктами володіння, крім земельних ділянок, стають і рухоме майно, і *res corporalis* загалом. А в класичному римському праві об'єктом володіння є вже і майнові права.

Тобто, якщо термін *володіння* спочатку означає панування особи над річчю, то згодом позначає лише фізичне перебування речі в особі, яке є матеріальною основою володіння. В останньому випадку йдеться про держателя, який має *possessio naturalis*. Існує *possessio civilis*, яке, крім двох елементів володіння, містило і правові підстави набуття права на річ.

Якщо говорити про подальший розвиток поняття володіння, то слід зазначити, що, за законодавством Юстиніана, суттєвого значення набувають правові підстави володіння. За цим критерієм римські юристи виділяли володіння законне і незаконне

¹ Іноді знаходимо іншу структуру римської системи речового права: 1) право володіння, право власності, права на чужі речі; 2) права на своє майно, права на чужі речі. У сучасній цивілістиці структура частково запозичена з римського права.

² Від слова *possessio*, яким позначалося володіння.

(добросовісне і недобросовісне). Такий поділ мав практичне значення у разі витребування речі власником, а також при набутті права власності за давністю володіння.

Проблемі володіння як формі фактичного панування особи над річчю присвячено особливо багато уваги. Римські юристи детально аналізували поняття *володіння* (*possessio*), розкладаючи його на два елементи: 1) фізичний, тобто перебування речі в особи, та 2) вольовий – ставлення до речі, як до своєї. Виділення цих двох елементів давало змогу відрізнити *володіння* від *держання* (*detentio*), коли річ перебувала у держателя, який не ставився до неї, як до своєї. Свідченням того, що держатель не має волі володіти річчю самостійно, була, наприклад, сплата орендної плати власникові земельної ділянки.

І володілець, і держатель мають річ фактично, але вододілець має волю володіти річчю від свого імені, не визнаючи над собою влади іншої особи. Держатель має волю володіти від імені іншого. Воля володіти самостійно є: 1) у власника, оскільки володіння є проявом власності; 2) в особи, яка добросовісно помиляється, вважаючи, що має право на річ; 3) у особи, яка незаконно захопила чужу річ, знаючи, що не має права власності, але проявляє волю володіти річчю як своєю.

Володіння, яке ґрунтується на праві, є правом власності. Тільки власник має право на річ і є її законним володільцем. Володілець, який має річ і ставиться до неї як до своєї, хоча права на неї не має, є незаконним володільцем. Така детальна теоретична розробка цієї проблеми мала і суто практичне значення. Так держатель, який за загальним правилом одержував захист через власника, у виняткових випадках користувався самостійним захистом у формі преторських інтердиктів. Це стосувалося заставодержателя, третьої особи, яка утримувала річ до вирішення судом спору з приводу належності речі; прекариста, який користувався чужою річчю до її витребування власником; емфітевта. Ці особи, які, не будучи володільцями, захищалися преторськими інтердиктами як володільці, називалися похідними володільцями.

Однак головне місце в системі речових прав належить праву власності. Це один із тих правових інститутів, які особливо добре були розвинені у римському приватному праві. Власність суттєво відрізняється від володіння, яке є тільки фактичним станом, в той час як власність є правом.

У римському праві упродовж тривалого часу не існувало терміна, яким би позначали право власності, а також єдиного поняття права власності, проте визначились повноваження власника: 1) *ius utendi* (право користування); 2) *ius fruendi* (право отримання доходу); 3) *ius abutendi* (право розпорядження); 4) *ius possidendi* (право володіння); 5) *ius vindicandi* (право витребувати річ від кожного фактичного володільця) [7, с.112].

Власність спочатку позначалася терміном *dominium* у розумінні панування. В кінці класичного періоду власність називається *proprietas* і позначає власність як право повне, виняткове, абсолютне.

Зазначивши складність і неоднозначність питання про суть інституту власності, російський дослідник А. Зайков критикує поширене в цивілістиці визначення права власності як сукупності повноважень володіння, користування і розпорядження, акцентуючи на тому, що простий перелік повноважень власника не може повно передати римську конструкцію власності [2, с.33-35]. Разом з тим ідея власності не

передбачає, що втрата володіння, користування чи розпорядження ведуть до втрати права власності (права на річ). Власність постійна – її не можна знищити, відібравши річ у господаря.

Право власності як ідеальне панування особи над річчю, не потребувало переліку повноважень, які має власник. По-перше, тому, що всі ці права власника перелічити просто неможливо, їхній перелік не є вичерпним. Зокрема, римські юристи називали п'ять повноважень власника, англійський юрист А. Оноре – одинадцять, а сучасне цивільне законодавство у зміст права власності включає три відомі елементи. По-друге, саме поняття власності, яке лежить в основі кожного права – єдине, абсолютне панування особи над річчю.

Є зауваження стосовно включення у поняття права власності такого елемента, як володіння. Це аргументують тим, що факт володіння є необхідною умовою для здійснення користування, одержання плодів, відчуження, знищення речі [2, с.38], тому не слід його ставити в один ряд з користуванням і розпорядженням.

Підтримуючи думку дослідників, які критикують спроби дати визначення права власності через перелік повноважень власника, вважаємо, що повноваження володіння, поряд з користуванням і розпорядженням, є тими необхідними і достатніми елементами, які на сучасному етапі виражають зміст права власності.

Українські дослідники проблеми власності стверджують, що власність у Римі була необмеженим, винятковим, абсолютним правом [8, с.48]. Російський вчений В. Лєтяєв, проаналізувавши римську доктрину власності, називає крім цих ознак ще й особливий об'єкт речового права – майно, у розумінні річ [9, с.28].

Досить всеосяжною є характеристика ознак права власності у вже згаданому дослідженні А. Зайкова, в якому зазначено, що власність:

- 1) це ідеальне панування особи над річчю, яке довгий час може не потребувати фактичного перебування речі у власника;
- 2) найширше, єдине панування особи над річчю, яке не може складатися із переліку повноважень;
- 3) ідея, яка легко пристосовується до фактичної ситуації. Як тільки припиняються обтяження речі з боку невідомого, власник автоматично набуває можливості фактично здійснювати той аспект панування, який до того належав іншій особі;
- 4) домінуюче право, тобто така ідея, яка примушує зважати на себе і впливає на всі інші повноваження і фактичні відносини;
- 5) гарантована абсолютним процесуальним захистом ідея панування особи над річчю [2, с.37-38].

Складений за системою римського приватного права, французький цивільний кодекс (1804) визначає право власності як право користування і розпорядження речами (ст.544). Ознаками права власності, за Кодексом, є повнота, абсолютність і, водночас, обмеженість законами (ст.544) та суспільною користю (ст.545) [10, с.153-154].

Створення такого Кодексу було зумовлене необхідністю виражати і захищати інтереси буржуазії. Так само новий етап у розвитку української держави викликав необхідність у котрий раз звернутися до римського приватного права, яке впливало на формування багатьох джерел українського права, починаючи вже від Княжої доби. У результаті рецепції римського приватного права фактично багато правових явищ

беруть свій початок з Риму. У процесі сучасної кодифікації цивільного законодавства України відбувається пряма і непряма рецепція римського приватного права [11], яка викликана необхідністю захисту приватноправових інтересів.

Новий Цивільний кодекс України у ст.317 "Поняття права власності" дає визначення права власності як права "особи на річ (майно), яке вона здійснює відповідно до закону за своєю волею, незалежно від волі інших осіб" [12].

Положення кодексу відповідають основним ознакам, які розкривають суть права власності і запозичені у римському приватному праві. Передбачається, що право власності в Україні здійснюється як *пряме* панування особи над річчю (майном), яке вона здійснює за своєю волею (ст.317); *повне* панування, коли "власник володіє, користується і розпоряджається своїм майном на власний розсуд" (ч.1 ст.320); *виключне*, оскільки здійснюється "незалежно від волі інших осіб" (ст.317); *абсолютне*, бо дозволяє власникові здійснювати "будь-які дії, які не суперечать закону" (ч.2 ст.320); *єдине*, що передбачає наявність у власника "права володіння, користування та розпорядження своїм майном" (ч.2 ст.318); *правове*, тобто таке, що не обов'язково пов'язане з фактичним перебуванням речі у власника. Ця ознака впливає із аналізу змісту статей 318 (ч.2), 397 (ч 1 п.1), 399 (ч 3), 400 (ч.1), 401 (ч.1 п.2), 408 (ч.1 п.1), 414 (ч.1 п.1), 418 (ч.1 п.1). Хоч право власності є абсолютним і повним, все ж його реалізація обмежена законом, моральними засадами суспільства, правами і свободами інших громадян, інтересами суспільства (ст.320 та розділ II книги III, присвячений правам на чужі речі). Тобто, як і в римському праві, необмежене, виключне право власності, яке дає його носію можливість на власний розсуд, без втручання сторонніх осіб у сферу панування власника, реалізовувати своє право на річ, обмежується на підставі закону чи правочину.

У Римі на підставі закону обмеження права власності виникали з міркувань суспільного інтересу чи в інтересах сусідів. Способами обмеження права власності була також заборона відчуження, яка виникала на підставі закону чи на підставі судового рішення. При спільній власності виникали взаємні обмеження співвласників при реалізації їх права на річ, яка перебувала у спільній власності. Обмеження могли виникати і на підставі особливого юридичного акта, а не разом з виникненням права власності. В результаті цього невласник одержував деякі повноваження власника в результаті правочину. У Римі передбачалося чотири види речових прав на чужу річ: сервітути, емфітевзис, суперфіцій, застава.

Автори Цивільного кодексу України права на чужі речі називають "речовими правами на чуже майно" і відносять до них: право володіння, право користування (сервітут), право користування земельною ділянкою для сільськогосподарських потреб (емфітевзис), право забудови земельної ділянки (суперфіцій).

Суттю прав на чужі речі є здійснення обмеженого панування над річчю, яке є власністю іншої особи. Будучи речовими правами, права на чужі речі абсолютні і надають їх суб'єктам безпосереднє, хоч і обмежене, панування над річчю.

Захист речових прав у Римі мав абсолютний характер, тобто від кожного, хто б не посягав на об'єкт власності. Власник речі – суб'єкт речового права, тісно пов'язаний з річчю, міг витребувати річ з чужого незаконного володіння, вимагати усунення перешкод, які заважають йому нормально здійснювати право власності. Віндикаційний позов – найпоширеніший спосіб захисту права власності, сформульований у проєкті Цивільного кодексу України як "право витребувати своє майно від особи, яка незаконно без відповідної правової підстави заволоділа ним"

(ст.389). Відтак суть позову полягає у вимозі власника, який не є володільцем, до незаконного володільця про повернення майна в натурі. У цьому випадку також бачимо протиставлення факту і права.

Однак переважно володільець і є власником. Тому в римському праві існувала презумпція, що володільець має право на річ. Якщо ж право фактичного володільця оспорував власник, то він міг використати судовий захист, поставивши питання про право на річ.

Отже, римська система речових прав включає право володіння як фактичний стан; право власності як абсолютне і невідчужуване право на річ; права на чужі речі, які, з одного боку, є обмеженням права власності, а з іншого – обмеженими правами на чужі речі.

Важливим моментом у римському вченні про речові права є протиставлення власності і володіння, тобто, відповідно, права і факту, ідеї і реальності, ідеального і фактичного панування над річчю.

Протиставляючи володіння і право власності, римське право забезпечувало правовий захист володіння незалежно від спорів про право власності на майно. Отже, і спосіб захисту підкреслює відмінний від власності характер і значення володіння.

Право власності – основний інститут, який визначав і завжди визначатиме характер та зміст цивільного законодавства. Було би спрощенням зводити визначення права власності до переліку окремих повноважень, оскільки право власності – повне, виключне, неподільне, абсолютне – так само, як поняття суверенітету, через його поділ втрачає свій зміст.

Сучасне цивільне законодавство має в своїй основі досягнення римської цивільно-правової науки, висновки та узагальнення римських юристів, зокрема з приводу правового регулювання майнових відносин.

В українському праві здійснено рецепцію римського розуміння права власності як прямого, повного, виключного, абсолютного, єдиного, правового панування особи над річчю; запозичено римський поділ речей, елементи речового права, види прав на чужі речі. Здійснена кодифікація є свідченням пріоритетності приватноправових інтересів, що своєю чергою виступає передумовою подальшого поступального розвитку суспільства і держави.

-
1. Гуляев О.М. Права вещные // Академічна юридична думка / Укладачі: І.Б. Усенко, Т.І. Бондарук; за заг. ред. Ю.С. Шемшученка. – К.: ІнЮре, 1998.
 2. Зайков А.В. Конструкция собственности в римском праве и проблема расщепления собственности // Вестник ГУ. – Серия: Право. – 2000. – №1(2). – С. 33-42.
 3. Підопригора О.А. Захист володіння за римським приватним правом // Право України. – 1999. – №7. – С.28-35.
 4. Гонгалю Р.Ф. Суперфіцій у Римському праві та його рецепція у сучасному цивільному праві України: Автореф. дис. канд. юрид. наук: Інститут держави і права ім. В.М.Корецького НАН України. – К., 2000.
 5. Гутьєва В. Інститут емфітевзису в пам'ятках римського приватного права // Актуальні проблеми держави і права: Збірник наукових праць. – Одеса: Юрид. літ., 2002. – Вип.13. – С. 127-135.
 6. Маракулин А.Ю. Становление и развитие сервитутного права в России // Вестник ГУ. – Серия: Право. – 2000. – №1(2). – С.43-49.

7. Новицкий И.Б. Основы римского гражданского права. – М.: Юрид. лит., 1972.
8. Домашенко М.В., Рубаник В.С. Власність і право власності: Нариси з історії, філософії, теорії і практики регулювання відносин власності в Україні. – Харків: Факт, 2002.
9. Летяев В.А. Рецепция римского права в России XIX начала XX в. (историко-правовой аспект): Автореф. дис. д-ра. юрид. наук. – Саратов, 2001.
10. Французский гражданский кодекс 1804 г. / Пер. с фр. И.С. Перетерского. – М., 1941.
11. Харитонов Є.О. Рецепція римського приватного права (Теоретичні та історико-правові аспекти). – Одеса, 1997.
12. Цивільний кодекс України // Офіційний вісник України. 2003. №11 (28.03.2003). Ст.461.
13. Бартошек М. Римское право (понятие, термины, определения) / Пер. с чешск. – М.: Юрид. лит., 1989. – 448 с. (С.251-252).
14. Панова-Стрюк Н.В. Питання права власності в цивільному кодексі Франції 1804 року // Актуальні проблеми держави і права: Збірник наукових праць. – Вип.11. – Одеса: Юрид. літ., 2001. – С.114-116.
15. Харитонов Є.О. Римське право (Інституції). – Харків: Одіссей, 2000.
16. Kurylowicz M., Wilinski A. Rzymskie prawo prywatne: Zarys wykladu. – Zakamycze, 2000. – 346 s.

THE INSTITUTES OF PROPERTY LAW IN ROMAN PRIVATE LAW

H. Fedushchak-Paslavska

*Ivan Franko National University of Lviv,
Universitetska St. 1, UA-79000 Lviv, Ukraine.*

The separate kinds of property law was examined in the article. A special attention was given to the law of property as a central institute of law system. An evolution of conception of possession was also examined in Roman private law. According to conducted examination there was made a conclusion about reception of institutes of Roman property law in Ukrainian law.

Key words: possession, reception, law of property.

Стаття надійшла до редколегії 31.03.2003

Підписана до друку 30.10.2003

НАНТСЬКИЙ ЕДИКТ 1598 року – ПЕРША СПРОБА ПРАВОВОГО ЗАХИСТУ РЕЛІГІЙНОЇ СВОБОДИ У ФРАНЦІЇ

Б. Тищик, Л. Правосудько

*Львівський національний університет імені Івана Франка,
вул. Університетська, 1, 79000 Львів, Україна*

Метою статті є висвітлення проблеми правового захисту релігійної свободи у Середньовічній Франції, де довгий час панувала релігійна нетерпимість. Проте на певних етапах її державноправової історії видавалися цікаві правові акти стосовно захисту релігійної свободи, зокрема Нантський едикт, що надавав свободу віросповідання.

Релігійна свобода – це один із найцінніших принципів цілої групи прав людини, який стосується самої людської гідності. Справжня релігійна свобода існує лише тоді, коли держава однаково ставиться до всіх релігійних груп, які поважають закон і підкоряються йому. В Європі XVI сторіччя панувала нетерпимість та точились криваві релігійні війни. Тож 1598 року, після тридцяти років релігійної війни, яка принесла Франції незліченні страждання, король Генріх IV підписав едикт терпимості – Нантський едикт, що надавав свободу віросповідання.

Ключові слова: Нантський едикт, свобода віросповідання, релігійний плюралізм.

"Кожна людина має право на свободу думки, совісті і релігії; це право включає свободу змінювати свою релігію або переконання і свободу сповідувати свою релігію або переконання як одноособово, так і разом з іншими, прилюдним або приватним порядком в ученні, богослужінні і виконанні релігійних та ритуальних обрядів" [7, с.8]

Стаття 18 Загальної декларації прав людини, 1948 рік.

Більшість держав світу підписалися за цей шляхетний принцип, який багато разів згадується в міжнародних деклараціях. Однак навіть сьогодні в багатьох країнах релігійна нетерпимість і дискримінація є суворою дійсністю.

В ім'я релігії індуси воювали з мусульманами та сикхами, мусульмани-шіїти – з сунітами, а буддисти та індуси вбивали одні одних на Шрі-Ланці. Те ж саме можна сказати про конфлікти на Близькому Сході та в Північній Ірландії, криваву війну між Іраком та Іраном. Нині непрості відносини між Індією та Пакистаном.

Зрештою, релігійні війни не минули і світову історію. Зокрема, хрестові походи та інквізиція стали вічною темою історичної науки. Релігійну нетерпимість виправдовували тим, що релігійна єдність створює найміцніший фундамент для держави, а релігійні розбіжності лише загрожують суспільному порядку і спокою.

Проте намагання влади досягнути релігійної терпимості не завжди дають позитивні результати. Відтак постала потреба врегулювати цю проблему на правовому полі. Адже тільки правові засоби, пов'язані з юридичною відповідальністю, врегульовують найважливіші суспільні відносини. Досвід багаторічних воєн на релігійному тлі показав, що шляхом насилля неможливо досягнути миру, а отже, і єдності держави.

У Римській імперії ще за часів правління Константина були спроби врегулювати проблеми релігійної свободи на законодавчому рівні. У 313 р. вийшов Міланський едикт, що гарантував свободу релігії як християнам, так і язичникам і переслідування

християн у римському світі було припинено. Узаконення християнства в Римській імперії змінило хід подій. Проте 392 р. Константинопольський едикт імператора Феодосія I заборонив на території імперії язичництво, а відтак релігійна свобода була ліквідована. Тому доцільно детальніше розглянути приклад середньовічної Франції, яка на своєму правовому полі виступила каталізатором віросповідних змін у Європі.

Європа XVI сторіччя була спустошена війнами та релігійним розбратом. Франція не уникла цього розбрату: з 1562 по 1598 рік між католиками й протестантами точилися гострі суперечки. "Ще ніколи послідовники Христа так не глушилися із його вчення "любити одне одного", як це було в XVI столітті", – зауважує сучасний історик Жанін Гарісон [2, с.139]. Деякі країни, наприклад Іспанія та Англія, жорстоко переслідували іновірців. Інші країни, подібно до Німеччини, дотримувалися принципу "Cuius regio, eius religio", тобто релігію у місцевості визначає той, хто там править. Кожного, хто не погоджувався із релігійними поглядами правителя, змушували покинути країну. Воєн уникали лише завдяки тому, що влада тримала релігії подальші одна від одної, а про релігійне співіснування не могло бути й мови.

Франція обрала інший шлях. Її територія пролягала між Північною Європою, де більшість населення сповідувала протестантизм, та Південною Європою, яка вважалася католицькою. Сама Франція була католицькою країною, але у середині XVI ст. досить-таки істотну роль там почала відігравати протестантська релігійна меншина. Цей поділ став особливо відчутним, коли почали вибухати релігійні війни. Численні мирні договори або так звані "edikty pro utychomirrenny zavoryushenny" так і не принесли мирного релігійного співіснування.

Чому ж Франція не пішла шляхом своїх європейських сусідів, а обрала шлях толерантності?

Попри досить вкорінену нетерпимість, у декого розвинулася думка, що релігійний мир та релігійна роз'єднаність не завжди є несумісними поняттями. Загалом кажучи, на той час питання релігійного вірування було нерозривно пов'язане з відданістю країні. Француз не міг бути французом, якщо не належав до католицької церкви. А втім були й інші думки. У 1562 р. французький державний діяч Мішель де Лопіталь писав: "Навіть відлучені від церкви не перестають бути громадянами" [2, с.146]. Кілька інших діячів, відомих тоді як група "політиків" (Les Politiques), теж обстоювали подібну думку.

Реалізацією цих нових ідей стало укладення кількох мирних угод між католиками і протестантами у Франції. Проте до 1589 р. під час королівського правління Генріха IV найтриваліша мирна угода діяла лише вісім років. Через релігійну роз'єднаність Франція і далі потерпала як з економічної, так і соціальної сторони. Гостро відчувалася потреба у внутрішній стабільності. Навіть король Генріх IV неодноразово змінював свою релігію: то з протестантизму на католицизм, то навпаки. Уклавши 1597 р. мир з Іспанією та придушивши врешті-решт внутрішній повстанський рух (1598 р.), король вирішив змусити піти на мирне врегулювання конфлікту як протестантів, так і католиків.

У 1598 р. після тридцятирічної релігійної війни, яка принесла Франції незліченні втрати, король Генріх IV підписав Нантський едикт. Він складався з основного тексту (95 статей) та 56 секретних або "особливих" статей, в яких встановлювалися права та обов'язки протестантів. До структури цього документу також включено тексти попередніх мирних угод, причому вони становили дві третини кількості статей.

На створення цього об'ємного за змістом едикту було затрачено багато часу, оскільки релігійні проблеми в ньому розглядалися дуже детально. Відтак він виглядав як документ про взаємні поступки. Які ж права надавалися згідно з цим документом протестантам-гугенотам?

Едикт визнавав за французькими протестантами право на цілковиту свободу совісті. Їм також надавався статус узаконеної меншини, яка має певні права та привілеї. Згідно з однією секретною статєю, їм навіть було гарантовано захист від інквізиції під час перебування за кордоном. Протестанти набули такого ж громадянського статусу, як і католики, та могли працювати на державних посадах [1, с.169-171].

Відтак не могло бути жодної дискримінації щодо осіб, які сповідували протестантську релігію під час вступу до університетів, колегій і шкіл, а хворих і бідних – до госпіталів і закладів громадської опіки.

Якщо порівняти, як до релігійних меншин ставилися в інших країнах, то Нантський едикт, зауважує історик Елізабет Лабрусс [3, с.243], можна вважати "документом виняткової політичної мудрості" – адже Генріх IV прагнув повернути протестантів до католицької церкви. Релігійне співіснування в цьому випадку було компромісом, або, за словами самого Генріха IV, єдиним способом "дати всім нашим підданим можливість молитися та поклонятися Богу".

А проте едикт все таки надав переваги католицизму. Проголошувалось, що католицизм – це панівна релігія, яку слід відновити по всьому королівству. Протестанти повинні були платити католицьку десятину, а також поважати католицькі свята та обмеження щодо одруження. Протестанти могли вільно сповідувати свою релігію лише в певних районах країни. До того ж едикт обговорював питання віротерпимості лише двох релігій: протестантської та католицької, а інші релігійні меншини в ньому не згадувалися. Зокрема, мусульман вигнали з Франції у 1610 р..

Чимало дослідників вважають едикт шедевром політичної дипломатії, бо, згідно з едиктом, протестантизм було названо релігією, а не ерессю. Визнання ще однієї релігії, окрім католицької, відкрило шлях до *релігійного плюралізму*. За словами історика Елізабет Лабрусс, це "очистило запал, притаманний французам, від фанатизму, який загрожував і протестантам, і католикам" [2, с.146]. В едикті було також визнано, що релігія не є визначальним чинником у питанні вірності державі або національної приналежності. Крім того, підставою для застосування тих чи інших юридичних санкцій тепер могла бути лише злочинна діяльність, а не членство в одній з релігійних конфесій. Ці положення були, безумовно, прогресивні..

Король Генріх IV, підписуючи едикт, найперше турбувався про державну єдність. Тому державна єдність, за едиктом, була відокремлена від релігійної. "Разом із цим почався процес секуляризації... держава та віросповідання більше не були синонімами", – зауважує історик Філіп Жутар [2, с.148]. Хоча католицька церква зберегла серйозний вплив і деяку владу, проте влада держави значно посилилася. Суддею при вирішенні усяких конфліктів тепер мав стати монарх. Релігійні проблеми вирішувалися державними діячами або юристами, а це означало, що держава запанувала над релігією. Едикт мав велике значення щодо зміни політики європейських держав стосовно правового становища різних віросповідних груп.

Призначений бути "довічним і нескасованим", у 1685 р. Нантський едикт був, однак, скасований Фонтенблзьким едиктом. Французький філософ Вольтер згодом назвав цей факт "однією з найбільших трагедій Франції". У короткий строк це призвело до втечі близько 200 тис. гугенотів в інші країни, що мало для Франції негативні далекосяжні наслідки.

Постає запитання – чому було скасовано Нантський едикт, який обстоював релігійну терпимість?

Відзначимо, що хоча Нантський едикт офіційно діяв майже дев'яносто років, він втратив реальну силу ще до часу його ліквідації 1685 р., оскільки він не мав твердого соціального підґрунтя. Вже з самого початку едикт не зміг ліквідувати "холодної війни" між католицьким кліром і "R. P. R." – так званою реформованою релігією [5, с.301]. Гарячі політично-релігійні суперечки між протестантами й католиками точилися від 1598 р., коли набув чинності Нантський едикт, до 1630 р., тобто нетерпимість мала чимало проявів. У 1621 р. між католиками і протестантами знову почалася війна. Після її закінчення французький уряд намагався повернути протестантів до католицької церкви серією репресивних заходів. Таке цькування посилювалося за Людовіка XIV, "короля-сонця". Його політика гонінь проти протестантів призвела до скасування Нантського едикту. Одним із таких заходів протестанти поступово були позбавлені громадянських прав.

Між 1657 і 1685 роками проти гугенотів було видано близько 300 постанов, до багатьох з яких доклали своїх рук клір. Ці постанови торкалися майже всіх аспектів їхнього життя. Приміром, дуже багато професій, скажімо, пов'язаних з медициною, правом і навіть акушерством, були заборонені для гугенотів. Стосовно акушерства, історик Чарлз Рід писав: "Як можна було довіряти своє життя єретикові, котрий ставив за мету зруйнувати існуючий лад?" [3, с.237].

Утиски гугенотів ще більше посилювались в 1677 р. Кожного гугенота, якого впіймали на тому, що він намагався навернути на свою віру католика, штрафували на 1000 ліврів. Використовувалися державні фонди, щоб навернути гугенотів. У 1675 р. католицький клір дав королю Людовику XIV 4,5 млн. ліврів, указуючи: "Тепер ваша величність повинна виявляти вдячність і використовувати свою владу для повного викорінення ересі". За три роки ця стратегія "купівлі" протестантів призвела приблизно до 10 000 навернень на католицизм. З 1663 р. навернення на протестантизм, навпаки, стало злочином. Також були встановлені обмеження щодо місця проживання гугенотів. Прикладом крайніх заходів є й те, що діти з семирічного віку могли ставати католиками всупереч волі своїх батьків. Протестантські батьки були зобов'язані оплачувати освіту своїх дітей, яку надавали єзуїти або інші католицькі наставники.

Про яку ж свободу віросповідання могла в такій ситуації йти мова? Адже справжня релігійна свобода могла існувати лише тоді, коли держава однаково ставилась би до всіх релігійних груп, які поважають закон і підкоряються йому. Якщо ж держава сама безпідставно вирішує, яку з релігійних груп не слід вважати релігією, і в такий спосіб позбавляє її пільг, які уряд надає іншим релігіям, то справа стосується вже іншого.

Ще однією зброєю для придушення гугенотів було таємне Товариство Святого символу ("Compagnie du Saint-Sacrement") [4, с.307]. Ця католицька організація, за словами історика Жанін Гаррісон, являла собою "величезну мережу" по цій Франції. Вона проникла в найвищі сфери суспільства і їй не бракувало ані фінансів,

ані секретної інформації. Гаррісон пояснює, що ця служба використовувала різноманітну тактику: "Щоб ослаблювати протестантську громаду, Товариство вдавалося до будь-яких заходів – від тиску до переслідувань, від підтасовок до прилюдного осуду". Попри це, більшість гугенотів у період гонінь залишалися у Франції. Історик Гаррісон зауважує: "Важко зрозуміти, чому, у міру поступового посилення ворожості до протестантів, вони масово не покидали Королівство" [4, с.309]. А втім, зрештою, вони таки були змушені втікати в пошуках свободи.

Німвегенський мир (1678) і Регенсбурзьке перемир'я (1684) урятували короля Людовіка XIV від зовнішньої війни з Голландією та її коаліцією. В Англії в лютому 1685 р. королем став католик Яків II. Людовік XIV міг скористатися з цієї сприятливої ситуації, оскільки з'явилася надія на припинення ворожнечі з Англією. До того ж декілька років раніше у Франції було видано Чотири церковні артикули, які обмежували папську владу у Франції, тому папа Інокентій XI "вважав Французьку Церкву мало не розкольніцкою" [6, с.48]. У результаті, скасовуючи Нантський едикт, Людовік XIV міг врятувати свою репутацію і відновити нормальні стосунки з папою. Тому політика короля щодо протестантів стала відверто негативною.

Проти гугенотських поселень було кинуто військо. У будинках гугенотів, щоб тероризувати господарів, на постій розміщували солдатів. Їм дозволялося брутально й жорстоко поводитися із сім'ями, й нищити їхню власність. Коли господарі зрікалися протестантської віри, солдати покидали їхні оселі. Таким, зокрема, способом у 1681 р. здійснювалося "навернення" в Пуату, області на заході Франції, де було багато гугенотів. В результаті за кілька місяців там було навернено від 30 000 до 35 000 осіб. До таких самих методів вдавались у 1685 р. і на інших територіях проживання гугенотів. За кілька місяців було здобуто від 300 000 до 400 000 зречень. За словами історика Жака Кеняра, успіх такої системи "зробив скасування (толерантного Нантського едикту -автори) невідворотним, бо тепер воно здавалося обгрунтованим" [2, с.341].

Отже, у 1685 р. Людовік XIV скасував Нантський едикт, підписавши Фонтенблзький. Через люте переслідування, яке стало підґрунтям для такого скасування, гугеноти опинились ще в гіршому становищі, ніж перед Нантським едиктом.

Відтак декотрі гугеноти стали сповідувати свою віру таємно. Вони організували "пустельну церкву", тобто розпочали підпільне поклоніння, бо місця їхніх зібрань були знищені, а богослужіння заборонене. Віруючі регулярно проводили такі зібрання, хоча їх могли засудити на смерть за законом, який набув чинності в липні 1686 р.. Щоправда, деякі гугеноти зреклись своєї віри під тиском обставин. Такі навернені тільки зовнішньо сповідували католицизм, вважаючи, що з часом можна буде повернутися до своєї віри.

Уряд намагався затверджувати навернення. Аби отримати роботу, ново навернені отримували посвідчення про те, що вони є католиками, підписане парафіяльним священником, який вів записи про відвідуваність церкви. Якщо діти були не хрещені й не виховувалися як католики, їх могли відібрати від батьків. Школи повинні були сприяти католицькому вихованню. Видавалися католицькі релігійні праці для "людей Книги (Біблії)", як називали протестантів. Уряд надрукував понад мільйон таких книжок і розіслав їх у місцевості, де навернулася значна кількість осіб. Заходи були настільки рішучими, що коли тяжко хворий відмовлявся від католицької сповіді, а

потім одужував, то його кидали у в'язницю або засилали назавжди на галери. Коли він помирав, то його тіло кидали на смітник, а майно забирали.

Траплялося, що деякі гугеноти чинили збройний опір. Зокрема, у районі Севени 1702 р. вибухнуло їх повстання, яке було жорстоко придушене. Урядові війська спалювали села, нищили посіви. Хоча деякий час ще траплялися поодинокі виступи гугенотів, до 1710 р. військо короля Людовіка їх остаточно розгромило.

Ще однією формою протесту гугенотів була втеча з Франції, однак це було нелегко. При цьому держава конфісковувала майно втікачів, певну частину якого отримувала католицька церква. Крім того, французький уряд швидко відреагував на такий поворот подій, стежачи за шляхами й обшукуючи кораблі.

На кораблі, які відпливали з Франції, нападали ще й пірати, бо за захоплення втікачів вони отримували винагороду. Гугенотів, яких ловили під час втечі, суворо карали. Ускладнювало ситуацію й те, що серед людей нищили шпигуни, намагаючись дізнатися імена тих, хто задумав утекти, а також маршрути їхнього пересування країною. Повсякденними були перехоплення кореспонденції, підробки обвинувачень та інтриги.

Втеча гугенотів з Франції до інших країн отримала назву *Сховку*. Гугеноти втікали до Голландії, Швейцарії, Німеччини й Англії. Відтак декотрі дісталися до Скандинавії, Америки, Ірландії, Вест-Індії, Південної Америки і Росії.

Багато європейських країн видали укази, заохочуючи гугенотів іммігрувати. Стимулом до імміграції було безоплатне надання громадянства, звільнення від податків і безоплатне членство в торгових гільдіях. За істориком Елізабет Лабрусс, гугенотами були здебільшого молоді люди, "заповзятливі, енергійні піддані, які мали виняткову моральну вартість". Отже, у розквіті своєї могутності Франція втрачала кваліфікованих працівників за різним фахом. Інші держави навіть пропонували гугенотам притулок, керуючись також релігійними й політичними міркуваннями.

Скасування Нантського едикту й подальше гоніння гугенотів викликало осуд багатьох країн. Вільгельм Оранський використав антифранцузькі настрої, щоб стати правителем Нідерландів. При сприянні гугенотських вояків він також став королем Великобританії, заступивши католика Якова II. Історик Філіп Жутар вважає, що "антипротестантська політика Людовіка XIV стала однією з основних причин скинення Якова II та створення Аугсбурзької ліги ... Ці події, які призвели до заміни французької гегемонії англійською, є поворотним пунктом в історії Європи" [2, с.343].

Гугеноти відіграли важливу роль у розвитку культури Європи. Вони скористалися своєю свободою в інших країнах, щоб видавати літературу, яка сприяла формуванню філософії Просвітництва та поняття терпимості. Наприклад, один французький протестант переклав праці англійського філософа Джона Локка і цим сприяв поширенню ідей природного права. Протестантські письменники підкреслювали важливість свободи совісті, поширюючи думку, що слухняність правителям є відносною та необов'язковою у випадку, коли правителі порушують угоду між ними й населенням. За словами історика Чарльза Ріда, скасування Нантського едикту було однією з очевидних причин Французької революції [4, с.311].

З приводу переслідування гугенотів і втрати Францією багатьох цінних людей маркіз де Вобан, військовий радник короля Людовіка XIV, просив короля відновити Нантський едикт, кажучи, що "навернення сердець – це суто Божа справа".

Чому ж Французька держава не зробила висновків й не скасувала свого рішення? Однією з причин, на нашу думку, було те, що король боявся ослабити єдність держави й свій авторитет. До того ж у той час було політично вигідно сприяти католицькому відродженню й релігійній нетерпимості, яка панувала у Франції XVII сторіччя.

Події, що розгорнулись навколо прийняття, змісту та скасування Нантського едикту, викликають немало запитань. Зокрема, чи тогочасне суспільство могло допустити й зносити плюралізм? Адже, як зазначають дослідники, пізнавши історію про гугенотів, не можна не замислитись про "механізми влади та іноді зіпсуття таких механізмів".

Деякі засади Нантського едикту згодом були використані урядами інших держав. З часом багато країн переглянули відносини між релігією та політикою і відвели державній владі нове місце. Врешті-решт 1905 р. Франція обрала шлях цілковитого відокремлення церкви від держави. Інші країни за прикладом Франції вирішили усім громадянам гарантувати конституційною свободою віросповідання та рівноправне до них ставлення.

Сьогодні для багатонаціональних суспільств з різними релігіями втеча гугенотів з батьківщини – це болісне нагадування про те, що може статися, коли спрямовувана церквою політика бере гору над найголовнішими інтересами й правами людей.

Раз на сторіччя на рівні ООН людство відзначає річницю підписання Нантського едикту, але весь інший час нерідко порушує його засади. Історія може багато чого навчити, але лише тих, хто бажає вчитись. Безперечно, найкраща можливість відзначити річницю підписання едикту – це подбати про те, аби кожна людина мала гарантовану свободу віросповідання.

Життя показує, що релігійні війни відзначаються особливою лютістю. Коли люди воюють за територію чи заради економічної користі, часто настає момент, коли війна вже не виправдовує себе, і тоді сторони намагаються укласти мирну угоду. Але якщо причиною є релігія, то компроміс і примирення вважаються неприпустимими.

Проте цей стереотип можна подолати. Адже ми маємо приклад мирного, хоч і нетривалого релігійного співіснування у Франції, яке стало можливим завдяки підписанню Нантського едикту. Багатонаціональним суспільствам сьогодні варто частіше думати про *правовий шлях* вирішення релігійних конфліктів, щоб релігійне поклоніння надалі не служило виправданням для політичного насильства та вторгнення на чужу територію. Тоді і тільки тоді слова зі статті 18 Загальної декларації прав людини, згадані на початку статті, стануть реальністю. Адже лише те суспільство можна назвати вільним, в якому правовими засобами, серед інших, забезпечена релігійна свобода.

-
1. Нантський едикт 1598. Хрестоматія з історії середніх віків/ За ред. Граціанського М.П. і Сказкіна С.Д. – К., 1953. – Т. III.
 2. Малинин Ю.П. Общественно-политическая мысль Франции XIV-XVI века.-С Пб.: Изд-во С.-Петербур. ун-та, 2000.

3. Джеджора О. Історія європейської цивілізації. – Львів: ЛБА, 1999.
4. Дейвіс Н. Європа. Історія. – К.: Основи, 2000.
5. Гончар Б.М., Козицький М.Ю. Всесвітня історія. – К., 2001.
6. Егер О. Всемирная история. -М.: АСТ, 2000. – Т. III.
7. Загальна декларація прав людини.-К.: Українська правнича фундація, 1995.

**THE EDICT OF NANTES (EDICT OF PACIFICATION)
OF 1598 – FIRST ATTEMPT TO PROTECT FREEDOM
OF RELIGION IN FRANCE**

B. Tyshchuk L. Pravosudko

*Ivan Franko National University of Lviv,
Universitetska Str. 1, UA-79000 Lviv, Ukraine*

The aim of the article is to elucidate the issue of religious freedom legal protection in medieval France, where religious intolerance had dominated a long time. However, at some stages of its state and legal history useful acts on freedom of religion protection were passed, specifically Edict of Pacification providing the freedom of worship

Freedom of religion is one of the most valuable principles of the human rights involving the very core of human dignity. Real religious freedom exists only if the State equally treats all law-abiding and law-respecting religious groups. Sixteenth-century Europe is characterized by intolerance and bloody religious wars. In 1598, after a 30-year religious war, King Henry IV signed an edict of tolerance — the Edict of Pacification (Edict of Nantes), granting religious freedom.

Key words: Edict of Pacification (Edict of Nantes), freedom of religion, religious pluralism.

Стаття надійшла до редколегії 11.04.2003
Підписана до друку 30.10.2003

ЦИВІЛЬНЕ ПРАВО ЗА ВІРМЕНСЬКИМ СТАТУТОМ 1519 р.

М. Демкова

*Львівський національний університет імені Івана Франка
вул. Університетська, 1, 79000 Львів, Україна*

Вірменський статут 1519 р. відносив до цивільно-правового характеру надавав особливого значення. Цивільне право за Статутом об'єднувало в собі такі важливі цивільно-правові інститути, як інститут права власності, права користування, а також містило чимало норм зобов'язального (договірного) права. Окрім того, цивільне право розрізняло такі підгалузі, як спадкове та сімейне право. Вже тоді спадкування, за спадковим правом, поділялося на спадкування за законом та спадкування за заповітом. Вагома роль відводилася правовому регулюванню шлюбно-сімейних відносин.

Ключові слова: Вірменський статут, цивільне право, право власності, застава, спадкове право, спадкування за законом, спадкування за заповітом, заповіт, стаття, правова норма, відповідальність, відшкодування шкоди.

Аналіз правового регулювання статусу вірменської громади у Галичині зумовлений відсутністю комплексного історико-правового дослідження у цій сфері, що є актуальним для розвитку вітчизняної історико-правової науки, сучасної вірменської громади Галичини, а також вірмено-українських історичних та державно-правових відносин.

З наданням місту Львову магдебурзького права у 1356 р. вірмени, поряд з іншими народами, набули право судитись у власному суді під головуванням міського війта. Привілей Казимира Великого 1356 р. став правовою основою для функціонування вірменського суду [4, с.119]. У цій грамоті зазначалося, що місту Львову надається магдебурзьке (німецьке) право, "а для інших народів, що живуть у цьому місті, а саме: вірменам, євреям, сарацинам, русинам та іншим будь-якого стану чи становища з особливої нашої ласки дозволяємо користуватися відповідно до їх звичаїв, зберігати необмеженими їхні права, надаючи одночасно їм можливості, щоб будь-які кримінальні справи, які виникнуть між ними й іншими, вирішувати за магдебурзьким правом і при війті відповідно до їхніх прохань. А якщо відмовлятимуться за магдебурзьким правом, яким вищезгадане місто повинно користуватися, тоді вказані нації... мають можливість поставити і вирішувати будь-яке питання на суді своєї нації, але під головування міського війта" [3, с.16].

У процесі здійснення судочинства на практиці часто виникали проблеми з правильним трактуванням норм вірменського права, які були написані маловідомою для органів влади вірменською та вірмено-кипчацькою мовами [5, с.38]. Для усунення цих суперечностей львівські вірмени підготували кодифікований проект вірменських законів, який з часом дістав назву "Статут львівських вірмен" або "Вірменський Статут" ("Statuta Iuris Armenici"), і був затверджений 5 березня 1519 р. королем Сигізмундом I.

Вірменський статут 1519 року широко регулював відносини фінансово-економічного, кримінального, цивільного, шлюбно-сімейного, спадкового характеру. Ґрунтовним аналізом норм Вірменського статуту займалися професори права Львівського університету, зокрема О. Бальцер, А. Бішоф. Пропонована стаття

присвячена аналізу норм цивільного, включаючи спадкове, та шлюбно-сімейне, права.

Незважаючи на відсутність у Вірменському статуті (далі – Статут) конкретних норм, які б розкривали суть слів *власність* і *володіння*, ці поняття були вже відомі старовірменському праву. Відповідно до ст. IX Статуту, майно розподілялося на рухоме та нерухоме, залежно від чого застосовувалося те чи інше право. Відтак Вірменське право застосовувалося до нерухомого майна, яке знаходилося у місті і перебувало у власності вірмен, а за межами міста, незалежно від того, у чий власності перебувала нерухомість, діяло магдебурзьке або українське право. З часом всі справи щодо нерухомого майна перейшли до компетенції магдебурзького суду.

Такими, що володіють певним майном, вважалися заставодавець, заставодержатель та набувач користі з майна, тому право відділяло їх від власника, застосовуючи поняття "право користування майном".

Стаття 37 "Про вірну руку" постановляє, що заставодержатель, який володіє майном, даним йому як заставу, відповідає перед власником за ушкодження або втрату заставленого майна. З цієї статті випливає, що заставодержатель не має права розпоряджатися заставою або утримувати з неї користь, що є складовим елементом поняття володіння.

У статті 41 про заставу наголошується: "... якщо користувач заставленого майна отримав від нього (майна), переданого йому в користування, більше користі, ніж вартість застави, тоді він повинен повернути надлишок власнику застави". Заставодержатель мав право мати користь з майна, переданого йому у заставу, проте з певними обмеженнями, тобто з урахуванням інтересів власника.

Відповідно до ст. 45 набувач вигоди з поля, якому через бідність продано право користування, не тільки володів цим полем, але й володів правом отримувати з нього вигоду. Власник, або його близькі родичі, мали можливість викупити у володільця право користування цим полем протягом семи років. Після закінчення цього терміну, якщо поле не було викуплено власником або його родичами, володільць ставав власником цього поля. Старовірменське право постановляло, що у випадку, якщо майно продавалось не через бідність продавця, то термін його викупу становив один рік, проте Статут змінив цю норму, постановивши, що термін викупу у кожному конкретному випадку повинен вирішуватися судом [1, с. 77].

Ширше у Вірменському статуті описано право власності. Про власність і власників згадується у ст. 26, 28, 31, 35, 38, 39, 45. Використовуючи предмет своєї власності, власник зазнає певних обмежень стосовно інтересів інших власників або просто інших людей. Зі ст. 26 випливає: "... якщо хтось має непогамованого вола, повинен його продати, щоб не зазнати небезпеки сплати відшкодування у випадку ушкодження волом перехожого...". У ст. 29 від власника колодязя вимагається створення безпечних умов, "щоби ніхто або ніщо" туди не могло впасти. У ст. 66 зазначено "... якщо би хтось будував новий дім і хотів би збудувати на горі балкон, тоді він повинен його збудувати так, щоби ніхто з нього не зміг впасти..."

Дивною видається норма, яка міститься у ст. 67, 68 Статуту. Незважаючи на те, що, відповідно до Статуту, набувати користь зі своєї речі мав право тільки власник, у цих статтях право передбачає певні винятки з цього правила. Керуючись нормою, викладеною у зазначених статтях, можна увійти на чуже поле і зривати рукою колоски або зайти у виноградник і зірвати грона винограду, для цього, щоб їх з'їсти на місці. Статут такі дії не розцінював як злочин.

Якщо у власника було вкрадено будь-яку річ, він мав право відчужити її у третій особі, тобто цієї особи, в якій вона знаходилася після крадіжки. Об'єктом власності вважалося рухоме та нерухоме майно. Найбільше суперечок виникало з визначення меж нерухомості, тому ст.56 Статуту постановляє: "Не дозволяється змінювати межу або границю земельної ділянки у сусіда, вона повинна залишатися такою, якою була передана йому у спадщину". Суперечки щодо меж земельних ділянок вирішувалися у судах.

Статут розрізняв власність, набуту первинним або похідним способом. До набуття власності первинним способом відносилося заволодіння майном, яке не мало власника або було набуто як військовий трофей. Таке володіння вважалося правомірним і власник майна, набутого у такий, спосіб міг розпоряджатися ним на свій розсуд [7, с.245]. Натомість у ст.86 Статуту забороняється присвоєння майна з розбитого корабля. Докладніше трактує Статут право знахідки. У ст.63 зазначено: "... якщо будь-хто знайшов худобу, що заблукала, повинен віднайти її власника і передати йому знахідку, не вимагаючи нагороди. Якщо власник не був знайдений, потрібно повідомити про знахідку місцеву владу". З часом, якщо власник худоби не зголосився, знайдена худоба переходила у власність того, хто її знайшов.

Особливу увагу Статут приділяє знаходженню скарбів. Старовірменське право постановляло: якщо знайдений скарб був власністю короля, то він повертався у королівську скарбницю, а власник землі, який знайшов цей скарб, діставав подвійну десятину (двадцять частин скарбу); якщо скарб знайдено на чужій землі, тоді власник землі набував подвійну десятину, а той, хто знайшов – одну. Якщо скарб був власністю пана або магната, то він переходив до його спадкоємців. Якщо скарб знайдено в землі, яка не належала до спадкоємців, тоді десятину набували власник землі, той, хто знайшов скарб, та королівська скарбниця.

Інакше ці норми трактує Статут. У першому випадку, якщо знайдений скарб був власністю короля, власник землі і той, хто його знайшов, діставали по одній десятині. У другому випадку, якщо скарб був власністю пана або магната, проте знайдений на успадкованій землі, тоді він повертався до спадкоємця цієї землі, а десята частина з цього скарбу передавалася у королівську скарбницю [1, с.66]. В усіх випадках рішення щодо подальшої долі знайденого скарбу визначалося комісією королівського маєстату.

Власність, набута похідним способом, – це власність набута від попереднього власника шляхом купівлі, заміни або дарування. Власність можна було втратити з власної волі (підчас продажу, заміни або дарування), окрім випадку конфіскації. Відповідно до ст.1 Статуту, конфіскація майна була результатом злочину, заподіяного проти короля або свого пана, причому вона стосувалася не тільки злочинця, але і його спадкоємців.

Щодо права на види діяльності, то старовірменське право займалося наданням дозволів на рибальство, полювання, видобуток корисних копалин, добування скельної олії тощо. Очевидно, із зміною умов проживання та побуту вірмен, норми, які б стосувалися цих справ, не знайшли свого відображення у Статуті [1, с.39].

Багато місця у Статуті відведено заставі. Поняття та механізми застави висвітлені у ст.41, 70, 73, 111 Вірменського статуту. Під заставу можна було передавати рухоме та нерухоме майно. Статут не дозволяв приймати під заставу одяг і рухоме майно, належне вдовам [7, с.238], а також "млин, тому що він може служити для виготовлення поживи для бідних" [7, с.237]. Заставодержатель, який приймав заставу, мав право у випадку прострочення терміну викупу нерухомого майна

повернути собі тільки цю суму, під яку була надана застава, без стягнення відсотків, а решту повернути заставодавцеві.

Якщо заставодержатель, якому було надано право користування предметом застави, набув від користування більшу користь ніж конкретна сума, під яку було надано заставу, тоді він мав повернути різницю власнику застави. Якщо заставодержатель поніс видатки на ремонт заставленої речі, то ці витрати долучалися до підзаставної суми. За старовірменським правом, до переліку нерухомого майна, яке надавалось у заставу, відносили також худобу. У Статуті худобу відносили до рухомого майна [1, с.75]. Заставодержатель, використовуючи заставлену худобу, відповідав за шкоду, вчинену цією худобою. Якщо при цьому худоба гинула, відшкодування за неї сплачував заставодержатель.

Якщо предметом застави були украдені або втрачені без вини заставодержателя через якийсь випадок коштовності, тоді заставодержатель міг бути звільнений від відповідальності після "очищення" тілесною присягою. Якщо вину заставодержателя стосовно втрати застави було доведено, тоді він сплачував власнику подвійну вартість застави. У ст.111 Статуту зазначено, що після настання терміну викупу застави, наданої під гроші отримані у борг, заставодержатель зобов'язаний тричі при свідках попередити боржника щодо викупу застави, після чого він мав право продати предмет застави, а надлишок коштів від продажу повернути боржнику. У статті не згадується, як діяти у випадку, якщо грошей, одержаних від продажу заставленої речі, не вистачає для покриття боргу, хоч у приписах старовірменського права зазначено, що в такому випадку заставодержатель зобов'язаний доплатити різницю.

Розглядаючи статі Вірменського статуту, в яких згадується про право власності, нами не виявлено відсутнє визначення самих видів власності та інших понять, які характеризують власність, але це не означає, що їх не було також і у старовірменському праві.

Значну увагу Статут приділяв спадковому праву, яке розрізняло спадкоємство за законом та заповітом.

Відповідно до норм старовірменського права, яким користувалися на теренах Галичини ще до 1519 р., вірменин на випадок хвороби для укладення заповіту зобов'язаний викликати духовну особу і трьох свідків. Проблему дійсності заповіту право чітко не вирішувало, проте наголошувало на двох моментах, в яких відзначалося "чи заповіт був укладений у доброму здоров'ї, чи при хворобі". У першому випадку заповіт вважався дійсним, у другому – лише, якщо спадкодавець помер того ж дня, коли був укладений заповіт [1, с.57].

Ст.VIII Вірменського статуту постановляла, що заповіт вважається дійсним незалежно від стану здоров'я спадкодавця на момент його укладення. Стосовно укладення заповіту Статут вимагав присутності св'ященика, 2 – 3 свідки із вірменської старшини, а також родичів [1, с.57]. Отже, такий заповіт набував подвійного значення: громадського та приватного, тому, що був укладеним у присутності св'ященика, членів старшини та родичів.

Заповіти звичайно заносили до спеціальних книг, які вели при вірменській церкві [2, с.55]. Свідків процедури заповіту зобов'язували викликати родичів спадкодавця, щоби вони мали можливість висловити свої застереження щодо заповіту, якщо вони в них були. Якщо родичі цим правом вчасно не скористалися, тоді заповіт, незважаючи на форму його укладення, вважався беззастережно дійсним. Родичі у цьому випадку були зобов'язані визнати цей заповітом [1, с.57; 58].

Спадкодавець під час укладення заповіту повинен був спочатку "заповісти щось для своєї церкви, єпископів і св'ящеників, гріб свій також має ушанувати", а вже після цього розпорядитися частиною, що залишилася, на користь спадкоємців. На відміну від старовірменським права, ст.VII Статуту допускала, що спадкоємцями можуть бути не тільки родичі, але й друзі [7, с.221].

Відповідно до ст.VIII Статуту, "незважаючи на отриманий донькою під час шлюбу посаг, батько мав право визнавати її, нарівні з іншими, спадкоємницею". Дійсним вважався також заповіт, в якому батько всю свою власність заповідав синам, вважаючи, що донька отримала свою частку у вигляді посагу.

Надаючи вагу самому заповіту і дослідивши його дійсність, доходимо висновку, що вірмени не завжди дотримувалися норм старовірменського права, які постанововляли, що заповіт є дійсним. У зв'язку з цим вірменський вїйт у 1434 р. звернувся до короля Владислава Ягайла з проханням врегулювати ці суперечності своєю постановою. Наслідком цього звернення був королівський мандат від 17 лютого 1434 р., в якому король наказує: "... щоби жоден вірменин або будь-хто інший, місцевий чи чужинець не наважувався і не смів перешкоджати заповіту" [7, с.129].

Враховуючи королівський мандат, ст.VII Статуту постановляє: "Якщо ж той, хто вчинив заповіт, помре, тоді такий заповіт має отримати силу міцності за наукою св'ятого апостола Павла, який говорить, що заповіти, підтверджені смертю, повинні отримати силу міцності". У ст.VIII Статуту зазначено: "Якщо ж батько отримав би хворобу і захотів би заповісти своїй дочці у заповіті те, що йому би сподобалося, тоді може вчинити це за своєю волею без огляду на заперечення синів".

Виконавцями заповіту завжди були родичі. Спадкодавець мав право у будь-який час змінити заповіт або відкликати його. У Статуті передбачено право батьків щодо позбавлення дітей спадщини, якщо діти не виконують своїх обов'язків стосовно своїх батьків (ст.19, 22).

Якщо особа перед смертю не уклала заповіту, спадкоємцями ставали найближчі родичі, в першу чергу його діти. Таке спадкоємство, було спадкоємством за законом. У випадку відсутності дітей, спадок набували дальші родичі. Не беручи до уваги те, чи померлий мав дітей, чи ні, його дружина набувала 1/4 частину майна і незалежно від цього дружині повертався її посаг, а також коштовності, подаровані її чоловіком. Діти померлого, сини і доньки, набували у цьому випадку 3/4 спадку. Ця норма з часом була змінена, тому на початку XVII ст.мати набувала рівних прав з дітьми щодо розподілу спадщини. Після смерті вдови, яка не залишила заповіту, все майно в рівних частинах переходило до дітей [2, с.61].

Родичі, якщо не було основних спадкоємців, могли бути спадкоємцями тільки до четвертого коліна. Якщо родичів до четвертого коліна не було, спадок переходив до короля, при цьому приховування майна, що призначалося королю, підлягало суворій карі. Правова норма щодо спадку, на який не було претендентів (родичів до четвертого коліна) і який мав переходити до короля, очевидно, був результатом впливу норм західного права, тому що старовірменське право, яке діяло на території Галичини до появи Статуту, затвердженого у 1519 р., передбачало у такому випадку передачу спадку суддям [1, с.61].

У Статуті не згадується про спадкоємство після смерті жінки, якою ще за життя не був укладений заповіт, хоча старовірменське право трактувало цю норму з уточненням, чи померла мала дітей, чи ні [1, с.62]. У ст.VIII Статуту зазначено, "що незамужні сестри, отримують посаг від своїх братів, які повинні із спадщини

виділити частку на посаг, а решту розділити між всіма спадкоємцями, у тому числі і сестрою, а замужні сестри, які отримали свій посаг ще за життя батька, не мають відносно своїх братів права на спадщину" [2, с.55].

Якщо у дітей померлого дітей не було, дальші родичі ставали спадкоємцями відповідно до черговості статі: спочатку розглядалася чоловіча стать, потім жіноча, а це означало, що в першу чергу спадкоємцями вважали брата померлого і його дітей, а якщо таких не було, – сестру та її дітей. Про спадкоємство батьків у Статуті не згадується. Якщо після смерті батька за життя матері померла дитина, яка не мала потомства (не одружена), то спадкоємцями у рівних частках стають мати та діти [2, с.55].

Значно менше уваги відносно спадкового права Статут присвятив сімейному праву. Вірменське право приділяло значну увагу значенню сім'ї, а саме проблемам, які виникали під час вирішення сімейних питань. Шлюбні проблеми знайшли також своє відображення у Вірменському статуті.

Перед шлюбом наречений повинен був спочатку домовитися з батьком нареченої щодо розмірів посагу, який мав бути виплаченим. Процедура сватання відбувалася у присутності родичів час процедури сватання повинні бути родичі [7, с.221]. У ст.69 Статуту присутня норма, яка була неактуальною для польського суспільства, а саме, молодий під час війни звільнявся від залучення його у військових діях. Король до цієї статті додав своє застереження, яким постановляв: "Вірменин який має маєтки (землю) щодо яких зобов'язаний до військового походу, не тішиться прерогативою цієї постанови". У Статуті не висвітлювалися умови та механізм проведення самого шлюбу, яким чином і з яких причин можна розірвати шлюб. Очевидно, відповіді на ці питання можна знайти у вірменському церковному праві.

У Статуті здебільшого згадується про майнове сімейне право, яке, очевидно виникло на підставі впливу польського права на Вірменський статут [1, с.58]. Стаття VIII постановляє, що посаг жінки вважається належною до неї часткою майна, яку вона дістала від батька і матері. Факт передачі дочці посагу не порушував право батька стосовно запису дочці майна також і у заповіті. Після смерті батька, обов'язок на сплату посагу незаміжній сестрі лежав на її братах, які спочатку були зобов'язані сплатити посаг, а потім користуватися тією частиною майна що залишилася. Після смерті чоловіка вдова мала право володіння речами, подарованими її чоловіком (одяг, коштовності), незалежно від того, який час вона була одружена і чи були в них діти [1, с.60]. Вірменський статут визнає вдові користування четвертою частиною спадку на відміну від старовірменського, який визнавав за вдовою шосту частку спадку [1, с.61]. У випадку смерті чоловіка, якщо не було дітей, на бажання чоловіка вдова могла бути опікуном майна на рівні з братами чоловіка [7, с.222]. У випадку, коли померлий не мав братів, які могли опікуватися його дітьми, опікункою дітей ставала вдова. На випадок смерті дружини чоловік залишався опікуном майна дружини. Старовірменське право це питання трактує дещо інакше, чим Статут, і постановляє, що на випадок смерті чоловіка його майном опікується дружина, а родичі чоловіка можуть брати участь в опікуванні над майном лише за згодою вдови [1, с.63].

З особливою турботою вірменське право ставилось до батьків і дітей, а також до стосунків між ними. Батьки так само, як і діти, мали певні обов'язки. Обов'язком батьків було старання виховання дітей, "щоб не росли у розпусті і свавіллі, віддавати їх до науки відповідно до своїх фінансових можливостей, чи до ремесла, чи до шкіл" [7, с.77]. У статті 78 Статуту встановлено: "якщо батьки не дбають про своїх дітей, тоді діти можуть їх покинути". Відповідно до Статуту, діти зобов'язані любити і

шанувати своїх батьків, всілякі відхилення від цього правила суворо каралися. Ст.19 Вірменського статуту постановляє: "Якщо будь-хто побив би своїх батьків, він ставав втраченим для бога відносно Старого Заповіту, а Заповіт нового християнського закону наказує, що така дитина має до смерті нести покуту" [7, с.226]. Якщо такий вчинок зроблений малолітньою дитиною, тоді батьки самі карали дитину. У випадку вчинення дитиною такого вчинку "зі злим серцем і помислами", батьки могли привести її для покарання до духовних осіб або старшини. Якщо ж дитина не виправилася, батько міг позбавити її спадку. Статут передбачав відновлення спадкових прав у випадку, якщо дитина покорилася батькам і готова спокутувати свою провину. Подібним чином Статут трактує дітей, які "очерняють або безчестять своїх батьків", а також виявляють минуле своїх батьків без їхньої згоди. Ст.22 Статуту наголошує, що такий вчинок "відповідає піднесенню руки на батьків, які можуть таких дітей позбавити спадку". У цій статті передбачено також випадок, якщо діти виявлять вчинок своїх батьків проти короля або держави, тоді вони покаранню не підлягають. Відповідно до ст.78 Статуту, "батьки, відповідно до Божих наказів, мають обов'язок виховувати своїх дітей та їх карати. Діти, які не слухаються порад своїх батьків, а також не дбають про них, будуть проклятими. Покаранню божому підлягають також батьки, які не навчили своїх дітей жити чесно і пізнавати Божі накази, тому покинути таких батьків не вважається гріхом".

У статті 20 Статуту про відповідальність кожного за свій вчинок зазначено: "Якщо батько або син буде винним у будь-яких вчинках, смертельних або кримінальних, тоді батько за вчинок сина не має терпіти. Так само син за вчинок батька жодною карою не має зв'язуватися, але кожен відповідно до вчинених дій має терпіти і таким чином право виконується, віддаючи повністю справедливість будь-якій особі та кожному, на що він заслуговує". З цієї постанови вилучений злочин проти королівського маєстату, за який "через злочинний виступ свого батька, діти не отримують батьківського місця, а також втрачать маєтки, оскільки у цьому випадку все конфіскується" [7, с.220].

Значна кількість статей Вірменського статуту присвячується родичам: ст.IX та 116 обмежують їх спадкові права, ст.VII вимагає присутності родичів при складанні заповіту. Родичі мають переважне право при викупі заставленого за борги маєтку, який був заставленим одним із них. У випадку продажу спадкової нерухомості такий продаж повинен узгоджуватись з родичами (ст.88). До родичів належить право розпорядження спадком після смерті чоловіка разом із вдовою, а також на них покладається обов'язок піклуватися родиною померлого та вдовою (ст.115).

Поняття опікунства, яке відображене у деяких статтях Статуту, скоріше за все утворилося під впливом польського та магдебурзького права. Юнак залишався під опікою до 20-літнього віку, а жінка протягом всього життя. Дітьми опікувалися їхні батьки, а після їхньої смерті – найближчі родичі. Родичі опікувалися навіть дорослою жінкою доки вона не одружилася, після чого право опікуна переходило на її чоловіка. Вдовою опікувалися її найближчі родичі до часу її нового одруження [1, с.246]. Неповнолітні діти не несли відповідальність за борги своїх батьків. У випадку опікунства опікун міг здавати їхнє майно в оренду. Відповідно до Статуту, одружена жінка не мала права розпоряджатися своїм майном без згоди свого чоловіка [1, с.105], інтереси жінки у суді покликаний захищати її чоловік, а якщо його немає – найближчі родичі.

У зв'язку із тим, що Вірменський статут не завжди давав вичерпні відповіді на ситуації, які склалися у цивільному праві, вірменська громада для вирішення проблемних питань часто керувалася королівськими декретами та привілеями.

Таким чином, з проведеного вище аналізу бачимо, що відносинам цивільно-правового характеру Вірменський статут 1519 року надавав особливого значення. Цивільне право за Статутом об'єднувало в собі такі важливі цивільно-правові інститути, як інститут права власності, права користування, зобов'язальне право. Окрім того, цивільне право розрізняло такі підгалузі, як спадкове та сімейне право. Вже тоді спадкування за спадковим правом поділялося на спадкування за законом та спадкування за заповітом. Вагома роль відводилася правовому регулюванню шлюбно-сімейних відносин.

Відтак цивільно-правові відносини, врегульовані нормами Вірменського статуту, посідали важливе місце у державі та характеризувалися на той час досить високим рівнем розвитку вірменського суспільства.

Внаслідок захоплення Галичини Австрією у зв'язку із реорганізацією міського управління у 1784 р. магдебурзьке право та органи вірменського самоврядування були ліквідовані [6, с.118].

-
1. Balzer O. Statut ormiański w zatwierdzeniu Zygmunta I z. r. 1519. – Lwów, 1910.
 2. Balcer O. Porządek sądów i spraw prawa ormiańskiego. – Lwów, 1912.
 3. Історія Львова в документах і матеріалах. – К.: Наук. думка, 1986.
 4. Кобилицький М. Судочинство вірменської громади у м.Львові (XIV – XVIII ст.) // Юридический вестник Одесской национальной юридической академии. – 2002. – №1
 5. Кольбенко А. Надання судового самоврядування вірменським поселенням у Галичині (XIV – XVIII ст.) // Вісник Львівського університету. – 1999. – №34.
 6. Кульчицкий В. Правосудие в армянских поселениях на территории Галиции (XIV – XVIII вв.) // Правоведение. – 1974. – №2.
 7. Привілеї національних громад міста Львова (XIV – XVIII) // Упорядник М. Капраль, наук. ред. Я. Дашкевич, Р. Шуст. – Львів, 2000.

CIVIL LAW UNDER THE ARMENIAN STATUTE OF 1519

M. Demkova

*Ivan Franko National University of Lviv,
Universytetska Str. 1. UA -79000, Ukraine*

The Armenian Statute of 1519 emphasized civil legal relations regulation. The civil law under the Statute combined such important civil legal institutes as institute of property, institute of right enjoyment as well as many rules of obligation (contract) law. Besides, civil law differentiated such civil law subfields as succession law and family law. The intestate and testamentary successions existed under succession law at that time. The legal regulation of matrimonial relations was of great role.

Key words: Armenian Statute, civil law, property law, mortgage, succession law, intestate succession, testamentary succession, will, Article, legal rule, responsibility, damages.

Стаття надійшла до редколегії 27.02.2003
Підписана до друку 30.10.2003

САМОВРЯДУВАННЯ У МІСТІ ЖОВКВИ ЗА МАГДЕБУРЗЬКИМ ПРАВОМ (до 400-річчя з дня надання)

М. Кобилецький

*Львівський національний університет імені Івана Франка,
вул. Університетська, 1, 79000 Львів, Україна*

Магдебурзьке право та його застосування в Україні є однією з найменш розроблених тем в українській історико-правовій науці. Це стосується дослідження самоврядування українських міст на основі магдебурзького права і зокрема самоврядування міста Жовкви. Стаття присвячена 400 річчю надання місту Жовкві магдебурзького права. В основу написання статті покладені матеріали архівів і бібліотек міста Львова та праці українських і польських дослідників. У статті проаналізовано діяльність та повноваження окремих органів місцевого самоврядування, показано особливості застосування магдебурзького права у приватновласницьких містах.

Ключові слова: магдебурзьке право, війт, лавники, бургомістр, староста, податки, мито.

Як свідчать історичні джерела на території сучасного міста Жовкви ще з часів Київської Русі та Галицько-Волинської держави існувало село Винники. Після захоплення у 1340 р. Галичини поляками село перейшло у власність польської шляхти. У 1556 р. Винники та села Сопошин, Воля, Глинсько були подаровані шляхтичем А. Висоцьким белзькому воєводі Станіславу Жолкевському [1, с.5], який у 1559 р. подарував ці села своєму братові Томашеві. У 1588 р. після смерті Томаша Винники успадкував його син також Станіслав Жолкевський, відомий польський воєначальник, польний та великий коронний гетьман. У 1594 р. він розпочав будівництво у селі оборонного замку [1, с.9]. Фактично у цьому році відбулася так звана локація міста¹ [2, с.95]. Принагідно зазначимо, що, на думку відомого українського історика І. Крип'якевича, у Жовкві народився Б. Хмельницький, батько якого Михайло був службовцем С. Жолкевського [3, с. 66].

За перемогу 1602 р. в Прибалтиці над шведами польський король Сигізмунд II 22 лютого 1603 р. дав Станіславу Жолкевському дозвіл у його маєтках на Русі (Україні) заснувати місто та назвати його своїм іменем Жовква [1, с.14]. Місту також надавалось магдебурзьке право, за яким мало здійснюватися його управління. Управління, згідно з привілеєм, здійснювали війт, бургомістер, радники, лавники та ін. Ці особи призначались С. Жолкевським та були підконтрольні йому і його спадкоємцям. Мешканці міста звільнялись від інших юрисдикцій та несли відповідальність лише за магдебурзьким правом у приватних і громадських справах. Отож усі правові спори мали вирішуватися за магдебурзьким правом на зразок інших міст Речі Посполитої. Жителі міста набули право збудувати ратушу, лазню, магазини, які мали утримувати в належному технічному та санітарному стані. Для зміцнення економічного добробуту населення було надано право на проведення ярмарків та торгів. Протягом року проводились чотири ярмарки – 8 травня день святого

¹ Термін локація у польській літературі вживався у випадку заснування нового міста або переведення існуючого села у статус міста.

Станіслава; 29 червня – святого Петра і Павла; 11 листопада та 11 серпня – святих Мартина і Лаврентія. Торги проводили щотижня у середу та суботу. Торгівля на ярмарках і торгах мала відбуватись з урахуванням норм магдебурзького права та не порушуючи торговельні права інших міст. Привілей у галузі торгівлі надавався з метою підвищення добробуту жителів міста, які могли вільно продавати і купувати товари, укладати договори-міни, дарування й інші. Мито та інші торговельні збори сплачували у дохід С. Жолкевського. Передбачалась також сплата частини податків та зборів з ярмарків і торгів на користь держави. Особи, що займалися торгівлею, окремим королівським привілеєм були звільнені від сплати мита, податків і зборів на території усієї Речі Посполитої. Державні службовці та митники Речі Посполитої зобов'язувалися надавати всебічну допомогу купцям із Жовкви під час торгівлі в усіх приватних, церковних та королівських містах [1, с.15]. Магдебурзьке право Жовкві надавалось на зразок Замостя та Шаргорода [3, с.5].

У цей же рік жовківський староста Г. Хоніцький, який діяв від імені С. Жолкевського, дозволив організовувати у місті ремісницькі цехи у кількості не менше як 24 ремісники. Першим було утворено цех шевців [1, с.16]. Як уже зазначалось, управління містом здійснював магістрат, до складу якого входили війт, радники, лавники та інші службовці. Щороку обирали 4 радники, 7 лавників та війта. Війта і одного радника призначав самостійно власник або від його жовківський староста. Інші особи органів місцевого самоврядування обиралися. Першим жовківським війтом протягом 1601-1610 рр. був П. Щесливий, за проектом якого побудовано оборонний замок [4, с.16]. Вибори відбувалися щорічно у п'ятницю "по трьох королях" [1, с.13]. За день до виборів уповноважені особи від міської влади йшли до замку, щоб дістати дозвіл власника або його представника на їх проведення. Після цього бургомістер надсилав міських слуг до цехмістрів, які запрошували їх до участі у богослужінні в парафіяльному костелі та виборах органів міського самоврядування. У день виборів працівники органів міського самоврядування, цехмістри та жителі міста після богослужіння збирались у міській ратуші. Засідання відкривав жовківський староста, який оголошував волю власника і посідав центральне місце у залі ратуші, за ним сідали радники, війт, священики та ін. [1, с.13]. Новообрані працівники магістрату складали присягу, яку зачитував міський писар. Після прийняття присяги радники повідомляли жителів міста про його фінансовий стан та основні прибутки і витрати за минулий рік.

Чотири радники по чергово виконували повноваження керівника міста. Радник, якого призначав власник, розпочинав щорічне управління і отримував титул бургомистра (procomsul). Він протягом кварталу виконував свої функції. Після цього функції бургомистра по чергово виконували інші радники. До повноважень бургомистра і радників в головно відносили адміністративні функції. Міська рада володіла також деякими функціями в галузі судочинства. Інтереси простих жителів міста захищала колегія "12 мужів", до складу якої входили у рівній кількості ремісники та купці [5, с.22]. Колегія "12 мужів" була утворена 1614 р. і її завданням було "Вибирати лонгерів, які будуть провіантами і складами всякими завідувати, а з цих провіантів, вин, відібраних до своїх рук, панам райцям з свого шафування рахунок чинити. Панове ж райці дванадцятьом мужам кожний свого кварталу рахунок з усього чинити повинен" [5, с.22]. Колегія "12 мужів" також контролювала правильність і точність ваг та якість продукцій, яку виробляли пекарі, різники та ін.

Жовква була приватновласницьким містом і у різні роки містом володіли родини Жолкевських, Даниловичів, Собецьких та Радзивилів. Королівський привілей забезпечував вільне обрання органів міського самоврядування, хоч на практиці це не завжди виконувалось. Так, староста С. Тржебуховський у 1613 р. під час виборів органів місцевого самоврядування говорив: "...мене милість післав до елекції, щоб вам відповідно до фундушу, наданому цьому місту дозволяє цю елекцію, як райці, так і вїйта з лавицею...щоб при свідках його було" [6]. Софія Данилович, яка була власницею Жовкви у 1629 р., писала: "Уряде! Приказую Вам, щоб Ви цей дім, на котрий мають спільні добра Рудник з Лукашем оцінили з фільварком і городом продали і цю суму на половину поділили. Щоб Ви це зробили за 4 неділі" [5, с.23]. У 1631 р. вона зазначала: "Той Василівський дім, на котрий має довг Марко орендар, допоможіть продати, а йому довг віддати" [5, с.23].

Новообранні радники мали дотримуватись законодавства, оберігати права і інтереси та управляти містом на власний розсуд. При цьому радники повинні були не зважати на родинні зв'язки та майновий статус мешканців міста. Радникам також передавались міські привілеї "привілей Сигізмунда III, печатка ради, копія привілею по-польськи, міські протоколи та інше" [7, с.16]. Радники, як і в інших містах, що використовували магдебурзьке право, за свою роботу не отримували заробітної плати, але вони користувались пільгами під час сплати загальнодержавних та місцевих податків і зборів. Радники також отримували частину доходів з міських промислів.

Після того, як місто втратило привілеї, Ян Собецький, який одночасно був власником міста та польським королем, видав у 1693 р. новий привілей на магдебурзьке право. У ньому зазначалось, що місту Жовкві підтверджується магдебурзьке право, "щоб всі справи, суди, чинші, торгівля і купецтво для загального добра і без шкоди для людей" [1, с.130].

Цей привілей, на відміну від попереднього, чіткіше визначав повноваження та функції окремих органів місцевого самоврядування. Зокрема, він встановлював, що судочинство має здійснюватись на основі "божого благословення та справедливості" [1, с.130]. Поточні справи розглядав бургомістр та радники, а кримінальні справи – вїйт та лавники. Апеляцію на рішення міських судів розглядав замковий суд. Усі жителі міста зобов'язувались шанувати і поважати суд. Судочинство і управління містом мало здійснюватись винятково за магдебурзьким правом та Саксонським зерцалом. Без змін залишився встановлений порядок виборів радників, лавників та ін. Вїйт і бургомістр призначались власником із урахуванням думки жителів міста. Трьох радників та сім лавників мешканці міста обирали на вільних виборах, де враховувався їхній життєвий досвід, кваліфікація та порядність. З них один радник та один лавник мали бути українцями. Керівники міста зобов'язувались зберігати міські таємниці. Правопорядок на території міста забезпечували вісім ціпаків¹ та двоє міських слуг. Один міський слуга допомагав вїйту, а інший – бургомістру. На утримання ціпаків і міських слуг з усіх жителів міста, "як християн, так і євреїв" стягувався спеціальний податок [1, с.132]. Ціпаки контролювали також правопорядок у нічний час. Вони забороняли продавати спиртні напої, грати на музичних інструментах та припиняли бійки і гуляння. Щоквартально жителі міста на заклик

¹ Ціпаки – міська поліція.

бургомістра мали з'являтися із зброєю на міських мурах. У випадку нападу ворога вони зобов'язувались невідкладно займати свої місця на стінах і баштах замку.

Доходи міста становили міські податки та збори, орендна плата з міських будівель і промислів, прибутки з ярмарків та торгів. Жителі міста, які проживали біля замку сплачували щорічно з кожного будинку один злотий і п'ять грошей, з інших будинків – по 18 грошей. Євреї, що проживали на єврейській вулиці, сплачували один злотий та 5 грошей, а з будинків, що стояли у середині цієї вулиці – по 18 грошей. Жителі Львівського та Краківського передмість сплачували по 18 грошей, а з будинків у середині передмість – по 13 грошей. Особи, які орендували у міської влади лазні, сплачували по 2 злотих. Значну частину доходів міста становило виробництво та продаж спиртних напоїв. Так за ввезення до міста "угорських та заморських вин" за кожну бочку сплачували 3 злотих, а за їх продаж у місті – 6 злотих [1, с.133]. За виробництво пива сплачувалось 3 злотих і 10 грошей. У 1609 році в оренду було здано міську пивоварню з річною оплатою 42 злотих, з них 37 злотих йшли в державну скарбницю, 1 злотий йшов у користь міських контролерів, а 4 злотих – радникам. Без згоди міських контролерів жодна особа не могла виробляти та продавати пиво, горілку та вино.

За виробництво та продаж неякісного хліба застосовувався штраф у розмірі 50 гривень.

На потреби міста йшли збори від рибних та м'ясних магазинів і яток, які знаходились біля міських мурів. Король Я. Собеський зменшив кількість ярмарків до трьох, а інший власник, М. Радзивіл, у 1742 р. – до двох. Ярмарки тривали протягом шести тижнів і прибутки від них становили основну частину доходів міста.

Усі жителі міста також сплачували чоповий, подимний та інші загальнодержавні й міські податки і збори. У 1718 р. – на потреби російських військ, що перебували у місті, було сплачено 1624 злотих, на утримання польських військ – 1474 злотих, а з урахуванням інших витрат видатки міста становили 5 752 злотих [6, с.25]. У 1760 р. доходи міста зменшились до 2684 злотих. Кошти міського бюджету йшли на ремонт брам, доріг, мостів та на виплату зарплати працівникам органів місцевого самоврядування. У 1757 р. 500 злотих було витрачено на ремонт міських брам, а на заробітну плату двом пахолкам – 500 злотих, коминару – 65 злотих, писарю – 80 злотих, кату – 38 злотих, трубачу – 200 злотих та ін. [9]. Частина коштів міського бюджету сплачувалась власникам на їхні особисті потреби. Так у 1614 р. сину С. Жолкевському місто купило йому золотий кубок за 60 злотих [5, с.24]. Для підготовки весілля А. Собеської у 1652 р. був встановлений спеціальний податок: власники будинків, що стояли на ринковій площі, від 20 до 40 грош, з інших будинків – від 8 до 20 грошей [9].

Король міг зменшити суму загальнодержавних податків або звільнити жителів міста від їх сплати. Зокрема, у 1691 р. Я. Собеський звільнив жителів міста від сплати чопового і подимного податку на 8 років у зв'язку з великою пожежею.

Правильність збору податків контролювала колегія "12 мужів" та по 2 особи від кожного ремісницького цеху і 2 представники від єврейської громади [1, с.135]. Особи, які збирали податки, складали спеціальну присягу і за свою роботу звітували перед міською радою. Для бідних верств населення при сплаті податків передбачались пільги.

Як уже згадувалось, судові функції належали війту і лавникам. Апеляційним судом на рішення війтівсько-лавничих судів була міська рада, засідання якої відбувалося двічі на тиждень. Після цього з апеляцією можна було звертатися до замкового суду. Судочинство відбувалося у окремому залі, де висів "образ Страшного суду" [5, с.18]. Незначні справи війт розглядав одноособово в присутності писаря, який вів протокол судового розгляду. Здебільшого засідання суду відбувалося у випадку виникнення потреби, і цей суд називався "гайонний потрібний" суд (Indicia necessonnia). Суд, який розглядав правові спори між жителями міста і гостями, називався "гайонним гостинним судом". Про початок розгляду кримінальних справ повідомляв дзвін на міській ратуші. Міські війтівсько-лавничі суди застосовували різноманітні покарання у тому числі виносили смертні вироки, які виконував кат. На початках ката запрошували зі Львова та виплачували йому відповідні кошти. З середини XVII ст. у місті був власний кат, який щорічно отримував 38 злотих. Смертні вироки затверджувались власником або його представником. Так у 1609 р. було страчено розбійників – синів Стельмаха Щенського. У 1630 р. за "содомський гріх" спалено М. Семкова. Покарання відбувалися на Краківському передмісті. Під час виконання смертних вироків кат відрубав голову злочинця, а його тіло четвертував і розвішував на палях. У 1610 р. за крадіжку коня було страчено через повішення В. Мельця. За вбивство єврея М. Любовича було арештовано євреїв Я. Буновича та І. Пасамоніка. Після допитів із застосуванням тортур суд виніс обом смертний вирок [1, с.173]. Найважливіші справи розглядав спільний суд за участю міських лавників, війта та представників від власника. Так у 1629 р. православний священик І. Кохоновський вбив замкового службовця і цю справу розглядав міський війтівсько-лавничий суд, у засіданні якого взяли участь перемишльський православний єпископ та представники від жовківського старости. Після того як І. Кохоновського позбавили церковного сану, суд виніс йому смертний вирок [1, с.55].

В окремих випадках власник, до якого звертались з апеляцією, міг передати справу на розгляд іншим судам. Так у 1620 р. Я. Злотник убив свого сусіда Г.

Бандурку. Міський суд виніс йому смертний вирок. Після апеляції до власника Я. Даниловича справа була передана до Львівського війтівсько-лавничого суду. Суд рішив стягнути з винного 100 злотих на користь сім'ї вбитого і 44 злотих – місту.

Крім того, Я. Злотник мав відбути покуту у білій сорочці з "колом і ланцюгом і оголосити тричі перед будинком, на ратуші та цвинтарі": "Забив невинну людину, ближнього свого, згрішив перед Богом і людьми. Григорію, пробач". Обвинувачений мав залишити завдаток міській раді у сумі 100 злотих [7, с.26]. Власник міста міг також замінити смертний вирок м'якшим покаранням. Так за крадіжку коней, відповідно до норм магдебурзького права, було засуджено П. Уличанина до смертної кари, якому М. Радзивіл змінив вирок на "10 років у кайданах при тачковій роботі у замку" [3, с.30].

Існували також тілесні покарання. За дрібну крадіжку дівчина Настя отримала 30 канчуків [5, с.18]. За образу честі і гідності винні особи купували порох або свічки до церкви. Значну кількість покарань становили грошові покарання. Доходи від судових оплат йшли на потреби радників, лавників та війта.

Щодо населення міста, то основну кількість мешканців становили українці та поляки. Тут проживали також євреї і вірмени. За рішенням С. Жолкевського, українці у своїх правах були зрівняні з поляками. У 1612 р. їм було дозволено збудувати у

межах міста православну церкву, а також обирати одного лавника та одного радника до складу органів міського самоврядування. Ці рішення не завжди виконувалися і це неодноразово приводило до конфліктів між міською владою та українською громадою. У 1634 р. декілька українців було засуджено до 50 гривень штрафу за невиконання рішень органів влади [11, с.181]. У 1726 р. К. Собеський звернувся до міської ради з листом "щоб міщани грецької релігії вибрані на війтівські і радницькі уряди ...ніякої ні від кого не мали перешкоди І мають користуватись рівним правом" [6, с.40].

Українці входили до складу п'яти братств. Перше разом із школою було утворене у 1613 році при православній церкві Різдва Христового. Братства мали власний статут, за основу якого був взятий статут львівського братства [12, с.400]. У різні роки війтами – українцями були В. Петренович у 1727, 1731, 1736, 1739 рр., В. Семйоків у 1711, 1721, 1724 рр. [6, с.41].

Євреї проживали в місті на одній вулиці і обирали власний орган самоврядування – кагал. Склад кагалу затверджувала міська рада. Найвищою посадовою особою кагалу був парнас, або його ще називали єврейським бургомістром. Парнас виконував свої повноваження протягом одного місяця. Рахмітри стежили за чистотою на єврейській вулиці і вирішували дрібні конфлікти. Податки з євреїв збирали цензори [5, с.20].

Із 1619 р. євреям було заборонено самостійно поселятись у місті без дозволу власника. У місті могли проживати євреї, які щорічно вносили на потреби міста 50 гривень та сплачували усі податки.

Єврейська громада мала власний суд, що вирішував дрібні правові спори. Міська рада контролювала діяльність кагалу та єврейської громади. Так за вбивство незаконнонародженої дитини на основі рішення війтівсько – лавничого суду дівчина Ханя отримала 100 батоів, а батько дитини заплатив "30 гривень на замок, 6 гривень міській раді та 100 гривень матері дитини" [4, с.20]. У 1680р. у місті проживало 183 християнські і 88 єврейських сімей. У 1691 р. Ян Собеський дозволив братам Леві заснувати єврейську друкарню. Жителі міста ремісники і купці були об'єднані у професійні цехи. Керували цехами майстри, один з яких був українцем, а інший поляком. У окремих випадках кілька цехів об'єднувалися в один. Так 1632 р. були об'єднані цехи бондарів, столярів, склярів, а у 1641 р. – ковалів, пушкарів, мечників і слюсарів [4, с.21].

Соціально-економічний стан міста значно погіршився у XVIII ст., що було спричинено анархією, яка існувала в Речі Посполитій та розміщення у місті військових гарнізонів шведських, російських, німецьких військ і загонів конфедератів, на потреби яких йшли значні кошти. У 1772 р. Жовкву, як і всю Галичину, зайняли австрійські війська. У 1784 р. дзвін на міській ратуші востаннє повідомив жителів міста про вибори бургомистра, війта, радників і лавників. Після цього у місті було скасоване магдебурзьке право та запроваджено австрійське законодавство.

Відтак місто Жовква було приватновласницьким містом і у різні роки ним володіли родини польських магнатів Жолкевських, Даниловичів, Собеських та Радзивилів. Власники міста Жовкви посідали високе становище в органах влади тогочасної Речі Посполитої, що сприяло його розвитку. Магдебурзьким правом у повному обсязі володіли лише католики, а права українського і єврейського населення обмежувались.

Органи місцевого самоврядування незважаючи на право міста на власне самоврядування, згідно з магдебурзьким правом, перебували під контролем власників міста або їхніх представників.

1. Baracz S. Pamiatki miasta Zolkwi. – Lwow, 1877.
2. Sochaniewicz S. Wojtowstwa i soltywstwa pod wzgledem prawnym i ekonomicznym w ziemi Lwowskiej. – Lwow, 1921.
3. Крип'якевич І. Богдан Хмельницький. – Київ, 1954.
4. Schneider A. Starozytnosci miasta Zolkwi. – Lwow, 1867.
5. Жовківщина. – Львів, 1994. Т. I.
6. Крип'якевич І. З історії міста Жовкви. – Львів, 1937.
7. Львівська наукова бібліотека імені В. Стефаника: Відділ рукописів. – Спр.392. – Арк.18.
8. Niedzwiedzki M. Z przeszlosci Zolkwi. – Lwow, 1908.
9. Центральний державний історичний архів у місті Львові. – Ф.168. – Спр.1. – Оп.48. – Арк.28.
10. Львівська наукова бібліотека імені В. Стефаника: Відділ рукописів. – Спр.4392. – Арк.237.
11. Horn M. Walka klasowa i konflikty społeczne w miastach Rusi Czerwoney w latach 1600-1647. – Wrocław, 1972.
12. История городов и сел Украинской ССР. Львовская область. – Киев, 1978.

SELF-GOVERNMENT OF ZHOVKVA TOWN UNDER MAGDEBURG LAW

M. Kobyletskiy

*Ivan Franko National University of Lviv.
Universytetska Str. 1, UA-79000 Lviv, Ukraine*

Magdeburg law and its application in Ukraine is poorly elaborated in Ukrainian historico-legal science. It concerns the exploration of Ukrainian towns' self-government under Magdeburg law, specifically the self-government of Zhovkva town. The article is devoted to the 400th anniversary since Zhovkva has been granted Magdeburg law. The article is based on archives' documents of Lviv libraries, researches of Ukrainian and Polish scholars. The activities and powers of certain bodies of local self-government are analysed in the article, the peculiarities of Magdeburg law application in private property towns are elucidated.

Key words: Magdeburg law, viyt, lavnyks, burgomaster, headman, taxes, customs.

Стаття надійшла до редколегії 18.03.2003

Підписана до друку 30.10.2003

СОЦІАЛЬНО-ПРАВОВЕ СТАНОВИЩЕ ВІРМЕНСЬКОЇ ГРОМАДИ МІСТА ЗОЛОЧЕВА (XVI-XVIII ст.)

I. Бойко

*Львівський національний університет імені Івана Франка,
вул. Університетська, 1, 79000 Львів, Україна,
e-mail: romanl@law.franko.lviv.ua*

У статті досліджуються особливості формування, розвитку і занепаду вірменської громади міста Золочева. Аналізується соціально-правове становище золочівської вірменської громади. Серед інших питань розкривається участь вірмен у розвитку ремесла, торгівлі.

Ключові слова: вірменська громада, привілеї, правове становище.

У сучасних умовах утвердження незалежної України першочерговим завданням є максимальне забезпечення здійснення основних прав людини і громадянина. Важливим, як видається, є забезпечення прав національним меншинам, які проживають в Україні. При цьому необхідно, з одного боку, враховувати сучасні європейські і світові нормативні стандарти, а з іншого – звернутися до власного національного досвіду правового регулювання відносин українського та інших народів, які проживали на території України впродовж тривалого часу. Україна належить до цивілізованих культурних держав, які протягом своєї історії не виявляли агресивності до сусідніх держав, а, навпаки, гуманно і толерантно ставилися до народів, які внаслідок певних обставин проживали на українських землях і разом розділяли спільну долю в нелегкі часи неволі і боротьби. До таких народів належать вірмени, які поселилися на території України ще в період Київської Русі. Як стверджують відомі вчені-правознавці В.Д. Гончаренко, В.С. Кульчицький, історики Я.Р. Дашкевич, В.В. Грабовецький з XII до XVIII ст. тільки на західноукраїнських землях виникло 20 вірменських поселень, у яких вірменами було створено місцеві громади з відповідними органами управління, суду тощо. Серед них – поселення вірмен у місті Золочів (сьогодні – районний центр Львівської області).

Поселення вірмен у Золочеві належить до тих колоній, які проіснували тривалий час та відіграли позитивну роль в економічному і політичному житті міста, зокрема, у другій половині XVII – першій половині XVIII ст.

Вивчали історію поселення вірмен у Золочеві передусім, вірменські дослідники, зокрема С. Агонч (1740–1824) [1], С. Баронч (1814–1892) [2, с.3], М. Бжишкян (1777–1851) [4], В. Григорян [8], польські історики Б. Сокальський [14], Л. Харевичова [15], Б. Площанський (1834–1902) [13], Т. Громницький (1851–1939) [7], а також українські вчені В. Грабовецький [5, с.6], Я. Дашкевич [9, с.10], Н. Кривonos [11], П. Пироженко [12]. Проте у цих дослідженнях правове становище вірменської громади міста Золочева спеціально не вивчалось. Так у дослідженнях С. Баронча перелічено основні факти про організацію життя вірмен у Золочеві. Важливе значення мають публікації королівських грамот, які видавали золочівським вірменам.

Певні відомості про поселення вірмен у Золочеві подає вірменський історик В. Григорян. Польський історик В. Сокальський, який розкрив умови формування

вірменської громади у Золочеві, відтак зробив значний внесок у розкриття цього питання.

Інший польський історик Б. Площанський навів короткі дані про поселення вірмен у Золочеві, показав їхню участь у торгівлі, ремеслі. Деякі його погляди, спираються на цікавий архівний матеріал, без врахування якого сучасні дослідники не обходяться.

Історію вірменського поселення у Золочеві вивчав також польський історик Т. Громницький, який, опрацювавши історичну літературу і архівні джерела, написав ґрунтовний нарис про золочівську вірменську громаду.

Про золочівських вірмен, про їхнє правове становище фрагментарно писали і українські історики. Окремі відомості є у працях В. Грабовецького. Джерела з історії поселення вірмен у Золочеві охарактеризував П. Пироженко. Важливу цінність має публікація Н. Кривонос, де дослідниця частково згадує про привілеї, які визначали правове становище золочівських вірмен.

Питання історіографії, причин розселення вірмен, зокрема у Золочеві, розглядав Я. Дашкевич.

Незважаючи на те, що історії вірменського поселення у Золочеві, його правовому становищу дослідники приділяли увагу, воно все таки належить до найменш вивчених в історико-правовій літературі.

Для повного і об'єктивного вивчення правового становища вірменського поселення у Золочеві необхідно використати нові джерела не лише з фонду "Магістрат міста Золочева", але й інших комплексів, зокрема фондів Львівського міського і земського судів, які зберігаються у Центральному державному історичному архіві України у м.Львові.

Метою пропонованої статті є спроба з'ясувати особливості правового становища вірменської громади у м.Золочеві на підставі наявних документальних джерел і літератури, визначити його вплив на соціально-правовий і політичний розвиток тогочасного суспільства.

Перша письмова згадка про Золочів датується 1441 р. В той час польський король Владислав Варненин, поряд з іншими поселеннями, подарував Золочів польському шляхтичеві Яну Сенинському. У 1523 р. король Сигізмунд I окремим привілеєм надав місту Золочеву магдебурзьке право [8, с.117]. Відповідно до королівської грамоти, Золочів було перетворено на місто.

Вигідне географічне положення Золочева, розташованого на торговому шляху між Львовом і Тернополем, значно сприяло інтенсивному розвитку ремесел і торгівлі. Ця обставина відкривала перед Золочевом також широкі перспективи для розвитку і перетворення його у великий центр транзитної торгівлі. Проте через часті війни, особливо напади татарських орд, Золочів, як інші міста та села Галичини, зазнавав руйнувань.

З часу виникнення місто Золочів, як уже зазначалося було приватною власністю заможного польського магната Сенинського, який займав посаду гетьмана, а інший його власник Ян Собеський – навіть посідав королівський престол.

У 1532 р. С. Сенинський продав Золочів каштеляну А.Гуркові, який відновив місто і сприяв збільшенню кількості міського населення. Історик Б. Площанський вважав, що він один з перших запросив вірмен у Золочів [13, с.31].

Польський історик Б. Сокальський вважав, що вірмени поселилися в Золочеві у 30-х роках XVI ст., де займалися торгівлею, ремеслом, їм надавали кошти для

побудови вірменської церкви [14, с.629]. Польська дослідниця Л. Харевичова стверджує, що вірмени поселилися у Золочеві не при Гурках, а значно пізніше, коли місто було власністю Собеських [15, с.56–58]. Дослідниця прийшла до такого висновку на підставі грамоти Яна Собеського 1688 р., у якій власник міста запрошував вірмен для постійного проживання.

Видається, що П. Сокальський та Л. Харевичова у своїх міркуваннях не помилялися. Однак те, що Ян Собеський запросив вірмен у Золочів, зовсім не означало, що при Гурках у місті вірмени не проживали.

Значна кількість вірмен поселились у Золочеві у 70-х роках XVII ст. Т. Громницький вважав, що у 1676 р., коли турки захопили Язловець, частина вірмен переселилася у Золочів [7, с.72–74]. С. Баронч стверджував, що в 1676 р. було сформовано вірменську громаду у Золочеві [2, с.178]. Н. Кривонос обґрунтувала, що частина вірмен переселилася у Золочів з Кам'янця-Подільського [11, с.87–90].

Документи XVII ст. свідчать про те, що Золочів був важливим торговельним центром. Згідно з грамотою 1523 р., у місті було дозволено здійснювати щотижневу торгівлю і два ярмарки щороку. У 1553 р., згідно з новим привілеєм короля Сигізмунда, ярмарки було дозволено проводити тричі на рік.

Для забезпечення економічного зростання міста Ян Собеський надав право золочівським вірменам на самоврядування, звільнив від податків на 20 років і за свої кошти побудував для них 6 будинків.

Керував вірменською громадою Золочева вірменський вїйт, якому надавалося право вирішувати цивільні і кримінальні справи. Позивачі мали право апелювати до власника міста. Правомочність вірменського вїйта поширювалася на тих вірмен, які приїжджали в Золочів на ярмарки. Існували судові книги, у які записували не тільки судові, але й нотаріальні справи (наприклад, продаж нерухомого майна вірмен).

Вірменський вїйт під час вирішення суперечок застосовував спочатку Судебник Гоша, а з 1519 р. – Вірменський статут 1519 р.

Як уже згадувалося, золочівські вірмени активно займалися ремеслами, мали свою церкву, цехові організації. Згідно з королівським привілеєм, вірмени мали право створювати цехи для будь-яких ремесел, які вважалися не залежними від діючих у місті українсько-польських цехів. Щороку цехові організації повинні були обирати свого керівника (цехмістра) і давати вірменській церкві віск на виготовлення свічок. Усі цехові організації вірмен повинні були підпорядковуватися вірменському вїйту.

Золочів був відомий у Галичині як центр з виготовлення спиртних напоїв. У 1578 р. у місті діяло два цукрових заводи, два винокурних котли. За даними 1767 р., в околицях Львова найбільший дохід від напоїв давали Жовква, Броди і Золочів [8, с.120–121].

За привілеєм 1688 р., вірмени мали право на виготовлення лікерів та інших спиртних напоїв. Вірмени, як і поляки, зобов'язані були певну частину напоїв здавати власнику або орендатору міста.

Золочівські вірмени були активними учасниками цивільних правовідносин, про що свідчить, як для свого часу, високий рівень розвитку вірменського цивільного права. Так у випадку смерті вірменина, що приїхав у Золочів з іншої місцевості, його майно передавали на зберігання вірменському магістрату. Якщо після спливу одного року і шести тижнів не з'являвся ніхто із спадкоємців або не було знайдено оригіналу заповіту, майно померлого поділяли на дві частини: одну частину передавали

власнику міста, іншу – вірменській церкві. Вірменська громада і міська управа Золочева мали право розпоряджатися майном померлих золочівських вірмен, які не мали спадкоємців.

Золочівські вірмени тривалий час наполягали на наданні їм широкого судового самоврядування. 23 січня 1727 р. на вимогу вірменського магістрату король Яків-Людовик Собеський затвердив грамоту Яна Собеського від 29 жовтня 1688 р., згідно з якою вірмени мали право самостійно вирішувати найважливіші питання громади, користуватися судовою автономією [8, с.122]. Ці та інші привілеї, надані золочівським вірменам, свідчать про їхню корисну діяльність.

Із золочівських судових актів, які зберігаються у Центральному державному історичному архіві України (ЦДІА) у Львові, видно, що вірменський суд фактично був органом, який здійснював самоврядування золочівських вірмен. Золочівський вірменський суд вирішував кримінальні та цивільні справи між вірменами. Засідання його відбувалося у кам'яному приміщенні у центрі міста. Згідно з Вірменським статутом 1519 р., на судовому процесі мали бути присутні "12 добрих мужів, знаючих вірменське право, або, у виняткових випадках, хоч би 4 з них".

Іноді золочівський вірменський суд називався магістратом. Вірменський магістрат складався з 12 радників (райців), лавників на чолі з війтом. Райців спочатку вибирала вся вірменська громада Золочева, згодом ці посади стали позиттєвими і їх кооптували в силу потреби з числа багатих вірменських купців та ремісників. Під кінець XVII ст. у золочівському вірменському магістраті створювалася старшинська рада із найбагатших купців. Вона формально виступала від імені всієї вірменської громади, хоч поспільство і біднота не були в ній представлені. До повноважень ради входило складання списків членів громади, розподіл податків, нагляд за порядком тощо.

Уже згадувалося, що керував вірменською громадою війт, який займався питаннями законності, представляв та захищав інтереси вірмен у місті. Посада війта була виборною, і порядок виборів переважно затверджувався польським королем. Вибори війта або його переобрання відбувалося у середині січня в урочистій обстановці. Цей день у місті був святковим для вірмен. Після церковної служби під дзвони ратуші райці та рада старійшин заходили до ратуші, а решта членів вірменської громади збиралася на ринку. В ратуші обирали війта, який складав присягу, а міський магістрат санкціонував вибори.

В другій половині XVIII ст. відбувається занепад вірменської громади міста Золочева. У 1787 р. було проведено опис майна золочівської вірменської церкви і її доходи були приєднані до доходів інших духовних установ. Згодом церкву було закрито, на думку В. Григоряна, унаслідок розпаду вірменської громади у Золочеві [8, с.123–124].

До кінця XVIII ст. вірменська громада Золочева асимілювалася в польському середовищі. До процесу асиміляції додалися ще й економічні проблеми. Складна політична обстановка, яку створювала австрійська держава, унеможливлювала переїзди вірмен у торгових справах. Тому купці – вірмени Золочева, були змушені займатися торгівлею худоби і переселялися в сільські місцевості.

Отже, ґрунтовне освоєння історичного досвіду організації управління золочівською та іншими вірменськими громадами, які проживали на території України впродовж XIV-XVIII ст., може суттєво допомогти у виробленні і реалізації концепції максимального забезпечення прав національних меншин у сучасній Україні.

1. Агонц С.Г. Географія чотирьох сторін світу: Азії, Європи, Африки і Америки. (вірм. мовою). – Венеція, 1802 Ч.ІІ. Європа.
2. Barącz S. Rys dziejów ormiańskich. – Tarnopol, 1869.
3. Barącz S. Żywoty sławnych Ormian w Polsce. – Lwów, 1856.
4. Бжишкян М. Подорож у Польщу і інші місцевості, де жили вірмени, спадкоємці мешканців міста Ани (вірм. мовою). – Венеція, 1830.
5. Грабовецкий В.В. Армянские поселения на западноукраинских землях // Исторические связи и дружба украинского и армянского народов. – Ереван, 1961.
6. Грабовецкий В. Нариси історії Прикарпаття. Вірменські поселення XIII-XVIII ст. – Івано-Франківськ, 1994. – Т.5.
7. Gromnicki T. Ormiane w Polsce // Encyklopedia kościelna. – W., 1891. – Т.17.
8. Григорян В.Р. История армянских колоний Украины и Польши (армяне в Подолии). – Ереван, 1980.
9. Дашкевич Я.Р. Вклад украинской историографии в исследование армянских поселений на Украине // Исторические связи и дружба украинского и армянского народов. – К., 1965.
10. Дашкевич Я.Р. Розселення вірмен на Україні в XI-XVIII ст.// Український історично-географічний збірник. – К., 1971. – Вип.1.
11. Кривонос Н.К. Армянская колония в г.Золочеве (из истории армянских поселений Западной Украины) // Известие АН Арм. ССР (общ. науки). – 1960. – №3.
12. Пироженок П.Х. Материалы УГИА УССР во Львове по истории армянских поселений на Украине // Исторические связи дружба украинского и армянского народов. – Ереван, 1961.
13. Площанський В.М. Золочев – уездный город Галицкой Руси (исторические записки по грамотам местного архива и пр.) // Литературный сборник, издаваемый Галицко-Русскою матицею. – Львов, 1871.
14. Sokalski Bronisław. Rys geograficzno-statystyczny Złoczowskiego Okregu szkolnego wraz z dokładnym opisem poszczególnych miejscowości obu powiatów (Złoczowie i Brodzkie). – Złoczów, 1885.
15. Charewicowa L. Dzieje miasta Złoczowa. – Złoczów, 1929.

SOCIO-LEGAL STATUS OF ARMENIAN COMMUNITY IN ZOLOCHIV IN XVI–XVIII CENTURIES

I. Boyko

*Ivan Franko National University of Lviv
Universitetska str., 1, 79000-UA Lviv, Ukraine
e-mail:romanl@law.franko.lviv.ua*

The features of forming, development and declining of Armenian community in Zolochiv are investigated in the article. Social-legal status of Zolochiv Armenian community is analyzed. Among other questions the participation of Armenians in the development of handicrafts and trade is clarified.

Key words: Armenian community, privileges, legal status.

Стаття надійшла до редколегії 27.03.2003
Підписана до друку 30.10.2003

ТЕРИТОРІАЛЬНІ ГРОМАДИ МІСТ ГЕТЬМАНЩИНИ ТА ЇХ ВИКОНАВЧИЙ АПАРАТ

П. Гураль

*Львівський національний університет імені Івана Франка,
вул. Університетська, 1, 79000 Львів, Україна*

В даній статті розглядається самоврядна діяльність міських територіальних громад, їх виконавчого апарату по управлінню складною соціальною структурою міст і містечок української держави в період 1648-1782 р.р., назва якої – Гетьманщина

Ключові слова: Гетьманщина, громада, міста, самоврядування, магістрат, райці, урядовці, суди

Гетьманщина – Українська козацька держава, яка сформувалася після національно-визвольної війни українського народу, "це всі ті українські землі, що підпорядковуються гетьманській адміністрації – як соборній, так і право – чи лівобережній, з 1648 по 1782 роки [1, с.11].

Міста і містечка Гетьманщини відіграли значну роль у формуванні національної території України. Являючись центрами сотень, полків, волостей, повітів, округів, намісництв тощо, вони як правило виконували не лише адміністративні, а й економічні та оборонні функції. Крім того, ці населені пункти ставали своєрідними акумуляторами сільського населення. Саме через них найчастіше проходили головні шляхи народних міграцій.

Ця стаття є продовженням дослідження генези територіальної громади в Україні. Метою якої є визначити тенденції, національні традиції та використання їх у правотворчій і організаційно-правовій діяльності органів місцевого самоврядування. В правовому аспекті ця тема майже не досліджена.

Джерела, що містять відомості про міста і міське самоврядування цього періоду дуже різноманітні. Збереглося, насамперед, багато розрізнених згадок в уцілілих архівних справах. Особливо важливі відомості є у "Веденнях о полковой, сотенной и городовой старшине" [2, с.220].

Хоч вони складені у 20-х роках XVIII ст., в них нерідко застерігається, що так було й за "прежде бывших гетьманов", "здавна" та ін. Очевидно, подібні штати старшини і службовців існували і в попередні роки.

Цінні відомості узагальненого характеру подаються у "Правах за якими судиться малоросійський народ", які, як відомо, узагальнювали вже існуючу практику управління і самоврядування в Гетьманщині, а також у праці О. Шафонського "Черниговского наместничества топографическое описание". Цінними є матеріали ревізії 1723 р. Списки про соціальний склад населення міст Лівобережної України збереглися по двох містах – Києву і Стародубу [3].

В компутах населення міст поділено на кілька груп за заможністю. Незважаючи на своєрідність такого поділу, він все ж дає уявлення про диференціацію міської громади у 20-х роках XVIII ст..

У Києві, за компутами, налічувалося 1469 чол. міського населення, з них: до багатой верхівки належало 119 чол., близькими до неї були категорії "средных,

гендлями бавлячихся" – 262 чол, а також вдів можніх" – 37 чол.; отже до більш-менш заможної частини міського населення можна було віднести 28,5% жителів. Переважну більшість населення – 71,5% становили "мезерные, тилко хати меют" – 925 чол. І "вдови мезерные" – 126.

Подібна соціально-економічна диференціація мала місце в Стародубі.. З 987 міських жителів було: "майстратових", (тобто тих, що посідали уряд в магістраті) – 19, "мещан можнейших гендлийовых 65", "мещан корунтовных" – 64, "мещан генлийовых середних" – 73. Ці групи складали багату й середню за заможністю частину міського населення. Переважну більшість (близько 2/3) становили мещане тягли" – 143 і "мещане пашены и убогие" – 623 [2, с.282-283].

Міста Гетьманщини поділялися на дві основні групи – магістратські і ратушні. Магістратські міста користувалися магдебурзьким правом. Так, магдебурзьким правом користувалися: Київ, Ніжин, Чернігів, Переяслав, Стародуб, Новгород-Сіверський, Почар, Почей, Глухів, Мена, Короп, Кролевець, Остер, Козелець, Березне, Полтава, Гадяч, пізніше Батурин [2, с.280].

Ці міста одержали магдебурзьке право в різні роки. Час від часу права і привілеї міст підтверджувалися – при вступі на престол нового царя, при зміні гетьмана, при втраті оригіналу грамоти та ін.

Міські громади магістерських і ратушних міст формували свій уряд, що складався з урядовців і служителів. Урядовців обирали і вони становили правлячу верхівку міського самоврядування. До них належали – війт, бурмістри, райці, лавники, а також й городові отамани.

На чолі магістрату і ратуші стояв війт. В управлінні міськими справами йому допомагали бурмістри і райці, які заміщали війта в час його відсутності. Посада війта була виборною. Обраний в місті війт затверджувався гетьманом, а війт Києва – самим царем [4, с.87]. Війт, бурмістери, писар, лавники й райці були найбагатшою частиною міського населення. В архівних джерелах є дуже характерні клопотання гетьмана І. Мазепи до царського уряду за "первых богатых купцов", які просили дозволу повести свої товари до Архангельська. Це клопотання було складено в 1710 р. на підставі листа Стародубського полковника, де останній перелічує найбагатших купців Стародуба – війта С. Яковича (Ширая), бурмістера Є. Середу, райця П. Григоровича, магістерського писаря Ф. Дорофєєва [3, с.977].

Посада війта існувала як у магістратських, так і в ратушних містах Лівобережної України. Щодо складу урядовців і служителів, то він був різним у кожному місті. Кількість бурмістерів неоднакова – найчастіше один або два. В судових справах при переліку складу суду звичайно згадуються один війт і кілька бурмістерів. У "Правах" є норми, що вказують на те, що в ратушних містах мало бути три бурмістери, які заміщали райців і лавників. Незмінно в складі міського управління називається писар магістерський або ратушний. Райці й лавники були тільки у магістратських містах. Важче визначити становище городових отаманів. Часто вони входили до складу міської старшини, іноді – сотенної. За своїм становищем передові отамани стали між старшинською і міською адміністрацією.

Формально міські урядовці обиралися. Магдебурзьке право закріплювало вільне обрання на ці посади війта, бурмістерів, райців та лавників: "Оные члены избиратись должны из мещан знатных, постоянных, совестных, розсудных, доброправных и где могут быть ученых, законорожденных, в правах искусных, не молодых от двадцяти

пяти, а не старейших от семидесяти лет, не излишне богатых, котории общество утескать обикли, и не весьма скудных, котории ради скудности служить поче, а не судить способны, но средних и nelaкомых, ни лихваров, не прелюбодеев, не иноверных и не иностранных, но тубилцов со всем достойных, и не вчем не падозрительных...." [5, с.452].

Про порядок виборів "Права" дають дуже короткі вказівки. Обрання мало проводитися в "обыкновенное время" на зборах всієї міської громади усіх міщан, а також "цехових людей" і "всего посполства волними их голосами" [5, с.453].

Архівні джерела, що збереглися, а також "Права" дозволяють порівняно точно визначити коло діяльності міського самоврядування. Як закріплено в "Правах", міські урядовці повинні "ежедневно сходясь в ратуш, иметь совет и старательство о всяком добром состоянии градском". На міську владу покладалось насамперед проведення суду і цим "ссоры-распри и драки, которые к немалым народ приводят озлобленим, усмирять"; стежити за справністю мостів на головних вулицях і при в'їзді до міста й виїзді з нього. Лагодити мости повинні були "всякого звання так духовного, якщо и воинского того города жители и уездными местечками, селами и деревнями" [5, с.450]. На всіх інших вулицях за станом мостів мали наглядати власники дворів, розташованих біля них. Багаті міщани зобов'язувались забезпечувати будівельні матеріали для ремонту мостів, а бідні "своїми трудами... такое строение отправляют" [5, с.458].

До сфери діяльності міської влади входив також нагляд за санітарним станом міста. Всяке падло і бруд повинні були виводитися за міську межу. Сурово заборонявся забій хворої худоби і продаж недоброякісного м'яса [5, с.458].

Міський суд продовжував існувати і в першій половині XVIII ст., але він розглядав виключно незначні, головним чином – майнові справи, а всі важливіші справи вирішував полковий суд. Про склад і порядок діяльності міського суду, говориться в "Правах" (розділ XXVI, артикул другий пункт перший "О суде магистратовом или градском"). До складу суду входили вїт, бурмистери, райці і лавники. Присутність на суді всіх урядовців була необов'язковою, але при розгляді справ мало бути не менше п'ятьох урядовців у магістерському суді і не менше трьох – у ратушному.

Суд мав засідати щодня, крім святкових днів, і розглядати чолобитні, а також карні справи. По карних справах вирок виконувався лише після затвердження вищестоячою судовою інстанцією, в даному разі полковою владою. В "Правах" відзначено, що "оногож магистрата персони во вся дни собираясь в ратуш, 7 часу по полуночи до 1 часа полуденного быть должны" [5, с.457].

На практиці діяльність міських – магістратських і ратушних – судів сама по собі була незначною. Розгляд карних справ їм доручався дуже рідко, як виняток. У таких випадках завжди засідав полковий суд, в якому брали участь міські урядовці, або судові засідання в ратушному суді очолював сотник. Міський уряд розглядав виключно справи громади, насамперед майнові, та й то при розгляді справ старшини або впливових осіб засідання очолювали представники полкової влади. Характерно, що на засіданнях суду, як правило, був присутній представник сотенної адміністрації.

Характер справ громади, що розглядалися міським урядом, видно з аналізу "Книги майской ратуши Пирятинського", "Актовой книги Стародубського городского уряда 1693 года", "Староженки. Семейного Архива", т.IV, проведеного

В.А. Дядиченком [2, с.236]. Найчастіше реєструвалися купчі, які оформляли купівлю-продаж земельних володінь – орних земель, лісів, сінокосів тощо, а також різного нерухомого і рухомого майна. Трапляються мінові записи на обмін млинами, лісами, сінокосами, садами та ін.

До міських книг вносились різні договори, наприклад, договори на спорудження й утримання гребель та млинів, рішення генерального суду, що стосувалися справ міста і його мешканців, мирові записи, записи на пожертвування, різні свідчення, результати проведених розслідувань тощо.

В актових книгах зустрічаються численні дарчі записи на різне рухоме і нерухоме майно, так звані поступливі записи, а також документи на тимчасове користування певним майном. Міський суд відновлював втрачені документи, вносячи повторно до актових книг їх зміст по уцілілих копіях або на основі свідчень [2, с.287].

Важливою галуззю діяльності магістрату та ратуші був нагляд за торгівлею, зокрема контроль за цінами, які мали бути "пропорційальними" і "не излишние". Винні у порушенні цього правила в перші три рази піддавалися покаранням, а в дальшому зовсім позбавлялись права торгівлі. До обов'язків міської влади входило і складання, "смотря по урожаю и времени", "правдивых" цін. З цим тісно зв'язаний здійснюваний міською владою нагляд за мірами, якими міряли хліб і зерно, терезами на яких важилися товари, за ліктями, що мірявся крам [2, с.287].

На міську владу покладався нагляд за додержанням порядку в місті. Заборонялися кулачні бої, вечорниці, "п'янственные шумы", "купальные огни" тощо. Через городничих і сторожів міська влада повинна була вилловлювати "бродяг" та жебраків і тих, хто не мав письмових документів, брати "на караул", тобто ув'язнювати.

Під наглядом міської влади були також шинки. Міська влада здійснювала загальний контроль над цехами, зокрема за правильністю проведення в майстри і за якістю продукції. На обов'язку одного з міських урядовців лежало стягнення зборів з міських маестностей і запис прибутків від них в окремі "шнуровые книги за печатью ратушной".

Важливе місце в діяльності міської влади займала пожежна охорона. Це пояснюється умовами того часу. Надзвичайна тіснота і скупченість міських будівель, майже виключно дерев'яних, і поряд з цим незначна ефективність вживаних тоді протипожежних заходів перетворювали пожежі в найтяжчі лиха.

Для запобігання пожежі вживався ряд заходів. Міська влада повинна була мати списки всіх міських будівель. На кожні десять дворів призначався десятник, а на кожну сотню – сотник. До обов'язків десятників і сотників входило складання реєстрів протипожежного майна, що збереглося в кожному дворі (відра, сокири, лопати та ін.) На кожний двір визначалась певна кількість возів і бочок для підвезення води. На тих, хто ухилявся від участі в боротьбі з пожежами, накладався штраф. Десятники і сотники мали наглядати за протипожежним станом окремих дворів (за трусінням сажі в димарях, справністю димоходів тощо) і штрафувати винних у порушенні протипожежних правил.

При ратушах був більш солідний протипожежний інвентар: круки, драбини, щити з лубів, жердини з віхами та ін, за появою пожежі повинна була стежити

пляцева сторожа. Пожежна тривога подавалася дзвонами і барабанним боєм [5, с.460].

Все вищесказане характеризує коло обов'язків міських органів самоврядування так, як його відображають тогочасні правові збірки, гетьманські універсали, актові матеріали тощо.

З архівних і літературних джерел можна визначити повноваження окремих урядовців і служителів міських громад, а також порядок їх оплати.

Війт, крім загального управління містом, виконував і судові функції. За діючими в Україні нормами магдебурзького права війт був суддею в карних справах. В магістратських містах він судив при участі засідателів-лавників, яких як правило, було шість. Лавники поділялися на "старшую" і "молодую" лаву, під якими, очевидно, треба розуміти обраних раніше і обраних нещодавно. Проте, як вже зазначалось, самостійних засідань міського управління в карних справах майже не було. Розгляд цих справ становив прерогативу полкового суду, до складу якого завжди входили війт та інші урядовці. Тому війти постійно згадуються як учасники судових засідань [2, с.289].

Війти одержували в користування рангові землі. У відомостях про старшину 20-х років XVII ст. згадуються рангові володіння міських урядовців. Так, війт м.Ніжина мав у володінні рангове село Плоське [2, с.289].

Проте це не було загальним правилом, і в ряді випадків війти одержували грошову плату, яка доходила до 500 золотих на рік і видавалася з міських прибутків. Крім того, на користь війтів йшла частина торговельних зборів, святкові подарунки ("ральці") від магістратів, цехів, міського населення. Поряд з цим населення міста нерідко виконувало на війта такі роботи, як обробіток городів, перевезення сіна, заготівля дров та ін. [2, с.290].

Оплата війтів у ратушах сотенних містечок була значно нижчою. Наприклад, у сотнях Прилуцького полку війт одержував на рік: в Монастирській тільки нові чоботи, в Ічнянській – "скатне" від продажу куфи горілки по 4 коп. і під час ярмарку – "квиткове" по 2 коп. (останнє разом з бурмистером), у Красноколядинській – "квиткове" по 2 коп. під час ярмарок (яких на рік бувало дві); у Варвинській – "скатные" по 4 коп. від продажу горілки і під час ярмарку "квиткове" по 2 коп., а також кожух і чоботи з посполитих людей. В Іваницькій війт служив "за вольность" і одержував з козака і посполитого по 2 коп. тощо [2, с.290].

Бурмистер після війта вважався другою особою в міському самоврядуванні. Вони були незмінними членами судових засідань. Часто бурмистерів посилали для проведення попереднього розслідування – для складання так званої інквізиції. В літературних джерелах відзначені окремі випадки, коли бурмистер доставляв обвинуваченого до ратуші. Оплата бурмистерів у різних містах була різною. Бурмистри (два) в прилуцькій ратуші "в ярмарок" брали од местца по две копейки". В м.Ніжині "бурмістр рочный с сел ратушних посполитих людей от робочего своего товару давали по 4 алтина и по четверику пашни – всего выходило на 40 рублей". Оплата бурмистрів у ратушах сотенних містечок була значно нижчою. В Прилуцькому полку у Монастирській сотні бурмистер одержував на рік нові чоботи, по четверику борошна на Паску й Різдво, в Іваницькій-чоботи, у Варвинській – чоботи, рукавиці, шапку й піввосьмочка різного борошна" [2, с.291].

Отамани городів зустрічаються в списках як міської, так і сотенної адміністрації. В джерелах немає даних про те, чи була посада городского отамана виборною хоч би й формально. Городовий отаман вважався однією з перших осіб у сотенній адміністрації. Нерідко він заміщав сотника, виконуючи обов'язки наказного сотника; інколи городовим отаманам доручалось наказне полковництво [2, с.291]. Цим, очевидно, можна пояснити той факт, що в списку міської старшини Прилук городовий отаман поставлений перед війтом і бурмистерами.

Разом з сотником та іншими чинами сотенної старшини городовий отаман підписував повідомлення, прохання тощо. Городовий отаман часто, якщо не постійно брав участь у судових засіданнях і розслідуваннях, які проводилися на місці. У кожному місті був один городовий отаман. Єдиним винятком, який не можна пояснити, була наявність у Переяславі в 1722 р. двох городових отаманів [2, с.292-293]. У джерелах згадуються також наказні городові отамани. Однією з безпосередніх функцій городского отамана був нагляд за порядком у місті. В нічний час городовий отаман разом з "осавульчиками ратушними" й "пляцовими сторожами" обходили місто, стежачи, щоб на вулицях не було "галасу", щоб свічі не горіли по ночах та ін. [2, с.291-292].

Міський писар відав діловодством ратуші. Через обширність цієї роботи писарі мали цілий штат помічників – підписків. Про діловодство в магістратах і ратушах деякі відомості подають "Права". Тут велися протоколи вхідних і вихідних паперів, книга декретів, рішень і думок по різних чолобитних, книга протестів, книга царських грамот, привілеїв, купчих записів, так звані чорні книги та ін. [5, с.453].

Все діловодство концентрувалось у міському управлінні, а "не по приватним домам". Кількість канцелярських служителів були досить значною. Проте загальних норм і тут не існувало, і кожне міське управління мало свої особливості. Це відзначено і в "Правах", де вказано, що кількість служителів у різних містах залежить від "давнемо обыкновения" [5, с.452].

Оплата писарів у різних містах теж була неоднаковою. Про неї можуть мати уявлення дані по окремих сотнях, запозичені з джерел, проаналізованих В.А. Дядиченком з докладних списків міської старшини і служителів 20-х років XVII ст.. Ратушні писарі одержували в Стародубському полку в Погарській сотні (два писарі) по 9 крб. і продукти, Мглинській "в рок житом по 20 осмачок мглинской меры", Бакланській – 2 крб. грішми, хліб і продукти; в Ніжинському полку у Батуринській сотні – 8 крб., Конотопській – 3 крб., 20 алтинів, Борзенській – 3 крб. і "роковщины с дымов козаков и посполитых по 1 шагу"; у Гадяцькому полку в Комишанській сотні – "зо всякого дыма мужицкого зо всей сотни по 1 копейке [2, с.292].

Подібним був принцип оплати і в сотнях інших полків. Оплата писарів у ратушах полкових міст була вищою. Так, писар Прилуцької ратуші одержував на рік 14 крб. грішми і "борошно розного осмачок, числячи в кожную осмачку кгарцов 80" [2, с.282-290]. Підписки в штатах ратушних управлінь часто згадуються поряд з писарями. Щодо цього показові дані по Стародубському полку. В полковій Стародубській сотні двом ратушним підпискам платили на рік по 6 крб. і одному – 3. Крім того, підписки одержували значну кількість продуктів: по 4 чверті круп, по чверті конопляного сім'я, по 2 пуди солі, 2 пуди сала. Ратушні підписки з оплатою 6 крб. грішми і хлібом згадуються також у Новгородській і Кролевецькій сотнях Ніжинського полку та інших ратушних сотенних містечках [2, с.283].

Функції городничого, що посідав видне місце серед городових служителів, не збігалися з функціями війта, як це може здатися з першого погляду. Тому навіть у невеликих містах (Новгород-Сіверському, Мглиці та ін.) поряд з війтом згадуються городничі. За своїм становищем він входив до категорії служителів, а не урядовців і тому показувався у списках звичайно серед служителів.

Повноваження городничого не можна визначити точно через відсутність виразних даних у джерелах.

Очевидно, він здійснював загальний нагляд за порядком у місті, тобто здійснював подібні функції до пізніших поліцмейстерів, а також нагляд за ув'язненими в міських тюрмах.

Городничі були і серед служителів ратуш сотенних міст. Характерні щодо цього дані по Миргородському полку, в якому показано 15 сотенних писарів, 15 сотенних хорунжих і 15 городничих, для яких визначений і загальний принцип оплати на рік: "з посполитих и козаков по 1 коп." [2, с.284].

При ратушах були молодші служителі-осавульчики. Вони виконували різні доручення: викликали до ратуші потрібних осіб, доставляли різні документи з одної ратуші до іншої, крім того, осавульчики повинні були допомагати городовому отаману наглядати за порядком у місті – затримувати підозрілих, стежити за пожежною безпекою.

Згадувані в деяких сотнях "соцькі" також були служителями для доручень. У Прилуцькій ратуші "соцький" одержував "з посполитих людей, до ратуши Прилуцкой прислужающих от пашущих хлеб по кварте пшона, по хлебу и по осмаку грошми, хто не пашет – по осмаку в год" Очевидно, таку ж роль служителя для доручень відігравав і "сотничок ратушний" в Погарській сотні Стародубського полку.

Як і всі молодші служителі, осавульчики одержували плату грошову, натуральну або змішану грошову і натуральну.

При ратушах згадуються возні, обов'язки яких так визначені в "Правах": "Должность его имеетя послилки от магистрата с позовными приказами по делам челабитческим, отправлять для поставки в суд ответчиков, либо свидетелей и прочих по какому делу потребних людей, також для вручения или отдачи во владение определяемых кому по приговору судовому и пожитков, для осмотра с приданными от магистрата к нему веры годными людьми побоев, ран, шкод, разорений и описанию оних кому б то от кого приключитись могло, и для протчих разных потреб и случаев, что же он, возный, по таким своим послилкам поручениям управит" [5, с.452].

Господарством ратуші відали так звані господарі ратуші. Нерідко в списках служителів показані "господар ратушний с женою". В Ніжинському полку у Борзенській сотні показаний "господар ратуши с женой" з оплатою 8 крб. і харчами, в Батуринській – з оплатою 2 крб. на рік. Господарі ратуші були в Конотопській та інших сотнях полку [2, с.296].

Функції ключників, очевидно, були тотожні функціям господарів – вони також відали господарством ратуші. Ключник згадується серед ратушних служителів Кролевецької сотні Ніжинського полку. В Гадяцькій ратуші в числі служителів "з посполитой руки" (тобто тих, хто одержував плату за рахунок зборів з міщан) названий "ключник один з женою" з с. Сергіївки, якому, крім того, хліб "давано с потреби" з "млинов ратушних" і з "кошикового" [2, с.297].

Служителями для доручень були й послушники. Вони часто згадуються в списках полкових, сотенних і міських служителів. Серед служителів Гадяцької ратуші названо два послушники, які одержували по 5 крб. і хліб з замкових сіл (Плішивця, Будища, Капустинців) [2, с.297].

В числі ратушних служителів Стародубського полку названий дзегармистр (від слова "дзыглер" годинник з боєм), який одержував на рік 6 крб. грішми, кожух, 4 четверики жита, 2 четверики круп, сіль, сало, чоботи [2, с.298].

При багатьох ратушах у списках названі поштові служителі. При Ніжинській ратуші був "для управление пошты и протчих подвод 1 человек", якому платили грошового утримання 8 крб., а також 10 алтинів на чоботи, і два візники, що одержували з сіл ратушних по 8 крб., хліб і сало. При Стародубській ратуші вказано два поштарі, яким видавали по 8 крб. річної платні, кожухи, дві пари чобіт і свиту.

Були в полкових містах і кати. В тогочасних джерелах вони називалися по-різному – "кат", "мистр", "профос". Кати згадуються майже в усіх відомих нам "Веденнях". Вони одержували певну грошову, а інколи й натуральну плату. В Гадяцькому полку полковому кату платили з кожного козацького і селянського двору по копійці і по хлібині. В Миргородському полку "профос полковий" одержував від козака і селянина по 1 коп., по хлібині й сіль.

Крім річної плати, кат одержував іноді і певну відрядну оплату "за мучение зжением... за урезание ушей или носа, и за смертную езекуцію по п'ятдесят копеек по древнему обекновению" [2, с.298].

В джерелах згадуються такі служителі як сторожі. Функції сторожів були дуже різноманітні. Про це свідчать різні назви сторожів, що вказує на наявність між ними певного поділу праці. У списках полкових, сотенних і міських служителів згадуються такі категорії сторожів: просто сторожі (без вказівки на спеціальність сторожі ратушні, сторожі польові, сторожі баштові, сторожі брамні, сторожі пляцові, сторожі "туремные" (або сторожі "над колодниками й "сторожа артиллерийски").

У більшості полків була стала система оплати сторожів, хоч у кожному полку вона мала певні відмінності. У Ніжинському, як видно з вищезгаданої "супліки сторожов нежинских" наказному гетьманові П. Полуботку, існувала до 1716 р. певна система оплати: " За всех прежде бывших полковников" була "устава виразна учиненная платежная, в полку Нежинском... од дому от казаков по шагу, а з посполитых людей по четверику пашне и по копейце, з подсоседков зась козацьких и мужицьких по шагу, якая устава тривала до тысяча семсот шестнадцатого году". Пізніше у зв'язку з неврожаєм гетьман Скоропадський наказав брати на сторожів з посполитих по півчетверика, а з козаків, як і раніше, по шагу "рокового датку". В інших полках, як видно з джерел, різні категорії сторожів оплачувалися по-різному [2, с.300-301].

Кожне місто мало свої особливості в складі урядовців і служителів. Нерідко в окремих містах показані служителі, які не згадуються в інших. Перелік міських урядовців, наведений у першому артикулі другого параграфу XXVI розділу "Прав", значно коротший: "При том же магистрате и ратушах подлежит быть и иным урядникам, а именно: писару, до межових дел, комиссару или межовику, городничему, возному одному или двум, чрез которых возник всяку с позовными и другими писмами посланки и протчие поручаемые им дела оправляются" [5, с.457]. В "Правах" є цінна для нас вказівка, що в кожному місті був свій, що ввійшов у звичай

склад урядовців. Про це яскраво свідчить другий пункт четвертого артикулу XXVI розділу: " Магистратовые урядники, коликим числом их в которых городах за обычай бывает, должны..." и т.д. [5, с.456].

Таким чином, структура міського управління і склад службовців були неоднаковими в різних містах. Як правило, до складу виконавчих органів магістратських міст входили війт і чотири-шість бурмистерів. Склад службовців був дуже різноманітним, важко назвати два міста, де б він був однаковим.

Урядовці офіційно вважалися виборними, в дійсності ж ці посади займали представники міської верхівки. Вибори майже завжди були номінальними і лише прикривали фактичне призначення. Основна тенденція, що стала після 1709 р. в становищі України, виявилася в тому, що в справі призначення міських урядовців стає все сильнішим втручання царської влади. Це особливо стосується заміщення посади війта у великих містах. Полкова і сотенна старшина втручалася й в міський бюджет. Значно обмежувалися судові права магістратів і ратуші.

Дальшим кроком на шляху обмеження автономії Гетьманщини і прав міських громад було введення в кінці досліджуваного періоду російських комендантів, які контролювали як старшинську адміністрацію так і міське самоврядування.

-
1. Дашкевич Я. Гетьманська Україна: полки, полковники, сотні. Лівобережжя 1 //Пам'ятки України, 1990, №2.
 2. Дядиченко В.А. Нариси суспільно-політичного устрою Лівобережної України кінця XVII – початку XVIII ст.. Вид-во АН УРСР, К., 1959
 3. Центральний державний архів давніх актів (ЦДАДА). Збірники Археографічної комісії, №387-393.
 4. Шафонский А. Черниговского наместничества топографическое описание с кратким географическим и историческим описанием Малыя России, из частей коей оно наместничество составлено. К., 1851.
 5. Права за якими судить малоросійський народ. 1743. К., 1997.

TERRITORIAL COMMUNITIES OF HETMANSHCHYNA'S TOWNS AND THEIR EXECUTIVE MACHINERY

P. Gural'

*Ivan Franko National University of Lviv
Universytetska Str.1, UA-79000 Lviv, Ukraine*

This article deals with self-government activity of urban territorial communities, their executive machinery in administering the complicated social structure of towns of the Ukrainian State named Hetmanshchyna in the period of 1648-1782.

Key words: Hetmanshchyna, community, towns, self-government, magistrate, raitsi, officials, courts.

Стаття надійшла до редколегії 2.04.2003
Підписана до друку 30.10.2003

**ХАРАКТЕРИСТИКА МЕМОРІАЛУ П. ОРЛИКА
"ВИВІД ПРАВ УКРАЇНИ" ТА ЙОГО ЗАГАЛЬНЕ ЗНАЧЕННЯ
ДЛЯ РОЗВИТКУ УКРАЇНСЬКОЇ
ПОЛІТИКО-ПРАВОВОЇ ДУМКИ ПОЧАТКУ XVIII СТ.**

Н. Єфремова

*Одеська національна юридична академія
вул. Піонерська 2, 69005 Одеса, Україна
тел. (0482) 63-16-29*

У статті розкрито передумови прийняття Меморіалу П. Орлика "Вивід прав України". Проведено змістовий аналіз основних політико-правових ідей, які закріплені у "Виводі прав України". Показано позитивний вплив "Виводу прав України" на подальший розвиток української політико-правової думки на початку XVIII ст.

Ключові слова: політична еміграція, український конституціоналізм, концепція української державності.

На сучасному етапі розвитку вітчизняної юридичної науки помітно зросла увага вчених до проблематики становлення і розвитку Українського конституціоналізму. Особливий інтерес викликає вивчення конституційних актів П. Орлика та використання низки прогресивних ідей, які є актуальними і у сучасних умовах. З'ясування специфіки генезису та подальшого розвитку українського конституціоналізму, зокрема і конституційних актів П. Орлика, дає змогу повніше реконструювати розвиток теорії і практики українського конституціоналізму загалом та врахувати набутий досвід у процесі розбудови сучасної Української держави та громадянського суспільства.

Актуальність такого дослідження посилюється також наявністю певних прогалин у висвітленні відповідної проблематики в історико-правовій літературі.

Метою статті є з'ясування особливостей прийняття Меморіалу П. Орлика "Вивід прав України" та висвітлення закономірностей розвитку української політико-правової думки у XVIII ст. Вивчення української політико-правової думки у XVIII ст. були предметом наукових досліджень, зокрема, Т. Андрусяка, О. Кресіна, О. Оглобліна, О. Мироненка, І. Усенка.

Тема дослідження охоплює складний період історії української державності. Кінець XVII – початок XVIII ст. на Україні позначаються значним піднесенням українського політичного, культурного та економічного життя. Проте Московські статті укладені гетьманом І. Брюховецьким у 1665 р., "вічний мир", укладений між Московщиною й Польщею у 1686 р., та Коломацька угода українського уряду з Москвою 1687 р. створювали значну загрозу для української козацької держави. Московсько-польський військовий союз, залучаючи Україну до антитурецької коаліції, загрожував їй повною ізоляцією з перспективою повної ліквідації її самостійності. Отже, за таких умов першим й найголовнішим питанням в Україні у ті часи було визначення нових перспектив розвитку української державності, змінитися за якими повинна була проросійська орієнтація України, створена згідно з Переяславською Угодою 1654 р. й наступними україно-московськими договорами.

Нові напрацювання з цього приводу відобразились у діяльності гетьмана І. Мазепи та його послідовників в екзилі. Після його політичного розриву з російським царем він обрав новим українським протектором шведського короля Карла XII. Нова політика повсталोї частини України знайшла своє відображення у низці правових документів, серед яких значне місце посідають Бендерська конституція 1710 р. та Меморіал П. Орлика "Вивід прав України".

Зауважимо, що протягом останніх років увага до вивчення розвитку української державності наприкінці XVII – XVIII ст. значно зросла. Про це яскраво свідчать теми наукових досліджень у таких провідних наукових установах України, як Київський національний університет ім. Т. Шевченка, Львівський національний університет ім. І. Франка, та ін. Наприклад, тема цієї статті перебуває у безпосередньому зв'язку з темою наукових досліджень кафедри історії держави і права Одеської національної юридичної академії "Традиції і новації в правовому розвитку: історичний аспект".

Обрання напряму дослідження статті також пов'язано з тим, що політична еміграція першої половини XVIII ст. залишила низку малодосліджених документів – політичних та правових актів, їхніх проектів, листування тощо. Їхня унікальність для дослідження історії держави і права України, української правової та політичної думки зумовлена особливими умовами створення цих пам'яток. Відсутність військового та адміністративного контролю царського уряду дала змогу повніше відобразити ідеї та принципи, витворені у попередній період. Водночас активний розвиток історичних подій і тривала діяльність еміграції сприяли формулюванню нового комплексу ідей, що суттєво розвивали здобутки української правової та політичної думки попереднього періоду.

Слід також наголосити, що ідейну спадщину української політичної еміграції першої половини XVIII ст. доцільно розглядати у контексті розвитку політико-правової теорії і практики в Україні другої половини XVII – початку XVIII ст. Тільки поєднання компаративного та формально-правового аналізу дає змогу виділити традиційні та нові елементи у працях емігрантів та їхній справжній зміст.

Розглядаючи історіографію питання необхідно зауважити, що українська політична еміграція першої половини XVIII ст. стала предметом численних досліджень як в Україні, так і поза її межами. Це іноді створює враження, що усі можливі аспекти цієї проблематики вже були досліджені. Проте низка фактів не дає змоги погодитися з такою поширеною думкою.

Передусім зауважимо, що переважна більшість досліджень цього періоду була присвячена діяльності гетьмана Івана Мазепи. Українська еміграція першої половини XVIII ст. почала виділятися в окрему історіографічну тему лише у другій половині XIX ст., остаточно ж виділилася лише після 1917 р. О. Кресів справедливо відзначає, що як у Російській імперії, так і у Радянському Союзі (особливо з 1930-х років) вивчення цієї проблематики піддавалося політичному тиску, а присвячені їй праці цензурувалися або й просто заборонялися. Окрім того, навіть серед наявних праць із цієї проблематики більшість становлять публікації публіцистичного або популярного характеру, що значно її спрощують, містять мало оригінальних думок та нових фактів. І, нарешті, лише незначна частина наявних праць наукового характеру присвячена державницьким ідеям української еміграції зазначеного періоду [1, с. 6-7].

Важливо відзначити, що до початку XX ст. Меморіал П. Орлика "Вивід прав України" лишався невідомим для європейських науковців і лише у 1922-1925 рр. перші його дослідження були виконані І. Борщаком у працях: "Маніфест гетьмана

Орлика до європейських урядів. Текст і коротенький коментар" (Українська справа. – 1922. – №6); "Гетьман П. Орлик і Франція (Записки НТШ. – Т.134-135. – Львів 1924); Звідомлення І. Борщака з дослідів архівів в архівах Західної Європи, переслане Українській Академії наук у Києві (Записки НТШ. – 1924. – Т.134-135).

З часом до його вивчення почали звертатися лише наприкінці ХХ – початку ХХІ ст. Наприклад, згадки про цей документ зустрічаємо у Вілена Горського ("Історія української філософії", 1997), у Олександра Оглобліна ("Гетьман Іван Мазепа та його доба", 2001), у Олексія Кресіна ("Політико-правова спадщина української політичної еміграції першої половини ХVІІІ ст., 2001 та в низці його статей – "Проблеми формування української державної ідеї у добу козаччини" // Молода нація. – 1996. – №4.; "Українська ідея у державотворчій діяльності П. Орлика" // Сторінки політичної історії. – 1993; у Наталії Єфремової в дисертації на здобуття наукового ступеня кандидата юридичних наук "Розвиток конституційного законодавства в Україні (1917-1920)" – Одеса, 2002.

Метою складення Меморіалу "Вивід прав України" стало бажання П. Орлика привернути увагу європейських держав до проблеми захисту національних та державних прав України.

Зазначена праця написана ним приблизно у 1712 р. з метою виступити перед урядом Франції та інших провідних країн Європи. Невеличкий за розміром документ написаний французькою мовою, тривалий час зберігався в архівах замку Дентевіль, що належав колись дружині Григора Орлика, графині Олені Орлик, уродженій маркізі де Дентевіль.

Характеризувати Меморіал необхідно обов'язково з урахуванням змісту і значення Бендерської конституції 1710 р., яка фактично стала маніфестом державної волі української нації перед усім культурним світом. Цей документ став витвором колективної української політичної думки, підсумком тих обговорень і дискусій, що проводились на еміграції взимку 1709-1710 рр. та ще, імовірно, за життя І. Мазепи. Але вона була не лише теоретичним твором на еміграції з визначення державних прав і прагнень України, а передусім мала бути конституційним актом незалежності української держави, визволеної від московської окупації [2, с.363].

Аналізуючи текст "Виводу прав України", передусім слід зазначити, що на початку меморіалу автор навів невелике історичне пояснення витоків самостійності України та її устрою з часів Богдана Хмельницького, який "визволив з-під польської кормиги пригнічену козацьку націю, утворивши з України незалежне князівство і вдовольнявся титулом гетьмана війська Запорізького і син його перейняв це по нім у спадку й Стани названого князівства по смерті його обирали далі своїх князів і ніяка держава не присвоювала собі права противитися цьому" [3, с.45]. Там же П. Орликом було чітко визначено мету Меморіалу: "Моя ціль лише показати, що вона (Україна. – Є.Н.) є вільним князівством і що Стани її вільно обирали гетьманів по своїй уподобі. Це факт установлений і правда загальновідома, що козацька нація і Україна були вільними". [3, с.45] Докази правоти цього твердження автор посилався на Березневі статті Б. Хмельницького 1654 р. та королівську "конфірмацію" Бендерської конституції 1710 р. з "асекुरаційним дипломом" видані Карлом ХІІ – королем Швецьким.

Далі у Меморіалі автор пояснює причини суттєвого зменшення обсягу "козацького суверенітету". За його словами, "Гетьман Брюховецький, удавшись в подорож до Москви під покривкою добра для України, вчинив так, що признано царя

за протектора козаків. Це була основа всіх нещасть України, Україну примушено зректися прав козацького суверенітету" [3, с.45].

Безумовно, наведений фрагмент тексту торкається так званих Московських статей гетьмана І. Брюховецького, укладених ним з Москвою 11 жовтня 1665 р. Ця угода значною мірою обмежувала політичну автономію Лівобережної України й посилювала її адміністративну і фінансову залежність від царського уряду. За Московськими статтями, українські міста й землі оголошувалися володіннями російських монархів і з їхніх жителів, крім козаків, стягувались у царську скарбницю усякі податки. Вибори гетьмана мали відбуватися у присутності царських посланців, а вибраний гетьман мав їхати в Москву для отримання гетьманських клейнодів. У зв'язки з іншими державами гетьман міг вступати тільки за дозволом царя, а Київську митрополію мав очолити московський ставленник. Гетьман також позбавлявся права надавати містам самоврядування; магдебурзьке право надавалося царською жалуваною грамотою. Крім того, російські гарнізони на чолі з воєводами розміщувалися в Полтаві, Кременчуці, Новгороді-Сіверському, Острі, Каневі та інших містах, а також у Кодаку в Запорозькій Січі. Російські воєводи зосереджували в своїх руках низку військово-поліцейських і фінансових функцій (збирання з населення податей, хліба на утримання російських військ, грошових зборів з винних оренд, податків з купців тощо) [4, с.103].

Під цими статтями І. Брюховецький підписався: "Великого государя, її Царської Пресвітлої Величності холоп, я гетьман Іван Брюховецький, вірного її Царської Пресвітлої Величності війська Запорозького замість всього війська Запорозького, підписую своєю рукою". Слово "холоп" замість "вірного слуги і підданого", як це робили попередники Брюховецького – яскраве свідчення залежності, в якій опинилася Україна [4, с.103].

Отже, у Меморіалі автором безперечно правомірно була визначена нелегітимність Московських статей на підставі того, що "гетьман не міг дарувати того, що належало Станам". При цьому П. Орлик опирався саме на факт одноособового підпису гетьмана "замість всього війська". З правової точки зору тих часів така ситуація була значним порушенням старих прав і привілеїв козацьких, тому що гетьман не був монархом, а вважався народним обранцем і вирішувати одноособово такі справи він не мав права.

На особливу вагу у Меморіалі заслуговує те, що у цьому документі фактично вперше в Україні (після Бендерської Конституції 1710 р.) знайшли своє відображення ідеї захисту природного права людини та права народу на політичне самовизначення. Зокрема, читаємо: "Але які б великі не були московські насильства, вони не дають ніякого законного права москалям щодо України... Навпаки, козаки мають за собою право людське й природне, один із головних принципів якого є: народ завжди має право протестувати проти гніту і повернути уживання своїх стародавніх прав, коли матиме на це слушний час" [3, с.46].

Отже, ми бачимо, що праця П. Орлика пройнята ідеями лібералізму та демократії і ґрунтується на природно-правовій теорії. Відтак фактично автор мав на меті довести, що Україна є повноправним суб'єктом як природного права, так і доведеностановленого, або людського права, а в широкому розумінні – права народів. Саме на цій підставі в Меморіалі, фактично вперше в історії Європи обґрунтовувалось право країни на вільне, незалежне, державне існування [5, с.25].

Щодо ідейної основи цього Меморіалу, то необхідно відзначити, що П. Орлик був прихильником ідеї визнання цінності людини, прагнення до піднесення її самосвідомості та утвердження гідності особи та концепції освіченого абсолютизму. У своїх поглядах він фактично став виразником ідеології раннього просвітництва, яка поширювалась того часу у країнах Західної Європи і була співзвучною поглядам прогресивної частини козацької старшини. Як антифеодальна вона стверджувала необхідність подолання всіх форм несвободи шляхом морального вдосконалення роду людського. Ці обставини свідчать про те, що раннє просвітництво в Україні можна розглядати, як синтез двох попередніх суспільно-політичних європейських рухів – гуманізму і реформації [6, с.67].

Отже, фактично П. Орлик став одним з найактивніших розробників зазначених вище ідей у Європі початку XVIII ст. Також слід зазначити, що його "Вивід прав України" – співзвучний видатній праці Шарля-Луї Монтеск'є "Про дух законів" (1748), яка з'явилась через 36 років після написання Меморіалу, і у якій автор доводив, що державна влада та право повинні стояти на сторожі суспільної моралі та громадянських свобод [5, с.25; 7]. У своїх поглядах щодо захисту права українського народу на самовизначення П. Орлик на 50 років випередив видатного французького філософа Жан-Жака Руссо, який в 1762 р. у праці "Про суспільний договір" вперше у Франції проаналізував проблему влади та звернувся до питання її співвідношення зі свободою і заявив про рівність природних прав кожної людини у державі [5, с.25; 8].

У тексті Меморіалу ми також бачимо намагання П. Орлика залучити європейські країни до політичної підтримки України у її боротьбі за незалежність: "Міжнародне право вимагає допомагати в крайніх випадках пригніченим громадянам; тим слушніше, справедливіше і в більшій згоді з обов'язком християнства й навіть гуманності причинитися до відбудовування держав, пригнічених тому лише, що повірили в союз". Тут необхідно зауважити, що у XVII – XVIII ст. міжнародне право допускало "інтервенцію", і тільки після Віденського конгресу 1815 р. "право невтручання" стає постулатом міжнародного права.

Особливе місце у Меморіалі посідає блок, присвячений доведенню П. Орликом політичного аргументу, згідно з яким визнання європейськими державами самостійності України не є порушенням Карловицького договору і не приведе до дестабілізації політики у Європі. Нагадаємо, що Карловицьким договором (26.01.1699 р.) було закінчено війну між Туреччиною з одного боку, Польщею, Цісарем, Московщиною і Венецією – з іншого. Польща тоді знову дістала втрачені раніше Поділля й Правобережжя. В 1712 р. на Правобережжі стояли московські війська, союзники Августа. Орлик на підставі свого договору з Туреччиною жадав для себе Правобережжя і тому Москва вказувала європейським дипломатам, що Орликові домагання порушують Карловицький трактат і зачіпають також інтереси Цісаря і Венеції, словом, загрожують рівновазі Європи. Проти цього аргументу й виступає "Вивід прав України".

Отож з метою спростувати таку точку зору він писав: "Україна була колись польською провінцією, коли зважимо, що від 1649 р. до наших днів її визнала як князівство ціла Європа і навіть сам Цісар. В ім'я якого принципу релігії і побожності Московський Двір, визволивши козаків з-під так мовити польської опіки, накинув їм – як показав це досвід – ярмо безконечно жорстокіше ніж те, яке невірні накидають завойованим народам? В кінці, коли, як то дехто твердить – хоч таке твердження зовсім фальшиве, – що Його Царське Величство придбав від поляків якесь право на

Україну, то це право не може бути нічим іншим, як правом опіки, бо поляки ніколи не мали іншого, тож і не могли передати більших прав, ніж самі мали... Ось чому Й. Ц. В. не має жодної підстави відбирати у України її вольності та привілеї. Отже, з цього зовсім законно й природно виходить, що Карловицького трактату ні в чому не порушиться, коли оголоситься Україну вільною, якою вона була колись, з тими границями й межами, які мала вона перед тим, як була підступом поневолена [3, с.47].

Фактично таке обґрунтування дало підставу П. Орлику зробити закономірний висновок про те, що "Московський Двір належить уважати за узурпатора України і що є причина покладатися на розуміння права природного й людського тими, що читатимуть це писання, що вони переконаються в безперечнім праві Станів України обрати Пилипа Орлика за свого гетьмана..." При цьому гетьман наголосив, що визнання його за гетьмана України є співзвучним інтересам усіх європейських держав бо їхній власний інтерес зобов'язує їх "не санкціонувати і не давати спричиняти небезпечних для себе ж самих наслідків від узурпації, що її якась сильніша держава могла би вчинити над слабшою під єдиною прикривкою вигоди".

Отже, з оцінки Меморіалу П. Орлика можна зробити висновок, що він є яскравою пам'яткою з історії української політико-правової думки. "Вивід прав України" належить до правової та політичної спадщини української еміграції першої половини XVIII ст. і є внутрішньо цілісним ідейним феноменом, що виник на основі переосмислення політичної та правової практики, а також відповідних концепцій, висловлених у попередній період. Його поява була зумовлена як особливими обставинами зовнішнього характеру, так і еволюцією політичних та правових відносин у Війську Запорозькому.

Характеристика "Виводу прав України" стає відтак суттєвим доповненням до глибшого та об'єктивнішого розуміння нової концепції української державності на початку XVIII ст., у якій новими елементами стали реалізація українського державотворення у вигляді автономії у складі певної держави з міжнародною гарантією правових основ такого статусу, перехід до внутрішнього конституційного регулювання та вироблення правових норм щодо територіального устрою автономії.

Незважаючи на те, що ця концепція не була реалізована через внутрішню невідповідність українського суспільства та низку зовнішньополітичних чинників, вона викликає значний інтерес у дослідженнях історії держави та права України, як найвище досягнення української політичної та правової думки кінця XVII – початку XVIII ст.

Таким чином, висунення ідеалу незалежної Української держави було головним політико-правовим досягненням конституційних актів П. Орлика і свідчило про формування державницької ідеології, яка утверджувала ідею боротьби українців за незалежність.

Вивчення досвіду українського конституціоналізму і боротьби за українську державність, набутого з конституційних актів П. Орлика, породжує певні історичні паралелі і аналогії, і, отже, деякою мірою може сприяти вирішенню сучасних завдань розбудови України як суверенної, незалежної, демократичної, соціальної і правової держави.

1. Кресін О.В. Політико-правова спадщина української політичної еміграції першої половини XVIII ст. – К., 2001. – 196 с.
2. Оглоблін О. Гетьман Іван Мазепа та його доба. – Нью-Йорк; Київ; Львів; Париж; Торонто, 2001. – 168 с.
3. Вивід прав України / За ред. М.П. Парцел. – Львів: Слово. 1991.
4. Українське державотворення. Словник-довідник. / За ред. О. Мироненка. – К., 1997. – 349 с.
5. Горський В.С. Історія Української філософії: Курс лекцій. – К., 1997. – 121 с.
6. Єфремова Н.В. Розвиток конституційного законодавства в Україні (1917-1920). Дисертація на здобуття наукового ступеня кандидата юридичних наук. – Одеса, 2002. – 189 с.
7. Шарль-Луї Монтескьє. О духе законов. – М.: Мысль, 1999. – 672с.
8. Жан-Жак Руссо Об общественном договоре. – С.Пб.: Изд-во Д.Е.Жуковского, 1907. – 247с.

**CHARACTERISTICS OF P.ORLYK'S MEMORIAL "UKRAINE'S
RIGHTS CODE" AND ITS GENERAL SIGNIFICANCE FOR THE
UKRAINIAN POLITICO-LEGAL THOUGHT OF EARLY XVIII
CENTURY**

N. Efremova

*National Law Academy of Odesa
Pionerska Str., 2, UA-69005 Odesa, Ukraine
tel. (0482) 63-16-29.*

The prerequisites for the adoption of P. Orlyk's memorial "Ukraine's rights code" are investigated in the article. The substantial analysis of the main politico-legal ideas fixed in the "Ukraine's rights code" is conducted. Positive influence of the "Ukraine's rights code" on the further development of Ukrainian politico-legal thought in the beginning of XVIII century is shown.

Key words: political immigration, Ukrainian constitutionalism, conception of Ukrainian statehood.

Стаття надійшла до редколегії 28.02.2003
Підписана до друку 30.10.2003

ІСТОРИКО-ПРАВОВИЙ АНАЛІЗ ВХОДЖЕННЯ ГАЛИЧИНИ ДО СКЛАДУ АВСТРІЙСЬКОЇ ІМПЕРІЇ

І. Настасяк

*Львівський національний університет імені Івана Франка,
вул. Університетська, 1, 79000 Львів, Україна*

У статті на підставі дослідження наукової літератури, а також текстів першоджерел, проведено історико-правовий аналіз процесу входження Галичини до складу Австрійської імперії. Встановлено причини першого поділу Польщі та участі у ньому Австрії. Значну увагу приділено висвітленню документів, за допомогою яких держави-учасниці поділу намагались виправдати незаконність своїх дій та довести історичні права на захоплені території. Показано, що загарбання Галичини було здійснене Австрією виключно з метою розширення території впливу, а тому не мало позитивного впливу на політичний та соціально-економічний розвиток галицьких земель.

Ключові слова: Галичина, поділ Польщі, обґрунтування, коронний край.

У сучасних умовах розвитку незалежної Української держави зростає значення досліджень історії національної державності і права. Особливо це стосується проблем, висвітлення яких сприятиме процесу державотворення в Україні. Адже врахування досвіду минулого дасть змогу не лише уникнути повторення помилок, але й обрати найоптимальніші шляхи розвитку нашого суспільства. З цієї точки зору важливою для вивчення є історія становлення і розвитку державності в Галичині. Специфікою галицьких та інших західноукраїнських земель була довготривала роз'єднаність їх з Східною Україною і перебування під владою іноземних держав. Звідси стає зрозумілим споконвічне прагнення українського народу бачити свою країну самостійною та незалежною.

За час існування історико-правової науки створено чимало праць, в яких висвітлюються різні етапи розвитку держави і права в Україні і, зокрема, в Галичині. Цікаві факти містяться у працях вітчизняних та зарубіжних представників суспільних наук – правників, істориків, політологів, соціологів. У зв'язку із специфікою досліджуваного історичного періоду більшість необхідних для його висвітлення відомостей знаходиться в архівних джерелах, та у працях польських і німецьких вчених, погляди яких часто є діаметрально протилежними.

Грунтовними є дослідження С.Гродицького "Історія суспільно-політичного устрою Галичини 1772-1848" та В.Лозинського "Галиціана", в яких показано незаконність поділу Польщі та подальшого загарбання галицьких земель, стверджується їх давня належність польській короні. Проте більшу увагу автори приділяли соціально-економічному та політичному становищу Галичини в складі Австрії.

Цікавою з дослідницької точки зору є праця М.Тировича "Галиція від першого розділу Польщі до Весни народів 1772-1849", в якій автор наводить фрагменти деяких першоджерел. Історія галицьких земель розглядається тут крізь призму історії Польщі, через аналіз періодичних видань, спогадів очевидців, щоденників, офіційних видань австрійських властей. Важливим історико-статистичним дослідженням

внутрішнього устрою Галичини у 1772 році є праця німецького науковця А. Брауера "Галичина, як вона увійшла в Австрію". В ній стисло і чітко викладені історичні факти, подане їхнє правове пояснення.

Серед вітчизняних істориків права, які висвітлювали досліджуваний період слід назвати, зокрема, М. Лозинського, Б. Кревецького, М. Стахіва. Не можна недооцінити глибокі та обгрунтовані праці з історії держави і права Галичини професора В. Кульчицького.

Метою статті є висвітлення обставин, які спричинили розподіл Польщі; аналіз історико-правових документів, за допомогою яких австрійські політики намагались обгрунтувати правомірність захоплення галицьких земель; простеження змін, що відбулися в Галичині внаслідок переходу її під владу Австрії.

Галичина [1] – складова давньоруської держави – після розпаду її у 1199 році стала частиною Галицько-Волинського князівства, існування якого мало важливе значення для сусідніх держав. Воно стояло на шляху західних завойовників, що поривались на руські землі і водночас було завісою для західних держав від наступів монголо-татарських військ.

У 1349 р. Галичина була завойована польським королем Казимиром. Це стало початком її політичного та економічного занепаду, хоча вона і була адміністративно відокремленою від прилеглих польських територій.

На початку XVII ст. у Західній Європі відбулися значні зміни у суспільно-політичному житті. Всюди сформувалися сильні уряди, які у своїй закордонній політиці спирались на вимуштровані армії. Такими були і три держави – сусіди Польщі: Австрія, Прусія і Росія.

Згадані зміни, однак, не торкнулися Польщі. Вона і надалі залишалася державою без будь-якої внутрішньої організації, без енергійної влади, без відповідного війська і податків, без жодної надії на проведення реформ. "Історія XVIII століття, – пише про тогочасну Польщу професор М. Божинський, – це приклад грубого матеріалізму, позбавлений світла. Непроглядна темрява захопила польські уми... Королівські міста економічно занепадали, а через насильство шляхти, в переважній більшості, втратили свою незалежність. Доля приватних міст не дуже відрізняється від долі селянина, якого шляхтич вважав річчю, своїм рабом... Нижчі суди не мали жодної поваги, вищі ж, депутатів яких вибирала шляхта, були знряддям магнатської партії, яка перемогла на виборах... Та моральна іржа, яка поїдала простий люд, не щадила і магнатів. Народові залишалось єдине – релігія. Проте в часи загального падіння і релігія виродилась в руках наскрізь зіпсутого духовенства... Ні розкидування справедливості, ні явний продаж батьківщини не змушували його вжити заходів, якими тільки воно ще могло розпоряджатись [2, с.420]."

Скориставшись з анархії в Польщі, Австрія, Прусія та Росія порушили питання про її поділ. У результаті проведення дипломатичних переговорів була підписана спеціальна декларація, яка забезпечувала цим державам однакову участь і допомогу в розподілі. Він офіційно пояснювався необхідністю відновлення "спокою і порядку у внутрішніх справах країни для того, щоб сусіди Речі Посполитої могли задовольнити свої вимоги – такі ж давні, як і законні" [3, с.382]. Цю декларацію підписали: 19 лютого 1772 р. від імені Австрії – Марія Терезія і Йосиф II, 28 лютого – пруський король Фрідріх II, 5 березня – російська імператриця Катерина II [4, с.14].

Ще до початку переговорів і "узаконення" поділу Польщі Австрія і Прусія фактично почали поділ її території. У 1769 р. для того, щоб, як було офіційно оголошено, запобігти проникненню з Польщі епідемії, австрійські війська за наказом цісаря Йосифа II зайняли область Спіш. Її приєднали до Угорщини, яка ще з початку XVI ст. перебувала під австрійським пануванням. Незабаром, у 1770 р., Австрія встановила "санітарний кордон" на північному схилі Карпат, захопивши майже всю Сяднеччину.

Майже одночасно з початком фактичного поділу Польщі Австрія, Прусія і Росія опублікували цікаві і характерні документи – історичні "Виводи прав" усіх трьох держав – учасниць поділу до відповідних земель Речі Посполитої.

Звичайно, Австрія і Прусія – ініціатори і головні дійові особи поділу – жодних прав на здобуті землі не мали, тому, захопивши Галичину, австрійський уряд подбав про узаконення цього акту. Прислухавшись до порад пруського короля Фрідріха II і керівника російської зовнішньої політики графа Паніна, австрійський канцлер А. Кауніц доручив розшукати в архівах Австрії матеріали, які б могли якось виправдати безправний акт поділу Польщі та участі у ньому Австрії. Це завдання доручили виконати придворному раднику Розенталю, чеському архіваріусу Колару і угорському історичу Бенчуру [5, с.2].

На підставі зібраних матеріалів у кінці 1772 р. надвірна канцелярія у Відні опублікувала латинською і німецькою, а також у скороченому варіанті французькою і польською мовами історико-правове обґрунтування окупації: "Вивід прав королівства Угорщини до Малої або Червоної Руси і Поділля та Чехії до князівств Освенціма і Затора".

"За свідоцтвами найдостовірніших істориків XI-го і XII-го століть, польських та угорських, – починався Вивід, – а також багатьох інших автентичних документів, угорські королі були тоді і, навіть, ще давніше, на підставі найправедніших прав володарями Королівства Малої або Червоної Руси, а перед усім двох частин цього Королівства: Галичини і Володимирії. Тому ці землі відтоді аж по нинішній день належать до королівського угорського титулу, з яких одна простягається далеко з глибин Поділля, а друга займає значну частину Волині, Перемиські землі та інші значні території [6, с.14]".

Автори цього "обґрунтування" виконали нелегке завдання. Це, зрештою, визнав і сам Кауніц, доповідаючи 8 жовтня 1772 р. Марії Трезії про результати роботи. "Важкі повинні були бути спроби, – говорив він, – щоб таку складну, протягом століть занедбану і майже цілком забуту справу знову з'ясувати, детально висвітлити і підкріпити доказами, на підставі яких зрозумілою була б тепер обґрунтованість наших претензій" [7, с.47]. Проте австрійський канцлер, мабуть, свідомо не згадав про те, що ці труднощі полягали насамперед у відсутності самих доказів. Австрійські чи угорські претензії були звичайною фікцією, а виготовлений документ повинен був створити видимість правомірності несправедливого акту поділу Польщі та участі у ньому Австрії.

Юридичною "основою" так званого обґрунтування був історичний факт короткочасного панування в Галичині угорського короля Андрія II. Коли у війні з Польщею в битві під Завихвостом над Віслою у 1205 р. загинув галицько-волинський князь Роман Мстиславич, його союзник Андрій II взяв під опіку вдову і дітей того – Данила і Василька. Скориставшись правом опіки, Андрій II заволодів державою

Романа і назвався королем Галичини і Лодомерії (Володимирії). Цей титул вживали в офіційних документах і його наступники [4, с.14].

Як докази цього факту наводилися виписки з польських, українських і угорських хронік та літописів, лист угорського короля Андрія II до папи Інокентія III, лист папи Григорія III до Андрія II, печатки і документи давніх угорських королів, які містили титули і герби Галича та Володимира та ін. Для того щоб довести законність прав Австрії на галицькі землі, автори "Виводу" посилались на деякі історичні факти, зокрема:

- 1) "...договір між угорським королем Робертом і польським – Казимиром Великим від 1552 року, згідно з яким син угорського короля Людовик був признаний спадкоємцем польської корони (на випадок, якщо його дядько Казимир помре, не залишивши спадкоємця чоловічої статі). Проте Людовик, ставши угорським королем віддав Галицько-Волинське (Волинське) князівство Казимирові з застереженням, що коли б у Казимира народився син, то згадана територія повертається до Угорщини зі сплатою ста тисяч угорських злотих. У випадку, якщо той не залишить спадкоємця, польська і руська корони повинні перейти до Людовика. За новішими даними цей договір був укладений у 1350 році;
- 2) ...двостороннє зречення прав: Сигизмунда на користь польської корони з одного боку, а Ядвиги та Ягайла на користь угорської – з іншого від 1394 року;
- 3) ...приєднання до угорського королівського титулу додатку *rex Galitiae et Lodomeriar* – аж до часів Марії Терезії і т. ін. [8, с.21]".

До "Виводу" додавалось також 17 оригінальних документів: 12 з яких повинні були довести "права" Угорщини до Галичини, 5 – "права" Чехії до князівств Освенціма і Затора.

На усі вищезгадані "Виводи" король Станіслав Август доручив дати відповідь польському історичу – економісту Ф. Лойкові, який відповідав також і на "Виводи" Прусії та Росії. З дорученим завданням він справився досить швидко і вже у 1773 році з'явилася друком його "Відповідь на вступний Вивід прав угорської корони до Червоної Руси та Поділля, а чеської – до князівств Освенціма і Затора" [5, с.4]. Але ця відповідь Польщі на претензії Австрії до Червоної Руси, зокрема до її частин: Галичини та Володимирії була чисто академічна і не мала впливу на подальший хід історії.

Майже одночасно з цими подіями 11 вересня 1772 р. австрійська імператриця Марія Терезія видала ревендікаційний (окупаційний) маніфест до населення зайнятого краю. У ньому, зокрема, зазначалось: "Ми, Марія Терезія, королева Угорщини, Чехії, Дальматії, Хорватії, Славонії, Галичини і Володимирії..., розглянувши нінішній стан Польщі, разом з двором російської цариці і пруського короля порадилися, щоб деякі провінції цього королівства, до яких кожному з нас окремо належать здавна права, відокремити і відібрати край цей як частину належної нам території" [9, с.2]. Далі вказувалися кордони приєднаних земель, призначення губернатора для них, заклик нових підданих до послуху і, нарешті, погроза тим, хто наважиться чинити опір імператорським наказам.

Територія, яка перейшла до Австрії в результаті першого поділу Польщі або "частина, належна нашим правам", як називала її в окупаційному маніфесті Марія Терезія, складалась з двох груп земель: української та польської. Незважаючи на

відмінності, які існували між цими землями протягом усього періоду їхнього існування, Австрія об'єднала їх у єдину адміністративну цілісність і надала їй давню історичну назву української групи, не вживану ще з XIV століття: "Королівство Галичини і Володимирії", до якої в повному офіційному найменуванні додавалось: "з великим князівством Краківським та князівствами Освенцімським і Заторським" [10, с.18].

Землі, які відійшли до Австрії внаслідок поділів Польщі, були штучно об'єднані в один коронний край, який адміністративно поділявся на дві частини: Східну Галичину, заселену українцями, та Західну Галичину, заселену поляками.

Незважаючи на висловлене "небажання" імператриці Марії Терезії брати активну участь у розподілі, доля Австрії у ньому була найбільшою. Вона захопила частини Краківського воєводства з королівствами Освенцімським і Заторським, Сandomирського, Руського, Белзького, Подільського та Волинського воєводств. Це загалом становило територію площею 81 900 кв. км, яку населяло близько 2 650 000 чоловік.

У польській науковій літературі склалася думка, що імператриця Марія Терезія була схильна розглядати Галичину як тимчасове надбання, необхідне лише для заміни на більш корисну для Австрії провінцію. Лише згодом Йосиф II після своєї першої інспекційної подорожі галицькими землями зрозумів їхнє стратегічне значення та вирішив міцно закріпити їх за монархією. Проте дана точка зору не є достатньо обґрунтованою: у той час не було можливості вчинити згаданий обмін і лише у добу наполеонівських воєн Галичина стала предметом міжнародних торгів [11, с.38].

Підсумовуючи викладене, доходимо висновку, що, незважаючи на намагання австрійських політиків обґрунтувати правомірність анексії, австрійська влада не мала для цього ні правових, ні моральних підстав. Захоплення Галичини було здійснене Австрією виключно з метою розширення території впливу, а тому не мало позитивного впливу на політичний та соціально-економічний розвиток галицьких земель. Воно не відповідало волевиявленню більшості місцевого українського населення, яке з давніх-давен прагнуло самостійності та реалізації природного права на самовизначення.

-
1. Назва походить від міста Галич (тепер Івано-Франківська область). У літературі немає єдиного пояснення походження цього найменування. Найбільш правдоподібним є походження назви Галича від грецького слова "гальс", що означає сіль.
 2. Bobrzynski M. Dzieje Polski w zarysie.-Warszawa, 1879. – 427с.
 3. История Польши: В 3 т.-М.,1956. – Т.1. – 462 с.
 4. Кульчицький В. Утворення коронного краю Галичини в складі Австрії // Проблеми правознавства. – К., 1969. – Вип.13. – С.14-21
 5. Лозинський М. Утворення українського коронного краю в Австрії. – Львів, 1915. – 281 с.
 6. Стахів М. Західна Україна та політика Польщі, Росії та Заходу (1772-1918).-Скрентон,1958.-Т.1-214 с.
 7. Grodziski St. Historia ustroju społeczno-politycznego Galicji 1772-1848.-Wroclaw; Warszawa; Krakow; Gdansk, 1971.-303 с.

8. Кревецький І. Королівство Галичина і Володимирія (1772 – 1918) // Стара Україна. 1925. – №1/2. – С.19-24
9. Piller A. Edicta et mandata universalis regni Galiciae et Lodomeriae a die September 1772 innitae possessionis promulgata. – Leopoli, 1772. – 16 с.
10. A. Brawer. Galizien, Wie es an Östereich kam.-Leipzig; Wien, 1910.-107 с.
11. М. Tyrowicz Galicja od pierwszego rozbioru do Wiosny ludow 1772-1848.-Krakow, 1956.-335 с.

HISTORICAL AND LEGAL ANALYSIS OF GALYCHYNA ENTERING INTO THE AUSTRIAN EMPIRE

I. Nastasyak

*Ivan Franko National University of Lviv,
Universytetska Str. 1, UA-79000 Lviv, Ukraine*

The historical and legal analysis of the process of Galychyna entering into the Austrian Empire is made on the basis of scientific literature and primary sources. The reasons for Poland first division and participation of Austria in this process are determined. Significant attention is paid to the elucidation of documents by means of which the States participating in the division were trying to justify the illegality of their actions and to claim their rights for the occupied territories. The seizure of Galychyna by Austria is shown to be performed exceptionally with the aim of expanding the territory of influence, therefore it did not affect positively its political and socio-economic development.

Key words: Galychyna, division of Poland, substantiation, crown region.

Стаття надійшла до редколегії 17.03.2003
Підписана до друку 30.10.2003

ГАЛИЦЬКЕ НАМІСНИЦТВО: СТРУКТУРА І ДІЯЛЬНІСТЬ

В. Кульчицький, Л. Присташ

*Львівський національний університет імені Івана Франка
вул. Університетська, 1, 79000 Львів, Україна.
e-mail: romanl@law.franko.lviv.ua*

В середині XIX ст. для управління Галичиною була встановлена посада намісника. Він призначався імператором Австрії в переважній більшості з числа великих польських магнатів і був наділений широкими повноваженнями. У статті висвітлено структуру і діяльність галицького намісництва.

Ключові слова: намісництво, Галичина

У 1849 р. на базі губернського правління в Галичині було утворено намісництво на чолі з намісником, якого призначав імператор і який представляв його в крайовому сеймі. Сейм, створений в 1861 р., обирався за куріальною системою і проіснував формально до 1918 р. Фактично його остання сесія відбулася напередодні Першої світової війни в 1914р. Намісник безпосередньо керував проведенням виборів і видавав обраним депутатам посвідчення про обрання. Тому небезпідставно дослідники визнавали, що "вплив намісника на результат виборів до загальнодержавного австрійського парламенту і до галицького крайового сейму був у певні періоди і в деяких частинах краю вирішальним" [1, с.249].

Після виборів засобом впливу намісника на сейм було його право законодавчої ініціативи і подання імператору на санкцію крайових законів з його висновком. Намісник пропонував кандидата на пост міністра для Галичини і без його згоди він не призначався, відтак мав і деякий вплив на склад віденського уряду. Посада міністра для Галичини була встановлена в 1871 р. Він не видав конкретною галуззю управління, проте окремі міністри повинні були брати до уваги його думку стосовно справ Галичини.

Організація Галицького намісництва регулювалася законом від 14 вересня 1852 р., який був упроваджений в життя спільним розпорядженням міністрів внутрішніх справ, юстиції і фінансів від 19 січня 1853 р. Цей закон з часом був дещо змінений і доповнений законом від 19 травня 1868 р. [2, с.76-79]. За цими законами намісник був чиновником третього рангу (після прем'єр-міністра і міністрів).

На відміну від попереднього губернського правління намісник був єдиначальним главою краю, підлеглим безпосередньо міністру внутрішніх справ Австрії. Першим намісником Галичини з 1849 по 1859 рік був великий польський магнат граф А. Голуховський. Він був також вдруге намісником з 1866 до 1868 року, і втретє з 1871 до 1875 року. Загалом перелік галицьких намісників у хронологічному порядку виглядає так: граф. А. Голуховський (1849-1859), граф. О. Менсдорф (1861-1864), барон Ф. Паумгартен (1864-1866), граф А. Голуховський (1866-1868), барон Л. Поссінгер (1868-1871), граф А. Голуховський (1871-1875), граф Альфред Потоцький (1875-1883), П. Залеський (1883-1888), граф К. Бадені (1888-1895), князь Е. Сангушко (1895-1898), граф Л. Пінінський (1898-1903), граф Андрій Потоцький (1903-1908), М. Бобжинський (1908-1913), поміщик В. Коритовський (1913-1915),

генерал Г. Коллярд (1915-1916), барон Е. Діллер (1916-1917) і граф К. Гуйн (1917-1918).

Майже всі галицькі намісники (11 з 17) були польські магнати, які вороже ставились до українського населення краю. Особливо лютим ворогом українського народу був намісник граф А. Потоцький, якого під час прийому у квітні 1908 р. вбив студент Львівського університету М. Січинський, вбачаючи в цій акції справедливую помсту за вчинену кривду галицьким українцям. "Я дійшов до переконання, – говорив він на суді, – що граф Потоцький вороже відноситься до трудящих класів кожного народу в Галичині, а мого народу зокрема" [3, с.52]. І, звичайно, хоч цим терористичним актом Січинський не поліпшив долі поневолених, його надзвичайно відважний і самовідданий вчинок сколихнув широкі маси населення, став відомим далеко за межами краю.

Польська шовіністична пропаганда використала факт вбивства Потоцького для найпідліших цькувань проти українського народу. Передусім невдовзі була видана німецькою мовою досить об'ємна книга з детальним описом вбивства і тенденційно підібраними фрагментами української і польської преси [4].

В середині травня 1908 р. краківські консерватори провели нараду, на якій професор Краківського університету священик В. Хотковський з приводу вбивства Січинським намісника Потоцького голосливо заявив, що кожний українець ненавидить поляків. Українців він назвав народом дурнів, ледарів, погані слави, а з такими, за його словами, неможлива чесна боротьба, а відтак їх треба знищувати всякими засобами [5, с.16].

"Ми, – закликав інший промовець, – не боїмося і підемо вперед по сотнях трупів з холодною кров'ю і погордою для українських дикунів, з яких одні ведуть проти нас боротьбу за російські рублі, а інші за пруські марки. Отже вперед сини великих предків і борців за свободу, а повстане Польща велика, єдина, неподільна, від моря до моря" [5, с.17].

Після такої підготовки Львівський крайовий суд у складі 12 присяжних суддів, серед яких не було жодного українця, засудив 30 червня 1908 р. М. Січинського до страти через повішання.

Під тиском громадськості Верховний судовий і касаційний трибунал у Відні скасував смертний вирок і вирішив передати справу на розгляд суду в новому його складі.

Суд над Січинським у новому складі відбувся 1 квітня 1909 р., проте оборона опротестувала час визначення судового засідання в зв'язку з порушенням порядку вручення обвинувального висновку. Наступне судове засідання було призначено на 15 квітня і тривало 3 дні. 17 квітня 1909 р. М. Січинського знову було засуджено до смертної кари на шибениці. Цей вирок відрізнявся від попереднього лише тим, що дозволяв засудженому просити "цісарської ласки".

Оборона Січинського вдруге звернулася до найвищої судової інстанції у Відні, проте на цей раз Верховний судовий і касаційний трибунал 21 травня 1909 р. вирок Львівського крайового суду залишив у силі. Однак австрійський імператор Франц-Йосиф замінив смертну кару 20-річним ув'язненням. Проте на кошти, зібрані переважно серед українських емігрантів було влаштовано втечу М. Січинського із Станіславської (нині Івано-Франківськ) в'язниці, яка нажила собі славу дуже

суворими порядками. Спочатку він проживав у Норвегії і Швеції, а в 1914 р. переїхав до США.

Опишемо структуру Галицького намісництва.

Галицьке намісництво поділялося на департаменти, кількість яких протягом другої половини XIX ст. коливалася від 8 до 17. На початку XX ст. їх кількість зросла і в 1908 р. воно налічувало 24, в 1910 р. – 25, а в 1912 р. – 37 департаментів [6, с.12]. При галицькому намісництві існувало чимало інших установ, які були йому безпосередньо підлеглі і через які воно впроваджувало в життя як закони і розпорядження центральних органів державної влади і управління, так і свої директиви. До них належали: командування жандармерії, крайова шкільна рада, крайова фінансова дирекція, крайова комісія у справі стягнення податків від продажу спиртних напоїв, дисциплінарна комісія, крайова рада охорони здоров'я, крайова аграрна комісія та ін. При губернському правлінні, а згодом – намісництві існувала дирекція допоміжних установ, яка щоразу змінювала свою назву. В коло діяльності дирекції входили: 1) організація і контроль над діяльністю канцелярій при департаментах; 2) реєстрація вхідних і вихідних документів (ведення так званого подавчого протоколу); 3) ведення архіву намісництва; 4) прийом на роботу службовців канцелярії всіх департаментів; 5) адміністративно-господарські питання.

У роки Першої світової війни з метою відбудови зруйнованого народного господарства розпорядженням Галицького намісництва від 25 травня 1916 р. був створений як його складова частина Крайовий центр для господарської відбудови Галичини, а для працевлаштування інвалідів і допомоги дітям, батьки яких загинули на фронті, – Крайова комісія опіки над інвалідами [7, спр. 4246, арк 138-139]. Для допомоги Центру створено дорадчий орган – Прибічну раду для господарської відбудови Галичини. Вона складалася з 38 членів, з яких 6 призначав крайовий комітет (виконавчий орган крайового сейму), а решту, 32 члени – намісник. Прибічна рада поділялася на три секції: 1) відбудови зруйнованих сіл і міст, 2) відбудови сільського і міського господарства, 3) відбудови ремесла, промисловості та торгівлі. За потребою для допомоги секціям могли створюватися повітові прибічні ради. Розпорядженням намісника Гуйна від 14 квітня 1917 р. було реорганізовано Крайове господарське управління і поділено його на три відділи. До першого відділу відносилися організація постачання населення продуктами харчування, регулювання і встановлення максимальних цін та боротьба з спекуляцією. Другий відділ відав справами обороту і споживання хліба та виробів з борошна. Третій відділ здійснював контроль за належним виконанням усіх постанов і розпоряджень, що стосувалися двох попередніх відділів [7, спр. 4401, арк.2].

Галицьке намісництво видавало три урядові газети: "Народний часопис" (українською мовою), "Gazeta Lwowska" (польською мовою), "Lemberger Zeitung" (німецькою мовою).

До компетенції Галицького намісництва входило підтримання встановленого правопорядку, поліцейського нагляду, питання освіти, релігійних культів, торгівлі, промисловості, сільського господарства, будівництва.

Закон 1868 р. уточняв, що до компетенції намісництва належать усі ті справи, які у вищій інстанції входять у коло діяльності міністерства внутрішніх справ, освіти, землеробства і частково – міністерства крайової оборони. Не підлягали наміснику справи спільних для Австро-Угорської монархії міністерств (військового, закордонних справ і фінансів), а з австрійських міністерств – фінансові, торгові і

судові справи. Однак окремими постановами був визначений "вплив" намісника на справи, що входили у відання міністерств фінансів і торгівлі, отже, формально з його діяльності були вилучені лише справи міністерства юстиції.

Намісникові підлягали поліція, крайові, повітові, міські і сільські органи управління. За вказівками намісника, їхнє головне завдання зводилося до придушення навіть найменшого невдоволення австрійським пануванням. Прикладом може бути таємне розпорядження намісника А. Потоцького від 27 листопада 1903 р., яким він зобов'язав усіх повітових старостів і начальників управління поліції у Львові і Кракові негайно повідомляти про участь шкільної молоді в політичних демонстраціях [7, спр.2776, арк.8]. Іншим розпорядженням від 28 квітня 1904 р. він зобов'язав повітових старостів Східної Галичини і начальника управління поліції у Львові телеграфом повідомляти намісництво про всі події в повітах, які можуть мати політичне значення, а також про вжиті заходи [7, спр. 2839, арк. 2].

Влада намісника поширювалася на всю територію краю. Проте іноді деяким повітовим старостам доручалося здійснювати нагляд за сусідніми повітами. Так, за розпорядженням міністра внутрішніх справ від 19 жовтня 1868 р., старостами семи галицьких повітів (Золочівський, Краківський, Перемишльський, Самбірський, Станіславський, Тарновський і Тернопільський) були призначені радники намісництва, і їм підлягали групи повітів, у яких вони від імені намісника вирішували самостійно найважливіші справи [8, спр. 4483, арк. 191]. Територія Галичини поділялась тоді на 74 повіти, з часом їхня кількість збільшилася до 82.

У намісництві, як і в усьому апараті управління Східної Галичини, працювали майже винятково представники панівної польської національності, які вороже ставилися до українців, і, використовуючи своє службове становище, на кожному кроці обмежували права та інтереси українського населення краю. Ще в 1869 р. австрійський уряд запровадив польську мову в управлінні, але польські шовіністичні кола вимагали колонізації всіх сторін життя у Східній Галичині. Австрійський уряд спирався на польську аристократію, яка не тільки відігравала керівну роль в Галичині, але всіляко підтримувала його реакційну політику. "Галичина лише формально залишилася австрійською провінцією з австрійською конституцією, австрійськими законами, австрійським правосуддям і адміністрацією, а насправді все управління краєм, здійснення правосуддя і представництво краю перейшли до рук шляхтичів (польських – *В.К.*), які, обійшовши конституційні закони, запровадили в Галичині порядки терору, хабарництва і прямого насильства" [9, с.889-890].

Депутат С. Дністрянський в грудні 1912 р. з трибуни австрійського парламенту підкреслював, що "у Галицькому намісництві, як і в повітових старостах Галичини, українських службовців майже немає, а ті, які, як виняток, там і є, мусять відректися від свого патріотизму і всі сили віддати на послуги польської політики проти українців... Становище українців у Галичині є прямо безвихідне ... Польські чиновники знають з досвіду, що за всі беззаконня на шкоду українців вони не тільки не будуть покарані, а, навпаки, за це чекає їх ще похвала" [10, с.3333].

Галицьке намісництво та всі установи при ньому ретельно захищали інтереси австрійського уряду і польських магнатів у Галичині, проводили цілеспрямовану шовіністичну політику. Галицьке намісництво, як і весь апарат колоніального управління Галичиною, припинило свою діяльність в жовтні 1918 р. в зв'язку з розпадом багатонаціональної Австро-Угорщини.

1. Chtedowski K. Pamietniki.. – Krakow, 1957. – T. 1
2. Reichs-Gesetz Blatt fur das Kaisertum Osterreich. – Jahrgang, 1868.
3. Веселовський Я., Лозинський М. Як судили Мирослава Січинського. – Львів, 1910.
4. Zielinski Z. Die Ermordung des Staathalters Grafen Andreas Potocki. Materialien zur Beurteilung des ukrainischen. Terrorismus in Galizien. – Wien: Leipzig, 1908.
5. Михайлів М. Новий "Projekt na zniszczenie Rusi" або як польські гнобителі збираються знищити українсько-руський народ. – Львів, 1909.
6. Bobrzynski M. Z moich pamietnikow. – Wroclaw; Krakow, 1957.
7. Львівський обласний державний архів. – Ф. 350. – Оп.1.
8. Центральний державний історичний архів у Львові. – Ф. 146. – Оп.4.
9. "Przelom" (tygodnik polityczny i literacki). 1895, 7 grudnia.
10. Stenographische Protokolle uber die Sitzungen des Hauses der Abgeordneten des osterreichischen Reichsrates in den Jahren 1907-1908. XVIII Session. – V Bd.

VICEGERENCY OF GALYCHYNA: STRUCTURE AND ACTIVITY

V. Kulchytskij, L. Prystash

*Ivan Franko National University of Lviv,
Universytetska Str. 1, UA-79000 Lviv, Ukraine.*

In the middle of XIX century the position of Vicegerent was established in order to govern Galychyna. Vicegerent was appointed by the emperor of Austria commonly from outstanding polish magnates and had large powers. The structure and the activity of Galychyna region ruled by Vicegerent are elucidated in the article.

Key words: Vicegerency, Galychyna.

Стаття надійшла до редколегії 25.03.2003
Підписана до друку 30.10.2003

**ДЕРЖАВНО-ПРАВОВИЙ РОЗВИТОК КАНАДИ
В XVII – 60-х роках XIX ст.
(стан розробки проблеми та огляд літератури)**

В. Качур

*Львівський національний університет імені Івана Франка,
вул. Університетська, 1, 79000 Львів, Україна
e-mail: vkachur@yahoo.com; romanl@law.franko.lviv.ua*

У статті розкривається стан розробки проблеми і зроблено короткий огляд літератури. Критично аналізуються праці як вітчизняних, так і зарубіжних дослідників. Наголошується на необхідності проведення подальших канадознавчих досліджень у державно-правовому напрямі.

Ключові слова: історіографія, Канада, Нова Франція, канадська конфедерація.

Сьогодні Канаду можна віднести до тих високорозвинених країн, які відіграють провідну роль у становленні і розвитку як світових господарських зв'язків, так і міжнародних відносин. Ця країна має унікальний досвід у побудові багатоетнічного та багатокультурного суспільства, прийнятті рішень у різних сферах суспільного життя на підставі партнерських, узгоджених відносин на основі суспільного консенсусу. Вона виділяється сильною регіональною ланкою державного управління і відлагодженими інституційними механізмами врахування різних інтересів під час розробки і прийняття політичних рішень. Канадський досвід є надзвичайно багатогранним і цінним для України, яка перебуває на шляху демократизації державно-політичного життя та входження у світову спільноту. На особливу увагу заслуговує історія держави і права Канади в XVII – 60-х роках XIX ст. Адже саме в цей період колоніального панування був закладений національний, релігійний і правовий дуалізм цієї північноамериканської держави.

Проблема становлення та розвитку державно-правових інститутів Канади у досліджуваний період є предметом вивчення не лише історії держави і права зарубіжних країн, а й інших юридичних (теорія держави і права, конституційне право зарубіжних країн, міжнародне публічне право), філософських (філософія, політологія, соціологія) й історичних (всесвітня історія, етнографія, країнознавство) дисциплін.

Незважаючи на те, що Канада у наукових колах викликає значний інтерес, ступінь наукових розробок про неї є незначним. Праці вчених-юристів України і колишнього СРСР присвячувались переважно характеристиці сучасного політико-державного механізму цієї країни [1-7] або мали лише оглядовий характер і стосувалися вузького кола питань [8-12]. Разом з тим вони не були позбавлені впливу офіційної комуністичної ідеології. В результаті процес становлення і розвитку інститутів держави та права в період французького й англійського колоніального панування у XVII-XIX ст., розробка, прийняття та аналіз деяких законодавчих актів і конституції канадської конфедерації 1867 р. залишилися невисвітленими.

Ознайомити з матеріалами за цією темою, класифікувати їх, відібрати найцікавіші, визначити головні фундаментальні праці, виявити найважливіші результати і накреслити напрями досліджень, які ще не достатньо висвітлені і могли б стати темою майбутніх розробок, є метою статті.

Враховуючи те, що в історико-правовій науці не було спеціального дослідження з історії держави і права Канади, не можна оминати розгляд праць, присвячених змісту французької та англійської колоніальної політики, характеристиці соціально-економічного розвитку цієї колонії, проблемам заселення та еміграції, політичної історії тощо.

Початок державно-правовій історії Канади поклала колоніальна експансія Нового Світу європейськими державами. Вітчизняний дослідник В.М. Калашников вказує, що найвизначніші представники зарубіжної історичної науки, які вивчали історію колоніальної експансії європейських держав у Північній Америці, зокрема і в Канаді, змушені були прямо або опосередковано висвітлювати питання, що розкривали їхнє ставлення до цього процесу: 1) економічні, політичні і соціальні корені європейської колонізації Північної Америки; 2) класовий склад учасників колоніальної експансії; 3) економіка і соціальна структура європейських колоній у Новому Світі, яка зумовила особливості колоніального режиму в них, і відносини цих колоній з аборигенами; 4) причини, характер, рушійні сили визвольної боротьби індіанських племен проти поневолювачів; 5) причини, хід та історичні наслідки боротьби колоніальних держав за гегемонію у Північній Америці [13, с.5]. Відтак зарубіжна історіографія виділяла такі чотири фігури в історії європейської колоніальної експансії на північноамериканському континенті в XVI-XVIII ст.: першовідкривачі, колоніальні адміністратори (губернатори та інтенданти), скупники хутра (так звані "лісові бродяги"), місіонери [13, с.51].

У зв'язку з цим значний інтерес викликають історичні праці Д.Ж. Бейклесса [14], І.П. Магідовича [15], Г. Рейналя [16], А.С. Самойло [17], Л.Ю. Сльозкіна [18; 19], Є.В. Тарле [20], У.З. Фостера [21], П.П. Черкасова [22], М.М. Ябрової [23], присвячені аналізу колоніальних захоплень на Американському континенті. Вони змальовують загальну картину цього процесу і дають можливість показати його специфіку на теренах Канади, яка зазнала впливу як з боку Франції, так і з боку Англії.

Зауважимо, на території майбутньої Канади в XVI ст. проживало й аборигенне населення. Близько 250 тис. індіанців складали понад 50 племен, які перебували на стадії розвинутого неоліту і утворювали декілька культурно-господарських типів [24; 25]. На півночі материка жило 22,5 тис. ескімосів [26].

Крім того, близько 1000 р. були зроблені спроби колонізації цієї території норманами. Відомості про норманську колонізацію можна почерпнути з праць В.І Гуляєва [27], М.А. Когана [28], Дж. М. Бамстеда [29], а також колективної праці Дж. С. Мойра і Р.І. Саундерса [30].

Початок французькій колоніальній експансії Північної Америки поклали подорожі Ж. Картьє, які він здійснив у 30-40-х роках XVI ст. Відомості про цього мореплавця і його діяльність знаходимо в статтях В.О. Коленеко [31] і Л.В. Кошелева [32], а також у загальноісторичних дослідженнях канадських авторів [29, с.32-39; 33, с.21-25]. Однак перше постійне поселення французів на території Канади виникло лише на початку XVII ст. і було пов'язане з іменем Самуеля де Шамплена. Про першого генерал-губернатора Нової Франції і його адміністративну діяльність дізнаємося зі статті Л.В. Кошелева [34] та біографічної праці М. Бішопа [35].

Дослідження історії Канади на етапі французького колоніального панування або історії Нової Франції має давню традицію. З небагатьох історіографічних праць на особливу увагу заслуговує спеціальна праця В.О. Коленеко [36], в якій автор виділяє три періоди розвитку канадської історіографії та коротко характеризує головні

напрями цієї проблематики в ній. З середини XIX ст. там панували різні течії від католицької, консервативної, роялістської, французької імперської шкіл і "школи Паркмена" до ліберального, дрібнобуржуазно-демократичного і неоліберального на сучасному етапі [36, с.44]. Для всіх них було характерним те, що канадські дослідники використовували однозначні схеми та концепції, які тлумачили Нову Францію лише як феодальний придаток метрополії або проголошували Канаду "релігійною колонією". В.О. Колєнєко також вказав на існування окремих франкоканадської та англоканадської історіографії. Варто згадати й історіографічну працю В.М. Калашникова, в якій автор детально проаналізував джерела з нової історії Канади в XVII – 60-х роках XVIII ст., зокрема архівні матеріали, нормативну базу, спеціальну літературу [37].

Характеризуючи систему колоніального управління Канади у період монополії французьких торговельних компаній в XVII – 1663 р., не можна оминати праці Дж.Р. Кнехта [38], М. Трюделя [39], Х. Харріса [40] і В.М. Калашникова [41]. Особливої уваги варте дослідження Дж.Р. Кнехта, яке, хоча висвітлює життєвий шлях і кар'єру кардинала Рішельє, однак дає детальну характеристику Компанії 100 пайовиків, яка мала помітний вплив на розвиток Нової Франції.

Першою "ластівкою" у вітчизняній історичній науці є монографія В.М. Калашникова, присвячена аналізу інститутів держави і права у північноамериканських колоніях європейських держав в XVII-XVIII ст. У ній дослідник виділив три етапи цього процесу, що стосувалися усіх колоній в Північній Америці. Проте, в роботі більше уваги приділено колоніальному періоду історії Сполучених Штатів, аніж Канади.

Деякі відомості про колоніальні органи Нової Франції у цей період можна почерпнути із статті К.Б. Марисюка, де показано процес створення перших прообразів вищих представницьких органів на території сучасної Канади [42].

Для дослідження державно-правових інститутів Нової Франції в період королівського управління суттєво допоможуть праці Л. Бержерона [43], Г. Брауна [44], Е. Генена [45], І. Макінніса [33], Ч. Лукаса [46], С.Б. Райерсона [47], Г. Фрего [48], Т. Шапе [49]. Привертає увагу дослідження Е. Генена, присвячене висвітленню соціально-економічного й політичного розвитку Нової Франції саме після проголошення її королівською провінцією в 1663 р.

Багато суперечок породжує питання про природу сеньйоріального устрою, який був транспортований з абсолютистської Франції на терени Канади і проіснував там понад 200 років. Детальний аналіз досліджень канадських авторів з цієї проблеми провів В.О. Тішков [50]. Виділимо лише дослідження радянських істориків Б.Н. Комісарова і А.А. Петрової, які зробили досить вдалу спробу з'ясувати природу та особливості феодалізму, перенесеного в колоніальну Америку з Європи [51].

Щодо взаємовідносин французьких поселенців з аборигенним населенням, то вони були предметом дослідження головню В.М. Калашникова [52]. У своїх працях він зазначає, що саме для Нової Франції характерно те, що там не було жодного помітного повстання індіанців. Французькі колонізатори, зацікавлені у нееквівалентній хутряній торгівлі з аборигенами, намагалися не загострювати з ними відносин земельними захопленнями [13, с.54]. Однак це зовсім не означало, що індіанців допускають до управління чи здійснення будь-якої іншої громадської діяльності.

Одним з питань історіографії колоніального періоду Канади є проблема завоювання Нової Франції Англією в 1760 р. Серед праць, присвячених висвітленню причин, ходу та наслідків завоювання, відзначаються праці І.В. Архенгольца [53], В.Л. Дорна [54], Н.А. Єрофєєва [55], А.Ю. Зубкова [56], Г.М. Ронга [57], Р.Дж. Твайса [58], а також вітчизняного дослідника С.В. Беложка [59]. На підставі їхнього аналізу виділимо такі корені конфлікту у Північній Америці: 1) економічний (хутрова торгівля); 2) відсутність взаємних торговельних відносин між англійськими і французькими поселенцями; 3) Нова Франція була перешкодою у територіальних захопленнях для Нової Англії; 4) боротьба Англії за абсолютну гегемонію на цьому материкау.

Головними причинами капітуляції французької північноамериканської колонії згадані автори називають: 1) нечисленність населення Нової Франції порівняно з англійськими колоніями; 2) галузева обмеженість та слабкість економіки французького володіння, значна увага в якій приділялася лише хутряній торгівлі; 3) відсутність постійного військового контингенту, внаслідок чого невідповідність Нової Франції до тривалих військових дій; 4) незацікавленість французької метрополії в тому, щоб зберегти свою колонію у своєму віданні; 5) інфляція, корупція і зловживання верхівки колоніальної адміністрації, так званої кліки *La Grande Société* на чолі з губернатором Біго.

Незважаючи на те, що Паризький мирний договір 1763 р. зафіксував лише поразку Франції і створення англійської колоніальної імперії та проголосив Англію повновладною владичицею на морях, а Францію позбавив можливості надалі проводити дослідження нових територій на північноамериканському континенті, є чимало дослідників, які стверджують, що завоювання Канади Англією породило нову проблему в Північній Америці – франкоканадське національне питання [60; 61; 62; 63]. Серед досліджень, присвячених аналізу квебекського фактора, мають велике значення спеціальні монографії С. Арнопоулоса [64], Л. Бержерона [43], М. Брюне [65], Р. Марселя [66], Г. Сміта [67], М. Уейда [68], а також праці вітчизняного вченого В.Б. Євтуха [69-71]. Так С. Арнопоулос не лише узагальнив різні напрями тлумачення природи франкоканадської проблеми, а й вказав, що її коренями були економічні, соціальні, мовні та корпоративні відмінності між англо – і франкоканадцами [64].

Серед праць, які висвітлюють питання, пов'язані з процесом утвердження англійського колоніального режиму в Канаді та його впливом на функціонування державно-правових інститутів в останній чверті XVIII ст., вирізняються фундаментальні дослідження Дж. Бамстеда [72] і В.О. Тішкова [73], які, хоч і не присвячені безпосередньо цьому періоду, однак зачіпають характеристику державно-правового розвитку Канади в цей час.

Суттєво допоможуть у дослідженні особливостей державно-правової історії Канади першої половини XIX ст. та змісту партійної боротьби в 50-х – середині 60-х років XIX ст. праці Ф. Квеліта [74], С.Д. Кларка [75], Дж. Мойра і Р. Саундерса [30], С.Б. Райерсона [76], В.О. Тішкова [73]. Так Ф. Квеліт детально проаналізував соціально-політичну історію Нижньої Канади в 1791-1840 рр. Зокрема, він розкрив суть відносин між різними політичними рухами, досліджував економічні і демографічні проблеми, простежував соціально-етнічні зміни. Аналіз переписів населення 1831 і 1842 рр. забезпечив достатньо точну оцінку рівноваги між соціальними й етнічними групами. Не оминув автор і розгляду подій 1837-1838 рр. у французькій частині Канади.

Не менш цінною є монографія радянського історика В.О. Тішкова, присвячена таким ключовим питанням історичного розвитку цієї країни в період англійського колоніального панування, як: передумови, головні етапи, рушійні сили, форми і характер канадського визвольного руху, розкриття природи франкоканадського національного питання. На підставі використаних архівних та інших джерел автор показав особливості збройного повстання 1837-1838 рр. у Нижній і Верхній Канаді.

В історіографії Канади вагоме місце відводиться місії лорда Дарема і його "Доповіді про стан справ у Британській Північній Америці. 1839". В історико-правовій літературі відомі різні оцінки цього документа. Оскільки після повернення до Англії і оголошення своєї доповіді лорд Дарем помер, тому його звіт розглядався як передсмертний заповіт. Англоканадські історики переважно розглядають його як геніальне творіння, яке є "трикутним каменем сучасної Британської Співдружності Націй" [77] або як "одну з небагатьох подій світової історії, про яку можна сказати, що це початок чогось нового під сонцем" [78].

Щодо франкоканадських дослідників, то вони критикують цей документ. Так Л. Бержерон вважає, що перша рекомендація створити союз обох Канад презентувала "вирішення" франкоканадської проблеми. Таке політичне об'єднання Верхньої і Нижньої Канади передбачало створення однієї великої провінції з єдиною асамблеєю, одним губернатором і однією виконавчою владою, франкоканадці мали бути меншістю, а тому, природно, повинні були асимілюватися. Друга рекомендація передбачала надати виборній асамблеї контроль над бюджетом і владу над виконавчою владою й самим губернатором. Перша повинна була задовольнити торі Верхньої і Нижньої Канади, які вже не бажали непокоїтися з приводу франкоканадського націоналізму і сепаратизму, а друга – реформістів Верхньої Канади, які передбачали зосередити в своїх руках увесь адміністративний контроль над колонією. Щодо патріотів, справжніх франкоканадців, то ці рекомендації були смертельним попередженням. Дарем був імперіалістом, расистом і лібералом. Його імпералізм виявився в тому, що висловлені ним пропозиції служили інтересам метрополії: позбутися франкоканадців і надати англійським колоністам право брати участь у процесі зміцнення зв'язків з імперією; його расизм полягав у тому, що він наголошував на необхідності асимілювати франкоканадців; а лібералом він був тому, що виступав за відповідальний уряд лише англійських колоністів [43].

В.О. Тішков у своїй статті, вважаючи цю доповідь важливим джерелом з історії Канади періоду англійського колоніального панування, піддав гострій критиці його головні положення з погляду економічного фактора та врахування ролі широких народних мас [79].

Простежити хід боротьби між різними політичними угрупованнями наприкінці 40-х років XIX ст., яка зумовила не лише виникнення першого відповідального перед парламентом канадського уряду, а й заклала основи майбутньої двопартійної політичної системи цієї північноамериканської країни, можна в працях канадських істориків І. Макінніса [33], К. Макнаутта [80], Дж. Мойра і Р. Сандерса [30] й ін. Свій внесок у дослідження цього процесу внесли біографічні твори Дж. Кейлісса [81], Д. Крейгтона [82; 83; 84], Дж. Поупа [85], П. Рода [86], О. Склтона [87], В. Янга [88], присвячені висвітленню діяльності Дж. Брауна, Дж.А. Макдональда, Ж.-Е. Картьє, А.Т. Голта.

Цікавим і остаточно недослідженим є період створення канадської конфедерації в 1864-1867 рр. Якщо більш-менш детальні відомості про конференції 1864 р. в м.Шарлоттауні і м.Квебеку можна почерпнути з праць як канадських істориків [30,

с.251-267; 33, с.279-285], так і вчених-правників [89], то про конференцію у Лондоні, яка відбулася у Вестмінстерському палаці в 1866 р. знаходимо лише уривчасті відомості у дослідженні Д. Крейгтона [82].

Не висвітленим у вітчизняній історико-правовій науці є питання про те, чому "батьки конфедерації" обрали саме федерацію як єдино прийнятну форму майбутнього канадського союзу. На підставі фрагментарних даних праць В.Ш. Агамоглонова [60, с.35-36], Н.Ю. Козлової [90], С.Б. Райерсона [91] і Р. Ван Луна і М.С. Вітінгтона [92] ми зробили спробу відповісти на це питання [93].

Важливу роль для правильної оцінки тенденцій історичного розвитку канадської держави відіграло поступове поглиблення аналізу процесів, що відбувалися у межах канадської федерації. Введення в науковий обіг фактичного й аналітичного матеріалу дало змогу ширше трактувати правову природу та еволюцію федеративної держави в Канаді. Цими проблемами, крім канадських авторів, займаються і російські дослідники. Серед них виділяються В.С. Ажаєва [94], К.Ю. Барановський [95], А.А. Мелкумов [96], Т.М. Тімашова [97], В.Є. Шило [98; 99].

В історико-правовій науці висловлюються різні оцінки Акта про Британську Північну Америку 1867 р., який став першим писаним документом канадської конституції, а також тривають нескінченні дебати з приводу його юридичної природи. Чи є цей Акт 1867 р., згідно з договірною теорією результатом певного договору між провінціями, виробленого в ході переговорів на міжпровінційних конференціях у Шарлоттауні, Квебеку і Лондоні? Чи не був він якимось урочистим пактом між франкомовною і англomовною "культурними" групами? А може, це звичайний законодавчий акт імперського парламенту або договір-закон, який створив новий соціальний і політичний інститут у Північній Америці [91, с.312-314]? А укладачі збірника конституцій головних зарубіжних країн наголошують, що в Акті про Британську Північну Америку 1867 р. "були досить суттєві прогалини, щоб його можна було охарактеризувати як повноцінну конституцію" [100, с.309].

Відомі також дослідники, які вказують, що канадська конституція була написана "розчерком залізниці": "Канада, напевне, єдина у світі країна з конституцією, написаною за допомогою двох магістралей залізниці. Міжколоніальна дорога була побудована частково для оборони, частково як принада, щоб змусити приморські провінції вступити до конфедерації, частково для того, щоб застрахуватися проти загрози скасування привілеїв стосовно використання портів США з тим, щоб забезпечити центральну Канаду залізничним зв'язком із зимовими портами... Канадська тихоокеанська залізниця була найсуттєвішою частиною угоди, яка привела Британську Колумбію в домініон" [101, с.170].

І. Звавич вважає, що Акт 1867 р. є лише конституційним оформленням раніше існуючої практики у взаємовідносинах між метрополією та домініоном, і, що було для того часу значно важливіше, встановив постійні юридичні взаємозв'язки між союзом та окремими провінціями, а також являє собою компроміс між вимогами єдності британських володінь у Північній Америці, які виходили від більшості британських колоністів, і намаганням Англії забезпечити підкорення франко-канадської меншості (Квебека) [102, с.130].

Дослідження історії становлення та розвитку державно-правових інститутів Канади є неможливим без аналізу законодавчих актів, які становлять головну частину джерельної бази дослідження цієї проблеми. Тексти базових законодавчих актів, таких як Прокламація 1763 р., Квебекський акт 1774 р., Конституційний акт 1791 р., Акт про союз 1840 р., "Сімдесят дві резолюції" 1864 р., які часто відносять до

конституційних законів Канади, а інколи називають складовими канадської конституції [103, с.303], знаходимо в опублікованих збірниках офіційних документів.

Серед них заслуговують на особливу увагу тритомне зібрання документів, присвячених конституційній історії Канади періоду англійського колоніального панування [126], а також два томи із серії "Канадські історичні документи". Перший з них присвячений французькому колоніальному режиму [127], а другий – англійському періоду до утворення канадської конфедерації [128]. Крім того, дві останні праці вміщують у собі витяги з інструкцій губернаторам і посилянь губернаторів у Лондон, листування і особисті папери лідерів визвольного руху, документів, які відображають діяльність реформаторів у колонії, та ін. Повний текст Акта про Британську Північну Америку 1867 р. знаходимо як у російських джерелах [129-132], так і в іншій зарубіжній літературі [133].

Під час вивчення історії державно-правового розвитку Канади особливо в період визвольної боротьби в середині XIX ст. важливим джерелом є преса. Передусім це такі газети, як "Globe", "Colonial Advocate", "Constitution". Відтак значний інтерес викликає дослідження П. Уайта, який зробив спробу простежити процес утворення канадської конфедерації у площині тогочасних газетних публікацій [134]. Автор вважав, що історія Британської Північної Америки періоду утворення конфедерації відображена "не лише в посланнях губернаторів до метрополії, в дебатах колоніальної законодавчої влади, в листах громадських діячів", а й в газетних публікаціях. Адже політику неможливо відокремити від політичного коментаря, політика – від газети [134]. Водночас П. Уайт вказує на необхідність обережно використовувати дані періодики, які "можна було купити і продати" [134].

Загалом досліджувана тема не знайшла всебічної і глибокої розробки ні у вітчизняній, ні в іноземній літературі. Дослідження проводилися по таких головних напрямках: загальна історія Канади (Дж. Бамстед, Л. Бержерон, В. Генен, Л.В. Кошелев, Е. Макінніс, С.Б. Райерсон, О.С. Сороко-Цюпа, В.О. Тішков й інші); еволюція і правова природа канадського федералізму (А.А. Мелкумов, Т.Н.Тімашова, Р. Ван Лун, М. Вітінгтон та ін.); квебекська проблема (В.Ш. Агамогланов, С. Арнопулос, Р. Марсель і ін.); канадо-американські відносини (А.Г. Мілейковський), історико-правові аспекти виникнення, функціонування і розвитку канадського парламенту (С.А. Корф, К.Б. Марисюк), еміграційні та національні процеси (М.Я. Берзіна, В.Б. Євтух) та соціально-правове становище корінного населення країни (Ю.П.Аверкієва, Л.А. Фрайнберг). Це дає підстави стверджувати, що як об'єкт наукового аналізу державно-правовий напрям історії Канади є сприятливим ґрунтом для подальших канадознавчих досліджень.

-
1. Александров Ю. Парламент Канады: организация, структура // Советское государство и право. – 1976. – №3. – С.106-109.
 2. Данилов С.Ю. Двухпартийная система Канады: тенденции развития. – М.: Наука, 1982.
 3. Данилов С.Ю., Шилов В.Е. Политико-государственный механизм современной Канады. – М.: Наука, 1991.
 4. Качанов В.А. Федерализм в Канаде // Современный буржуазный федерализм. – М., 1978. – С.88-129.

5. Козлова Н.Ю. Некоторые особенности формирования и развития института исполнительной власти (кабинета министров) в Канаде в 1867-1967 гг. // Историко-правовые исследования: проблемы и перспективы. – М., 1982. – С.81-88.
6. Кочегарова Н.И. Великобритания и новая канадская конституция // Великобритания, Франция, США в международных отношениях нового и новейшего времени. – М.: МГПИ им. В.И. Ленина, 1986. – С.84-105.
7. Лидин А. Государственный строй Канады. – М.: Гос. изд-во юрид. лит-ры, 1960.
8. Австралия и Канада. – М.: Мысль, 1984/
9. Канада на пороге 80-х годов. Экономика и политика. – М.: Наука, 1979
10. Канада: взгляд из России. – М.: Анкил, 2002/
11. Коненко С. Між минулим і майбутнім. До 125-річчя канадської конфедерації // Політика і час. – 1982. – №6/
12. Шляфер Л.Г. Канада: география, экономика, право. – М.: Московский изд. дом, 1999.
13. Калашников В.М. Буржуазные фальсификации истории европейской колониальной экспансии в Северной Америке в XVI – XVII веках. Учебное пособие. – Днепропетровск: ДГУ, 1984.
14. Бейклесс Д.Ж. Америка глазами первооткрывателей. – М., 1969.
15. Магидович И.П. История открытия и исследования Северной Америки. – М., 1962.
16. Рейналь Г. Философская и политическая история о завещаниях и коммерции европейцев в обеих Индиях: Т.1. – С-Пб., 1805-1811. – Т.6.
17. Самойло А.С. Английские колонии в Северной Америке в XVII в. Начальный период истории США. – М.: Изд-во Акад. наук СССР, 1963.
18. Слезкин Л.Ю. Земля Святого Креста: открытие и завоевание Бразилии. – М., 1970.
19. Слезкин Л.Ю. У истоков американской истории: Виргиния. Новый плимут, 1606-1642. – М.: Наука, 1978.
20. Тарле Е.В. Очерки истории колониальной политики западноевропейских государств (конец XV – начало XIX в.). – М.; Л., 1965.
21. Фостер У.З. Очерк политической истории Америки. – М.: Изд-во иностр. лит-ры, 1953.
22. Черкасов П.П. Судьба империи. Очерки колониальной экспансии Франции в XVI – XX вв. – М., 1983.
23. Яброва М.М. Великие географические открытия и начало колониальных захватов. – Саратов: Изд-во Сарат. ун-та, 1987.
24. Аверкиева Ю.П. Индейцы Северной Америки. От родового общества к классовому. – М.: Наука, 1974.
25. Морган Л.Г. Древнее Общество. – Л., 1935.
26. Файнберг Л.Я. Охотники Американского Севера: индейцы и эскимосы. – М.: Наука, 1991.
27. Гуляев В.И. Доколумбовы плаванья в Америку: мифы и реальность. – М.: Международные отношения, 1991.
28. Коган М.А. Знал ли Колумб о плаваньях викингов в Новый свет? // XXX Герценовские чтения. Ист. Науки. Научные доклады. – Л.: Ленингр. гос. пед. ин-т, 1977.
29. Bumsted J.M. The Peoples of Canada: A Pre-Confederation History. – Toronto, 1992.
30. Moir J.S., Saunders R.E. Northern Destiny: A History of Canada. –Toronto: Dent, 1970.
31. Коленеко В.А. Путешествия Жака Картье (из истории открытия Канады) // Американский ежегодник, 1982. – М.: Наука, 1982. – С.272-294.
32. Кошелев Л.В. Капитан Жак Картье // Вопросы истории. – 1969. – №2. – С.214-216.
33. McInnis E. Canada: A Political and Social History. – Toronto; Montreal, 1969.

34. Кошелев Л.В. Самуэль де Шамплейн // Новая и новейшая история. – 1979. – №9. – С.212-215.
35. Bishop M. Champlain: The Life of Fortitude. – Toronto: McClelland&Stewart, 1963.
36. Коленеко В.А. Канада в период французского колониального господства // Проблемы историографии Канады. – М.: Наука, 1981. – С.14-45.
37. Калашников В.М. Источники по новой истории США и Канады (XVII в. – 60-е гг. XVIII в.): Учебное пособие. – Днепропетровск, 1984.
38. Кнехт Р.Дж. Ришелье / Пер. с англ. и вступ. ст. А. Егорова. – Ростов-на-Дону: Феникс, 1997.
39. Trudel M. Histoire de la Nouvelle-France. – Montreal, 1963.
40. Harrise H. Notes pour servir a l'histoire, a la bibliographie et a la cartographie de la Nouvelle – France et des pays adjacients. 1500-1700. – Paris, 1872.
41. Калашников В.М. Еволюція інститутів держави і права у північноамериканських колоніях європейських країн (XVII – XVIII сторіччя). – Дніпропетровськ: Наука і освіта, 1999.
42. Марисюк К.Б. Створення перших прообразів вищих державних представницьких органів на території нинішньої Канади // Вісник Львівського ун-ту. Серія юридична. – 2001. – №36. – С.146-150.
43. Bergeron L. The History of Quebec: The Patriote's Handbook. – Toronto: NC Press, 1975.
44. Brown G.W. Building the Canadian Nation. – Toronto; Vancouver, 1952.
45. Генен Е. Новая Франция. – М.: Тип. Поплавского, 1901.
46. Lucas Ch. A Historical Geography of the British Dominions. Vol. V. Canada. Part I. The History from discoveries to 1763. – Oxford, 1923.
47. Райерсон С.Б. Основание Канады. Канада с древнейших времен до 1815 г. – М/, 1963.
48. Fregault G. Histoire de la Nouvelle France. – Montreal, 1975. – Vol.9. – P.8, 31, 36, 51.
49. Chapais T. Jean Talon, intendant de la Nouvelle France (1655-1672). – Quebec, 1904.
50. Тишков В.А. Вопрос о характере и кризисе сеньориального строя // Проблемы историографии Канады. – М.: Наука, 1981. – С.56-66.
51. Комиссаров Б.Н., Петрова А.А. Проблемы истории колониальной Америки. Курс лекций / ЛГУ. – Л.: Изд-во Ленингр. ун-та, 1991.
52. Калашников В.М. Антиколониальная борьба индейцев Северной Америки в XVII-XVIII веках. – Днепропетровск: Изд-во Днепропетр. ун-та, 1991.
53. Архенгольц И.В. История семилетней войны / Пер. с нем. – М.: ООО "Издательство АСТ", 2001.
54. Dorn W.L. Compaction for Empire. 1740-1763. – N-Y., 1940.
55. Ерофеев Н.А. Империя создавалась так... Английский колониализм в XVIII веке. – М.: Наука, 1964.
56. Зубков А.Ю. Англо-французское соперничество в Северной Америке в 1754-1756 гг. // Вопросы истории. – 1981. – №7. – С.170-173.
57. Wrong G.M. The Conquest of New France. A Chronicle of the Colonial Wars. – New Hawen, 1921.
58. Thwaites R.G. France in America. 1497-1763. – London, 1905.
59. Беложко С.В. Англо-французское колониальное соперничество и семилетняя война в Северной Америке: Автореф дис.... на соиск. канд. истор. наук. – Днепропетровск, 1992.
60. Агамогланов В.Ш. Обострение национального вопроса в условиях общего кризиса капитализма (на примере Канады) / Под ред. В.В. Вахрушева. – М., 1976.
61. Сороко-Цюпа О.С. Из истории франко-канадского национального вопроса // Национальные проблемы Канады / Отв. ред. Ю.П. Аверкиева. – М., 1972. – С.85-90/

62. Тишков В.А. К истории возникновения франкоканадского национального вопроса // Вопросы истории. – 1974. – №1. – С.76-79.
63. Kruczkowski M. Zmierza dokad Quebec? – W.: KAW, 1979.
64. Arnopoulos S.M. The English Fact in Quebec. – Kingston; Montreal: McGill-Queen's Un-ty Press, 1984.
65. Brunet M. La Conquete anglaise et la decheance de la bourgeoisie canadienne, 1760-1793 // Amerique francaise XII, 2. – June. – 1955. – P.27-29.
66. Marcel R. Quebec in Question. – Toronto: James Lewis&Samuel, 1971.
67. Smith G. Canada and the Canadian question. – Toronto: Un-ty of Toronto Press, 1971.
68. Wade M. The French Canadians. 1760-1967. – Toronto, 1968.
69. Евтух В.Б. Концепции этносоциального развития США и Канады: типология, традиции, эволюция / АН УССР, Ин-т социал. и экон. проблем заруб. стран. – К.: Наук. думка, 1991.
70. Евтух В.Б. Советская историография национальных отношений в Канаде // Изучение национальных отношений в зарубежных странах. – М.: Наука, 1985. – С.178-195.
71. Евтух В.Б. Современные буржуазные концепции этносоциального развития США и Канады (критический анализ). – К., 1988.
72. Bumsted J.M. French Canada and the Early Decades of British Rule // Canadian Historical Booklet, 1963.
73. Тишков В.А. Освободительное движение в колониальной Канаде. – М.: Наука, 1978.
74. Quellet F. Lower Canada. 1791-1840: Social Change and Nationalism. – Toronto: McClelland and Stewart, 1980.
75. Clark S.D. Moverments of Political Protest in Canada. 1640-1840. – Toronto, 1959.
76. Ryerson S.B. The Uniquel Union Confederation and the Roots of Conflict in the Canadas. 1815-1873. – N.Y., 1968.
77. Canada / Ed. by George Brown. – London, 1950.
78. New C. Lord Durham's missions to Canada. – Toronto, 1963.
79. Тишков В.А. Отчет лорда Дарэма "О состоянии дел в Британской Северной Америке. 1839" как исторический источник / Вопросы новой и новейшей истории. Уч. зап. МГПИ им. В.И.Ленина. – М., 1967. – №284. – С.293-294.
80. McNaught K. The Penguin History of Canada. – London: Penguin Books, 1988.
81. Careless J.S.M. Brown of the Globe. 2 vols. – Toronto, 1959.
82. Creighton D. The 1860s // The Canadians. 1867-1967 / Ed. by J.S.M. Careless; R.C. Brown. – Toronto, 1967. – С.3-36.
83. Creighton D.G. John A. Macdonald. 2 vols. Vol I: The Young Political. – Toronto, 1966
84. Creighton D.G. John A. Macdonald. 2 vols. Vol 2: The Old Chieftain. – Toronto, 1966.
85. Pope J. Coreespodence of Sir John A. Macdonald. – Toronto, 1921.
86. Rod P. The Political Wisdom of Sir John A. Macdonald. – CJPS, 1984.
87. Skelton O.D. The Life and Times of Allexander Tilloch Galt. 2 vols. – Toronto: McClelland&Stewart, 1966.
88. Young B. George-Etienne Cartier: Montreal Bourgeois. – Kingston; Montreal, 1981.
89. Марисюк К.Б. Зародження канадського парламентаризму і створення єдиного парламенту Канади (1840-1876 р.) // Право України. – 1999. – №3. – С.96-98.
90. Козлова Н.Ю. Из истории канадского конституционализма: федерализм и провинция Квебек // Политико-правовые идеи и институты в их историческом развитии. – М., 1980. – С.145-150.
91. Райерсон С.Б. Неравный союз. История Канады. 1815-1873. – М., 1970.
92. Van Loon R.J., Whittington M.S. The Canadian Political System. – Toronto, 1987.
93. Ажаева В.С. Эволюция партийно-политической системы Канады в 90-х гг. // Канада: взгляд из России. – С.67-81.

94. Барановский К.Ю. Квебек в канадской федерации: политические аспекты // Там само. – С.122-145.
95. Мелкумов А.А. Канадский федерализм: теория и практика. – М.: "Экономика", 1998.
96. Тимашова Т.Н. Канадская модель федерализма. – М.: Анкил, 2002.
97. Шилов В.Е. Канадский федерализм и международные отношения. – М.: Наука, 1985.
98. Шилов В.Е. Практика канадского федерализма: достижения и противоречия // Канада: взгляд из России. – С.82-106.
99. Конституции зарубежных государств. – М.: Изд-во БЕК, 1996.
100. Милейковский А.Г. Канада и англо-американские противоречия. – М.: Госполитиздат, 1958. – С.170.
101. Звавич И. Введение // Конституции буржуазных стран. – М.; Л., 1936. – Т.IV. Британская империя, доминионы, Индия, Филиппины. – С.130.
102. Канада // Правовые системы стран мира. Энциклопедический справочник / Отв. ред. – проф. А.Я. Сухарев. – М.: Изд-во НОРМА (Изд. Группа НОРМА-ИНФРА*М), 2000. – С.303.
103. Documents Relating to the Constitutional History of Canada. 1759-1828 / Ed. by A. Shortt, A.G. Doughty, N. Story. – V.1-3. – Ottawa, 1914-1935.
104. Canadian Historical Documents Series. – Vol.I. French Regime / Ed. by Cameron Nish. – Scarborough, 1965.
105. Canadian Historical Documents Series. – Vol.II. Pre-Confederation / Ed. by P.B. Waite. – Scarborough, 1965.
106. Конституционный акт 1867г. // Конституции зарубежных государств. – М.: Изд-во БЕК, 1996. – С.342-398.
107. Constitutional Act, 1867 // Van Loon R.J., Whittington M.S. The Canadian Political System. – Toronto, 1987. – P.637-696.
108. Waite P. Life and Time of Confederation. 1864-1867. – Toronto: UTP, 1963.

**STATE-LEGAL DEVELOPMENT OF CANADA
IN THE XVII – 60S OF THE XIX CENTURIES (STATE OF
PROBLEM ELABORATION AND LITERATURE SURVEY)**

V. Kachur

*Ivan Franko National University of Lviv,
Universytetska Str., 1, UA-79000, Lviv, Ukraine
e-mail: vkachur@yahoo.com, romanl@law.franko.lviv.ua*

The article deals with the state of problem elaboration and a short literature survey. Works of home researchers as well as foreign ones are analysed critically. The necessity for further researches of Canada in the state-legal direction is emphasized.

Key words: historiography, Canada, New France, Canadian confederation.

Стаття надійшла до редколегії 25.02.2003
Підписана до друку 30.10.2003

УЧАСТЬ ПРИСЯЖНИХ ЗАСІДАТЕЛІВ У СУДОВОМУ ПРОЦЕСІ ЗА СУДОВИМИ СТАТУТАМИ 1864 РОКУ

О. Сидорчук

*прокуратура Львівської області
пр. Шевченка, 17-19, 79000, Львів, Україна*

Означені головні глави Статуту кримінального судочинства за судовою реформою 1864 року, що регламентували участь присяжних засідателів у судовому процесі. Викладено та проаналізовано зміст статей щодо провадження справ в окружних судах за їхньою участю. Наведено головні моменти судового процесу, що унеможливлювали упереджене ставлення присяжних.

Ключові слова: присяжні засідателі, участь, суд, процес, провадження.

Демократизація суспільства Української держави, наближення його до європейських стандартів є важливою та багатогранною проблемою. З-поміж багатьох завдань цієї проблеми чільне місце належить реформуванню судово-правової системи. Для її здійснення важливо всебічно дослідити та з'ясувати особливості впливу окремих чинників на ефективність діяльності суду. Передбачений чинними Конституцією України та Законом України "Про судоустрій України" [1] суд присяжних потребує законодавчого закріплення правил їхньої участі в судовому процесі. Обґрунтування змісту цих правил не може бути достатнім без аналізу не лише діяльності аналогічних судів у розвинутих країнах світу, але й власного історичного досвіду, який має Україна.

Історія суду присяжних царської Росії за судовими Статутами 1864 року, що діяв і на території України, досліджена ще недостатньо. Історія суду присяжних в Росії [2] стосується його організації, складу та діяльності за обмежений період (1866-1883). Вона не містить інформації щодо участі присяжних засідателів у судовому процесі, в ній не досліджено їхні обов'язки та права тощо. Ще менш досліджені питання діяльності присяжних засідателів у судах, що функціонували на території України. У монографії П.Ф. Щербини [3] висвітлені лише загальні відомості про цей суд. Питання ж участі присяжних засідателів у судовому процесі не розглядалися.

Мета пропонованої статті – з'ясувати та проаналізувати зміст правил, що регламентували участь присяжних засідателів у судовому процесі.

За Судовими статутами 1864 р., участь присяжних засідателів у судовому процесі регулювалася Статутом кримінального судочинства. Проведення справ в окружних судах регламентувалось десятьма главами: 1) про порядок починання справ в окружних судах; 2) про приготування до суду розпорядженнями; 3) про склад присутності для судового засідання; 4) про управління ходом справ у судовому засіданні; 5) про умови провадження справ у судових засіданнях; 6) про дії, що супроводжують відкриття судового засідання; 7) про порядок провадження судового слідства; 8) про завершальні дебати з судового слідства; 9) про порядок постановлення і оголошення вироку; 10) про протоколи судових засідань [4]. У кожній з них крім загальних правил провадження справ відображалися особливості процесу за участю присяжних засідателів.

Особливістю справ за участю присяжних засідателів було те, що до початку судового провадження обов'язково мало бути проведено попереднє слідство, що не було обов'язковим для справ, які розглядалися без участі присяжних [4, с.253].

Під час готування до судового розгляду регламентувався термін початку та порядок формування чергових і запасних списків присяжних для участі у судовому засіданні. Списки формувалися за три тижні до початку судового засідання. Порядок формування був таким: голова суду виймав із двох окремих скриньок, де були картки з іменами чергових і запасних засідателів, відповідно тридцять і шість карток. Імена з них заносилися до двох особливих списків, що скріплювалися секретарем і підписувалися суддями. Присяжні засідателі, вибрані на підставі жеребкування, повідомлялися повісткою. Список справ, що мав розглядатися за участю присяжних засідателів, публікувався у губернських відомостях не пізніше як за два тижні до початку кожного періоду засідань. Кожному підсудному за три дні до відкриття судового засідання сповіщали іменний список суддів, прокурора та присяжних засідателів [4, с.256].

Щодо управління ходом справ у судовому засіданні, то Статутом визначалися повноваження голови суду стосовно участі засідателів. Зокрема, голова суду був зобов'язаний стежити за тим, щоб присяжні використали всі засоби для ґрунтовного розгляду справи, а також на їхню вимогу мав доступними термінами давати необхідні пояснення. Водночас він повинен був у проміжках між судовими засіданнями забезпечити усунення зовнішнього впливу на присяжних, який би міг стати основою їхньої упередженості. В особливо важливих справах голова суду мав право створити умови для усунення будь-яких стосунків присяжних із сторонніми особами, запропонувати їм для відпочинку окремі кімнати в приміщенні суду.

Умови провадження справ у судових засіданнях за участю присяжних мали ту особливість, що з дозволу голови суду до розгляду справ, які відбувалися за зачиненими дверима, допускалися чергові присяжні, які не входили до складу суду. Після оголошення головою суду про завершення дебатів двері відчинялись і всі подальші судові дії, починаючи з пояснень голови суду, відбувалися публічно. Присяжні засідателі мали право вимагати відновлення дій або продовження судового слідства з самого початку. Якщо судове засідання переривалося і після перерви був змінений склад присяжних засідателів, то його продовження мало починатися з самого початку [4, с.260].

Відкриття судового засідання за участю присяжних засідателів відбувалося поетапно. Насамперед голова суду інформував присутніх про те, чи всі запрошені засідателі з'явилися до суду. Якщо кількість засідателів була менша від тридцяти осіб, то голова суду повинен був поповнити їх штат на підставі жеребкування із числа запасних засідателів. Перед початком розгляду кожної справи голова суду подавав списки засідателів спочатку прокурору або приватному обвинувачу, а потім підсудному. Прокурор або приватний обвинувач мали право без пояснення причини викреслити зі списку (відхилити) до шести засідателів. Підсудний мав змогу викреслити таку кількість засідателів, щоб у списку залишалось не менше як вісімнадцять осіб. Якщо підсудних було декілька, то відхилення засідателів здійснювалося ними на підставі взаємної згоди. Якщо такої згоди не було, то засідателі викреслювалися на основі рівного розподілу підсудними, або ж за більшістю голосів, або ж на основі жеребкування [4, с.261].

За списком невідхилених (невикреслених) засідателів на основі жеребкування формувалися списки комплектних і запасних присяжних засідателів. Комплектних засідателів мало бути дванадцять, а запасних – двоє. Процедура жеребкування та формування списків присутності (комплектних і запасних) засідателів чітко регламентувалася.

Після формування присутності присяжних вони складали присягу. Присяга здійснювалася за обрядом віросповідання присяжного духовною особою. В разі відсутності в місці засідання суду духовної особи тієї віри, якої був той чи інший засідатель, присягу для нього складав голова суду. Якщо ж засідатель належав до віросповідання, яке не дозволяло йому присягати, то він давав урочисту обіцянку, яка відповідала змісту присяги [4, с.262]. Для управління процесом обговорення присяжними обставин злочину та вини підсудного вони обирали з-поміж себе голову (старшину), який мав бути грамотним.

Перед кожним засіданням голова суду роз'яснював присяжним їхні права, обов'язки та відповідальність. Під час судового слідства засідателі мали таке ж саме право, як і судді, оглядати сліди злочину та речові докази, через голову суду задавати запитання особам, що допитувалися. Засідателі мали право в будь-який момент судового процесу просити голову суду роз'яснити їм зміст прочитаних у суді документів, ознаки, якими визначався в законі злочин, що приписувався підсудному, а також все те, що було для них незрозумілим. Вони мали також право письмово занотовувати все, що їх цікавило [4, с.262].

До засідателів була встановлена вимога без дозволу голови суду не виходити із зали засідання та не контактувати з особами, що не належали до складу суду. Їм заборонялося збирати будь-які відомості зі справи поза судовим засіданням. У разі порушення зазначених вимог присяжний засідатель усувався від подальшого розгляду справи і на нього накладалося грошове стягнення від десяти до ста рублів. Окрім того, якщо його усунення унеможливлювало продовження судового процесу без виклику до суду інших осіб, то усунутий засідатель повинен був оплатити потрібні на це витрати. Присяжні засідателі були зобов'язані зберігати таємницю своїх нарад і не поширювати інформацію щодо голосування. Недотримання цієї вимоги каралося грошовим стягненням від десяти до ста рублів [4, с.263].

У разі визнання вини підсудним до початку провадження судового слідства присяжні засідателі мали право вимагати цього слідства. Суд був зобов'язаний приступити до розгляду і перевірки доказів.

Через голову суду присяжні засідателі мали право запитувати підсудного про обставини справи, що на їхній розсуд були недостатньо роз'ясненими. За їхньою вимогою мали бути зачитаними в суді протоколи про огляд, показання, обшуки та виїмки. Окрім того, на вимогу засідателів, якщо вони вважали, що протокол огляду не мав законної вірогідності або ж був недостатньо повним, огляд проводили повторно. Засідателі могли вимагати призначення нового (повторного) огляду або випробування досвідченими людьми (експертами), а також могли запитувати досвідчених людей та оглядати речові докази [4, с.264].

У завершальних дебатах присяжні засідателі виносили постанову щодо пояснень цивільного позивача про спричинені йому збитки та докази, на яких ґрунтувалися його вимоги про винагороду. Захисник підсудного повинен був обмежитися застосуванням у справі лише тих законів, якими визначалася властивість

розглядуваного злочину, або за якими підсудний у випадку його засудження міг бути визнаним таким, що заслуговує поблагливого ставлення [4, с.267].

Вирок за участю присяжних засідателів виголошувався на підставі запропонованих їм запитань, які мали формулюватися із загальноновживаних виразів за суттєвими ознаками злочину і вини підсудного. Запитання, що ставилися судом, формулювалися письмово, зачитувалися і виправлялися або доповнювалися, згідно з визначеними судом вагомими зауваженнями сторін. Прикінцево сформульовані запитання заносили до запитального листа, який підписувався всіма членами суду. Цей лист вручав голові (старшині) присяжних голова суду, який водночас в усній формі пояснював засідателям про суттєві обставини справи та закони, що відносяться до визначення властивостей даного злочину або проступку, а також загальні юридичні основи щодо судження про силу доказів, наведених на користь або проти підсудного [4, с.271]. У процесі пояснення голова суду не мав права оприлюднювати власну думку щодо вини або невинності підсудного, наводити обставини, що не були предметом судового змагання.

Свої пояснення голова суду завершував нагадуванням засідателям, що вони повинні визначити вину або невинність підсудного за внутрішнім своїм переконанням. Воно повинно було обґрунтовуватися на підставі обговорення в сукупності всіх обставин справи. В разі засудження підсудного присяжні засідателі могли, якщо знаходили для цього достатні аргументи, визнати його таким, що заслуговує поблагливого ставлення. Засідателі під час своєї наради були позбавлені доступу до письмових актів. Якщо ж вони хотіли з'ясувати певні обставини зі справи, то повинні були обов'язково повертатися до зали засідань [4, с.271].

Свою нараду присяжні засідателі мали проводити у визначеній для цього кімнаті, вхід до якої охоронявся. Виходити з цієї кімнати до будь-якої іншої, крім зали суду, без дозволу голови суду вони не мали права. Під час наради засідателів їх старшина (голова) повинен був стежити за перебігом наради та розмірковуваннями, скеровувати їх до сформульованих запитань. Додаткові пояснення засідателі могли отримати від голови суду із обов'язковою присутністю підсудного. Після завершення розмірковувань кожен із засідателів повинен був проголосувати з кожного окремо запитання. Старшина, що збирав голоси, оголошував свою думку останнім. Підрахувавши вголос ствердні і від'ємні голоси, старшина присяжних повинен був зазначити стосовно кожного запитання отримане рішення. Рішення кожного присяжного мало складатися із ствердного "так", або від'ємного "ні" стосовно кожного окремого запитання. Окрім того, до цієї відповіді потрібно було додавати слово, що характеризувало її сутність. Наприклад, на запитання: чи здійснився злочин? винуватий чи невинуватий підсудний? чи з умислом він діяв? – ствердні відповіді слід було формувати так: "так, здійснився"; "так, винуватий"; "так, з умислом". За умови наявності різних думок з того чи іншого запитання, рішення приймалося більшістю голосів. Якщо ж голоси розділялися порівну, то приймалася думка на користь підсудного. Старшина присяжних приєднуватися до думки стосовно поблагливого ставлення для підсудного, якщо шестеро присяжних проголосувало за це – "підсудний, за обставинами справи, заслуговує на поблагливе ставлення" [4, с.272].

Після відповідей на запитання старшина їх перевіряв і за умови відсутності суперечностей затверджував своїм підписом. Після цього засідателі повернулися до зали суду, де старшина вголос зачитував запитання суду та відповіді присяжних.

Запитальний лист передавали голові суду, який на ньому також ставив свій підпис. Все це мало відбуватися в присутності підсудного [4, с.272].

Вироки, винесені за участю присяжних засідателів, були остаточними. Статутом регламентувалися також структура і зміст протоколів судових засідань. В них мало бути обов'язково відзначено склад присутності присяжних засідателів, коли справа розглядалася за їхньою участю. У протоколах з таких справ не відображалися покази і пояснення, що відносилися не до порядку провадження, а до самої суті справи [4, с.274].

Окрім того, Статутом кримінального судочинства регламентувалися умови, за яких присяжні звільнялися від засідання, а також їхня відповідальність. Засідатель звільнявся судом від засідання, якщо мав на це законні підстави або ж мав певну причетність до підсудного чи потерпілого, яка була регламентованою. Передбачалося, що як і суддя, присяжний засідатель може бути відхиленням учасниками справи в таких випадках: 1) коли присяжний (суддя), його дружина, рідні по прямій лінії без обмежень, а в бокових – рідні перших чотирьох і свояки перших трьох ступеней, або усиновлений суддею беруть участь у справі; 2) коли присяжний (суддя) був у справі судовим слідчим, прокурором або довіреною особою однієї із сторін, або ж свідком у справі; 3) коли присяжний (суддя) був опікуном одного із учасників у справі осіб, або коли ж один із них управляє справами іншого; 4) коли присяжний (суддя) або його дружина перебували за законом близькими спадкоємцями одного із учасників у справі осіб, або ж мали з одним із них позов [4, с.257].

Законними причинами неявки присяжних засідателів, окрім хвороби, були: 1) відрядження або особливе доручення по службі; 2) невчасне отримання повістки про виклик до суду (пізніше ніж за тиждень до відкриття засідання); 3) раптові випадки, що сталися у господарстві, торгівлі чи промисловості, коли відсутність господаря могла привести до неминучого розорення. Безпричинна неявка присяжного засідателя до суду каралася: за перший раз – стягненням від десяти до ста рублів; за другий раз – стягненням від двадцяти до двохсот рублів; за третій раз, окрім стягнення в обсязі від тридцяти до трьохсот рублів, у судовому порядку присяжний позбавлявся права брати участь у виборах і обиратися на посади, що вимагали громадської довіри [4, с.261].

На підставі викладеного доходимо таких висновків: 1) Статут кримінального судочинства достатньо детально регламентував правила провадження справ у судах за участю присяжних засідателів; 2) у перших дев'яти главах четвертого розділу цього Статуту, який мав назву "Про провадження в окружних судах", було врегламентовано їхня участь стосовно кожного окремого етапу судового процесу – підготовчого, судового слідства, судових дебатов, постановлення та оголошення вироку; 3) регламентування процесу формування комплексу присяжних засідателів, які безпосередньо були учасниками судового процесу, унеможливило суб'єктивний вплив на штат засідателів; 4) система регламентованих правил щодо провадження справ за участю присяжних засідателів була максимальною скерованою на об'єктивний їх розгляд; 5) провадження справ за участю присяжних засідателів вимагало як від прокурора, так і захисника вміння у зрозумілій формі довести до засідателів зміст та аргументованість своїх обґрунтувань; 6) голова суду мав виконувати низку додаткових функцій щодо формування комплексу присяжних, приведення їх до присяги, роз'яснень та нагляду за дотриманням ними правил поведінки, що вимагало від нього додаткових знань та вмінь; 7) структура Статуту,

на наш погляд, хибувала розпорошеністю статей, що регламентували правила провадження справ за участю присяжних засідателів.

Виконане дослідження, як видається, є важливою підставою розроблення правил участі присяжних засідателів у судовому процесі для сучасної Української держави. Перспективними вбачаються подальші дослідження змін правил участі присяжних засідателів у судовому процесі та їх причин, які були характерними для України наприкінці XVII – початку XIX століть.

-
1. Про судоустрій України: Закон України. – К.: Юрінком Інтер, 2002 – 64с.
 2. Афанасьев А.К. Суд присяжных в России (организация, состав и деятельность в 1866-1885 годах.): Автореф. дис... канд. ист. наук. – М.: Моск. госуниверситет, 1979. – 22с.
 3. Щербина П.Ф. Судовая реформа 1864 года на Правобережной Украине. – Львов: Вища школа, 1974. – 190с.
 4. Полное собрание законов Российской империи.: Собрание второе. –Санктпетербург: Типографии II Отделения Собственной Е.И.В. Канцелярии. – 1867. – Т. XXXIX.

PARTICIPATION OF THE JURY IN LEGAL PROCEEDINGS UNDER THE 1864 JUDICIAL STATUTES

O. Sydorчук

*Prosecutor's office of Lviv Region
Shevchenko Ave., 17-19, 79000, Lviv, Ukraine.*

The main chapters of the Criminal Justice Statute of the 1864 judicial reform regulating participation of the jurymen in the legal proceedings are singled out. The content of the articles foreseeing circuit courts proceedings with their participation is elucidated. The main moments of court proceedings excluding jurors' partiality are illustrated.

Key words: jurors, participation, court, procedure, legal proceedings.

Стаття надійшла до редколегії 6.03.2003
Підписана до друку 30.10.2003

НОТАРІАТ В ГАЛИЧИНІ ЗА АВСТРІЙСЬКИМ ПОЛОЖЕННЯМ 1871 р.

Л. Ясінська

*Львівський національний університет імені Івана Франка
вул. Університетська, 1, 79000, Львів, Україна*

У статті аналізуються окремі положення австрійського нотаріального закону 1871 р., який діяв у Галичині до 1934 р. і регулював питання організації та діяльності нотаріальних органів, відповідальності нотаріусів за вчинювані ними дії чи бездіяльність, компетенцію нотаріальних палат і колегій.

Ключові слова: закон, нотаріат, нотаріус, нотаріальні акти

Політичні й економічні процеси, що відбувались в Україні в кінці 80-х – початку 90-х років, відобразились і на системі нотаріальних органів. З переходом суспільства до ринкових відносин, законодавчим визнанням рівноправності усіх форм власності, розвитком підприємницької діяльності і процесів приватизації стало очевидним, що державний нотаріат дещо втрачає своє значення і не може повністю виконувати покладені на нього функції. Все це викликало необхідність реформування системи органів нотаріату і прийняття Верховною радою України 2 вересня 1993 року Закону України "Про нотаріат". Ним, поряд з державними нотаріальними органами, було введено інститут приватного нотаріату. Недосконалість і перехідний характер цього Закону викликали появу безлічі проблем, вирішення яких на сучасному етапі не можливе без подальшого реформування нотаріату.

Якщо ми хочемо бачити український нотаріат зразковим, цивілізованим, гідним поваги з боку громадян, обов'язково мають бути доведені до логічного завершення пропозиції щодо збільшення стажування [4, с.85], встановлення підвищених вимог до особи нотаріуса, запровадження конкурсної основи під час призначення на посаду, конкретизації критеріїв, яким повинні відповідати моральні якості нотаріуса, структурного вдосконалення нотаріату та гнучкого регулювання кількості посад нотаріусів та нотаріальних округів тощо.

Будь-які реформи завжди є ефективнішими, коли вони відбуваються з урахуванням історичного досвіду та традицій. Це стосується і нотаріату. Саме тому аналіз історико-правових аспектів організації і діяльності цього інституту як в Україні в цілому, так і на рівні її різних історичних регіонів буде корисним у світлі сучасного реформування українського нотаріату. Слід констатувати той факт, що фундаментальних досліджень з історії нотаріату як у минулій, так і в сучасній історико-правовій літературі практично немає. За останні 100 років в Україні, та, зрештою, і в Росії не вийшло жодної вагомої наукової праці, в якій би аналізувались питання зародження та поширення нотаріальної справи. Наявні праці з нотаріату мають, головню, коментуючий характер, описуючи діюче законодавство у цій сфері та практику його застосування.

Окремі аспекти історії нотаріату розглядаються в підручнику харківських учених-правників В.В. Комарова і В.В. Баранкової "Нотаріат і нотаріальний

процес"¹, де в загальних рисах висвітлюється питання організації і розвитку нотаріального інституту на тих українських землях, що входили до складу Російської імперії та в радянський період. Дослідженням історії нотаріату Буковини в XIX – початку XX ст. займався чернівецький історик права М.В. Никифорак². Крім того, на сьогодні є окремі наукові доробки в окресленій сфері і київського дослідника Г. Трофанчука³.

Завданням пропонованої статті є аналіз діяльності приватного нотаріату в Галичині за часів її перебування у складі Австро-Угорщини⁴, окремих положень діючого тут австрійського нотаріального закону 1871р. Дослідження здійснюється головню на підставі характеристики нормативного матеріалу. Виняткове значення для розкриття поставленої проблеми мали також і документи, які зберігаються у фондах державного архіву Львівської області.

До введення 31 листопада 1871 р.⁵ в дію на території західноукраїнських земель Австрійського нотаріального положення від 25 липня 1871 р. [1, с.160-203] нотаріальні функції на цих землях виконували канцелярії судів. Вони вели так звані актові книги (введені ще Литовським статутом 1529 р). Вписаний писарем суду (а його часто називали нотаріус, тобто секретар суду) в актові книги документ: заповіт, договір, закладна, відступна та ін., набував юридичної сили, і на випадок виникнення в подальшому спору був головним доказом [5, с.10].

Закон 1871 р. визначив правові основи організації і діяльності в Австро-Угорщині приватного нотаріату. У преамбулі Закону визначалось, на які землі імперії повністю поширюється його дія, а на які лише частково. Відповідно до цього закону, на території Галичини встановлювались посади нотаріусів, створювались нотаріальні палати і кваліфікаційні комісії. Нотаріус призначався на службу державою в особі Міністерства юстиції й уповноважувався нею на підставі та відповідно до закону укладати і посвідчувати факти чи документи, що мають юридичне значення, видавати копії таких документів сторонам, а оригінали посвідчених ними угод належно зберігати; приймати на збереження цінні папери і гроші як від властей, так і для видачі третім особам. Нотаріальні документи (нотаріальні акти, записки, посвідчення) визнавались публічними актами і мали повну доказову силу, якщо під час їх складання і видачі були дотримані всі формальності, передбачені законом. Крім зазначеної вище урядової діяльності, нотаріусам дозволялось складати приватні грамоти і надавати на прохання сторін юридичні консультації.

¹ Комаров В.В., Баранкова В.В. Нотариат и нотариальный процесс. – Харьков: Консум, 1999. – С.3-29.

² Никифорак М.В. Нотариат на Буковині в XIX – на початку XX ст.// Науковий вісник Чернівецького університету. Правознавство. – Вип.62. – 1999.; Никифорак М.В. Державний лад і право на Буковині в 1774-1918 рр. – Чернівці: Рута, 2000. – С.188-193.

³ Трофанчук Г. Історико-правові аспекти зародження та поширення нотаріальної справи в Україні // Проблеми державотворення і захисту прав людини в Україні. Матеріали IX регіональної науково-практичної конференції. – Львів. – 2003. – С. 105-107.

⁴ Унаслідок першого поділу Польщі 1772 р. Галичина була захоплена Австрією. Уряд штучно об'єднав українські і польські землі в один адміністративний край, установив офіційну назву – королівство Галичини і Володимирії [3, с.381].

⁵ До 1871 р. на переважній частині Австро-Угорської імперії діяло нотаріальне положення 1855 р. Але його дія не поширювалась на територію західноукраїнських земель.

У своїй практичній діяльності нотаріуси повинні були чітко дотримуватись вимог діючих нормативних актів. Закон 1871 р. визначав критерії, яким повинні були відповідати моральні якості нотаріуса. Виконуючи нотаріальні обов'язки він має бути чесним, увічливим, старанним, точним, повинен стежити за тим, щоб не було завдано шкоди учасникам угоди, особливо недосвідченим, йому було заборонено будь-яке сприяння в справах незаконних, підозрілих чи фіктивних; він не міг займатися адвокатською практикою чи обіймати будь-яку урядову платну посаду, за винятком педагогічної діяльності. §7 Закону забороняв нотаріусам вести справи, які суперечили честі і гідності звання чи в результаті яких могла б постраждати чи бути підірваною довіра в його неупередженість чи в достовірність посвідчених ним угод [1, с.163]. Поряд з цим були встановлені підвищені вимоги до особи, котра прагнула здобути уряд нотаріуса. Зокрема, закон вимагав щоб претендент на посаду був:

- підданим монархії, який досяг двадцяти чотирьох років; характеризувався непорочною поведінкою і був наділений правом вільно розпоряджатися своїм майном;
- закінчив правничі студії і склав іспити теоретичні чи здобув ступінь доктора права;
- успішно склав іспит нотаріальний, адвокатський чи судово-урядовий;
- мав стаж не менше як чотири роки практичної діяльності, з яких принаймні два роки прослужив у нотаріуса на практиці, а інші два роки міг провести на практиці у суді, адвоката чи фінансовій прокуратурі;
- знав, крім німецької, крайові мови, що використовувались в місцевості, де він прагнув посісти уряд нотаріуса;
- не був кримінально караним.

Міністрові юстиції надавалось право призначати на посаду особу, яка не мала чотирьох років практики, проте лише у тому випадку, коли не було претендента з потрібним стажем роботи. Крім того, закон дозволяв міністру юстиції на час трьох років від початку його дії призначати нотаріусами тих осіб, які, маючи стаж практичної роботи чотири роки, не мали можливості відбути два роки нотаріальної практики. Це положення поширено застосовувалось у тих краях Австрійської імперії (в тому числі і в Галичині), де приватний нотаріат був введений законом 1871 р., оскільки неможливість проходження нотаріальної практики зумовлювалась браком нотаріальних контор.

§10 Закону встановлював правило, згідно з яким для зайняття посади нотаріуса найбільш достойною особою нотаріальна палата, в окрузі якої відкрилась вакансія, була зобов'язана оголосити конкурс. Порядок проведення такого конкурсу був детально регламентований в циркулярі міністерства юстиції від 31 жовтня 1887 р. Відповідно до нього, конкурс оголошувався шляхом триразової публікації в декількох періодичних виданнях і на різних мовах, поширених в Австрії. По спливу двох тижнів з дня останньої публікації кандидати подавали відповідні документи (заяву і докази їх відповідності формальним вимогам закону) до нотаріальної палати. Формулюючи з даного питання власну думку, нотаріальна палата передавала документи до суду I інстанції, в окрузі якого знаходилась вакантна посада. Суд, своєю чергою, висловлюючи власну позицію щодо кандидата, передавав документи у вищестоящу судову інстанцію, яка разом із свої висновком надсилала їх до міністра юстиції. Після ознайомлення із усіма документами він призначав нотаріуса чи відмовляв у призначенні.

Вищенаведені вимоги законодавця свідчать про те, яке важливе значення австрійський уряд приділяв проблемі підбору кадрів у нотаріаті. Як свідчать архівні документи початку ХХ ст., призначали на посаду нотаріуса в Галичині звичайно лише після п'ятнадцятирічної нотаріальної практики, а були випадки, коли стати нотаріусом вдавалося лише після двадцяти років праці [2, с.12].

Новопризначений нотаріус був зобов'язаний скласти присягу перед судом I інстанції і протягом трьох місяців з дня видачі декрету про призначення на посаду приступити до виконання своїх обов'язків. Для забезпечення своєї діяльності, а також для відшкодування збитків, які могли бути заподіяні нотаріусом внаслідок здійснення ним професійних функцій, він вносив заставу готівкою чи цінними паперами. Суму застави визначали залежно від кількості населення того міста, де знаходилась контора нотаріуса. Наприклад у Львові вона становила 5 000 крон, в Івано-Франківську, Стрию, Бережанах тощо – 2 000 крон, а у менших містечка, де не було суду I інстанції – 1 000 крон. Нагляд за поповненням застави здійснювали нотаріальні палати, які у випадках його зменшення з якихось причин чи несвоєчасного поповнення повідомляли про це суд I інстанції, для якого він був призначений. Він не міг діяти поза межами округу під страхом недійсності вчинюваних дій (§31 Закону). Кількість нотаріусів у кожному окрузі визначалася міністром юстиції за поданням нотаріальної палати. В Галичині на початку ХХ ст. було одинадцять судових округів, в яких працювало 139 нотаріусів [6, с.27-28].

У кожному судовому окрузі створювали нотаріальний архів, де зберігалися справи, книги, печатки померлих, звільнених чи відставних нотаріусів. Порядок устрою і діяльності цих архівів визначався нотаріальною палатою з подальшим затвердженням Міністра юстиції. При кожному архіві встановлювалась посада директора і секретаря, а за потребою і канцелярія. Директор і його помічники призначались із заслужених нотаріусів, які повинні були залишити попередню роботу. Відкриваючи вакансії на посаду директора, нотаріальна палата оголошувала конкурс. Фінансували діяльність архівів і оплачували працю їхніх службовців за рахунок державного бюджету.

§19 Закону визначав підстави звільнення нотаріуса з займаної посади. Це відбувалось у випадках: а) рішення Міністра юстиції; б) переходу нотаріуса в адвокатуру чи зайняття ним оплачуваної державної посади; в) внаслідок втрати громадянства; г) втрати права вільно розпоряджатися власним майном; д) непоповнення закладу, який був використаний на покриття стягнень; е) судового вироку, що позбавляв права займати цю посаду; є) у випадках неможливості виконання обов'язків внаслідок фізичного чи психічного захворювання; ж) відсторонення від займаної посади в порядку дисциплінарного провадження.

Наглядали за обставинами, що тягнули за собою звільнення нотаріуса з посади з тих чи інших вищезначених причин, суди I інстанції та нотаріальні палати.

На позитивну характеристику заслугує інститут нотаріальних кандидатів і субститутів (особи, що виконували нотаріальні функції під час відсутності нотаріуса), відомий австрійському праву.¹ Кожен нотаріус міг приймати у свою канцелярію як помічника осіб, які відповідали всім формальним вимогам закону

¹ Дещо подібний інститут нотаріальних помічників пропонується ввести і в Україні. Він передбачений проектом закону "Про нотаріат", прийнятим у першому читанні Верховною Радою України 14 квітня 2000 р. [7, с.6].

відносно права бути нотаріусом і готувати їх під своїм керівництвом до нотаріальної діяльності. Нотаріус зобов'язаний повідомляти нотаріальну палату про день, коли кандидат приступав до роботи, про перерви чи закінчення його праці, а також про успішність його діяльності ззагалі. Нотаріальна палата вела списки всіх кандидатів свого округу, в які вносила всі обставини, що могли мати значення під час призначення їх у майбутньому на посаду нотаріуса. Практика у нотаріуса не могла суміщатися з іншою діяльністю. У випадку відсутності нотаріуса внаслідок хвороби чи з інших обставин його посаду заміщав один із кандидатів, який на час виконання ним обов'язків складав присягу. Такий кандидат, як правило, не вносив заставу. Але якщо від нотаріуса, місце якого він тимчасово посідав, надходила заява про те, що він знімає з себе відповідальність за діяльність кандидата, то останній був зобов'язаний внести необхідну суму закладу.

Велике значення для розвитку інституту нотаріату в Галичині мав той факт, що в Австрії нотаріат утворював своєрідну корпорацію, яка управлялася нотаріальною палатою (Notariatskammer). Нотаріуси при суді I інстанції утворювали нотаріальну колегію. Якщо в окрузі їх було не менше як 15, вони утворювали нотаріальну палату. За згодою міністра юстиції, в тих округах, де не було 15 нотаріусів, дозволялось утворювати одну палату на декілька округів суду I інстанції. Наприклад, нотаріальна палата у Львові охоплювала 7 судових округів, а в Перемишлі – 4 [6, с.23-24].

Нотаріальна палата складалася із голови і чотирьох, шести чи восьми членів (залежно від кількості нотаріусів округу палати). Вони обирались більшістю голосів всіх нотаріусів округу на три роки з правом повторного обрання. Головним завданням палати була охорона честі і гідності стану та захист його інтересів. Для його виконання Закон наділяв нотаріальні палати такими повноваженнями: а) нагляду за діяльністю нотаріусів і кандидатів та ведення їх списків; б) здійснення дисциплінарного суду честі над нотаріусами і кандидатами; в) вирішення всіх спорів, що виникали між нотаріусами з приводу виконання ними їхніх службових обов'язків; спорів і непорозумінь між нотаріусами і сторонами про розмір винагороди чи з інших обставин; г) затвердження свідоцтва про проходження нотаріальної практики; д) прийняття від нотаріусів закладів і нагляд за їх поповненням; е) виконання і доведення до відома нотаріусів округу всіх розпоряджень міністерства юстиції щодо нотаріату; є) надання висновків з питань законодавства, устрою нотаріату, зменшення чи збільшення нотаріальних посад чи їх переміщення, зміни тарифів оплати за вчинення нотаріальних дій тощо.

Для вирішення поточних питань палата нотаріусів повинна була збиратися на засідання не рідше як один раз на місяць, а при потребі – голова палати був вправі скликати позачергове засідання. Здійснюючи нагляд за діяльністю нотаріусів, палата мала право ревізувати їхні канцелярії.

Особливістю нотаріату в Австрії було те, що він з одного боку підлягав корпоративному управлінню, а з іншого – не відділявся від загальної судової системи і перебував у суворій залежності як від міністра юстиції, так і місцевих судових установ. Унаслідок цього в дисциплінарному відношенні нотаріуси підпорядковувалися і нотаріальній палаті, і судовим органам першої та другої інстанції. Вищий же нагляд за діяльністю нотаріату в імперії належав міністру юстиції, який призначав і звільняв нотаріусів.

Учинення нотаріусом проступків, які зневажали честь і гідність його звання, передбачало накладення нотаріальною палатою, а в місцевостях, де вона не була

створена, судом I інстанції, відповідних стягнень, а саме: зауваження, попередження чи письмова догана із занесенням їх в особову справу. Лише після трьох років бездоганної праці нотаріус набував право клопотатися про погашення цих дисциплінарних стягнень. Якщо ж нотаріус порушив положення законів, що регламентували його діяльність, не виконав своїх обов'язків, покладених на нього цими ж законами чи вчинив проступок, несумісний з честю і гідністю його посади, проти нього судом II інстанції порушувалось дисциплінарне провадження (§157 Закону). У випадку визнання нотаріуса винним на нього накладалося покарання у вигляді: а) письмової догани; б) штрафу до 500 крон; в) відсторонення від посади на строк одного року; г) заборона займатися нотаріальною діяльністю взагалі. Штраф і тимчасове відсторонення від посади могли накладатися одночасно. Розмір штрафу залежав від ступеня провини нотаріуса, але не міг бути меншим як 25 крон.

Оплата праці нотаріуса здійснювалась винятково на підставі періодично перезатверджованого міністром юстиції тарифу. Вимоги про вищу оплату чи визначення оплати шляхом домовленості між нотаріусом і клієнтом вважалися забороненими і незаконними.

Так у загальних рисах був організований нотаріат у Галичині під час її перебування у складі Австро-Угорської імперії за австрійським нотаріальним положенням 1871 р. Слід зазначити, що цей закон діяв тут і після загарбання Галичини Польщею у 1919 р. до 1 липня 1934 р. коли розпорядженням президента Польщі було введено в дію нове положення про нотаріат від 27 жовтня 1933 р.

Із стисло викладеної характеристики становлення і розвитку інституту нотаріату в Галичині XIX – початку XX ст. доходимо висновку, що тут поступово сформувалась досить розвинута система правоохоронних органів. У тісному зв'язку із судовою ланкою, адвокатурою, прокуратурою розвивався і нотаріат. Процес його формування пройшов кілька послідовних етапів, які загалом відповідали періодам розвитку австрійської держави та Галичини як її окремої провінції. Законодавець з підвищеною увагою ставився до нотаріального інституту, надав йому належного значення, розробив у всіх деталях і поставив на один щабель із такими правоохоронними органами як прокуратура та адвокатура.

Для відновлення історичних традицій нотаріату, посилення його ролі в суспільстві шляхом надання відповідного значення притаманного йому у демократичних державах з розвинутою ринковою економікою і надалі необхідними є історико-правові дослідження аналітичного характеру, які дали б можливість побачити нотаріат в його динаміці і, відповідно, окреслили б перспективи його розвитку, пов'язані із пошуком свого місця в правовій системі України.

-
1. Вестник Законов Государных для Королевств и Краёв в Государной Думе заступленных. – Часть XXXII, п.75. – С.160-203.
 2. Государный архив Львовской области. – Ф. №369. – О. №1. – Спр. 16.-Арк. 1-15.
 3. Історія держави і права України: У 2-х т. / За ред. В.Я. Тація і А.Й. Рогожина. – К.: Ін Юре, 2000. Т.1. – 647с.
 4. Козьяков Ю. Нотаріат у дзеркалі проблем // Право України. – 1998. – №6. – С.84-85.
 5. Левицький О.І. Обь актовых книгахъ относящихся къ истории Югозападного Края и Малороссии. – М., 1900. – 40с.

6. Limanowski A.K. Stan notarialny Wschodnety Malopolski w chwilach przelomowych. – R., 1914-1920. – Lwow, 1920. – 29с.
7. Черниш В. Незалежний нотаріат – необхідна умова становлення громадянського суспільства в Україні // Право України. – 2000. – №9. – С.4-8.

THE NOTARY IN GALYCHYNA UNDER THE AUSTRIAN PROVISIONS OF 1871

L. Yasins'ka

*Ivan Franko National University of Lviv
Universitetska Str., 1, UA-79000 Lviv, Ukraine*

The article deals with certain issues of Austrian notary law of 1871 operating in Galychyna till 1934 and regulating organization and activity of notary offices as well as notary's responsibility for deeds or omissions, jurisdiction of notarial chambers and boards.

Key words: law, notary public, notary, notarial acts.

Стаття надійшла до редколегії 24.02.2003

Підписана до друку 30.10.2003

ОСОБЛИВОСТІ РОЗВИТКУ ІНСТИТУТУ АДВОКАТУРИ НА ЗЕМЛЯХ СХІДНОЇ ГАЛИЧИНИ І БУКОВИНИ

І. Гловацький

*Львівський національний університет імені Івана Франка,
вул. Університетська, 1, 79000 Львів, Україна*

У статті досліджено основні етапи та особливості становлення і розвитку інституту адвокатури на українських землях, які тривалий час перебували під окупацією Польщі і Австро-Угорської монархії; аналізуються соціально-політичні умови формування української палестири в рамках австрійського та польського законодавства.

Ключові слова: право, адвокатура.

Будь-яка справа загальносуспільного значення задля успішного її звершення потребує пробудження людської свідомості з тим, щоб остання як самодостатній елемент суспільної системи сприйняла ту чи іншу новелу соціального життя як цінність. Елементом соціальної свідомості є й свідомість історична. Відродження України як держави соціально-демократичної орієнтації зобов'язує новітню українську державу як уособлення українського народу шукати приклади національній історії, які стали б дороговказом в тому числі і в розвитку української адвокатури. В історико – правовій літературі минулих століть і по сьогоднішній час немає спеціальних досліджень з проблем розвитку української адвокатури у зазначений період. Для узагальнення та висновків щодо особливостей становлення і розвитку адвокатури на землях Східної Галичини та Буковини нами вивчено значну кількість періодичних видань та іншої спеціальної літератури.

Відомо, що землі Східної Галичини з середини XIV ст. до 1772 р. перебували під пануванням Польщі, а після чого з першим розподілом польської держави ці землі було передано Австрії. Така ж доля спіткала і Буковину, яку зайняла Австрія в 1775р. З розпадом Австро-Угорської монархії Східну Галичину окупувала Польща, Буковину – Румунія. Ці історичні події зумовили особливості розвитку інституту адвокатури на землях Східної Галичини і Буковини.

В сиву давнину правосуддя на території Польщі і України здійснював князь, володіючи всіма атрибутами монаршої влади (*graeisrue pars functionis reqial*). Якщо сторона в процесі не знала існуючих правових звичаїв чи встановлених норм права, то вона на допомогу собі могла запросити родича, знайомого чи будь-яку іншу особу. Таких осіб у Польщі називали представником, заступником (*rzecznik*). В документах вони згадуються вже за правління польського короля Болеслава I. Якщо справа торкалася вдів, сиріт чи неповнолітніх осіб, то такого заступника їм призначав сам монарх [19, с.126]. Вже в XIII ст. в Польщі з'являється такий вид представництва як *prokurator*. Прокуратор мав право представляти особу не лише в суді, але і в адміністративно-владних органах. Повноваження прокуратора оформлялися у письмовому дорученні сторони, засвідчувалося печаткою довірителя, зазначав об'єм його повноважень. Такий порядок оформлення повноважень прокуратора застосовувався головню у цивільному процесі.

Вперше Вислицький Статут 1347 р., який кодифікував давні правові звичаї та писане право, закріпив засаду, що захист є природним правом людини і в зв'язку з

чим кожному, хто притягався до кримінальної відповідальності, дозволялося мати *захисника*. Більше того, Статут вказував, що сторона *мусить* мати *захисника* (*potest et debet habere suum adwokatum, prokuratorem seu prolocutorem*) [14, с.8]. Зрозуміло, що цей припис далеко не завжди виконувався. Майже одночасно з терміном прокуратор, з'являються і *prolokutor, monea, rzecznik, przyprawca*, а згодом, вже у XVIII ст., – *meceas*. На перших порах *advokatus* означав війта, який здійснював муніципальне управління [19, с.8-9]. Вже в XVI ст. прокуратори перебувають постійно при судах як правники, правознавці і користуються захистом права та імунітетом. Авторитет прокуратора, його значення у відправленні правосуддя настільки зросли, що Мазовецький Статут записав у своїх нормах правило, яке забороняло в судових засіданнях перебивати промову прокуратора [19, с.228]. Закон регулював порядок вступу прокуратора у справу, забороняв йому в один і той же відрізок часу мати більше як три справи. За несумлінне виконання своїх функцій прокуратор карався штрафом в три гривні [14, с.13].

Інститут адвокатури дістав свій дальший розвиток у Конституції 1511 р., в якій проголошено захисника самостійною процесуальною фігурою у процесі [14, с.14]. В наступних нормативних актах інститут адвокатури зазнав подальших змін: Конституція 1538 р. заборонила функції захисту здійснювати особам духовного сану, а Конституція 1543 р. вперше офіційно впроваджує оплатність правових послуг [14, с.15-18]. Ця Конституція зробила також значний крок до перетворення прокураторів в осіб, які постійно здійснюють функцію захисту, в той же час заборонила іншим особам постійно займатися наданням правової допомоги по кримінальних справах. Нарешті, від прокураторів вимагають скласти присягу, в якій вони урочисто обіцяють не приймати до свого провадження безпідставних справ, не зловживати своїми правами та не володіти справ (*ne amplius difficultates et comperendinationes in jure facerent*). За дисциплінарний проступок прокуратора можна було покарати, заборонивши йому займатися практикою протягом певного часу. Всі захисники дістали назву *палестри* (*palestra*), що з грецької означало місце для вправ (школа гімнастики) [11, с.507].

У 1578 р. в Польщі було створено Коронний Трибунал, що привело до судової реформи; виник сейм як парламент, з'являються сеймові суди. Проведена судова реформа була надто недосконалою. Досить сказати, що судді трибуналу здебільшого не були спеціалістами в галузі права. Отже, адвокати починають відігравати в судовій системі помітну роль, часто єдиних знавців права, які мали значний вплив на суддів, особливо у складних і заплутаних справах. Широко користуються послугами адвокатів, як правових радників, депутати парламенту. Цікаво зазначити, що в давній Польщі наявність вищої юридичної освіти для кандидатів в адвокатуру не було обов'язковим.

Конституція 1588 р. закріпила в своїх нормах не лише право обвинуваченого мати в процесі свого захисника, але й обов'язок суду забезпечити підсудному адвоката, коли той не в змозі був сам його найняти з причин матеріального стану. Адвокату гарантується право знайомитися з усіма матеріалами справи (*spatium od deliberanolum*) [14, с.13].

У Конституції 1678 р. поряд із словом прокуратор вперше вживається також *патрон* (*patron cousarum*), що з латинської (*patronys*) означало *захисник, покровитель, покровительство* [11, с.508]. Тепер польська палестра складалася з *патронів і депендентів*, тобто помічників. Як патроном, так і помічником могли бути лише

шляхтичі. Тільки Конституція 1764 р. дещо пом'якшила це правило, допустивши до адвокатури осіб будь-якого соціального стану. Але це не стосувалося випадків участі адвокатів у Коронному Трибуналі [14, с.40]. Помічник патрона проходив стажування протягом 4 років, якщо він мав намір присвятити себе правозахисній діяльності, якщо ж такого наміру не було, стажування обмежувалося до 3 років. У перший рік стажування помічник лише слухав промови адвокатів, впорядковував документи в канцелярії. В наступні роки за дорученням патрона робив виписки з матеріалів справи, готував і редагував позови, заяви, клопотання тощо. Після завершення стажування складав присягу і ставав патроном або меценасом (*maecenas* – багатий покровитель наук і мистецтва, а стосовно адвокатів, то цей вислів вживався як винятково ввічлива форма звернення) [27, с.432]. Кількість адвокатів було врегульовано законом.

Адвокат за угодою отримував від клієнта гонорар *salarium* (плату), або *honorium* (*honorarius munus* – винагорода за працю) [11, с.188]. Обмежень в розмірі гонорару не було. Адвокати під час виконання своїх захисних функцій вбиралися у спеціальний одяг, кольору, прийнятого у тому чи іншому воєводстві.

У 1778 р. було розроблено "Зібрання судових прав", яке часто називали Кодексом Замойського [14, с.85], хоча в кінцевому результаті цей кодекс на польському сеймі не було прийнято [22, с.157-158]. Ст.ХІІІ, що складалася з 27 параграфів, фактично мала бути законом про адвокатуру. Вона встановлювала норму, згідно з якою, адвокатом могла бути будь-яка особа, яка досконало знала польську і латинську мови, засвоїла добрі звичаї, мала знання публічного і цивільного, природничого і римського права та історії. Після здобуття юридичної освіти кандидат адвокатури мав проходити стажування в суді протягом 3 років, виконуючи канцелярську роботу. Згодом – стажування у патрона. Після проходження практики у патрона, термін якої чітко не був визначений, кандидат допускався до так званої *патронізації* при судах. Це означало, що він мав скласти адвокатські іспити і присягу, після чого ставав *патроном*. Але не у всіх судах такий патрон міг брати участь. Приміром, у вищих судах могли виступати патрони, які склали спеціальний іспит і крім того мали особливу рекомендацію членів палести, що виступали у вищих судах [14, с.85].

Розвиток адвокатури Польщі після її поділу державами-окупантами в різних провінціях відбувався під безпосереднім впливом законодавства держав-окупантів. Приміром, для Князівства Варшавського, яке згодом називалось "Конгресівкою", 22 липня 1807 р. було прийнято конституційний закон, який на багато років визначив порядок діяльності адвокатури [14, с.92]. Палестра поділялась на: патронів, адвокатів і меценасів. Патронів призначав міністр справедливості на подання Трибуналу І інстанції; адвокатів – за поданням апеляційних судів; меценасів – за поданням міністра справедливості королем. Отже, найкваліфікованіші і найбільш знатні захисники – звалися *меценасами*. При кожному трибуналі І інстанції створювалася палата захисників, а у Варшаві – Найвища Палата. У ХVІІІ ст. польське законодавство встановлювало кількість адвокатів при кожній судовій інстанції: Коронному трибуналі – 30, в асесорії – 12, в референдарії – 12, у військовому департаменті – 16 адвокатів [21, с.62].

Палестранти відігравали важливу роль у судах різних інстанцій. Проте найвагоміша їхня роль була в роботі Королівського Трибуналу, який розпочинав свій строк повноважень в Пьотркові у перший понеділок після 11 листопада. Розпочиналася робота Трибуналу з урочистого відкриття, в якій брали участь

меценаси. Очолював це дійство президент Трибуналу. В перший день проводилися богослужіння і моління в костелі, судді складали присягу. Як правило, вже в цей період меценаси перебували на цих урочистостях з своїми клієнтами. Після складення присяги Трибунал поздоровляв представник палестри, бажав доброї плідної роботи, а президент Трибуналу чи маршалок дякував за привітання. Судовий чиновник оголошував порядок розгляду справ, і Трибунал приступав до роботи. Весною суд переїжджав працювати до Любліна. Згідно з джерелами, меценаси з Пьотркова до Любліна не їхали, там їхні справи вже представляли місцеві меценаси – поляки чи русини (тобто українці) [27, с.69]. Захисники, які доїжджали до місця роботи Трибуналу, привозили з собою великі запаси харчів для себе та сіна і вівса для коней. Відповідно до існуючих звичаїв, кожен захисник повинен був мати багато різного одягу: в п'ятницю і в період посту вбирався у все чорне; в суботу – в попелясте, а починаючи з 1776 року одяг мав бути припасований до відповідних кольорів, прийнятих у воєводстві, де працював Трибунал. Крім того захисник обов'язково мусів мати шаблю, бути високо підстриженим з короткою чуприною і довгими вусами [26, с.70]. Визначний польський письменник І. Крашевський так оцінював роль і значення середньовічної польської палестри: "Були часи, в яких палестра відігравала в нас значну роль, яку сьогодні відіграють артисти. Відомі люди, навіть запобігали завоювати приязне ставлення до меценасів, приймали їх, поїли, годували, хвалили..." [21, с.61].

Подальша історія адвокатури в Конгресівці була тісно пов'язана з розвитком адвокатури в Росії, яка переносила на ці землі свою правову систему і в тому числі судову реформу 1864-1876 рр. [14, с.5-6].

Помітного розвитку інститут адвокатури в Галичині і Буковині набув після приєднання цих земель до Австро-Угорщини. Історичні джерела XVI ст. подають нам декілька прізвищ адвокатів-українців, котрі працювали в Галичині. Так відомий історик Іван Крип'якевич називає Олександра Ігнатовича як українського адвоката, який працював на адвокатській ниві ще до 1546 р. З цих часів згадуються ще адвокати-українці Станіслав Гурський та Жигман [3, с.39]. Але історія поки що неохоче називає імена українських адвокатів, які працювали в Галичині до кінця XVIII ст. Одним з перших як професійного українського адвоката того часу історичні джерела називають Андрія Ангелловича (народився 30 вересня 1766 р. у Гриневій). У 1796 р. він дістав право на ведення адвокатської практики у Львові [8, с.83]. Український адвокат Вислобуцький працював у першій половині XIX ст.; згадуються також інші прізвища – Яворський, що народився 15 червня 1772 р. у с. Турочка Нижня Самбірського округу; Яков Березницький, Василь Гасевич, Іван Товарницький. [3, с.39]. Станом на 1849 рік у Львові був 41 адвокат, у тому числі лише 2 українці /Бачинський і Рачинський/, 3 – євреї, 32 – німці і поляки та 4 греко-католики [3, с.40]. У 1859 році в Галичині та на Буковині був 81 адвокат, у 1876 р. – 229, з них у Львові – 76.

Для законодавства Австрії характерним було підвищення вимог до адвокатури, починаючи із встановлення диференційованих високих цензів щодо вступу до адвокатури. Вже законом про суд від 1 травня 1781 року [9, с.109] особа, яка мала намір стати адвокатом, повинна була мати вищу юридичну освіту, ступінь доктора права, проходити стажування в адвоката без визначення строку та складати не прості іспити. Крім того, кандидат до адвокатури повинен був мати незаплямовану репутацію, не мати жодних боргів, бездоганно поводитись у приватному житті та ін.

Цісарським декретом з 1802 року [9, с.109] для особи, котра мала намір стати адвокатом, введено нову вимогу – після проходження стажування у адвоката кандидат мав ще отримати від цісаря дозвіл на складання адвокатського іспиту. Фактично це було не що інше, як регулювання кількості адвокатів у монархії.

У 1826 р. декретом цісаря [9, с.109] встановлюється правило, за яким адвокат допускався до виконання своїх обов'язків лише після ухвалення рішення міністром юстиції. Це право номінації відкрило широкі можливості до різних зловживань з боку влади [10, с.73].

На той час адвокати поділялися на: двірцевих і судових, двірцево-військових у Відні; судових – у великих центрах; земельних – у головних містах провінцій; гірничо-судових та інших.

Першим тимчасовим положенням про адвокатуру від 16 липня 1849 р. вже передбачалося створення адвокатських палат як органу самоврядної адвокатури, що займалася всіма питаннями внутрішнього життя і діяльності адвокатури: розглядом дисциплінарних проступків адвокатів, відстороненням від виконання функцій адвоката тощо.

Тимчасове положення підтвердило вимоги до кандидатів в адвокатуру, а саме: австрійське громадянство, незаплямована репутація; ступінь доктора права, отриманий у вищих навчальних закладах Австрії, досягнення віку, успішне складення адвокатського іспиту, стажування в суді чи прокуратурі у продовж трьох років після здобуття ступеня доктора права або п'яти років без такого ступеня.

Складання адвокатського іспиту було справою досить складною. Розпорядженням міністра юстиції від 7 серпня 1850 р. іспит складали в два етапи: спочатку усний, а потім письмовий. На усному іспиті кандидат мав виявити теоретичні знання з цивільного і кримінального законодавства, а на письмовому – навички складання процесуальних документів тощо. Особа, що не склала іспиту з двох спроб, до третьої спроби не допускалася [10, с.75].

Рух за надання адвокатурі автономії в Австрії завершився прийняттям 6 липня 1868 р. постійного положення про адвокатуру, яке вперше закріпило самоврядність і автономію адвокатури.

Положення встановлювало оновлені вимоги до кандидатів в адвокатуру: австрійське громадянство, правоздатність і дієздатність, юридична освіта і 7-річна юридична практика. Звання доктора права і складання адвокатського іспиту не були обов'язковими. Вони могли бути замінені, приміром, п'ятирічним перебуванням на посаді радника суду [10, с.76]. Постійне положення про адвокатуру сприяло швидкому зростанню чисельності адвокатів у цілій Австрії. Тільки з 1898 р. по 1914 рік адвокатський корпус Австрії зріс із 4009 до 5297 осіб. У 1900 р. налічувалось 4297 адвокатів на 26150708 жителів країни (на одного адвоката припадало 6085 осіб), а у 1910 р. – 5245 адвокатів на 28267898 осіб (тобто 1 адвокат на 5446 осіб) [10, с.77].

1 квітня 1872 р. в Австрії був прийнятий адвокатський дисциплінарний статут, який передбачав створення при кожній адвокатській палаті дисциплінарної палати, що обиралася всіма адвокатами палати строком на три роки. Дисциплінарне провадження проти адвоката рада розпочинала попереднім слідством: допитувала обвинуваченого, інших причетних осіб, вдавалась до ставки віч-на-віч та ін. В дисциплінарному статуті встановлювався вичерпний перелік покарань, що застосовувалися до адвокатів: догана, штраф до 300 крон (згодом – до 600 крон),

тимчасове усунення з посади на строк до одного року (для кандидатів – продовження тривалості практики на той же строк) і вилучення із списку адвокатів. Вилучений із списку адвокатів мав право упродовж трьох років клопотати про поновлення його у списку [10, с.81].

Львівську палату адвокатів створено в 1863 р. [19, с.78]. Адвокатські палати виникли також у Перемишлі, Тернополі, Самборі, Золочеві і Станіславі. Ці палати налічували невелику кількість адвокатів. Приміром, у 1869 р. Тернопільська палата мала лише 16 адвокатів, а Самбірська – 6 [9, с.110]. Згодом невеликі палати об'єдналися у Львівську палату адвокатів.

У період "весни народів" та українського національного відродження різко збільшується кількість українських адвокатів, які дедалі частіше ставали лідерами політичних партій, очолювали боротьбу українського народу за свої права. Переломним став 1890 рік, коли мережа канцелярій українських адвокатів охопила майже всі міста Галичини [2, с.80-81]. Українські адвокати ставали надійними захисниками політичних прав свого народу. Вже тоді виникають політичні процеси проти українців. Характерним прикладом може бути процес у Львові у 1893 р., коли перед судом присяжних стали два українських художники – Корнило Устиянович та Степан Томасевич. Їх звинувачували в тому, що вони, розмальовуючи церкву в с. Бутинах Жовківського повіту, зобразили небо й пекло, помістивши у пеклі шляхтича, урядника-бюрократа та єврея-лихваря. Обох підсудних захищав Кость Левицький. Адвокат спромігся не лише домогтися виправдання підсудних, але й використати трибуну, щоб нагадати суду і прокурору про права українського народу на ведення судочинства українською мовою, а коли прокурор виголосив промову на польській, то К. Левицький заявив рішучий протест [3, с.7].

Прогресивна політична діяльність адвокатів не залишалася поза увагою офіційної влади. Подекуди вона намагалася спровокувати і сфальсифікувати проти таких адвокатів "обвинувачення". Так було, наприклад, з адвокатом Михайлом Королем з Жовкви. На його захист стало три адвокати: Іван Добрянський, Євген Олесницький і Степан Федак. Суд виправдав Михайла Короля [3, с.8-9].

Для значної частини тогочасних українських адвокатів характерним було жертвоне служіння народу через безвідмовне виконання професійного обов'язку адвоката. Не гонорар, а веління серця, національна ідея були визначальними в роботі адвоката.

Окремих адвокатів неформально називали "мужицькими" адвокатами. Особливо уславився "мужицький адвокат" Іван Семенюк, який увійшов в історію літератури під псевдонімом Марка Черемшини. Сучасник М. Черемшини Василь Ревлюк у своїх спогадах пише: "В адвокатській практиці пізнавав він ближче життя гуцулів і пізнавав також п'явок, що обсіли наші гори та визискували добродушність гуцульську, та доводили не раз свої жертви до жебрацької торби. Бідним уділював безоплатної правової поради, заступав і боронив їх не тільки перед судом в Делятині, але також перед окружним судом" [8, с.86]. Іншим мужицьким адвокатом був Андрій Чайковський. Він походив із збіднілої "ходачкової шляхти" із с. Кульчиць на Самбірщині, яке дало також Україні славетного Петра Конашевича-Сагайдачного. У 1890 р. після чотирьох років так званої "конципістури" Андрій Чайковський відкрив у Бережанах адвокатську канцелярію. Він перший у Бережанах домагався прав української мови в судочинстві. А. Чайковський часто публікував у галицькій і буковинській пресі свої роздуми щодо гіркої долі селян, думки з приводу судових

процесів [1, с.78-81]. Весною 1914 р. Андрій Чайковський переїхав до Самбора, куди і переніс свою адвокатську канцелярію. Тут він пережив події 1 листопада 1918 р., був повітовим комісаром Самбірщини [1, с.81-82].

Після поразки визвольних змагань українців у Галичині офіційна польська влада широко практикувала політичні репресії проти інакомислячих осіб, передусім стосовно українського населення.

Українські адвокати в грудні 1918 р. створили Український Горожанський Комітет (далі – УГК) [13, арк.1]. УГК мав свій статут, органи самоврядування. Серед секцій УГК була і секція надання правової допомоги полоненим, інтернованим, арештованим особам української національності. Коли ж польський окупаційний режим розпочав плодити масово кримінальні справи проти українців, УГК організував правовий захист у політичних судових процесах. При цій секції було утворено Колегію Оборонців [12, арк.53], яка об'єднала всіх українських адвокатів Східної Галичини з метою організації правового захисту українського населення. Коли ж в 1921 р. польська влада заборонила УГК, українські адвокати в травні 1923 р. утворили Союз Українських Адвокатів (далі – СУА). Першим головою СУА було обрано С. Федака, його заступником – Л. Бачинського [5, с.17]. В місцевостях окружних судів утворювалися делегатури СУА. Всього було 12 делегатур: Львівська, Бережанська, Дрогобицька, Коломийська, Перемишлянська, Самбірська, Станіславська, Стрийська, Снятинська, Тернопільська, Чортківська, Волинська.

Згідно зі Статутом СУА, товариство складалося з: почесних членів, добродіїв, звичайних членів, з українських кандидатів адвокатури і оборонців для карних справ як надзвичайних членів. Головне своє завдання СУА бачив у тому, щоб дбати про ріст кількості українських адвокатів, сприяти їм у навчанні і праці, допомагати матеріально, боротися за високу професійність серед українських адвокатів тощо. СУА був громадською організацією, проте він відігравав значну роль у національному згуртуванні українських адвокатів, у регулюванні етичних відносин між адвокатами та інше. На жаль, зауважимо, що лише незначний відсоток українських адвокатів було охоплено СУА. Так у 1927 р. з усіх 237 українських адвокатів членами СУА було лише 139 [6, с.62]. Взагалі відсоток українських адвокатів порівняно з поляками і євреями у Східній Галичині був невеликим. Станом на 1939 рік у Львівській Палаті адвокатів було: 1140 – поляків, 1070 – євреїв і лише – 439 українців [7, с.25].

СУА структурно входив до складу Львівської палати адвокатів. Палати адвокатів мали своїх представників у Начальній Раді адвокатури у Варшаві.

У відродженій в 1918 р. Польщі адвокатура на землях Східної Галичини функціонувала на підставі попередньо діючого австрійського законодавства. Щодо адвокатури на Волині, то для цих земель було прийнято в 1918 р. тимчасовий статут про устрій адвокатури [15]. Лише в 1932 р. було прийнято Закон про устрій адвокатури для всієї держави [16].

Львівська палата адвокатів була найчисленнішою у всій Польщі, що підтверджують такі дані: станом на 1 листопада 1936 року адвокатів і аплікантів, відповідно було у Варшавській – 2040(751), Краківській – 1314(860), Львівській – 2364(1577), Люблінській – 278(61) [25, с.1166-1167].

Станом вже на 20 жовтня 1937 року кількість адвокатів у згаданих палатах ще збільшилася: у Краківській до – 1398, Люблінській – 286, Варшавській – 2112 і

Львівський – до 2548 адвокатів [25, с.1167]. У 1939 р. Львівська Палата адвокатів налічувала вже 2713 адвокатів [7, с.25]. 12 листопада 1932 року відбулися загальні збори Львівської Палати адвокатів, де було сформовано органи самоврядування відповідно до нового закону, затверджено правила проведення загальних зборів, правила для Ради Палати при вирішенні всіх справ аплікантів, Статут фонду взаємної підтримки між адвокатами та ін. [20, с.39-47].

Рада була найважливішим виконавчим органом Палати. Умови вступу до адвокатури залишилися попередні за деякими незначними змінами, а саме: 1) скасовано судову аплікацію; 2) збільшено коло осіб, які користуються правом вільного переходу до адвокатури. Закон скасував судову аплікацію, натомість запровадив п'ятирічну аплікацію адвокатську. Упродовж п'яти років аплікант повинен працювати в канцелярії свого патрона та брати участь у всіх заходах щодо підвищення рівня кваліфікації, які проводила Рада Палати (ст.105).

За існуючим правилом, правом вільного доступу до адвокатури користувалися лише судді і прокурори, які мали не менше як чотири роки практичної роботи в цих органах. Ці особи звільнялися від складання адвокатського іспиту. Перехід до адвокатури з спеціальних судів та органів державної влади і управління міг відбутися з дотриманням загальних правил, у тому числі і складання адвокатського іспиту [24, с.102].

Вже на початку 30-х років XX ст. у Польщі постійно дискутувалося питання про причини злиденного становища адвокатури. Однією з причин цієї ситуації вбачали в надмірній кількості адвокатів. У кінці 1935 р. Начальна Рада створила комісію для вивчення становища адвокатури. Постійні голоси палат адвокатів з вимогою тимчасово закрити доступ до адвокатури примусили міністерство юстиції розпочати перегляд законодавства про адвокатуру. В результаті 4 травня 1938 р. був ухвалений новий закон про устрій адвокатури [18, с.188-189; 16]. Подальша фашизація всього політичного життя Польщі наклала і певний відбиток на діяльність адвокатури: йде наступ на самоврядування і автономію цього інституту. Розпорядженням міністра справедливості від 10 червня 1938 року припиняється прийом до адвокатури аж до 31 грудня 1945 року, за невеликим винятком для окремих осіб.

-
1. Бережанщина в спогадах емігрантів.-Тернопіль,1993.
 2. Волошин М. Тим, що відійшли // Ювілейний альманах.-Львів,1934.
 3. Ганкевич Л. Десятиліття Союзу Українських Адвокатів // Ювілейний альманах.-Львів,1934.
 4. Ганкевич Л. Союз Українських Адвокатів у Львові / Матеріали і зауваги з нагоди десятиліття.-Львів,1938.
 5. До 10-літнього ювілею С.У.А.//Життя і Право.-1932. – Ч.1.
 6. Життя і Право.-1928. – Ч.1.
 7. Життя і Право.-1939. – Ч.2.
 8. Історія адвокатури України//За ред.Т.В. Варфоломеевої.-К.,1992.
 9. Лициняк В. Українські адвокатські апліканти в Галичині // Ювілейний альманах Союзу Українських Адвокатів у Львові. – Львів, 1939.
 10. Никифорак М.В. Адвокатура на Буковині в період її входження до Австрії // Науковий вісник Чернівецького університету. – Випуск 14. Правознавство, Чернівці, 1997.
 11. Словарь иностранных слов // Под ред. Л.В.Лехина и Ф.Н.Петрова.-М.,1954.

12. ЦДІА України у Львові. – Ф. – 359. – О. – 1-. Спр. 352.
13. ЦДІА України у Львові, Ф. – 462. – О. – 1. – Спр. 2.
14. Car St. Zarys historii adwokatury w Polsce. – W., 1925.
15. Dz.URP.-1918. – №22. – P.-75.
16. Dz.URP.-1932. – №86. – P.-733.
17. Dz. URP.-1938. – №33. – P. – 289.
18. Jarosz M. Wędrowki po ścieżkach wspomnień.-W.,1963.
19. Niemirowski A.. Pogląd dziejowy i zasadniczy na stanowisko obrońcy.-W.,1869.
20. Nowa Palestra.-1933. – №1.
21. O palestrze staropolskiej. Odczyt Aleksandra Kraushara//Palestra.-1999. – №11.
22. Orzechowski K. "Mecenas" – dzieje pojęcia i kilka refleksji o adwokaturze Szlacheckiej Rzeczypospolitej //Palestra.-1996. – №3-4.
23. Ostrożyński W. Ostatni projekt reformy prawa i procesu karnego w Polsce. W.: Rozprawy i sprawozdania z posiedzeń wydziału historyczno-filozoficznego Akademii umiejętności.- Kraków,1891.
24. Palestra.-1932. – №3-4.
25. Palestra.-1937. – №12.
26. Tomaszewski A.. Życie codzienne XVIII – wiecznej palestry trybunalskiej//Palestra.-1933.- №12.
27. Wielki słownik polsko-rosyjski. – W.,1998. – T.1.

PECULIARITIES OF ADVOCACY INSTITUTION DEVELOPMENT IN EASTERN GALYCHYNA AND BUKOVYNA

I. Glovatskiy

*Ivan Franko National University of Lviv,
Universytetska Str. 1, UA-79000 Lviv, Ukraine*

The basic stages and peculiarities of advocacy institution formation and development on Ukrainian territories which for a long time were under the occupation of Poland and Austro-Hungarian monarchy are examined. The socio-political conditions of Ukrainian palaestra under Austrian and Polish legislation are analysed.

Key words: law, advocacy.

Стаття надійшла до редколегії 14.04.2003
Підписана до друку 30.10.2003

ГУЦУЛЬСЬКА РЕСПУБЛІКА 1918-1919 рр. ТА ЇЇ ПРАВОВИЙ СТАТУС

Б. Ринажевський

*Заступник прокурора Львівської області,
проспект Шевченка, 15, 79000, м.Львів, Україна*

У статті аналізується створення та діяльність Гуцульської Республіки на Закарпатті, функціонування органів влади та напрям їхньої діяльності, збройний її захист.

Ключові слова: Гуцульська Республіка, Закарпаття, органи влади, Народна рада, Народна оборона.

Національно-визвольна боротьба пригноблених народів Австро-Угорської імперії призвела в жовтні 1918 р. до її краху. На її території розпочинається інтенсивне самовизначення народів. На Закарпатті, у східній частині краю, у невеликому гірському селі Ясині виникла нова "державка" – Гуцульська Республіка. І хоча виникла вона стихійно, проте хід її був підготовлений усім розвитком історії і зрослим відчуттям державотворчих потуг українського населення цього регіону. На це звертали увагу у своїх працях як безпосередньо учасники подій Л. Горват, С. Клочурак, А. Кушинський, Ю. Химинець, так і сучасні дослідники М. Вегеш, І. Жегуці, В. Задорожний, О. Карпенко, Я. Малик, В. Маркус, П. Стерчо та ін. Однак історико-правовий аспект виникнення та діяльності Гуцульської Республіки залишався поза увагою. Тому в центрі уваги пропонованої статті стоять історико-правові проблеми ролі і місця Гуцульської Республіки в контексті державотворення в Україні в умовах Української революції 1917-1920 рр.

Причини появи нового державно-правового об'єднання – Гуцульської Республіки – саме на сході Закарпаття, на наш погляд, можна пояснити передусім такими чинниками:

- 1) вищим рівнем національної свідомості населення цієї частини Закарпаття. Адже більшість населення цього краю становили гуцули, які ще здавна підтримували зв'язки зі своїми братами за Яблунецьким перевалом і ясно усвідомлювали свою приналежність до українського народу, привозили з Галичини книги, часописи, що сприяли розумінню політичної ситуації;
- 2) волелюбністю населення регіону, що ґрунтувалося на давніх опришківських традиціях (у роки Першої світової війни, наприклад, на околицях Ясині діяв опришківський загін М. Фішерюка-Марішука);
- 3) через Закарпатську Гуцульщину у роки війни чотири рази проходив фронт, при цьому населення потерпало від терору обох воюючих сторін. Це формувало природне прагнення самостійно визначити власну долю;
- 4) колоніальна політика та національний гніт (а в роки війни долучився ще й релігійний), зневажливе ставлення до місцевого населення з боку Австро-Угорщини та угорського уряду Карольї спонукало до відокремлення від Угорщини;
- 5) віддаленість від центральних районів Угорщини, військова та моральна допомога Західно – Української Народної Республіки;

- б) висунення народом талановитих провідників національно-визвольного руху з середовища місцевого населення та ін.

В історії виникнення і правовому оформленні Гуцульської Республіки можна чітко виділити два етапи: перший етап охоплює період з листопада 1918 р. до перших днів січня 1919 р.

Поштовхом до створення Гуцульської Республіки стала тисячна маніфестація, яку на початку листопада 1918 р. організували селяни с. Ясіня. Метою маніфестації було знайти шляхи протидії тим воякам, які, повертаючись з війни додому через Ясіню, грабували селян, знущалися з них. Маніфестанти вирішили створити для оборони мирного населення міліцію. Завданням цієї міліції "була служба на трьох залізничних станціях, утримування порядку в самому селі й охорона різних складів" [1]. Очолив це формування Степан Ключурак, демобілізований вояк австро-угорського війська, якого назвали "командантом міліції". Угорська адміністрація та жандармерія були розпущені.

Однак С. Ключурак не обмежився лише працею в міліції. З його ініціативи на 8 листопада 1918 р. були скликані загальні збори населення Ясіня, на які зібралось кілька тисяч жителів із села та найближчих околиць. Відкрив збори тимчасовий староста Дмитро Іванюк, який надав слово для доповіді Степанові Ключураку. Закликаючи творити "нове життя", С. Ключурак окреслив правові аспекти творення нової "держави": "Нині виберемо Народну Раду з ваших людей, яка зачне в Ясіні організовувати нові порядки. Вона до урядів призначить ваших людей, які будуть урядувати в нашій мові, по-українському. Досі ми кормили у нас різних зайдів з найдалших закутин Мадярщини, тепер ми їх не потребуємо більше. Ця наша Рада, ці наші люди, яких ви нині виберете без жодного натиску, відповідатимуть не тільки за те, що будуть творити, але також за нашу майбутність... Вони в першій мірі відповідатимуть за те, з ким ми зв'яжемо долю нашого народу. Я певний, що між членами Ради не буде спору, що у всіх нас є тільки одна мета, одна ціль – з'єднатися зі своїми кровними братами-українцями, з'єднатись з Україною. Але щоби ніхто не сумнівався в цьому, я ставлю це питання на голосування: "Хто є за з'єднання з Україною – хай піднесе руку!" [2].

За цю пропозицію проголосували одноставно. Окрім того, збори обрали місцеву раду, що виконувала законодавчу роль, тобто роль своєрідного парламенту. До місцевої ради обрали 42 делегати, причому серед них були не тільки українці, але й представники національних меншин, зокрема по два делегати від угорців та євреїв. За пропозицією С. Ключурака щойно створена інституція дістала назву "Українська Народна Рада в Ясіні", хоча нині вона відома в літературі як Гуцульська Народна Рада.

На першому своєму засіданні Рада створила виконавчий орган – Головну управу, у складі 12 членів, що були водночас делегатами Гуцульської Народної Ради. На найважливіші посади були обрані Микола Саботюк – секретар ради, Дмитро Іванюк – староста, Юрій Кабалюк – заступник старости, Степан Ключурак (молодший), Дмитро Іванюк, Микола Саботюк, Юрій Падоняк, Степан Ключурак (старший), Іван Даковецький, Василь Климпуш, Іван Марусяк, Юрій Кабалюк, Іван Тимчук, Кирило Ришук, Степан Бондарюк. Ці 12 осіб і були фактичними керівниками громадсько-політичного життя в Ясіні. Вони повинні були створити життєвоважливі для нової держави комісії (секції), керівники яких – голови секцій – були зобов'язані звітувати перед Головною управою.

Зокрема, шкільну секцію очолив Іван Пасулько, лісову – Іван Тимчук, секцію лісових робіт – Степан Клочурак (батько), торговельну – Василь Климпуш, харчову – Юрій Кабалюк, адміністративну та військову – голова ради – Дмитро Іванюк.

Усі справи республіки обговорювалися на відкритих засіданнях Ради. Отож влада Гуцульської Республіки була поділена на чотири секції:

- секція військових і зовнішніх зв'язків (голова – С. Клочурак, заступники – В. Климпуш і Д. Німчук);
- секція внутрішня (М. Іванюк, комендант міліції М. Мочарнюк);
- секція господарська (Тимчук, підсекція лісова – С. Клочурак – батько);
- секція харчова – Ю. Кабалюк [3].

Чи не найважчою була праця у секції харчовій, бо єдиним джерелом постачання харчів була Україна, з якої в обмін на деревину отримували різні продукти, оскільки інші кордони для Гуцульської Республіки були закриті.

Рішення зборів, головним лейтмотивом яких було прагнення ясінців воз'єднатися з Західноукраїнською Республікою, С. Клочурак з І. Климпушом передали у Станіслав, де тоді перебував уряд ЗУНР. Однак унаслідок низки причин, зокрема через те, що ЗУНР вела важку кровопролитну війну з Польщею, цю ідею реалізувати не вдалося. І все ж у Станіславі було утворене представництво Гуцульської Народної Ради, а при ньому – секцію пропаганди, метою якої було друкувати в Станіславі для розповсюдження на Закарпатті різні агітаційні матеріали. Окрім того, представники Гуцульської Народної Ради взяли участь у роботі Будапештського (10 грудня 1918 р.) та Сіготського конгресів (18 грудня 1918 р.), на яких різко виступили проти намагань "мадяронів" залишити Закарпаття у складі Угорщини. У Сітеті представники Гуцульської Народної Ради були обрані до Марамороської Народної Ради.

Отже, уже з самого початку Ясінська рада набувала деяких рис органу державної влади як у проведенні внутрішньої політики (організація виконавчих органів влади, постачання продуктів, організація відбудовних робіт, охорона), так і зовнішньої – зв'язки із ЗУНР та ін.

Однак, незважаючи на лояльність нової української влади до всіх національних меншин, окремі шовіністично налаштовані лідери угорського великодержавницького курсу не сприйняли політики нової влади. Вважаючи себе панівною нацією, вони не визнавали українського руху і, щоб ліквідувати його, запросили до Ясіні угорське військо, яке квартирувало недалеко від Ясіні – у Рахові. Відтак, 22 грудня 1918 р. до Ясіні прибув загін угорського війська, який налічував 600 вояків і 20 офіцерів. Метою їхнього походу було розброїти міліцію та заарештувати всіх членів обраної Ради. Розпочався шалений терор, гостра боротьба проти всього українського, був відновлений старий адміністративний апарат. Однак про прихід цих військ ясінців попередив колишній нотар Ясіні Євген Пуза, тому члени Ради і члени Оборони заздалегідь вирішили не чинити жодного опору окупаційним військам, щоб "своїм порядком і спокоєм приспати чутність мадярів, щоб вони не чули й не бачили, що навколо діється" [4].

За цих умов Гуцульська Народна Рада формально саморозпустилася, а найактивніші члени "Народної оборони" пішли в гори, у підпілля. Однак національний дух гуцулів і прагнення жити вільно у своїй незалежній державі в складі всіх українських земель було таким великим, що викликало ще більшу протидію з боку українського населення. Тому під керівництвом Ради, що перейшла

у підпілля, ясініці почали нелегально озброюватися і готуватися до збройної боротьби проти окупанта.

Відчуваючи кровну єдність із українцями Наддніпрянщини і Наддністрянщини, 2січня 1919 р. в Станіславі на засіданні Національної Ради Західної України були представники Народної Ради з Ясіні, де розповіли про політичне життя краю, накреслили правові засади творення нового державного устрою в краї. В результаті гуцульська делегація із Ясіні одержала з галицького боку символічну підтримку для реалізації плану звільнення гуцульських сіл на верхній Тисі від угорського війська, яке розміщувалося в Ясіні, у Рахові і в Бичкові та в столиці так званої Мураморошської жупи, Сиготі, на лівому боці Тиси. Тут, у Станіславі, водночас було вирішено організувати гуцульське військо з вояків усієї Мараморощини. [5].

Нова збройна сила повинна була звільнити всю Гуцульщину. Згодом Степан Клочурак згадував: "Тому, що Україна поки-що не може прислати нам свого війська, ми попросимо український уряд дати нам тільки потрібну кількість старшин, зброї, амуніції, харчів. Ми рішили, що найбільш підходящий час для ліквідації мадярського війська в Ясіні буде Різдво і запланували піти в наступ проти мадярських окупаційних сил, поліції і жандармерії вночі з 7 на 8 січня 1919 року. Цю акцію вирішено провести і в тому випадку, коли б ми з Коломій не одержали жодної військової допомоги. Після ліквідації мадярського війська майор Є. Пуза зобов'язувався випрацювати для нас план стратегічних і тактичних операцій для зайняття цілої Гуцульщини. Ми усвідомили, що в цій боротьбі повинні орієнтуватися переважно на свої власні сили і ми були певні, що наш народ підтримає нас... Нам найбільше потрібно було старшин. Підстаршин і рядових вояків ми мали досить. Д-р В. Бемко нам заявив, що кожний вояк Західно-Української Армії, якого вишле Коломия до Ясіня, їде туди на свою відповідальність. Це значило, що за всі події, які стануться на території Мадярщини, відповідальність нестиме Ясіньська Народна Рада, що ми не сміємо прозрадити, що нашу боротьбу проти Мадярщини підтримує військо Західної України. Д-р В. Бемко обіцяв нам поки-що незначну поміч" [6].

Так, практично самотужки, за допомогою самих жителів Ясіні, план було реалізовано на другий день Різдвяних свят – 8 січня 1919 р. Згідно з цим планом, 86 озброєних гуцулів поділили на чотири групи. Найбільша група добровольців з 43 вояків повинна була роззброїти головну частину угорського війська. Друга група мала зайняти залізничну станцію, роззброїти вартових і не допустити з'єднання з Раховим, де стояв угорський гарнізон. На інші дві групи покладалося завдання роззброїти жандармерію, зайняти пошту і адміністративні будинки, щоб не допустити до Рахова жодних звісток про подію в Ясіні.

Завдяки рішучим діям озброєних гуцулів майже весь угорський гарнізон в Ясіні – 504 солдати і майже 20 офіцерів були взяті в полон. На допомогу повстанцям із Коломиї прибуло кілька сотень січових стрільців. На загальних зборах жителів Ясіні і навколишніх сіл, які відбулися 8 січня 1919 р., було проголошено незалежну державу – Гуцульську Республіку. Цього ж дня, 8 січня, Рада провела перше засідання, і оголосила, що бере всю владу до своїх рук й стає єдиним керівником громадського життя краю. Угорська адміністрація була повалена. Відтак можна вважати, що 8 січня 1919 року розпочався другий етап в історії Гуцульської Республіки.

На зборах 8 січня був обраний тимчасовий парламент, до якого увійшли 42 делегати і призначено уряд у складі 30 чоловік. Протягом кількох днів повсюдно

організовували нові органи влади, створювали збройні сили. Працівники різних служб та особовий склад Народної оборони урочисто складали присягу на вірність Гуцульській Республіці. Державною мовою замість угорської проголошувалася українська мова.

З перших днів існування Гуцульської Республіки населення здобуло спокій, припинилися грабежі, знущання. І хоча не було створено судового апарату і не вироблено будь-яких кодексів чи правових нормативних актів, оскільки, зрозуміло, в такий короткий термін їх не можна було створити, до того ж достатньо фахових сил для цього у новоствореній республіці не було, то роль судді виконував староста Іванюк. Дрібніші порушення – сварки, пияцтво (серйозних злочинів в історії держави не зафіксовано) каралися примусовою працею від кількох годин до кількох діб. Покарані здебільшого працювали на лісозаготівельних роботах або орали чи виконували інші сільськогосподарські роботи на користь сиріт і вдов, чоловіки яких загинули на війні.

Найскладнішою знову ж таки була праця у харчовій секції, головне завдання якої полягало у забезпеченні продуктами харчування жителів цієї майже 20 – тисячної республіки. Відтак було взято під контроль усі хлібні запаси, у тому числі й запаси, які зберігались на військових складах, розроблено план поповнення запасів продовольчими товарами. Але оскільки республіка не могла нічим торгувати, окрім дерева, яке до цього часу вважалося власністю угорської держави, то деякі члени Ради були проти вирубування лісів, "бо як вернуться мадяри, то буде зле" [7]. На ці перестороги батько Степана Ключурака відповідав так: "У мене дев'ятеро дітей, і хоч би всі пішли в жебраки, я підпишу рішення на вируб з державних лісів, щоб народ з голоду не вмер".

Більшість підтримала це рішення, і єдиним джерелом для забезпечення жителів республіки харчами стало дерево. Сам голова харчової секції С. Ключурак їздив аж до Жмеринки, щоб обміняти дерево на харчі. Бартер видався вдалим: він привіз до Ясіні чотири вагони кукурудзи, з яких два вагони було призначено для солдатських вдов, сиріт та родин полонених; вагон нафти, 20ц. цукру і 180ц. білої муки на паску. За привезений товар ясініці розраховувалися мадярськими коронами та українськими гривнями, а хто не мав грошей, відробляв за товари на лісорозробках.

На території, що підлягала юрисдикції Гуцульської Республіки, населення жило мирним життям. Воно здебільшого забезпечувалося працею у лісовому господарстві. Адже ліс та інші будівельні матеріали були необхідні для ремонту зруйнованих війною будинків, а паливо для власних потреб можна було отримати за спеціальними картками, які видавали органи влади. Розвивалася торгівля з Галичиною. В обмін на ліс, а також у кредит звідти надходили продукти харчування, сірники, нафта, книги та інші товари. Уряд вів чітку соціально направлену політику – найбільшим мешканцям, солдатським вдовам і багатодітним сім'ям товари першої необхідності та худоба нерідко виділялися безоплатно. При цьому велася боротьба проти спекуляції, будь-яких проявів бандитизму. До Станіслава і Коломиї щодня курсували поїзди, також було налагоджене сполучення із Раховом. Для того щоб залізничний рух не переривався, уряд створив спеціальні робітничі загони, які відбудовували мости, налагоджували зв'язок, підтримували в робочому стані колію.

Дбаючи про господарство краю, уряд значну увагу приділяв організації і проведенню весняних робіт, забезпеченню селян сільськогосподарським реманентом і насінням. Не залишалися поза увагою уряду й такі питання, як організація охорони

здоров'я, шкільництво, робота культосвітніх установ. За цих складних умов не припиняли роботу школи, для яких майже все шкільне спорядження та книги надходили з Галичини, було налагоджене обслуговування хворих у лікарнях, причому лікарні обслуговували як військових, так і мирних жителів республіки.

Була помітною діяльність органів влади Гуцульської Республіки щодо вирішення національного питання. Народні ради проводили агітацію за приєднання Закарпаття до України. Вибори делегатів до Хустського з'їзду у населених пунктах республіки проходили в урочистій обстановці, площі та зали прикрашались українськими прапорами. Шестеро делегатів від Гуцульської Республіки брали активну участь у роботі Хустського з'їзду, де гаряче і аргументовано доводили потребу і необхідність приєднати Закарпаття до України.

За посередництвом кур'єрів Гуцульська Народна Рада підтримувала постійний зв'язок з Центральною Руською (Українською) Радою в Хусті (голова Ради М. Брацайко) та сільськими Радами. За ініціативою Гуцульської Народної Ради, 7 травня у Станіславі відбувся другий з'їзд представників Закарпаття, на якому були присутні 132 делегати з числа обраних на Перший хустський з'їзд, котрі репрезентували 62 українські громади [8].

Загалом уряд Гуцульської Республіки, у складі якого було немало досвідчених політичних діячів Закарпаття, проводив свою діяльність у двох напрямках: юридично упорядкована організація державного управління, здійснення соціальних реформ, чого з нетерпінням очікувало безземельне і малоземельне селянство, та організація збройної сили – Народної оборони, яку планувалося створити на зразок Галицьких Січових Стрільців. До війська зголошувалося немало добровольців, в результаті чого в середині січня 1919 р. воно вже складалося з двох куренів (батальйонів) загальною чисельністю понад тисячу вояків і старшин. Ще один курінь почав формуватися у Великому Бичкові [9].

Отже, Гуцульська Республіка виконувала роль форпосту українського національно-визвольного руху на Закарпатті. Звідси відправлялися десятки і сотні агітаторів у всі кінці краю, які несли із собою листівки та інші пропагандистські матеріали. У кількох місцях вони, як, наприклад, у с. Лавочне, що на Сколівщині, створили відділення секції пропаганди. Згодом на їхніх базах виникла організація "Молода громада", яка поширювала ідеї українського національно-визвольного руху по всьому Закарпатті.

Вісті про утворення Гуцульської Республіки швидко рознесли по всьому краю. Деякою мірою цьому сприяла діяльність секцій пропаганди, які вели пропаганду проти планів угорського уряду приєднати Закарпаття до складу Угорщини, і роз'яснювали

мету новоствореної Республіки гуцулів. Так у листівці від 10 січня 1919 р. звучали заклики: "Хай живе один великий український народ від Тиси аж по Чорне море і гори Кавказу. Хай живе і пишеться наша велика одноцільна Українська Республіка" [10]. Хоча, як бачимо, зміст цієї, як, зрештою, і переважної більшості листівок, здебільшого виражав бажання, а не реальні можливості, все ж прагнення закарпатців до єднання з Україною за цих складних умов можна оцінювати лише позитивно.

Водночас відразу ж після захоплення Ясіні – 8 січня 1919 р. – було оголошено про подальший збройний наступ проти угорців з метою звільнити територію Потисся

аж до Сигота. Наснаги гуцулам додавала присутність на їхніх теренах кількох сотень війська Української Галицької Армії, прихід якого у Закарпаття був прискорений звісткою про наближення румунських військових частин до Марамораш – Сигота. Після кількадечної підготовки 14 січня 1919 р. війська виступили в похід. У результаті коротких сутичок вони захопили кілька населених пунктів, у тому числі й місто Рахів. Там залишився невеликий військовий загін під командуванням підхорунжого А. Перги, а основні військові сили рушили далі. Вранці 15 січня було захоплено Требушани (Ділове) і Великий Бичків й українське військо наблизилося до Мараморош – Сигота. На той час у Маромороській жупі проживало 358000 населення, з яких 23690 у самому Сиготі. За національною ознакою в Маромороській жупі проживало 47% українців (русинів), 15% угорців, 19% євреїв, решта – румуни, німці та представники інших націй. Однак у самому Сегеті проживало 46% євреїв, 28% угорців, 20% румунів та лише 6% русинів [11]. Тож шанси здобути нову гуцульську столицю були не такими й великими.

Тим часом населення жупи, переважно українці, прихильно зустріли українське військо. Зокрема, біля села Вільхового передовий відділ зустрів групу місцевих жителів на чолі з священиком, які прямували їм назустріч. До того ж значна частина місцевих жителів приєдналася до повстанців, діставши благословення священика [12].

Після звільнення В. Бичкова відразу ж почали формувати гуцульські частини, які мали вирушати у напрямі на Хуст. Після переговорів з жупаном доктором Зомборі гуцульське військо без бою увійшло в Сигіт. На вокзалі гурт студентів – українців зустрів повстанців піснею "Ми гайдамаки". Під звуки військової сурми на приміщенні залізничного вокзалу був піднятий жовто-блакитний український прапор – подарунок коломийської інтелігенції [13]. Із взяттям Сигота гуцульське військо визволило територію всього сучасного Рахівського району Закарпаття та українські населені пункти на лівобережжі р. Тиси (нині це територія Румунії). Угорські війська відступили в бік Тячева.

Однак ця збройна експедиція зазнала поразки. Українські війська, розташовані в Сигітській Коморі, були несподівано оточені значно численнішим румунським військом, яке обстріляло й оточило гуцулів, розквартированих у Сиготі. Спроба вступити з ними в переговори успіхом не увінчалася. Учасник цього походу С. Забачинський так згадував про цю кампанію: "17 січня ...розпочали наступ румуни. Оскільки виразний наказ окружної команди в Коломиї забороняв у разі наступу румунів входити з ними в конфлікт і зобов'язував увійти з ними в переговори, група не розпочала бойових дій... З румунами не можна було домовитися, і тому на наказ одного зі старшин групи поручика Воробця група почала готуватися до відвороту. Ввечері 17 січня група виїхала залізничним транспортом із Сигота. В дорозі до станції Мігеш-Комори румуни почали обстріл транспорту. Почався бій, в результаті якого потрапило в румунський полон 20 старшин та приблизно 400 стрільців... Полонені перебували 9 місяців у румунській неволі, звідти 14 жовтня 1919 р. за дозволом румунської влади переїхали на Україну 19 старшин і 320 стрільців" [14].

Румуни усе більше заглиблювалися на територію Закарпаття. Вони, зокрема, окупували територію від Берегова до Бичкова, вступили на Гуцульщину, а 11 червня 1919 р. зайняли Ясіні та арештували членів Народної Ради, серед яких і ініціатора проголошення Гуцульської Республіки Степана Ключурака.

Гуцульська Республіка зазнала поразки. Оцінюючи її місце і роль у процесі державотворення у Закарпатті, важливо зазначити, що революційний порив українського населення на сході краю за відрив від Угорщини та возз'єднання з Україною мав позитивне значення, став окремою ланкою в єдиному ланцюзі революційної боротьби, яка тут велася. Однак ізольована внаслідок певних об'єктивних історичних причин від інших революційних регіонів, залишаючись практично республікою-селом, Гуцульська Республіка була приречена на неминучу загибель.

1. Химинець Ю. Мої спостереження із Закарпаття. – Нью-Йорк, 1984. – С. 21.
2. Там же. – С. 23.
3. Масляник О. Гуцульська республіка // За вільну Україну. – 1991. – 3 січ.
4. Химинець Ю. Тернистий шлях до України. – Ужгород, 1998. – С. 219.
5. Жегуці І. Слідами Гуцульської Республіки // Гуцульщина (Торонто). – 1992. – №26. – С. 17.
6. Клочурак С. До волі // Науковий збірник МУКС. – Братислава; Пряшів; Свидник, 1967. – Т.4. – Ч.1.
7. Зимомря Т. Всупереч правді // Карпатська Україна (Ужгород). – 1994. – 19 берез.
8. Масляник О. Гуцульська Республіка // За вільну Україну. – 1991. – 3 січ.
9. Ванай І. Нариси новітньої історії українців Східної Словаччини. – Пряшів, 1980. – Кн. 1. – С. 125.
10. Вишнянський. Народний собор в Хусті // Руська Крайна. – 1919. – 29 янв.
11. Жегуці І. Слідами Гуцульської Республіки. – С. 19.
12. Горвай Л. Українці Мараморощини (Румунія) в 1914-1920 – х рр. // Історична школа професора Задорожного. – Ужгород, 1995. – С. 65.
13. Кущинський А. Закарпаття в боротьбі. Спогади. – Буенос-Айрес, 1991. – С. 27.
14. Забачинський С. Марамарош – Сигітська компанія. Як галичани займали Карпатську Україну // Стрілець (Камянець-Подільський). – 1919. – 18 лист.

THE HUTSUL REPUBLIC OF 1918-1919 AND ITS LEGAL STATUS

B. Rynazhevskiy

*Deputy Prosecutor of Lviv Region,
Shevchenko Ave., 15, UA-79000, Lviv, Ukraine*

The article deals with the formation and activity of the Hutsul Republic in Transcarpathian region, the functioning of authorities and the direction of their activity, its armed guard.

Key words: The Hutsul Republic, Transcarpathian region, authorities, People's council, People's defence.

Стаття надійшла до редколегії 27.02.2003

Підписана до друку 30.10.2003

ПОЛЬСЬКИЙ КРИМІНАЛЬНО-ПРОЦЕСУАЛЬНИЙ КОДЕКС 1928 р. ТА ЙОГО ХАРАКТЕРИСТИКА

О. Липитчук

*Львівський національний університет імені Івана Франка,
вул. Університетська, 1, 79000 Львів, Україна*

В статті подано оцінку головних засад та принципів кримінального процесуального кодексу 1928 р., проаналізовано характер їх змін та доповнень. Досліджено практику загальних судів у застосуванні кримінального процесу.

Ключові слова: міжвоєнна Польща, кодекс, кримінальний процес.

Кримінальний процес є важливим чинником політичної та правової культури суспільства. Його засади та правові норми визначають рівень правової науки, ступінь захищеності прав і свобод особи, забезпечення правопорядку і законності. Судова практика дає можливість краще зрозуміти особливе значення і вплив кримінально-процесуального права на суспільні та соціальні процеси. На сучасному етапі питання становлення української державності, визначення стосунків між різними гілками влади (виконавчої, законодавчої, судової), утворення механізмів ринкового господарства та необхідності правового забезпечення функціонування всіх сфер життя, вивчення зразків та досвіду розвитку і функціонування кримінально-процесуальних процедур зарубіжних країн, зокрема міжвоєнної Польщі, набувають практичного значення.

Однак використання цього досвіду ускладнюється тим, що він недостатньо вивчений, опрацьований та висвітлений як у польській, так і в українській історіографії.

Праці польських юристів міжвоєнного періоду мають здебільшого характер коментарів¹ до польського кримінально-процесуального кодексу 1928 р. та фрагментарне висвітлення окремих проблем в юридичній польській та українській пресі. В цей період було підготовлено лише кілька досліджень провідних польських учених, які формально відтворювали положення кодексу, не визначаючи їхнього соціального змісту.

У польській історіографії повоєнного часу зазначена проблема висвітлювалась в узагальнюючих колективних працях з історії держави і права Польщі. Ці праці поглибили її вивчення, хоча й мали ухил до розгляду конкретної проблематики у бік теорії та історії держави і права в цілому.

Останніми роками вийшла низка підручників та посібників з історії держави і права Польщі, в яких автори систематизували законодавство, однак вони не містять нового матеріалу порівняно з попередніми виданнями. На цьому фоні виділяється

¹ Mogilnicki A., Rappaport E.S. Kodeks postępowania karnego z ustawami dodatkowymi. – Warszawa, 1928; Wusatowski Z., Kwieciński Z. Kodeks postępowania karnego wraz z przepisami wprowadzającymi i przepisami o postępowaniu doraźnym.. – Kraków, 1929; Angerman K., Nowotny J., Przeworski J. Komentarz do kodeksu postępowania karnego. – Warszawa, 1930; Laniewski A., Sobolewski K. Kodeks postępowania karnego. Wyd. 2. – Lwów, 1933; Nisenson J., Siewierski M. Kodeks postępowania karnego z komentarzem i orzecznictwem SN wraz z przepisami wprowadzającymi, wykonawczymi i dodatkowymi. – Warszawa, 1933; Peiper L. Komentarz do kodeksu postępowania karnego. Wyd. 3. – Kraków, 1933.

праця краківського професора С. Плази, в якій автор окреслив основні проблеми у польському судочинстві і праві міжвоєнного періоду.

Отже, увага польських учених-юристів зосереджувалась переважно на систематизації правових норм, у тому числі і кримінально-процесуальної процедури. В той же час застосування засад та норм польського кримінально-процесуального кодексу 1929 р. в судовій практиці та її зміст потребують детального вивчення на підставі використання нових джерел, що є неодмінною основою для наукового аналізу та здобуття нових результатів.

Мета цієї статті – дати оцінку польському кримінально-процесуальному кодексу 1928 р. та характеру його змін і доповнень; проаналізувати застосування його засад та норм в судовій практиці; виявити чинники, які впливали на кримінально-процесуальну практику судів.

Відроджена у 1918 р. Польська держава не дістала у спадщину єдиного кримінального законодавства. Майже до середини міжвоєнного періоду в Польщі залишалися чинними кримінальні процесуальні кодекси держав-окупантів, які характеризувалися як сучасні на той період. На колишній російській території чинним залишався російський закон кримінального процесу 1864 р.; на німецькій – німецький кодекс кримінального процесу 1877 р.; на австрійській – кримінальний процесуальний кодекс 1873 р. [17, с.117–118]. Польські законодавці вносили щодо них незначні зміни. Упродовж 1917–1921 рр. певних змін та доповнень зазнав російський закон кримінального процесу, що торкався порядку розслідування злочинів, проходження різних стадій процесу, впроваджувався спрощений процес. Німецький кодекс кримінального процесу польські законодавці дещо спростили відповідно до польських умов, та ввели уніфіковані зміни на всю колишню німецьку територію (Верхню Сілезію, познанське та поморське воєводства). Австрійський кримінальний процес також зазнав деяких змін: введено спрощений процес, відбулися зміни в компетенції судів присяжних та поширено на території Спиша і Орави. Отже, чинні кримінальні процеси держав-окупантів були певною мірою пристосовані до польських умов [2; 6; 7; 8; 9; 10].

З метою уніфікації кримінального процесу та підготовки польського кодексу в кримінальному відділі Кодифікаційної Комісії була створена секція кримінального процесу, до якої увійшли відомі польські практики та теоретики кримінального права: професор Ягеллонського університету у Кракові Е. Кшимуський, судді Найвищого суду А. Могільницький та З. Римович, теоретик кримінального права, професор Е. Раппапорт. Підготовлений проект кримінального процесуального кодексу був опублікований на підставі розпорядження Президента Польщі 18 березня 1928 р. і став чинним як кодекс кримінального процесу з 1 липня 1929 р. [1].

Кримінальний процесуальний кодекс запозичив багато інституцій діючих до того кодексів держав-окупантів, однак він вніс в кримінальний процес чимало ліберальних рис, а саме: впроваджено низку процесуальних гарантій, які захищали особу від безпідставного притягнення до суду та покарання без вини. Такими гарантіями прав особистості були: залежність тимчасового арешту від судового рішення, право на захист, відкритість розгляду справи, до судового вироку діяла презумпція невинності, засуджений мав право оскаржити судовий вирок, у разі подання апеляції засудженим суд другої інстанції не мав права збільшувати покарання.

Відповідно до кодексу кримінальний процес поділявся на дві стадії: 1) підготовчу (дізнання і слідство) та 2) основний розгляд справи. Впроваджувався діючий в

процесуальних кодексах багатьох європейських країн змішаний процес (комбінація обвинувального та інквізиційного процесу).

Інквізиційні елементи застосовувалися у розслідуванні судовими органами тяжкості злочину і проведення підготовчого процесу. Риси обвинувального процесу проявлялися у порушенні справи на вимогу обвинувача, у розмежуванні в процесі фаз обвинувачення, суду, захисту, а також проведення основного розгляду справи на засаді змагальності. Згідно цієї засади сторони самі збирали процесуальний матеріал (юридичний і фактичний) і пропонували його судові, що мало забезпечити об'єктивність судді.

Сторони (обвинувачений і обвинувач) діяли на засаді рівності Суд надавав їх можливість виступити у всіх питаннях, які мали вплив на вирішення справи. Обов'язково була (окрім чітко визначених винятків) засада безпосередності, згідно якої сторони надавали судові матеріал в усній формі. Важливою засадою кримінального процесу була засада матеріальної (речової) правди. Нею передбачалося, що підставою для судового вироку могло бути переконання, яке враховує всю сукупність виявлених в судовому процесі обставин, виключаючи всілякі юридичні та фактичні припущення. Суд міг оспорити доказовий матеріал, зібраний під час дізнання або слідства і запропонувати нові докази з власної ініціативи. Потерпілий міг виступати як допоміжний обвинувач у злочині, який розслідується судовими органами.

Кодекс поділяв злочини на такі, які розслідувалися судовими органами, і такі, що мали характер приватного обвинувачення. Суд виносив рішення на підставі вільної оцінки доказів, виходячи із переконання, яке склалося в доказовому процесі та власного життєвого досвіду. Апеляція допускалася тільки на вироки судів першої інстанції (гродського та окружного судів); касація – на вироки судів усіх інстанцій, при цьому касаційна скарга складалася винятково до Найвищого суду. Апеляція стосувалася тільки фактичної сторони вироку, а саме – визнання вини та міри покарання; касація торкалася тільки порушень положень матеріального та процесуального права. На вироки судів присяжних апеляція не допускалася.

Отже, на відміну від попередньо діючих у Польщі кодексів польський кримінальний процесуальний кодекс був значно осучасненим. Німецькі юристи зазначали, що польський кодекс містив "низку цікавих цінних рішень", які матимуть велике значення в розробці нового німецького кодексу [21, с.579]. Однак, були й критичні зауваження. Зокрема, відомий вчений-криміналіст, професор Львівського університету Ю. Макаревич вказував на 22 "процедурних сумніви" і вважав, що поспішна праця законодавців позначилася на якості кодифікаційної роботи [19, с.24].

До того ж чимало процесуальних гарантій обмежувались спеціальним надзвичайним процесом, норми якого були визначені окремим (поза кодексом) розпорядженням у 1928 р. Цей процес характеризувався спрощеними процесуальними формами, можливістю посилення покарань, що виходили за норми кодексу, одностанційністю, браком апеляційних засобів, негайним виконанням вироку [3]. Надзвичайний процес передбачався у випадках збільшення злочинності, яка загрожувала суспільству (вбивства, пограбування) або політичному устрою держави (у зв'язку з чим цей процес використовували в політичних справах). Положення про надзвичайний процес діяли в Польщі майже упродовж усього міжвоєнного періоду.

У подальшому кримінальний процесуальний кодекс зазнав змін, характер яких визначався посиленням авторитарних тенденцій в польському суспільстві. Передусім

зміни були зумовлені прийняттям кримінального кодексу 1932 р. Були обмежені: можливості обвинуваченого вносити докази, обсяг апеляції і касації, засада безпосередності в апеляції, скасований інститут допоміжного обвинувача, замість якого ввели скарги на скасування дізнання та слідства; розширені можливості одноособового розгляду справ в окружних судах; можливості поновлення розслідування на користь обвинуваченого [4]. У 1938 р. обмежувалось право подання касації, а в справах про правопорушення скасовувалось взагалі, підвищувалась оплата за касацію, розширювались можливості проведення засідань при зачинених дверях [5]. Ще одним суттєвим обмеженням засад кодексу було розпорядження міністра юстиції 22 грудня 1938 р. – так званий закон Грабовського ("lex Grabowski"), за яким умовою складання касації була її висока судова оплата (300 злотих). Якщо врахувати, що майже половина працівників розумової праці заробляли менше як 300 злотих у місяць, то це значно погіршувало становище обвинуваченого. У 1939 р. значно обмежувались права в'язнів, зокрема, вводилася примусова неоплачувана робота [18, с.115-123]. Отже, ці доповнення і зміни значно звужували гарантії громадян в польських судах.

Однак детальнішу характеристику кримінального процесу можна дати на підставі аналізу застосування його засад та норм у судовій практиці. Ефективність кримінального судочинства значною мірою залежала від оперативності підготовчого процесу, яке становило в кримінальному процесі найважливішу фазу. Дізнання найчастіше проводила поліція на завдання прокурора або він сам. Слідство проводилося у більш важливих справах, які належали до компетенції окружних судів, а також, судів присяжних. Воно мало всебічно висвітлити справу та підтвердити докази. Проводив його слідчий суддя під наглядом прокурора, роль якого була значною. Більшість дізнань здійснювала виключно поліція, яка часто зловживала тимчасовим арештом і намагалася фізично "вибити" докази [23, с.57–58; 24, с.23–26]. У 1938 р., згідно з декретом про вдосконалення кримінальної процедури, з метою посилення слідства в попередньому процесі поліції надавалися рівні права з прокуратурою. А в регіонах, де поширеними були антипольські настрої, залучали до підготовчого процесу і владу. Зокрема, прокурор апеляційного суду у Львові в листі до львівського воєводи, посилаючись на збільшення в деяких гмінах злочинів проти внутрішніх інтересів держави, вимагав, щоб до приїзду поліції на місце злочину гмінна влада здійснювала заходи щодо збору слідів та доказів. У такий спосіб прокурор намагався посилити віру громадськості в законність і правопорядок [11, оп.1, спр. 146, арк. 9].

Упродовж міжвоєнного періоду (особливо першої половини) найхарактернішим недоліком у слідчій практиці була її повільність.

Зроблено спроби проаналізувати проблеми, що нагромадились у слідчій практиці, виявити недоліки та їхні причини. У 1932 р. прокурор окружного суду в Гродно на з'їзді начальників слідчих відділів (проходив у м.Вільно) вказав на недоліки, які заважали ефективно проводити слідство. Зокрема, відзначено що багато зусиль витрачається на канцелярську роботу (складання великих протоколів, звітів); до слідства залучається службовці; під час дізнання головна увага приділяється зізнанням свідків (які часто змінюються) та недооцінюється збирання речових доказів. Це приводило до того, що суди часто не можуть навіть встановити, чому в справі опинився той чи інший речовий доказ і справа "розсипається". Нерідко поліційні службовці не знають положень кримінального процесуального кодексу; дізнання не раз переходить із "рук в руки" і, отже, втрачається відповідальність за

його результат; слідчі відділи перевантажуються іншими видами роботи (збиранням інформації про особи, спостереженням за легальними організаціями тощо), внаслідок чого слідство ретельно не проводилось і передавалось до суду з недоліками [11, оп.1, спр. 100, арк. 55–57].

Предметом пильної уваги прокуратури залишалась ефективність слідства в політичних справах. Усі вони відбувалися, як свідчать опубліковані документи політичних процесів, з порушенням засад кримінального процесу, а саме: застосовувався механізм політичних провокацій, фальсифікації, безпідставні арешти та ув'язнення, порушення громадянських прав. У таких справах щодо польського населення слідство вдавалося до порушення прав громадян та норм права, застосовуючи наклепи, шпідонаж, провокації, фізичні тортури тощо. Зокрема, під час брестського процесу в запиті, який був поданий до сейму опозиційними владі послами, йшлося про порушення чинного законодавства, оскільки арешт послів відбувся без рішення суду, а знущання над послами в ув'язненні було розцінено як приниження честі і гідності держави та польського народу. А значна кількість професорів Ягеллонського університету (більшість з них юристи) у відкритому листі визначили брестський процес як такий, що "вніс розлад та бруд у польське життя" [22, с.798–799, с.804, с.807].

У 1926 р. у звіті голови комісії з питань зловживань над в'язнями, який був заслуханий в сеймі, підкреслювалося, що в комісію надійшла велика кількість скарг від політичних в'язнів про брутальне ставлення та звірства щодо них, особливо у Львові. Прокуратура на такі скарги майже не реагувала. Преса намагалася оприлюднити матеріали про те, що відбувалося за кулісами судових засідань та викрити перед громадськістю жахливі факти нелюдського катування в'язнів під час підготовки процесів. Польський тижневик "Przelom" оприлюднив "методи" роботи слідчих органів та прокуратури у Луцьку: "... гвалтували жінок, били до втрати свідомості, вливали літрові банки води в ніс, калічили чоловікам статеві органи, цькували псами, виривали волосся, кололи шпильками з нафтою! Кільком в'язням було відбито печінку, вибито зуби, кілька дістали кровотечу легенів, а деякі збожеволіли..." Міністр внутрішніх справ Польщі Ф. Складовський заявив з трибуни сейму, що влада змушена була за знущання над ув'язненими розігнати слідчий відділ у Луцьку [12, оп.29, спр. 6498, арк. 8].

У другій половині 1930-х років слідство стало більш оперативним. В окрузі львівської апеляції ситуація виглядала так: якщо у IV кварталі 1935 р. кількість завершених слідств протягом трьох місяців становила 65,8%, до шести місяців – 24,6%, до одного року – 8%, понад рік – 1,6%, то за I квартал 1936 р. відповідно – 75%, 16,7, 69, 7%; за II квартал – 76%, 17,7, 4,5, 1%; за III квартал – 76%, 19, 3,4, 0,7% [11, оп.1, спр. 359, арк. 1, 3, 5, 7, 9, 11, 13]. Отже, значна кількість слідств була завершена протягом трьох місяців.

Однак завжди слідство проводилося належно. Так у IV кварталі 1935 р. із 226 завершених слідств у самбірському окрузі 16 було повернуто на повторне дослідження; із 165 завершених слідств станіславського округу було повернуто – 17; із 304 у львівському окрузі повернуто 26. У II кварталі 1936 р. в самбірському окрузі на повторне дослідження повернули 12 слідств, у станіславському – 18, у львівському – 23 [11, оп.1, спр. 359, арк. 7, 9].

Суттєвих помилок припускалися судді, передусім судів першої інстанції у підготовці справи на початковому етапі процесу, а саме: не опрацьовували належно докази, не намагалися виділити потрібні – найважливіші з них, робили ставку на

помилкові, не вибудовували органічної цілості справи, а відтак ускладнювався останній етап процесу. Отже, безвідповідальне приготування фактичного матеріалу, відсутність його критичної оцінки призводило до того, що суди першої інстанції, отримавши хаотичний матеріал, спрямовували справу в суди I інстанції на доопрацювання [12, оп.26, спр. 76, арк. 10–13; спр. 274, арк. 1–46]. Така практика значно сповільнювала процес і спричиняла скупчення справ.

Не повною мірою суди використовували так званий спрощений процес, запроваджений законом 21 жовтня 1919 р. на землях колишньої австрійської території щодо злочинів та правопорушень, яким загрожувало до одного року ув'язнення – штраф [6]. Справи розглядалися одноособово, спрощеними були підготовчий процес, основний розгляд справи та апеляційні засоби. Такий процес робив судочинство менш затратним та прискорював розгляд дрібних справ. Міністр юстиції висловив нарікання щодо недостатнього запровадження спрощеного процесу при розгляді кримінальних справ у львівському апеляційному окрузі. У 1922 р. в окрузі колегіально винесено вироків щодо 25908 осіб, одноособово – 16679 осіб. А в деяких повітових судах, зокрема Калуші, спрощений процес взагалі не застосовували. Це значно переобтяжувало суддів львівського окружного суду, оскільки у 1925 р. до цього суду надійшло 3000 таких справ, які підлягали спрощеному процесу, а розглядали їх тільки 6 суддів [11, оп.1, спр. 35, арк. 18, 26]. В окрузі самбірського окружного суду у спрощеному процесі розглядалися справи тільки в дрогобицькому повітовому суді, хоча у 1923–1925 рр. такі справи становили 1/3 загальної кількості справ. До того ж прокурор самбірського окружного суду висловлював сумніви щодо такого процесу, оскільки вважав, що неможливо передбачити, чи є справа "дрібною і меншою ваги", а значна кількість дрогобицько-бориславських справ є складними і на кожную таку справу потрібно не менше як 5 свідків [11, оп.1, спр. 35, арк. 28–29]. Отже, недовіра до спрощеного процесу та його недостатнє застосування в практиці суддів не сприяли прискоренню здійснення правосуддя.

Не завжди польські суди під час розгляду кримінальних справ дотримувалися найважливіших засад кримінального процесу. Однією з них була засада відкритості судових засідань, яка діяла в інтересах обвинуваченого і водночас була своєрідним контролем з боку громадськості за правосуддям. Згодом ця засада зазнала і законодавчого обмеження. Кримінальний процесуальний кодекс передбачав проведення судових засідань при "зачинених дверях" у трьох випадках: якщо відкритість судового засідання могла б образити добрі звичаї; спричинити заворушення; не відповідала державній безпеці. Вже у цьому законі були закладені підвалини, що давали можливість судам зловживати та порушувати цю засаду. Найбільший привід для цього давала третя причина, а саме – поняття "безпеки держави" як несгійке і невизначене. В ньому не були чітко визначені показники допустимості, коли можна було б відхилити цю засаду. Квітнева конституція 1935 р. відмовилась від принципу відкритих судових засідань у кримінальних і цивільних справах. Отже, громадськість була позбавлена можливості ознайомитися з тим, що становило найбільшу небезпеку для суспільства. Це породжувало хворобливі домисли та підривало віру суспільства в об'єктивність суддів та їхню незалежність [17, с.128–130]. У декреті президента про вдосконалення судового процесу у 1938 р. засада відкритості була ще більш обмежена. Відтепер судові засідання відбувались при "зачинених дверях" у всіх випадках, які могли викликати громадські заворушення.

Зростання кількості апеляцій та касацій на рішення судів у більш складних справах призвело до великої навали кримінальних справ у Найвищому суді та тривало їх вирішення. У 1930 р. кількість апеляційних справ в апеляційних судах порівняно з попереднім роком збільшилась з 9,5 тис. до 11 тис. [11, оп.1, спр. 101, арк. 5]. Оскільки не було фінансових можливостей збільшення кількості суддів в цьому суді, то розпорядженням Президента 1938 р. про вдосконалення судового процесу були значно обмежені можливості їх складання. Зокрема, змінені терміни складання апеляцій і касацій з 3 до 7 днів з моменту оголошення вироку, щоб зменшити кількість необдуманих, складених "наосліп" протестів. Для касацій на вироки судів другої інстанції в справах про правопорушення і скарбових справ остаточною інстанцією був окружний суд, а на вироки окружних судів як першої інстанції касація допускалася тільки в скарбових та податкових злочинах, в яких покарання тяжче ніж 3 тис. злотих. Отже, проблему прискорення кримінального процесу вирішували шляхом обмеження апеляцій і касацій [15, с.30–32].

Найповніше уявлення про діяльність польських судів дають матеріали перевірок, так звані "wizytacji", які систематично проводили вищі судові органи щодо нижчих.

За даними такої перевірки апеляційного суду в Кракові у 1936 р. встановлено, що в цілому кримінальний відділ працював ефективно, з дотриманням термінів розгляду справ. Навіть при значному збільшенні надходження кримінальних справ суд витримував результативність: у 1938 р. до суду надійшло 4901 справа, вирішено – 4765. Однак заборгованість у вирішенні справ в наступні роки не зменшувалася: у 1937 р. невіршених справ було 518, у 1938 р. – 654 [14, syg. 50; syg. 68].

Роботу стрийського окружного суду на підставі перевірки у 1936 р. було оцінено позитивно. Водночас звернуто увагу на деякі недоліки: неправильне тлумачення суддями положень процесуального кодексу, недостатнє обґрунтування вироків, багаторазові відкладання розгляду справ тощо [12, оп.26, спр. 269, арк. 7–8].

Значні недоліки виявлені в роботі кримінального відділу окружного суду в Кельцах під час перевірки його у 1935 р., де виявлена чимала заборгованість невіршених справ. Причинами такого стану були: забарлива організація роботи відділу, недостатня кількість суддів, відсутність співпраці суддів з секретаріатом, недоліки в роботі секретаріату, розгляд справ відбувався з порушенням положень кримінального процесуального кодексу [14, syg. 50].

Матеріали таких перевірок дають підставу охарактеризувати роботу гродських судів. У 1936 р. була проведена перевірка болехівського гродського суду, у 1938 р. – дрогобицького гродського суду, у 1939 р. – рожнятинського гродського суду. Серед недоліків у роботі гродських судів виявлені такі: у винесенні суддями вироків відчувався брак досвіду; розгляд справ відбувався із порушенням норм кримінально-процесуального кодексу; допускалися значні затягування у складанні обґрунтування вироків, нерідкі випадки недбайливого оформлення документації [12, оп.26, спр. 272, арк. 10; 13, оп.1, спр. 101, арк. 6–10].

Найменш ефективною виявилась робота кримінальних відділів у нижчих судах, що було наслідком недостатньої кількості суддів, браку досвіду і достатнього рівня кваліфікації, неефективної роботи допоміжного персоналу, збільшення кількості кримінальних справ. У 1938 р. на одного суддю в Найвищому суді в рік припадало 268 справ, в апеляційних судах – 355, в окружних – 864, в гродських – 2700 [21, с.650].

Недоліки, виявлені під час перевірок, ставали предметом обговорення у вищих судових інстанціях, які вживали необхідних заходів. У 1936 р. виявлено суттєві

недоліки і помилки в судовій практиці кримінальних відділів судів львівської апеляції, зокрема: щодо порушень процесуальних положень (позбавлення сторін права на подання скарги); необґрунтовані передачі справ в інші суди; відсутність необхідної документації. Вражав низький рівень вироків у кримінальних справах, особливо це стосувалося гродських судів, вирoki яких визнані незадовільними.

Наприкінці 1930-х років були зроблені спроби вдосконалити судовий кримінальний процес з метою його прискорення та зменшення фінансових витрат. Згідно з розпорядженням Президента від 21 листопада 1938 р. про вдосконалення судового процесу, зазнали змін 50 статей кодексу кримінального процесу, які зводилися до розширення компетенції гродських судів щодо злочинів проти влади, обмеження засади безпосередності, ускладнення оскарження вироків, розширення одноособового розгляду справ та заочного процесу, посилення ролі прокурора та погіршення прав потерпілого, обмеження відкритих судових засідань.

Отже, розроблений зусиллями польських учених та практиків кримінальний процесуальний кодекс 1929 р. ґрунтувався на ліберальних засадах та нормах. Упродовж наступних років ці засади зазнали змін згідно з прийнятими нормативно-правовими актами, які пристосовували кримінальний процес до політичних потреб влади (щоразу більше набувала авторитарного характеру). Норми кримінального процесуального кодексу зазнали не тільки законодавчих змін, а й часто порушувалися і спотворювалися в судовій практиці. Все це негативно позначилося на ефективності і якості кримінального судочинства та законності в державі.

Характеризуючи кримінальний процесуальний кодекс та його застосування в судовій практиці, ми не претендували на всебічне висвітлення всіх проблем кримінального процесу в міжвоєнній Польщі. Поза увагою залишилася низка проблем, які потребують окремого і детальнішого дослідження. Значний інтерес, на нашу думку, викликають такі питання, як роль Найвищого суду у вирішенні проблем кримінального процесу, врахування економічних та соціальних відносин у кримінальному процесі, вплив правової свідомості та культури польського суспільства на кримінальний процес (і навпаки), співвідношення основних засад кримінального процесуального кодексу та їх реалізація в судовій практиці, роль захисту та свідків у кримінальному процесі, становище неповнолітніх у кримінальному процесі тощо. У розробці цих проблем важливо, також, застосувати методи порівняльного аналізу, соціології.

-
1. Kodeks postępowania karnego. Rozporządzenie Prezydenta Rzeczypospolitej z dnia 19 marca 1928 r. // Dziennik Ustaw Rzeczypospolitej Polskiej (dani – DURP). – 1928. – Nr. 33. – Poz. 313.
 2. Przepisy przechodnie Tymczasowej Rady Stanu Królestwa Polskiego y 18 sierpnia 1917 r. // Dziennik Urzędowy Departamenty Sprawiedliwości Tymczasowej Rady Stanu Królestwa Polskiego. – 1917. – Nr. 1.
 3. Rozporządzenie Prezydenta Rzeczypospolitej z dnia 19 marca 1928 r. o postępowaniu doraźnem // DURP. – 1928. – Nr. 33. – Poz. 315.
 4. Rozporządzenie Prezydenta Rzeczypospolitej z dnia 23 sierpnia 1932 r. zmieniające niektóre przepisy postępowania karnego // DURP. – 1932. – Nr. 73. – Poz. 662.
 5. Rozporządzenie Prezydenta Rzeczypospolitej z dnia 21 listopada 1938 r. o usprawnieniu postępowania sądowego // DURP. – 1938. – Nr. 89. – Poz. 609.

6. Ustawa z dnia 21 października 1919 r. o postępowaniu uproszczonem // DURP. – 1919. – Nr. 87. – Poz. 473.
7. Ustawa z dnia 16 lipca 1920 r. zmieniająca ustawę o postępowaniu karnem dla b. zaborzy austriackiego // DURP. – 1920. – Nr. 67. – Poz. 453.
8. Ustawa z dnia 25 lutego 1921 r. zmieniająca ustawę z dnia 16 marca 1920 r. w przedmiocie zmiany niektórych postanowień ustaw karnych obowiązujących w b. zaborze austriackim // DURP. – 1921. – Nr. 23. – Poz. 125.
9. Ustawa z dnia 18 marca 1921 r. w przedmiocie niektórych zmian w przepisach tymczasowych o urządzeniu sądownictwa w b. Królestwie Polskim // DURP. – 1921. – Nr. 30. – Poz. 172.
10. Rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości 16 czerwca 1922 r. zmieniające dla gornośląskiej części Wojewódstwa Śląskiego niektóre przepisy niemieckiej ustawy o postępowaniu karnem // DURP. – 1922. – Nr. 46. – Poz. 398.
11. Центральний державний історичний архів України у Львові. – Ф. 205 (Прокурор апеляційного суду у Львові).
12. Державний архів Львівської області. Ф. 11 (Львівський окружний суд).
13. ДАЛО. – Ф. 356 (Дрогобицький гродський суд).
14. Archiwum Państwowe w Krakowie. – Zespół 439 (Sąd Apelacyjny w Krakowie).
15. Cyprian T. Nowelizacja kodeksu postępowania karnego // Głos Sądownictwa. – 1939. – Nr. 1.
16. Ćwik W., Opas T. Prawo sądów w Polsce do 1939 r.: zarys wykładu. – Rzeszów: Fosze, 1999.
17. Kaute S. Rozprawy przy drzwiach zamkniętych // Głos Sądownictwa. – 1938. – Nr. 2.
18. Historia państwa i prawa Polski 1918–1939. – Warszawa: Państwowe Wydawnictwo Naukowe, 1962. – Cz. 1. – 415 s.
19. Makarewicz J. Proceduralne wątpliwości. – Lwów, 1928.
20. Maciejewski T. Historia ustroju i prawa sądowego Polski. – Warszawa: Wydawnictwo C.H. Beck, 1999. – 455 s.
21. Plaza S. Historia prawa w Polsce na tle porównawczym. Okres międzywojenny. – Kraków: Księgarnia Akademicka, 2001. – Cz. 3. – 762 s.
22. Proces brzeski: sprawozdanie z rozprawy sądowej w dniach od 26 października 1931 do 31 stycznia 1932 roku. – Toledo; Ohio: Paryski Publishing, 1932. – 816 s.
23. Rudnicki K. Wspomnienia prokuratora. – Warszawa, 1956. – 207 s.
24. Старосольський В. До питання про тимчасовий арешт в стадії доходження // Життя і Право. – 1929. – Ч.4.

THE 1929 POLISH CODE OF CRIMINAL PROCEDURE

O. Lypytchuk

*Ivan Franko National University of Lviv,
Universytetska Str. 1, UA-79000 Lviv, Ukraine*

The fundamental principles of the 1929 Polish Code of Criminal Procedure are estimated in the article, the nature of their alterations and supplements is analysed. The case-law of general courts, administering criminal proceedings is examined.

Key words: inter-war Poland, code, criminal proceedings.

Стаття надійшла до редколегії 26.02.2003
Підписана до друку 30.10.2003

КОНСТИТУЦІЙНЕ ПРАВО

КОНСТИТУЦІЯ ЯК ФОРМА ПРАВОВОГО ЗАКРІПЛЕННЯ ЗМІНИ ВЛАДНИХ ВІДНОСИН В ДЕРЖАВІ ПРИ ПЕРЕХОДІ ВІД ТОТАЛІТАРНОГО РЕЖИМУ ДО ДЕМОКРАТИЧНИХ ФОРМ ПРАВЛІННЯ

П. Стецюк

*Львівський національний університет імені Івана Франка,
бул.Університетська, 1, 79000, Україна*

У статті аналізуються причини виникнення перших конституцій. Запропоновано автором своє бачення появи перших конституцій держав (Англія, США, Франція) та подана схема їх виникнення під загальною назвою "Конституція як фіксатор (форма правового закріплення) зміни владних відносин у державі при переході від тоталітарного режиму до демократичних форм правління". Аргументовано універсальність наведеної схеми появи конституцій держав та припущення про можливість виділення її в окрему (самостійну) версію нині існуючих теорій виникнення конституцій.

Ключові слова: конституція, умови виникнення (появи) конституцій, теорії виникнення конституцій, конституція – фіксатор зміни владних відносин (відносини владарювання) у державі.

Відновлена в серпні 1991 року незалежна українська держава відзначила своє перше десятиліття та п'ятиліття нового Основного Закону – Конституції. Прийнята Верховною Радою України 28 червня 1996 року Конституція України своїми положеннями закріпила на найвищому нормативно-правовому рівні основні політико-правові параметри (передусім – конституційні характеристики) відновленої держави та визначила шляхи її подальшого розвитку. Україну проголошено суверенною і незалежною, демократичною, соціальною, правовою державою (ст.1 Конституції України), державою, унітарною з республіканською формою правління (ч.2 ст.2, ч.1 ст.5 Конституції України) [1, с.3], а також фактично, хоча це прямо не зазначено в Основному Законі, державою світською (ст.35 Конституції України) [1, с.8] та державою національною, що безпосередньо впливає з низки відповідних положень Конституції України (ч.3 Преамбули, ч.1 ст.2 та ч.2 ст.133) [1, с.3, с.30]. Своєю чергою ці положення стали логічним висновком фундаментальних засад національної державності України, викладених у Декларації про державний суверенітет України [2, ст.429] та Акті проголошення незалежності України [3, ст.502].

Однак бажаного швидкого перетворення пострадянської України в сучасну європейську демократичну національну державу, а разом із цим – і подолання соціально-економічних та політичних кризових явищ, на що покладали великі надії мільйони українських громадян, за роки незалежності, у тому числі і п'ять років функціонування держави в рамках нової конституційно-правової системи, не сталося.

Зрозуміло, що процес перетворення держави – явище складне, багатопланове і залежить від багатьох різноманітних чинників: політичного, правового, економічного, соціального, міжнародного та ін. Серед цих чинників, важливе місце відведено можливості якомога повніше й швидше реалізувати положення прийнятої в 1996 році нової Конституції України. Щоправда, уже в перші роки після прийняття нової Конституції України виявилось багато труднощів, пов'язаних насамперед із її реалізацією (найпомітнішими серед них є практична неможливість реалізації окремих конституційних прав та свобод громадян). Невдовзі далися в знаки внутрішні суперечності самої Конституції як нормативно-правового акта найвищої юридичної сили. А сама Конституція, образно кажучи, виявилась нездатною ефективно "самооборонятись" від наполегливих домагань внесення до неї змін. Ці домагання окремих політичних сил реально наблизились до своєї реалізації вже на четвертому році функціонування нової Конституції, тобто ще навіть до закінчення перших конституційних "каденцій" значної частини інститутів державної влади та вищих посадових осіб.

У цій ситуації особливо небезпечним є те, що пропонувані зміни можуть реально звести нанівець засадничі демократичні принципи самої Конституції та докорінно зневілювати перелічені конституційні характеристики України. Крім того, небезпеку в собі несуть (як рецидив тоталітарних форм правління) і використовувані методи та інструменти досягнення поставлених цілей ("до болю" знайомі речі з нашого недалекого минулого як-то: "воля народу" висловлена на референдумі, вимоги трудових колективів щодо "наведення порядку", більш як стовідсоткова явка на виборчі дільниці та тотальне голосування "за", заборона проводити мітинги та інші акції громадського протесту). Ніби й справді частково почали збуватись далеко не добрі слова одного з скандально відомих сьогоднішніх політиків України, який назвав Конституцію 1996 року "сирітською" (від прізвища секретаря конституційної комісії народного депутата України Михайла Сироти, за аналогією із Конституцією СРСР 1936 – названою "сталінською"), а час прийняття Основного Закону – "п'яною конституційною ніччю".

Однак все це сьогодні не тільки не послабило уваги до проблематики Конституції як такої, а й суттєво її загострило на питаннях соціальної та правової природи, сутності, змісту, функцій, місця і ролі в національній нормативно-правовій системі тощо. Серед усього цього, певний інтерес викликають питання походження (виникнення) конституції держави як суспільно-політичного явища, умов, які дали можливість з'явитись б конституції, загальних тенденцій її розвитку, можливостей внесення змін та доповнень та ін.

Незважаючи на те що в практиці функціонування європейської (як античної, так і середньовічної) держави використовували слово "конституція" (*constituere, constitutio*) для означення (назви) різного роду нормативно-правових документів, а з часом у французькій політичній публіцистиці (XVI-XVII ст.) і словосполучення "основний закон" ("*lex fundamentalis*"), конституції держави як такої у сучасному розумінні цього поняття не було до початку демократичних антиабсолютистських буржуазних революцій XVII – XVIII ст. Своєрідним "лакмусовим папірцем" початку епохи конституції держави як такої стала поява положення (ідеї), закріпленого в пункті 16 французької Декларації прав людини і громадянина 1789 року: "...Суспільство, в якому не забезпечено гарантії прав (людини – П.С.) і не проведено розподіл влади, немає конституції" [4, с.251]. Саме від епохи буржуазних революцій,

від реальних спроб проголошення та забезпечення прав людини в державі, фактичного проведення розподілу державної влади на окремі гілки з первинною метою недопущення узурпації всієї державної влади однією людиною чи групою людей, а також від настання інших демократичних перетворень бере свій початок епоха конституції, конституційної держави, а з ними і конституціоналізму як доктринального вчення.

Принагідно, зауважимо, що більшість учених конституціоналістів дотримувались й дотримуються вище викладеного підходу щодо визначення часу появи (виникнення) конституції держави. Водночас у літературі знаходимо й інші підходи, за якими "реальна" конституція (не обов'язково у формі писаного документа) існувала та існує в будь-якій державі. Формальним початком такого підходу в нові часи вважається висловлювання німецького соціаліста Фердинанда Лассаля (Lassalle, 1825-1864): "...дійсна конституція країни, – це фактичне співвідношення сил, які існують в країні; писана конституція лише тоді міцна і має значення, коли є точним виразником реального співвідношення суспільних сил: І далі:...дійсну конституцію мали всі держави у всі часи, і новому часу особливо властиві не дійсні конституції, а писані або аркуші паперу, надзвичайно важливо не залишати це поза увагою" [5, с.34]. Згодом, аналізуючи вищенаведені висловлювання Ф. Лассаля, до подібних висновків прийде Георгій Плеханов (1856-1918), а з часом і Володимир Ленін (Ульянов, 1870-1924) [6, с.13-14]. Звідси цілком зрозумілим був зміст офіційного підходу до цієї проблеми в колишньому СРСР, так само як і причини наявності подібних думок у наш час на теренах пострадянських республік, у тому числі в Україні.

Враховуючи те, що державно організоване життя на Землі триває декілька тисячоліть і знає різні форми політичної та правової організації суспільства, різні системи цінностей та інше, а перші конституції держав (у буквальному розумінні – як писані документи, в ширшому – як перші реально створені конституційно-правові системи державного владарювання) виникають упродовж надто короткого відліку часу (якихось неповних півтори сотні років – від другої половини XVII до кінця XVIII ст.) порівняно із загальною тривалістю існування держави як такої, а також те, що ці конституції з'являються спочатку в окремих регіонах Європи, а не на всій її території одночасно, чи в інших частинах світу (наприклад, в Середній Азії, Близькому чи Далекому Сході, Південній Америці), логічно постає декілька запитань: "Чому саме Англія ("стара" – як Британські острови, "нова" – як поселення колоністів на північноамериканському континенті) чи та ж Франція, наприклад, стали місцем виникнення перших конституцій? Чому саме в той час, а не в якийсь інший, власне, виникають конституції як такі?"

Очевидно, на те були якісь причини, загальні підстави, спільні соціально-економічні, культурні та політичні процеси, які привели спочатку окремі європейські народи, а з часом і багато інших народів на різних континентах до якісно нової епохи суспільного розвитку – епохи конституції, конституційної держави, конституціоналізму. "Конституція, як основний закони держави, є історичним явищем і її виникнення в результаті розвитку суспільства на певному етапі тісно пов'язане з економічною структурою суспільства, з боротьбою класів", – писав в середині 60-х років Степан Базилович (1898-1987) [7, с.22].

Можна припустити, що формально все починалося з того, що суспільство на певному етапі свого розвитку підходить до межі необхідності заміни віджитого

феодалного ладу, який із своїм невід'ємним атрибутом – інститутом феодалної залежності, стає загрозливим гальмом суспільного прогресу загалом. На зміну старій економічній та суспільно-політичній системі має прийти нова система, в епіцентрі якої стане вільна від феодалної залежності людина. Необхідність зміни суспільного ладу зумовлюється низкою причин економічного, соціального, культурного та політико-правового характеру – як наслідку розвитку Європи останніх століть перед епохою буржуазних революцій. В економічному плані підрив основ феодалної системи Європи викликали приплив золота і срібла із Середньої та Південної Америки, так і впровадження більш прогресивних методів землекористування (відповідно – збільшення сільськогосподарської продукції), зокрема використання механічної техніки й нових джерел енергії в промисловості, розвиток торгівлі, створення цілих експортних галузей, що в кінцевому результаті приводило до первинного нагромадження капіталу та руйнації усталеної системи феодалного господарювання.

В соціальному плані поступово руйнується усталена століттями структура феодалного суспільства: поряд із дворянством і духовенством з'явилася нова сильна суспільна група, що об'єднувала в собі інтелектуальну еліту (переважно випускники юридичних і філософських факультетів середньовічних університетів) і багату та політично впливову буржуазію. Свою роль у руйнації суспільної структури феодалного ладу відіграла і поява в XVII ст. абсолютних монархій, які продемонстрували всю несправедливість системи феодалних привілеїв.

У культурному плані особливе значення мав розвиток філософії і природничих наук; експеримент і емпірея стали загальноновизнаними науковими доказами, звідси нові погляди на природні явища, на суспільство, на людину: Земля кругла і обертається навколо сонця, суспільство – не зліпок божественної волі, а людина – розумна істота, здатна з допомогою мислення творити (формувати) свою долю [8, с.210-216]. Все це разом якнайкраще підготувало ґрунт для появи політико-правових доктрин, направлених на ліквідацію феодалного ладу і пошуку нових демократичних суспільних систем.

Перший почин у політико-правовому плані, спрямований спершу на реорганізацію, а згодом і на ліквідацію феодалізму як системи, виходив від теоретиків природничого права (права натури) Гуго Гроція (Grotius, Hugo de Groot, 1583-1645), Самуеля Пуфендорфа (Pufendorf, 1632-1694), Гофрід-Вільгейма Лейбніца (Leibniz, 1646-1716), Христіана Вольфа (Wolff, 1679-1754) та інших відомих мислителів того часу, які послідовно виступали проти виключно зобов'язальної сили позитивних законів, водночас проповідуючи цінність інших прав людини – так званих вроджених або природних (невід'ємних) прав особи. Розвиваючи далі їхнє вчення про природні права людини, англійський філософ Джон Локк (Locke, 1632-1704) відносить до них такі поняття як громадянські свободи й право приватної власності, які, на його глибоке переконання, існують і без огляду на волю чи бажання держави. В цьому напрямі ще далі пішов Вільям Блекстоун (1723-1780), відносячи до категорії основних прав та свобод людини право на особисту безпеку та право на особисту свободу. Паралельно Джон Локк висуває принципово нову ідею організації публічної (державної) влади на засадах її поділу на законодавчу, виконавчу і договірну. Згодом французький філософ Шарль Луї де Секонд Монтеск'є (Montesquieu, 1689-1755), пропонуючи дещо інший поділ державної влади на окремі гілки (законодавча, виконавча, судова), наголошує на необхідності запровадження

такої системи, в умовах якої кожна гілка влади була б чітко відокремлена від інших та мала можливість обмежувати при потребі незаконні владні потуги інших гілок (наприклад, у випадку спроби узурпації ними державної влади як такої).

Своєрідним "завершенням модерних конституційних ідей", за висловом Станіслава Дністрянського (1870-1935), стали погляди (вчення) французького філософа і письменника Жан-Жака Руссо (Rousseau, 1712-1778), зокрема знамениті його міркування про сутність "суспільного договору" ("соціального контракту" кожного громадянина із загалом усіх громадян, як репрезентантом загальної суверенної волі), а відтак – і теорія "народного суверенітету" ("...народ – як спільність усіх громадян держави; держава остільки суверенна, оскільки суверенний народ; монарх не має, як такий, окремих прав, тільки ті, які будуть наділені йому на основі загальної волі народу; не монарх, а народ є сувереном у державі...") [9, с.186-189].

Суспільство (окремі європейські народи) за умови комплексної дії всіх вище перелічених чинників (від економічних – до політико-правових) на конкретному етапі свого розвитку підійшло до потреби і реальної можливості заміни феодального ладу, що відживає, на прогресивнішу демократичну систему. Перші спроби такої заміни не могли пройти мирним шляхом. Як результат – буржуазні революції в Англії та Франції, війна за незалежність на північно-американському континенті, яку дуже спрощено можна сприймати як війну метрополії й колоній за територіальне верховенство. Насамперед це була війна старого феодального та нового буржуазно-демократичного світів. З цього приводу ще в 1792 р. Томас Пейн (Paine, 1734-1809) наголошував, що "незалежність Америки, якщо її розглядати тільки як відділення від Англії, була б справою невеликого значення, якщо б вона не супроводжувалась революцією в принципах і практиці управління" (тобто на доктринах народного правління, суспільного договору, республіканізму, невідчужуваності природних прав людини – П.С.) [10, с.7].

Демократичні завоювання в результаті буржуазних революцій та визвольних війн, як правило, спочатку знаходили своє закріплення на політичному рівні – деклараціях, угодах, інших документах політичного характеру, а потім фіксувались (закріплювались) на юридичному рівні – в конституціях. З цього приводу С. Базилевич писав: "...конституції, як основні закони держави, виникають у період народження капіталізму, коли новий клас буржуазії, йдучи до влади, вимагає закріплення в законодавчій формі своїх досягнень і завоювань в політичній сфері" [7, с.22].

Схематично, звичайно, з певною мірою умовності, "шлях" виникнення перших конституцій можна подати в такому порядку – як послідовність декількох етапів (див. схему 1):

- 1) в існуючій феодальній системі назрівають умови ліквідації феодального ладу і заміни його на більш демократичну та якісно нову соціальну систему. Цьому сприяє низка причин економічного, соціального та культурного характеру – як спільний результат розвитку суспільства, як наслідок соціального прогресу (підготовчий період);
- 2) ліквідація феодального ладу переходить у стадію практичної реалізації; шляхи реалізації – революції, визвольні війни, народні повстання, інші соціальні катаклізми (перший етап);

- 3) на найвищій хвилі соціального пробудження народу (пік, вершина соціальних заворушень) досягнуті права й свободи, соціальні та інші цінності як завоювання революцій, визвольних війн, народних повстань, – закріплюються на рівні політичних документів (різного роду декларацій, резолюцій, декретів універсалів, заяв, вимог) (другий етап);
- 4) для збереження завоювань революцій, визвольних війн, народних повстань та закладення сталих основ подальшого демократичного розвитку суспільства й держави приймаються конституції – правові акти найвищої юридичної сили, які фіксують досягнуті соціально-політичні зміни в державі (зміни владних відносин, або, іншими словами, вживаючи термін, запропонований Володимиром Шаповалом – "зміни відносин державного владарювання" [11, с.31-34]).

У запропоновану схему виникнення (появи) конституцій легко можна "вкласти" перебіг подій соціально-політичного життя Англії, Франції, США напередодні виникнення в них перших конституцій (див. схему 2). При цьому запропонована схема виникнення (появи) конституцій, на наш погляд, не є міцно прив'язаною тільки до часу виникнення перших конституцій – вона має універсальний характер.

На підтвердження цього звернемо увагу на таке.

Перше. Ця схема (такий перебіг подій в процесі виникнення конституції) стосується появи всіх без винятку конституцій упродовж усієї історії конституціоналізму як такого, із незначною похибкою на зміну форми тоталітарного режиму чи характеру соціальних заворушень, які певною мірою визначали характер (насильницький чи мирний) зміни владних відносин. Якщо на початках процесу виникнення конституцій в абсолютній більшості випадків простежувалась фіксація зміни владних відносин у процесі переходу держави від феодальної до ранньобуржуазної, то з часом, зокрема у другій половині ХХ ст., бачимо таке закріплення при переході від інших форм тоталітарних режимів до демократії. Прикладів більш ніж достатньо: зміни фашистського режиму в Італії, націонал-соціалістичного в Німеччині, радянського на просторах колишнього СРСР, "соціалістичного" в країнах Центральної та Східної Європи, різного роду диктаторів, хунт в азійських, африканських та латино-американських країнах. При цьому як у ХІХ, так і в ХХ ст. практична реалізація переходу суспільства від тоталітаризму до різного роду і різного ступеня демократичних форм, не завжди мала тільки грубий насильницький характер. Практика суспільного поступу знає багато прикладів ненасильницького переходу до демократії, як-то добровільна відмова від влади, надання (дарування) конституцій, мирні революції.

Друге. Таку схему виникнення конституцій простежуємо на прикладі будь-якої держави, що має, чи мала раніше конституцію. Зокрема, простежимо історію виникнення конституцій України, починаючи від половини ХVІІ ст. до появи нині чинної Конституції України (див.схему 3).

Третє. Запропонованій схемі притаманний так званий "ефект зворотної дії": вона дає можливість логічно, послідовно показати не тільки появу конституції, а й процес її ліквідації як такої та повернення суспільства до стану тоталітарного режиму. Прикладом можуть бути міжвоєнні європейські держави: та ж Веймарська Республіка, Польща, Фінляндія.

Сам процес переходу від тоталітаризму до демократії незалежно від часу і форм повинен мати добре підготовлену основу, свого роду "грунт для паростків"

демократії взагалі та інститутів конституційної держави зокрема. В іншому разі проголошення навіть найкращої, найдосконалішої за змістом і духом конституції має всі шанси залишитися тільки добрими намірами. Саме з таких позицій можна пояснити, наприклад, те, що окремі держави навіть на євроазійському спільному просторі практично не знали конституції до кінця XX ст. (наприклад, Росія), або те, що в низці латиноамериканських країн практично все XX століття, незважаючи на численні випадки проголошення на загал демократичних за змістом конституцій, пройшло в рамках жорстких тоталітарних режимів. Окремі випадки неготовності суспільства функціонувати в режимі конституційної держави протягом останніх десяти років минулого століття можна було спостерігати в низці країн, які виникли на пострадянському просторі. На превеликий жаль, деякою мірою це стосується й України.

Підсумовуючи вище викладене щодо умов та причин виникнення (появи) перших конституцій, логічним видається висновок, що конституція як соціальне і політико-правове явище є свого роду виключно продуктом, витвором європейської цивілізації загалом, логічним наслідком розвитку європейської правової й політичної культури. Відтак конституція, конституційна держава, конституціоналізм як такий відповідно тісно пов'язані з ментальністю та традиціями європейських народів, європейськими античними та християнськими моральними цінностями й постулатами. При цьому Конституцію США 1787 року, на наш погляд, також варто розглядати винятково як витвір (невід'ємну складову) власне європейського конституціоналізму другої половини XVIII ст. Адже не тільки творцями цієї Конституції були ті ж самі вихідці з Європи (як правило, з Англії) або їхні діти, народжені вже у Новому світі, але й сам рівень необхідної політичної і правової культури жителів англійських колоній північно-американського континенту був перенесений ними в Америку з Європи (щоправда, на "благодатний" ґрунт суспільно-політичних реалій).

Поява (виникнення) українських конституцій (від половини XVII ст. і до наших днів) повністю відповідає подібним процесам в інших європейських народів.

Головною причиною виникнення конституцій була і залишається потреба правової фіксації на найвищому рівні зміни владних відносин (відносин державного владарювання) у процесі переходу суспільства від тоталітаризму до демократії та створення правових основ дальшого демократичного розвитку суспільства й держави. Закріплення прав і свобод людини та розподілу влади є обов'язковим складовим елементом цього процесу.

-
1. Конституція України: Прийнята на п'ятій сесії Верховної Ради України 28 червня 1996 р. – К.:Преса України, 1997.
 2. Декларація про державний суверенітет України // Відомості Верховної Ради УРСР. – 1990. – №31.
 3. Про проголошення незалежності України. Постанова Верховної Ради Української РСР // Відомості Верховної Ради Української РСР. – 1991. – №38.
 4. Декларація прав людини і громадянина. Прийнята Національними Зборами Франції 26 серпня 1789 року, (В зб. Конституции и законодательные акты буржуазных государств (XVIII-XIX вв.). //Сборник документов. М.:Государственное издательство юридической литературы, 1957. – С.251.
 5. Лассаль Ф. Сущность конституции. – Что дальше? – СПб.: Молот, 1905.

6. Див.: Эбзеев Б.С. Конституция. Правовое государство. Конституционный суд: Учебное пособие для вузов. – М.: Закон и право, ЮНИТИ, 1997.
7. Базилевич С.Е. Поняття та суть конституції //Степан Базилевич (1898-1987). Життя та науково-педагогічна діяльність. Спогади.Вибрані статті.-Львів, 1998.
8. Див.детальніше: Аннерс Э. История европейского права Пер. со швед.; Ин-т Европы. – М.:Наука, 1996.
9. С.Дністрянський. Загальна наука права і політики. Права, 1923 – Т.1.
10. Цит.за: Лафитский В.И. Основы конституционного строя США. – М. Изд-во НОРМА, 1998.
11. Див.детальніше: Шаповал В. Основний закон держави: соціальне призначення і нормативно-регулююча роль нової Конституції України // Віче. – 1996. -№6.

**CONSTITUTION AS FORM OF LEGAL FIXATION OF STATE
POWER RELATIONS' CHANGES UNDER TRANSITION FROM
THE TOTALITARIAN REGIME TO THE DEMOCRATIC FORMS
OF GOVERNING**

P. Stetsyk

*Ivan Franko National University of Lviv
Universytetska str.,1, UA-79000 Lviv, Ukraine*

This article contains short analysis of the reasons for the first constitutions emergence. The author suggests his own point of view of the process of first State constitutions appearance (England, the USA, France); the scheme of their emergence named "Constitution as a fixer (form of legal fixation) of State power relations' changes in the process of the totalitarian regime transition to the democratic forms of governing". Universalism of this constitution emergence scheme is argued, the possibility to single out this scheme as independent version of constitution emergence theories is assumed.

Key words: constitution, conditions of constitutions emergence, constitution as fixer of State power relations' changes.

Стаття надійшла до редколегії 31.03.2003
Підписана до друку 30.10.2003

СТАНІСЛАВ ДНІСТРЯНСЬКИЙ ПРО КОНСТИТУЦІЮ ДЕРЖАВИ

А. Савчак

*Львівський інститут внутрішніх справ
при Національній академії внутрішніх справ України,
вул.Городоцька,26, 79000 Львів, Україна*

Стаття висвітлює погляди Станіслава Дністрянського на конституцію держави. На підставі праць самого вченого розкривається поняття, зміст, обов'язкові елементи та призначення конституції у кожній державі.

Ключові слова: конституція, права і свободи особи, принцип розподілу влади, система правової охорони конституції.

Важливою складовою української національної ідеї була і залишається ідеологія державотворення. В основі української ідеології державотворення була насамперед проста і природна ідея створення своєї, власної, української держави як прояву політичного самовизначення української нації і засобу утвердження її самостійності та незалежності.

Ідеї щодо майбутньої української держави формувались і змінювались під впливом низки обставин: характеру тих держав, які на той час існували; загально визнаних політичних і правових учень; обставин української дійсності; історії українського державотворення та ін.

Українська держава уявлялась її ідеологам, ученим, політикам, як правило, суверенною, самостійною, вільною, демократичною, справедливою, правовою, соціальною, соборною, єдиною. Про таку державу – частково чи в цілому – мріяли, зокрема, Т. Шевченко, І. Франко, М. Драгоманов і М. Грушевський. Ідея українського державотворення особливо почала втілюватись в життя на початку ХХ-го століття [1,46]. Прикладами створення української держави в той час були, зокрема, утворення Української Народної Республіки та Західно-Української Народної Республіки, правовою основою існування яких мала виступати, звичайно, Конституція.

Конституція є важливим політико-правовим документом будь-якої держави, в якій фіксується відповідний стан розвитку як держави, так і її правової системи. В ній містяться норми не лише юридичного, а й політичного характеру, які взаємозумовлені, взаємопов'язані і в своїй системі створюють єдину основу, необхідну для регулювання найважливіших суспільних відносин та подальшого розвитку кожної держави [2,14]. Тому цілком закономірно, що серед усієї маси політико-правових поглядів, які існували й існують у наш час, важливе місце посідають погляди науковців на суть конституції держави, її зміст і функції та місце в нормативно-правовій системі держави.

Особливий інтерес сьогодні викликає стан розвитку національних конституційно-правових доктрин у частині сутності та змісту основного закону в період виникнення та функціонування вже вищезгаданих Української Народної Республіки та Західно-Української Народної Республіки в 1917 – 1920-их рр. Адже саме в цей час загальна теорія конституційного права, збагатившись як теоретичним

вченням (відомі "17 пунктів Вудро Вільсона), так і практикою реалізації доктрини невід'ємного права нації на своє самовизначення (виникнення цілої групи національних держав на руїнах Російської та Австро-Угорської монархій), набула значного поштовху, який фактично визначив параметри розвитку конституціоналізму протягом всього XX ст. Саме в рамках цього процесу як конституційно-правові явища з'явилися і утвердились – конституційний суд, політичні партії і профспілки, більш демократичні виборчі системи, соціальні, економічні й культурні права та свободи людини, права людини "третього покоління" (колективні права), інститут омбудсмена тощо. Все це привело до появи в XX ст. "другої" (1918-1939) і "третьої" (від 1945 р.) хвиль конституцій.

Яскравою сторінкою в національному конституційному праві залишились погляди на конституцію держави професора Львівського та Українського Вільного в Празі університетів, академіка Всеукраїнської Академії Наук (ВУАН) Станіслава Севериновича Дністрянського.

Відомо, що С. Дністрянський, будучи класичним представником соціологічної школи права, розглядав право взагалі і, зокрема, право конституційне виключно як явище соціальне (суспільне). Він неодноразово підкреслював, що для людини, ізольованої від світу, не треба ні конституції, ні законів. Отже, право як таке може функціонувати тільки там, де існують "суспільні зв'язки" [3, с.9]. Формами прояву права, за С. Дністрянським, є насамперед закони та підзаконні нормативно-правові акти, але тільки закони є "підставою цілого правного життя в державі. Держава видає їх, виконує їх, та судить по своїм законам"[3, с.59]. Під законами вчений розумів "...державою усталені основи суспільного життя, чи поміж людьми, чи у відношенні людей до держави або держави до людей" і поділяв їх на три групи: а)конституційні закони; б)основні закони; в)звичайні закони. Конституційні закони "...подають загальні принципи про організацію держави у відношенні до поодиноких громадян чи народу"; основні закони – "переводять загальні норми конституції в подрібних законах"; звичайні закони – всі інші "закони, що торкаються усіх інших областей законотворчої влади") [3, с.60].

Про конституцію держави як окремий закон С. Дністрянський пише, що це насамперед певна "система правного ладу в новітній державі. Лад у державі мусить стояти на правних основах. На те вона видає закони, і єсть звичайно законом, і то засновним законом від якого бере початок законодавча власть, що має дальшими законами нормувати суспільне життя в державі"[4, с.192].

Розглядаючи Конституцію як "систему правного ладу", автор говорить, що державний лад повинен ґрунтуватися (стояти) на "правних основах", тобто держава видає для цього закони. Одним з таких законів є Конституція – основний закон, на якому ґрунтуються повноваження законодавчої влади, що видає інші закони, на підставі яких регулюється суспільне життя в державі.

Стосовно його розуміння "новітньої держави", то вона повинна захищати і виражати волю всіх її громадян (народу), який не лише є суб'єктом права, але й творцем права. Всі три гілки влади: законодавча, виконавча і судова, – опираються на цей народ і, по суті, покликані виконувати його волю. На його думку, будь-яка "новітня держава" повинна виконувати волю народу. І навіть коли на чолі такої держави стоїть монарх – "він є лише одним з громадян, що з волі народу та в границях закону кермує державою".

Отже, в конституції держави С. Дністрянський бачив не звичайний закон держави, а такий, що є фундаментом, основою для всіх інших законів. Як конституція держави, на думку С. Дністрянського, повинна на належному теоретичному рівні закріпити положення про основи державного ладу країни, положення про суверенітет народу (народний характер державної влади); положення про права та свободи людини; поділ державної влади на окремі гілки (принцип "трьох властей"); місцеве самоврядування. При цьому С. Дністрянський спеціально окремо наголошує, що без закріплення в системі державних органів принципу розподілу влади на окремі гілки та забезпечення прав і свобод громадян, як мінімум, не може існувати конституція в її сучасному розумінні, а вище перелічені положення називає "загальними елементами конституції" [4,193]. Тому, на думку вченого, далеко не кожен політичний документ новітньої історії названий "конституцією" є такою насправді. Як приклад С. Дністрянський називає "Конституцію РРСФР 1918 року", аргументовано звертаючи увагу на такі моменти:

- по-перше, ця конституція не виражала волю всього народу, а лише волю робітничого та безземельного хліборобського пролетаріату;
- по-друге, цей документ не визнає жодних основних прав і свобод людини, а визнає лише диктатуру пролетаріату;
- по-третє, радянська держава не хотіла бути державою в її класичному розумінні, а стати федерацією рад всього світу;
- по-четверте, новітня держава, що спирається на Конституцію, є правовою державою, а Радянська республіка не знає ознак права – лише диктатуру. В ній не має поділу влади на законодавчу, виконавчу і судову;
- по-п'яте, конституція держави містить у собі стабільні основи державного ладу, які не обмежуються певною метою. Конституція Радянської Республіки обмежується як часом, так і змістом: "запровадження диктатури пролетаріату" доки "трудові елементи знищать капіталістичний визиск".

Саме тому цей документ, на думку С. Дністрянського, і не може називатись конституцією держави, а є тільки "революційним маніфестом, революційною програмою...Советської Республіки" [4,195].

Для того щоб конституція держави була реальною і могла виконувати своє головне призначення – бути основним законом держави, ядром її правової системи, законом з вищою юридичною силою, вона мусить мати "три опори": історичну, політичну і юридичну (правову) основу [5, с.235]. Історична основа кожної конституції "ховається" в її творцеві – в народі. С. Дністрянський з цього приводу пише: "... Бо що ж єсть конституція?...Constituerе – трівко вставляти, установляти. Хто ж установляє? Нарід. Доки нарід, як такий, не встановив про свою долю, не було конституції... Конституція без волі народу не є справжня конституція – вона є твором довільним, що дуже легко прокидається з абсолютизмом... в конституції сам нарід становить про своє право, про свою державу. Він може хотіти лише такого права і лиш такого державного ладу, який відповідає його народній вдачі що протягом літ проявляється в його суспільному житті, коротко кажучи: в його народній історії, в його народних традиціях. Конституція, що не числилась би з історичною основою життя цілого народу, не може бути ніколи тривка..." [5,233,235]. Політичну основу конституції держави Станіслав Дністрянський вбачав "в обставинах сучасної доби і у відношенні до інших держав чи народів", при цьому, будучи переконаним в тому, створюючи конституцію треба добре орієнтуватися як в історії, так і в теорії

конституційного права, в досвіді конституційного будівництва зарубіжних країн, в тенденціях розвитку конституціоналізму як такого взагалі, а особливо французького, англійського, швейцарського та північно-американського. Однак, однієї історії європейського конституціоналізму, зазначає вчений, є недостатньо для забезпечення "політичної" стабільності основного закону. Його положення повинні бути пройняті також і духом "провідних ідей теперішньої доби", а відтак учений окремо підкреслює, що "Конституцію нової держави не складається на старих ідеях, які в історії людства або пережилися або переживаються, тільки береться на увагу ті нові ідеї, які в всесвітньому поступі добули або добувають собі право громадянства. Конституція складається для грядущих поколінь" [5,236]. Правова (юридична) основа конституції полягає, на думку С. Дністрянського, як в особливостях "форми і змісту, якими вона різниться від інших законів", так і в її місці в ієрархії нормативно-правових актів держави. Тому, визначаючи конституцію як основу національної нормативно-правової системи, фундамент законодавства, С. Дністрянський стоїть на тому, що в сучасній державі має бути створена спеціальна система захисту конституції. В частині визначення правової основи конституції цікавими є погляди вченого на можливу національну назву – синонім до поняття "конституція". З цього приводу С. Дністрянський писав, що "коли ж хтось хоче безумовно мати на "конституцію" окрему українську назву, – то... найліпше відповідає слово: "правна установа" [5, с.233]. Останнє визначення цілком є зрозумілим, оскільки С. Дністрянський був переконаним прихильником соціологічного напрямку розвитку права взагалі.

Аналізуючи його погляди, передусім конституційно-правові, погляди на загальну теорію права і держави, на проблеми міжнародного публічного права, можна також дійти висновку, що серед представників соціологічної школи права С. Дністрянський належить до групи інституціоналістів. Саме в рамках соціологічної школи права в першій чверті XX ст., крім напрямку конституціоналістів-солідаристів набув певного розвитку і популярності в наукових колах інший напрям – інституціоналізм, одним із теоретиків, якого був М. Оріу. Інституціоналісти бачили в державі, її органах, партіях, організаціях – "інституцію" (установу, заклад) призначенням яких є розв'язання політичних, соціальних, економічних проблем суспільства, а в самій конституції держави – "формальний статут" інституції [6,6-8], при цьому на думку М. Оріу, саме цей статут держави (конституція) "повинен поставити перепону захопленням уряду шляхом всемогутньої сили встановлення права" [7, с.538]. Саме тому, С. Дністрянський, розкриваючи популярно сутність і зміст конституції, пише: "...хочаби зрозуміти, що належить до змісту Конституції, мусимо уявити собі, що держава є нічим іншим, як великою публічною корпорацією. Тому образowo найліпше представити собі, що Конституція є у великому те, що статут якогось товариства в малому. Способи організації держави є дуже тотожні на це, що бачимо в організації звичайних товариств..." [4, с.195].

С. Дністрянський проводить таку аналогію:

- 1) Члени, засновуючи товариство, складають його статут. Так і в конституційній державі – всі її громадяни беруть участь у прийнятті Конституції.
- 2) Статут містить назву і місцезнаходження товариства, – отож і Конституція містить в собі назву держави і її територіальні межі.
- 3) Статут передбачає права та обов'язки членів товариства, – і конституція має містити основні права і обов'язки громадян.

- 4) Конституція передбачає поділ влади на законодавчу, виконавчу і судову. Подібне ми бачимо і в Статуті товариства, який передбачає такі органи, як загальні збори, "виділ" або президія та мировий суд.
- 5) У державі існують контролюючі органи та запроваджуються податки. В товаристві цьому відповідає контрольна комісія і членські внески.
- 6) Великі товариства мають у своєму складі "секції або комісії". В конституційній державі влада теж поділяється на різні області, за якими визнається "самоуправа" (тобто самоврядування).

Погляди Станіслава Дністрянського на конституцію сучасної держави, її зміст та сутність, форму, функції, "наповнення" конкретних конституційних норм тими чи іншими положеннями, крім його наукових праць, яскраво доповнюються авторським проектом Конституції ЗУНР [8, с.161-185]. Цей проект був підготовлений вченим у кінці 1920 р. на замовлення Уряду Євгена Петрушевича уже на еміграції. Проект складається із 130 статей, об'єднаних у три глави: "Держава і право", "Державна влада" та "Право народів на самовизначення". Глава перша "Держава і право" містить три розділи: "Правова держава", "Людські та громадянські права" та "Права народу". Своєю чергою, розділ другий цієї глави – "Людські та громадянські права" – містить такі окремі підрозділи під назвами: "Свободи", "Рівність", "Охорона і старівля". Глава друга "Державна влада" складається із трьох розділів: "Основи державної влади", "Організація народної волі" та "Виконання народної волі". У другому і третьому розділах цієї глави, подібно до розділу "Людські та громадянські права", автор конституційного проекту виділяє окремі підрозділи: у розділі "Організація народної волі" – "Народна Палата", "Загальнонародна Рада", "Народні Збори і Народні комори" та "Місцеве заступництво"; у розділі "Виконання народної волі" відповідно – "Президент Республіки", "Прибична Рада", "Державна Рада", "Місцеве управління" та "Правосуддя". Глава третя "Право народів на самовизначення" не має поділу на окремі розділи.

За конституційними характеристиками майбутня ЗУНР С. Дністрянським бачилась як держава правова, суверенна та демократична; в цій державі мали б визнаватися права і свободи людини, місцеве самоврядування як обов'язковий конституційно-правовий інститут, державна влада мала будуватися за принципом поділу її на законодавчу, виконавчу і судову. Фактично проектом передбачалось створення ЗУНР у формі президентської республіки.

В конституційному проекті С. Дністрянського широко представлені права і свободи людини і громадянина. Серед особистих прав і свобод у Проекті знаходимо такі важливі фундаментальні положення, як положення про недоторканність особи, недоторканність житла, свободу поселення і пересування, таємницю особистого життя, а також свободу совісті та свободу наукової творчості. Блок політичних прав та свобод представлений положеннями про свободу зборів, правом на створення громадських спілок, правом на подання петицій, свободою думки і слова, виборчим правом громадян. Групу економічних прав та свобод представлено правом на власність, доступністю та свободою промислу, свободою промислової конкуренції та інші. В проекті проголошується право кожного, хто вважає себе скривдженим, на правовий захист держави. Блок конституційних обов'язків вміщує обов'язок військової служби, обов'язок сплачувати податки, обов'язок дотримуватись законів держави, відвідування початкових шкіл.

В основу організації органів державної влади, про що зазначалось вище, покладено принцип її поділу на окремі гілки – законодавчу, виконавчу та судову. Однак автор проекту вважав, що для "обґрунтування тривалої народної влади в державі слід скликати Установчі Збори". Законодавча влада належить парламентові – Народній Палаті, яка обирається строком на 4 роки на основі загального, рівного і прямого виборчого права при таємному голосуванні. Система органів державної виконавчої влади включає в себе Президента Республіки, Уряд – Державну Раду та місцеві органи державної виконавчої влади. Президент Республіки обирається народом строком на 4 роки. Обиратися може кожен громадянин української національності, який досяг 35-річного віку. За характером своїх повноважень Президент Республіки є одночасно главою держави і главою виконавчої влади. Уряд ЗУНР – Державна Рада – визначено "верховним центральним органом для внутрішнього управління державою". Очолює Уряд Президент Республіки. Державна Рада складається з шістьох членів. Членів Державної Ради призначає Президент Республіки. Передбачалося відповідно утворення шістьох міністерств: Внутрішніх справ, Фінансів, Релігії і освіти, Сільського і лісового господарств, Торгівлі і промислу, Сполучень. Судова система ЗУНР, відповідно до положень конституційного проекту, мала б включати в себе: мирові суди, Державний Судовий Трибунал та Голову Державної Юстиції. Судді призначаються Президентом Республіки на все життя. Основними завданнями Голови Державної Юстиції є "підкування про забезпечення порядку в правосудді" та експертна робота на чолі спеціального бюро над законопроектами парламенту. Верховне правосуддя належить Державному Судовому Трибуналу, який складається з 12 членів (шістьох – обирає парламент; шістьох призначає Президент Республіки за поданням Голови Державної Юстиції з числа професійних суддів або юристів "вільних професій").

До повноважень Державного Судового Трибуналу, серед іншого, також віднесено і визначення законів на предмет їхньої конституційності та відміна не конституційних законів [9,183-184]. Це, разом із положеннями про порядок внесення змін і доповнень до Конституції Республіки, елементами конституційної відповідальності (імпічмент Президента, відставка Уряду, окремих міністрів, суддів), фактично закладали міцну основу для створення системи правової охорони конституції, що є яскравим штрихом до характеристики уяви С. Дністрянського про цінність конституції як такої, про потребу її найширшої охорони, в тому числі і з допомогою права.

Підсумовуючи вищевикладене, зазначимо, що професор С. Дністрянський чи не першим у вітчизняній науці державного (конституційного) права комплексно звернувся до проблеми сутності конституції, її форми та змісту, призначення в нормативно-правовій системі держави, її основ (підґрунтя), а також до проблеми забезпечення її охорони з боку права. Його думки, наукові висновки з цих питань не втратили актуальності і сьогодні.

1. Погорілко В. Нова конституція України – втілення національної ідеології державотворення // Право України.-1997.-№1.-С.46-47.
2. Опришко В. Конституція України – основа розвитку законодавства // Право України.-1997.-№8.-С.14-17.
3. Дністрянський С. Загальна наука права і політики. – Прага, 1923.Т.1.-293с.

4. Дністрянський С. Теорія конституції.// Стецюк П. Станіслав Дністрянський як конституціоналіст. – Львів, 1999. – С.186-208.
5. Дністрянський С. Нові проекти українських конституцій // Воля – Відень, 1920. – Т.6, – Ч.5.
6. Кампо В.М., Гринчак В.А., Заєць І.Я. та ін. Конституції країн парламентської демократії.-К.:НМК ВО,1992.-88с.
7. Ориу М. Основы публичного права. – М.;1929.-759с.
8. Стецюк П. Станіслав Дністрянський як конституціоналіст. – Львів, 1999.-232с.
9. Проект Конституції Західно-Української Народної Республіки.// Стецюк П. Станіслав Дністрянський як конституціоналіст. – Львів, 1999.-С.161-185.

STANISLAV DNISTRYANS'KYI ABOUT THE CONSTITUTION OF THE STATE

A. Savchak

*Lviv Institute of Internal Affairs
Gorodotska Str. 26, UA-79000 Lviv, Ukraine*

S. Dnistrianskyi's opinions about the constitution of the state are elucidated in the article. On the basis of this scholar the concept, essence, necessary elements and purposes of constitution in every state are analysed.

Key words: constitution, human rights and freedoms, principle of separation of powers, system of constitution legal protection.

Стаття надійшла до редколегії 20.03.2003
Підписана до друку 30.10.2003

ІСТОРІЯ МІСЦЕВОГО САМОВРЯДУВАННЯ – СКЛАДОВА НАУКИ ПРО МІСЦЕВЕ САМОВРЯДУВАННЯ

В. Кіселичник

*Львівський національний університет імені Івана Франка
вул.Університетська, 1, 79000 Львів, Україна*

У статті аналізуються початки, етапи становлення, зміст та метод історії місцевого самоврядування як необхідної складової сучасної науки про місцеве самоврядування. Пропонується вважати історію місцевого самоврядування комплексним науковим знанням, яке складається з історії громад, історії вчень про самоврядування, історії основних моделей та форм самоврядування, а також історії самоврядного права.

Ключові слова: місцеве самоврядування, наука місцевого самоврядування, моделі місцевого самоврядування.

Понад десятиріччя в Україні динамічно розвивається наука про місцеве самоврядування. Її потенціал став вагомим чинником становлення і розвитку Української державності, забезпечив нову якість ідеї місцевого самоврядування, сприяв юридичному оформленню відповідних суспільних відносин.

Для початків сучасної української науки про місцеве самоврядування характерним було домінування історико-правового підходу до дослідження цього складного, багатоаспектного явища. Такий підхід збагатив науку знаннями про історичні передумови та ідейні джерела місцевого самоврядування, забезпечив становлення теоретичних конструкцій, базових юридичних понять та категорій, підготував ґрунт для законодавчого оформлення місцевого самоврядування в Україні. На початку 90-х років XX ст. історико-правові дослідження місцевого самоврядування безперечно мали одне понадзавдання – довести, що інститут самоврядування є, умовно кажучи, "своїм", тобто історично притаманним українцям практично у всі епохи нашої історії. Це завдання було реалізовано, про що свідчать не тільки численні наукові праці, а й прийняття Конституції новітньої Української держави і Закону України "Про місцеве самоврядування в Україні". Прийняття цих важливих правових актів надало особливої ваги в процесі становлення вітчизняної теорії місцевого самоврядування питанням щодо природи, основ і принципів організації органів громадського самоврядування. Актуальними стали дослідження теоретичних та практичних проблем конституційно-правового статусу територіальних громад, комплексні наукові праці про місцеве самоврядування як про важливий політико-правовий інститут. Історико-правові дослідження на певний час відійшли на другий план, хоча і не припинялися.

Друга хвиля інтенсивних історико-правових пошуків своєю основою може вважати ратифікацію 15 липня 1997 року Верховною Радою України Європейської Хартії про місцеве самоврядування [1, Ст.249], яка стала складовою законодавства України.

Актуальність сучасних історико-правових досліджень зумовлена проблемою характеристики української моделі місцевого самоврядування. Науковці і суспільство поступово усвідомлюють, що закріплена в Конституції та Законі України "Про місцеве самоврядування в Україні" модель доволі еkleктична. Важко сказати, яку із

сучасних теорій самоврядування сповідував законодавець, визначаючи його роль та закріплюючи повноваження самоврядних органів у Конституції України й інших законах. Більше того, слід, очевидно, погодитися з думкою О. Батанова про те, що в цьому питанні спостерігається і певна дилема, оскільки в Основному Законі Української держави вибір зроблено на користь громадської теорії, хоча в той же час чимало важливих положень Конституції написано в дусі державної теорії [2, с.37]. Державницький підхід проводиться і в профільному законі про місцеве самоврядування.

Очевидно, тут відіграли вирішальну роль не потяг до чистоти втілення теоретичних ідей та конструкцій, а бажання якнайшвидше відійти від "старих" радянських форм державного управління на місцях. Зараз немає сенсу аналізувати українську модель місцевого самоврядування з точки зору сприйняття її як своєї, вичисляти, що в ній від англосаксонської, французької чи німецької моделі. Проте залишається факт, що наша модель немало запозичила із зарубіжного досвіду і є за своєю природою європейською.

На нашу думку, звернення до великої історичної спадщини, вивчення досвіду діяльності органів місцевого самоврядування у минулому сприятиме можливості розв'язувати суперечності розвитку інституту самоврядування в Україні в сучасних умовах. Це історична суперечність між самоврядуванням як ідеєю, самоврядуванням як юридичною формою чи конструкцією і самоврядуванням як практикою децентралізації державної влади.

Уперше з цією суперечністю автор зіткнувся досліджуючи самоврядування м.Львова. Воно спонукало до формування засад історико-правового вивчення і аналізу міського самоврядування. Тому самоврядування м.Львова досліджувалося автором у чотирьох аспектах: по-перше – історія ідеї міського самоврядування; по-друге, історія львівської громади як суб'єкта самоврядування; по-третє, юридичні форми міського самоврядування; по-четверте, аналіз діяльності самоврядних органів.

Продовження муніципальної реформи в Україні, яка є складовою державно-правової реформи в цілому, тільки посилює потяг найбільш активної частини українського соціуму до відповідного самоусвідомлення, до з'ясування значущості самоврядування у процесі національного державотворення у минулому й теперішньому європейському і світовому вимірах.

Однією з передумов реалізації цього з'ясування повинно бути, на нашу думку, вивчення історичного досвіду місцевого самоврядування в Україні. Місцеве самоврядування – одна з давніх традицій Української держави. Уже в середні віки багато українських міст [3, с.82-84] так само, як і абсолютна більшість європейських, жила в умовах тодішніх систем міського самоврядування, в основі яких лежали приписи магдебурзького права. Грамота – привілей, яка надавалася місту, була свідченням децентралізації суверенної влади середньовічної держави на рівень територіальної громади міста. А особливе геополітичне положення України було причиною того, що державотворні процеси на українських землях мали не тільки національні витоки, а й зазнали впливу як західної, так і східної політичних культур [4, с.22]. Це значною мірою стосується інституту місцевого самоврядування.

Як бачимо, національне державотворення у теорії і на практиці послуговується поняттями "самоврядування в Україні", "історія самоврядування в Україні". Ці поняття засвідчують особливості самоврядування в Україні, підкреслюють феноменальність цього явища. Погоджуючись у цілому з такою його оцінкою, слід,

однак, акцентувати на тому, що його унікальність аж ніяк не заперечує співвіднесеності із загальним явищем самоврядування, яке найбільшою мірою притаманне розвинутих демократичним країнам Європи. Це загальне явище характеризується багатоманітністю конкретних проявів, одним із яких і є самоврядування в Україні. Конкретний прояв самоврядування в Україні супроводжується особливостями, що, звичайно, мають національно-історичний характер.

Особливе місце в історії самоврядування в Україні посідає історія громади і міського самоврядування м.Львова. Оригінальність їх взаємодії відображає думка, що м.Львів стало "малим світом", у якому великий (українське самоврядування) проводив свої європейські репетиції. Підсумовуючи вплив Львова на історію самоврядування в Україні, важко дати остаточно відповідь з огляду на розмаїття і багатозначність усіх чинників. Відразу ж постає проблема відкритості міста та його тривалого перебування під впливом чужих (неукраїнських) сил та ідей. З іншого боку, очевидно є власна здатність бути центром громадської активності та місцевого самоврядування, адаптувати європейські моделі територіального врядування. Адже, саме, Львів будучи органічно і духовно поєднаний з Європою, у цій сфері став транзитним містом, звідки поширювались європейські самоврядні моделі на українські землі.

Суттєвою ознакою історії громади м.Львова і міського самоврядування є те, що її ритм збігається з ритмом європейської історії самоврядування, чого так ствердно не можна констатувати про історію самоврядування інших міст України. Упродовж тривалого історичного періоду європейські традиції та юридична форма самоврядування давали змогу наповнювати його українським змістом.

Як політико-правове явище місцеве самоврядування в тій чи іншій формі притаманне кожній сучасній демократичній країні. Однак щодо визначення його природи постійно велися і сьогодні ведуться наукові суперечки. Самоврядування залишається однією з найдискусійніших наукових тем і у сучасній Україні. За таких умов логічно, щоб історичному аналізу самоврядування передувало визначення його суті та дослідження теорій самоврядування.

Передусім погодимось з тезою про те, що поняття "самоврядування" не можна розглядати етимологічно, однак, на жаль, це часто трапляється. "Слово самоврядування не відображає справжньої суті того, що за ним криється, але воно усталилося, і ми користуємося ним як технічним виразом на визначення окремого роду публічної адміністрації" [5, с.225]. І справді, проблему самоврядування можна розглядати як з політичного, так і юридичного поглядів. На нашу думку, складовою обох цих поглядів є історико-правовий підхід, коли вивчається історія самоврядування крізь призму аналізу правових актів, на основі яких створені і діють органи самоврядування, а також шляхом вивчення практики діяльності самоврядних органів. Історико-правовий підхід не може зігнорувати теорію самоврядування, становлення якої відбувалося тривалий час і яка акумулювала різноманітні погляди на цей важливий політико-правовий інститут.

Становлення різних концепцій самоврядування розпочалося через усвідомлення того, що окремі місцевості мали свої особливі потреби, які найкраще могли вирішуватися саме самоврядними органами. До цього усвідомлення додалися спроби держави децентралізувати державну владу в умовах економічних, політичних,

соціальних змін. Зрозуміло, що перші теорії були революційними, згодом з'явилися ліберальні, соціалістичні, реформістські та інші концепції самоврядування [6, с.10].

Поступово сформувалася наука місцевого самоврядування, серед потреб якої була необхідність певним чином класифікувати концепції місцевого самоврядування. Розподіл найперше відбувався на підставі визначення джерела місцевого самоврядування. У питанні про джерело місцевого самоврядування вчені фактично поділилися на дві школи: громадську (громадівську) та державну. Цей поділ певною мірою умовний, зберігається і сьогодні. Прихильники ідеї природного права сформували громадську теорію, обґрунтовуючи вільність і незалежність громади від держави, вважаючи громаду єдиним джерелом територіального самоврядування. Основні положення цієї теорії вперше в Європі знайшли своє законодавче закріплення в Конституції Бельгії 1831 року, згідно з нормами якої були також розроблені єдиний Закон про громади (30 березня 1836 р.), а також Положення про міські і земські громади (затверджені Законом від 30 квітня 1836 р.). Бельгійське законодавство першої половини XIX ст. у цьому відношенні стало взірцем найбільш змістовного опрацювання самоврядного устрою міських і сільських громад, повноважень їхніх органів та інституціоналізації громад у державно – правовому житті.

Революційність і привабливість цієї концепції були зрозумілими в умовах боротьби з абсолютизмом в Європі, але у "чистому вигляді" ніде вона реалізована на практиці не була, хоч і стала основою теорії муніципальної влади та породила розуміння самоврядування як четвертої гілки влади. У середині XIX ст. громадська теорія з її ідеалізацією природи людини та її можливостей, "явною переоцінкою консерватизму простих людей" [7, с.260] поступово поступається місцем державній теорії місцевого самоврядування, основні положення якої були розроблені німецькими вченими Р. Гнейстом та Л. Штейном.

На відміну від громадської теорії, означена теорія місцевого самоврядування вважає самоврядування виявом і наслідком децентралізації державної адміністрації. Тобто розглядає самоврядні органи як різновид публічної адміністрації, найчастіше – як складову виконавчої влади. Будь-яке управління публічного характеру з цього погляду є справою державною. Проте державна школа самоврядування відрізняє децентралізовану організацію держави від звичайної місцевої адміністрації. Згідно з Делькампом "перша пов'язана з наділенням специфічними функціями автономних юридичних осіб, легітимність яких впливає водночас із норм конституційного та законодавчого порядку і вибору їхніх керівних органів на основі процедури загальних виборів" [8, с.37-38].

Радикальні погляди державної школи заперечують протиставлення місцевого самоврядування і місцевої адміністрації, часто навіть замінюючи термін "самоврядування" терміном "місцеве управління". Наприклад, Жак Зіллер у сучасному порівняльному аналізі політико-адміністративних систем країн Європейського Союзу пише: "Від початку XX століття протиставлення між вільним місцевим управлінням і місцевою адміністрацією, що перебуває під опікою, було почасти ілюзорним, тим більше, що певною мірою воно ґрунтувалося на неправильному розумінні терміна "government" в англійській мові, який є переважно синонімом адміністрації (тоді як в американському вжитку саме термін "адміністрація" вживається почасти для позначення уряду). Однак література, присвячена місцевим властям, у тому числі порівняльна, ясніє більш чи менш

безапеляційними твердженнями про існування автономії комун в одному місці та її відсутності в іншому; твердженнями, які найчастіше ґрунтуються на поспішному читанні національних конституцій... Сьогодні в Європі не існує жодної держави, де автономія місцевих властей, які майже всі обираються прямим загальним голосуванням, за винятком іспанських провінційних рад, – не була б упорядкована державною регламентацією" [9, с.141].

На становлення науки самоврядування в сучасній Україні помітно вплинула теорія місцевого самоврядування професора Ю. Панейка, викладена в його праці "Теоретичні основи самоврядування" (Мюнхен, 1963). Щоправда, тривалий час його помилково відносили до прихильників державницької моделі місцевого самоврядування. Останні дослідження справедливо вважають Ю. Панейка одним із фундаторів юридичної школи конституційного права, представники якої вбачали у місцевому самоврядуванні не право на автономне врядування, а лише часткову заміну державного управління. Аналіз праць Ю. Панейка дає підставу стверджувати, що ним розроблялася теорія самоврядних одиниць як юридичних осіб.

Без перебільшення можна сказати, що погляди значної частини українських учених у сфері конституційного та адміністративного права формувалися крізь призму усвідомлення основних положень Ю. Панейка про цей важливий політико-правовий інститут [10, с.17-18; 11, с.68; 12, с.50; 2, с.23].

У розвиток цієї теорії в Україні формувалися концепції, які поєднували елементи державної та громадської теорії. Більшість цих концепцій мали політичний характер. Так громадсько-господарська теорія самоврядування наділяла органи самоврядування власною компетенцією тільки у сфері неполітичних відносин, у місцевому господарстві і громадських справах. Ця концепція не здобула широкого визнання і на практиці не була реалізована. Більш послідовними були спроби реалізувати концепцію так званого муніципального дуалізму або громадсько-державну концепцію місцевого самоврядування. За цією теорією муніципальні органи, здійснюючи відповідні управлінські функції, виходять за межі місцевих інтересів і відповідно повинні діяти як інструмент державної адміністрації [2, с.35-36], тобто вони є незалежними від держави лише в суто громадських справах, а у політичній сфері розглядаються як органи держави, що виконують її функції та повноваження. Відповідно до цього й ті справи, які покликані вирішувати органи місцевого самоврядування, поділяються на так звані "власні" та "делеговані". Однак, якщо під час вирішення власних справ, на думку прихильників цієї теорії, органи повинні діяти незалежно й самостійно від державних органів, дотримуючись лише закону, то при вирішенні делегованих – під контролем та адміністративною опікою відповідних державних органів.

Згадана концепція, на думку інших учених, реалізує практику партнерства між державою та місцевим самоврядуванням [13, с.47; 14, с.9].

Однак, зауважимо, що прихильники концепції муніципального дуалізму розглядають проблему самоврядування головню з політичного погляду. Навіть серед учених юридичний погляд на проблему самоврядування не є домінуючим. Це змушує нас створити необхідну у дослідженні конструкцію самоврядування, повернутися до класичної, на наш погляд, праці професора Ю. Панейка "Теоретичні основи самоврядування". Основним завданням цієї праці було знайти правову суть самоврядування, його правову дефініцію, оскільки, "коли йдеться про політичну дефініцію самоврядування, то, згідно з поглядом Ю. Панейка, це річ неможлива,

оскільки політичні постулати щодо самоврядування досить часто змінюються залежно від часу і середовища" [15].

На нашу думку, саме Ю. Панейко та його послідовники запропонували історико-правовий підхід до проблеми самоврядування. Дефініція самоврядування вибудована, зокрема, в результаті дослідження історичного розвитку інституту місцевого самоврядування.

Самоврядування виникає спочатку як ідея політичних прагнень і устремлінь у боротьбі з абсолютизмом. Однак згодом, ця політична вимога мала досить важливі правові наслідки. І навіть ті, хто встановлював його чисто політичну природу, вимушені були, як слушно зауважує Г. Єллінек, в той же час, визнати державно-правове поняття самоврядування для управління корпорацій [16, с.464]. Самоврядування як форма децентралізації державної влади не могло звичайно існувати лише як політичне гасло, без ідеї та змісту. І якщо первинна ідея місцевого самоврядування мала на меті розвиток у громадян почуття належності до однієї спільноти, то з часом вона стала застосовуватися в контексті громадянських та політичних прав і свобод людини.

На думку професора З. Соколюка, в сучасній Європі сформувалися дві головні моделі самоврядних організацій: французька (Франція, Італія, Голландія, Бельгія, Люксембург), яка значно звужує самоврядні компетенції, і німецька в інших країнах (подібно в США) із релятивно більшою самостійністю. У першому випадку є більша залежність від адміністрації правління, коли в самій Німеччині (тут є видозміни в краях-землях) існує розвинуте і свідоме своїх прав самоврядування [5, с.257].

Історичний аналіз концепції та практики європейського самоврядування дає можливість виділити у правових поглядах на нього найважливішу складову. Прихильники різних концепцій самоврядування не заперечують того, що у більшості країн на всіх етапах свого розвитку воно спиралося на правову основу. Законом чи іншими формами права регламентувалась діяльність громад та повноваження їхніх органів. Саме тому історико-правовий підхід мусить, найперше, містити науковий аналіз законів, інших правових актів, що є державною регламентацією самоврядування.

З огляду на це необхідно вивчати практику діяльності самоврядних органів, яка найповніше показує ступінь децентралізації державної адміністрації. "Автономію місцевих властей зумовлюють, щонайменше, нормативна база, на ґрунті якої вона розвивається, повноваження та засоби, якими вони володіють, та механізми контролю, яким вони підлягають" [9, с.142]. Загалом зміну цих чинників можна розглядати як історію самоврядування.

Відтак, історію місцевого самоврядування необхідно розглядати як комплексне наукове знання, яке складається з історії громад, історії вчень про самоврядування, історій основних моделей та форм самоврядування, а також історії самоврядного права (наприклад, міського права).

Фундаторами історії місцевого самоврядування в Україні були визначні учені: Д. Багалій, М. Владимирський-Буданов, М. Грушевський, І. Крип'якевич, Д. Дорошенко, М. Василенко, Н. Полонська-Василенко, С. Томашівський, М. Чубатий, Л. Окіншевич, Р. Лашенко, Ю. Панейко та інші, які досліджували розвиток самоврядування, його основні етапи. Першою великою працею про міське самоврядування в Україні була магістерська дисертація М. Владимирського-

Буданова [19]. Дослідження міського самоврядування продовжили І. Каманін [20], Ф. Тарановський [21], Д. Багалій [22]. Проте історія самоврядування тривалий час не була самостійним напрямом у науці чи самостійною наукою, оскільки більшість учених вивчали її переважно у зв'язку з іншими історичними та правовими явищами. Теоретичний і, що важливо, правовий аналіз не був для більшості авторів основною метою. Не були предметом дослідження й окремі етапи в розвитку українського самоврядування. Тому необхідність історико-правового аналізу самоврядування, дослідження змісту та особливостей окремих етапів його розвитку є важливою проблемою науки історії держави і права України.

Починаючи з 90-х років ХХ ст. в українській юридичній науці почалося формування сучасних поглядів на місцеве самоврядування. Динамічний розвиток цього процесу дає підстави стверджувати про становлення в Україні самостійної науки місцевого самоврядування, послідовними представниками якої є: М. Баймуратов, О. Батанов, В. Борденюк, І. Бутко, М. Воронов, Р. Давидов, Н. Ісаєв, В. Кампо, О. Карлов, В. Кравченко, В. Куйбіда, М. Корнієнко, П. Любченко, М. Орзіх, В. Погорілко, М. Пухтинський, О. Фрицький, М. Шаповал, В. Чушенко та інші вчені.

Історія місцевого самоврядування є історико-правовою наукою, яка вирішує проблему збереження рівноваги між історичним та сучасним у місцевому самоврядуванні, прагне продовжити традиції історико-правових досліджень у рамках сучасної науки місцевого самоврядування.

З точки зору практичного значення звернення до історичного досвіду місцевого самоврядування є додатковою позитивною можливістю гуманніше, з меншими втратами здійснювати перехід до демократичного суспільства в сучасній Україні.

-
1. Відомості Верховної Ради України, 1997. – №38.-Ст.249.
 2. Батанов О.В. Територіальна громада – основа місцевого самоврядування в Україні.- К., 2001.-С.37.
 3. Див: Кіселичник В. Про надання українським містам у XIV-XVII ст. магдебурзького права. // Право України.-1996.-№9.
 4. Кравченко В. Місцеве самоврядування в історії України. // Місцеве та регіональне самоврядування України. – К., 1992. – С.22.
 5. Соколюк З. Місце самоврядування в державній адміністрації // Науковий збірник УВУ. – Мюнхен; Львів, 1995. – С.255.
 6. Кампо В.М. Місцеве самоврядування в Україні. – К., 1997. – С.10.
 7. Bealey F, Democracy in the Contemporary State. – Oxford, 1988. – P.260.
 8. Delcamp A. Les institutions locales en Europe, Paris, 1990, – С.37-38.
 9. Жак Зіллер. Політико-адміністративні системи країн ЄС. – К., 1996. – С.141.
 10. Кампо В. Значення теорії місцевого самоврядування проф.Ю. Панейка для розвитку концепції самоврядування в суверенній правовій Українській державі // Республіканець. – 1993. – №3.-С.17-18.
 11. Корнієнко М. Державна влада і місцеве самоврядування: актуальні питання теорії і практики // Українське право. – 1995. 1(2). – С.68.
 12. Шаповал В. Сутнісні характеристики місцевого самоврядування. // Право України. – 2002. – №3. – С.50.
 13. Кампо В. Сучасні концепції місцевого самоврядування. // На шляху до правової держави. – Львів.-1992.-С.47.

14. Куйбіда В. Чушенко В. Місцеве самоврядування в Україні. Текст лекцій. Львів, 1998.- С.9.
15. Див.: Соколюк З. Професор Ю. Панейко: Теоретичні основи самоврядування. – Мюнхен, 1963. (рецензія).
16. Елинець Г. Общее учение о государстве. – С.-Петербург.-1908.-С.464.
17. Див.: Владимирский-Буданов М. Немецкое право в Польше и Литве. – СПб, 1868.
18. Див.: Каманин И. Последние годы самоуправления Киева по магдебургскому праву // Киевская старина. – К., 1868. V, XIII-IX; його ж – Материалы по истории Киевской городской общины // Университетские известия. – К., 1892; його ж: Новые данные для истории киевского городского самоуправления в XVII в. // Сборник статей по истории права, посвященный М.Ф. Владимирскому-Буданову. – К., 1904.
19. Див.: Тарановский Ф. Обзор памятниковъ Магдебурскаго права западнорусских городов литовской эпохи. – Варшава, 1897.
20. Див.:Багалій Д. Магдебурзьке право на Лівобічній Україні. // Розвідки про міста і міщанство на Україні-Русі в XV-XVIII вв. – Львів, 1904, – Ч.II; його ж: Судьба магистратского самоуправления в малороссийских городах XVII-XVIII вв. // Сборник статей в честь М.К. Любавского. – Пг., 1917.

THE HISTORY OF LOCAL SELF-GOVERNMENT AS COMPONENT OF LOCAL SELF-GOVERNMENT SCIENCE

V. Kiselychnyk

*Ivan Franko National University of Lviv
Universytetska Str. 1, UA-79000 Lviv, Ukraine,
tel.(0322) 96-45-37*

The origins, formation stages, contents and methods of history of local self-government as necessary component of modern science of local self-government are analysed in the article. The history of local self-government is proposed to be considered as comprehensive scientific knowledge, consisting of the history of the communities, the history of the self-government teachings, the history of the basic models and forms of self-government as well as the history of self-government law.

Стаття надійшла до редколегії 1.04.2003
Підписана до друку 30.10.2003

ПОЄДНАННЯ ФОРМ БЕЗПОСЕРЕДНЬОЇ І ПРЕДСТАВНИЦЬКОЇ ДЕМОКРАТІЇ У ЗДІЙСНЕННІ МІСЦЕВОГО САМОВРЯДУВАННЯ В УКРАЇНІ

О. Бориславська

*Львівський Національний університет імені Івана Франка,
вул. Університетська, 1, 79000 м. Львів, Україна
e-mail: boryslavsky@ mail.lviv.ua*

У статті аналізується закріплений чинним законодавством про місцеве самоврядування принцип народовладдя. Автор доходить висновку, що в класичному його розумінні принцип народовладдя не може бути засадою місцевого самоврядування та формулює конституційно-правову засаду поєднання форм безпосередньої і представницької демократії у здійсненні місцевого самоврядування.

Ключові слова: народовладдя, місцеве самоврядування, безпосередня форма демократії, представницька демократія.

Перехід від тоталітарного суспільства до громадянського, від централізованої адміністративно-командної системи управління до демократичної, що відбувається в Україні, супроводжується процесом конституювання місцевого самоврядування. Здійснення цього процесу видається неможливим без визначення та вивчення конституційних засад місцевого самоврядування. Адже становлення місцевого самоврядування в Україні передбачає розробку сучасних концепцій місцевого самоврядування, їх впровадження в життя, а також наукове осмислення існуючої моделі місцевого самоврядування. Конституційно-правові засади місцевого самоврядування є концентрованим виразом основних ідей та положень конституційної моделі місцевого самоврядування; відтак вони характеризуються внутрішньою збалансованістю, несуперечністю, інтегрованістю та становлять єдину систему.

У системі основних принципів місцевого самоврядування, закріплених статтею 4 Закону України "Про місцеве самоврядування в Україні", першим вказаний принцип народовладдя. Питанням народовладдя в конституційно-правовій науці України присвячено чимало досліджень та наукових публікацій. Фундаментальними у цьому напрямі, зокрема, можна назвати такі опубліковані протягом останніх років праці: монографії "Конституційно-правові форми безпосередньої демократії в Україні: проблеми теорії і практики" за ред. проф. В.Ф. Погорілка (2001), "Референдуми в Україні: історія та сучасність" за ред. В.Ф. Погорілка і В.Л. Федоренка (2000). Питання співвідношення народовладдя та місцевого самоврядування порушувались у працях, присвячених дослідженню інституту місцевого самоврядування в Україні, зокрема, у підручнику "Муніципальне право України" за ред. В.Ф. Погорілка, О.Ф. Фрицького (2001), у монографії О.В. Батанова "Територіальна громада – основа місцевого самоврядування в Україні" (2001), у навчальному посібнику "Місцеве самоврядування в Україні (муніципальне право)" за ред. П.Д. Біленчука, В.В. Кравченка, М.В. Підмогильного (2000), у монографії В.С. Куїбіди "Конституційно-правові проблеми міського самоврядування в Україні" (2001).

Засада народовладдя традиційно тлумачиться як принцип правління згідно з волею народу і пов'язується з демократичним політичним режимом і формами демократії. Розглянемо, що являтиме собою за змістом засада народовладдя у системі місцевого самоврядування України.

Згідно з класичним трактуванням засади народовладдя в науці конституційного права України, її зміст умовно можна окреслити такими основними положеннями:

- народ – носій суверенітету та єдине джерело влади в Україні;
- верховенство влади народу;
- можливість здійснення влади народом безпосередньо та опосередковано (через виборних представників);
- вираження в процесі здійснення влади волі народу.

Загальнонаціональним виразником волі народу є представницькі органи державної влади, які з метою реалізації цієї волі здійснюють державну владу, проводять загальнодержавну політику. Отже, народовладдя є необхідною засадою процесу їх утворення та діяльності.

Що ж стосується місцевого самоврядування, то його призначення полягає в реалізації інтересів територіальних громад, у забезпеченні їх життєдіяльності. Таким чином, у класичному розумінні засади народовладдя як принципу народного суверенітету вона не може виступати конституційно-правовою засадою місцевого самоврядування. Адже суб'єктом місцевого самоврядування є не народ України, а його складові – територіальні громади сіл, селищ, міст. Незважаючи на це, вплив засади народовладдя на конституційно-правовий інститут місцевого самоврядування є суттєвий. Закріплений у ст.5 Конституції України принцип народовладдя набув якості однієї з основ конституційного ладу України, яка передбачає можливість здійснення влади безпосередньо чи опосередковано не тільки народом України загалом, але й на рівні територіальних громад. У такій якості принцип народовладдя відіграє роль бази, фундаменту, на якому ґрунтується та з якої випливає уся система конституційно-правових засад місцевого самоврядування в Україні.

Разом з тим не слід, на наш погляд, відкидати інше можливе розуміння засади народовладдя, закріпленої у ст.4 Закону України "Про місцеве самоврядування в Україні", яке може означати загальний демократичний характер здійснення місцевого самоврядування, а саме:

- можливість територіальних громад здійснювати місцеве самоврядування безпосередньо (через форми прямої демократії);
- виборність органів та посадових осіб місцевого самоврядування;
- дотримання демократичних процедур виборів органів та посадових осіб місцевого самоврядування;
- відповідальність органів та посадових осіб місцевого самоврядування перед територіальною громадою.

У такому розумінні закріплений Законом принцип народовладдя несе скоріше політико-ідеологічне навантаження, підтверджує сприйняття Україною демократичних цінностей та курс на демократичний розвиток у цілому. У зазначеному аспекті цю засаду доцільно було б, як видається, сформулювати як "поєднання форм безпосередньої і представницької демократії у здійсненні місцевого самоврядування". Сформульована таким чином, вказана засада передбачатиме демократичну процедуру здійснення місцевого самоврядування, зокрема місцеві

референдуми, інші форми безпосереднього волевиявлення територіальних громад, місцеві вибори, діяльність виборних органів місцевого самоврядування з дотриманням принципів гласності, законності, відповідальності тощо, діяльність органів самоорганізації населення.

Цілком очевидно, що недостатньо лише визначити та на законодавчому рівні закріпити відповідну конституційно-правову засаду. Адже її сутність, реальний зміст виявляються лише в процесі практичного здійснення. Тому одночасно з формулюванням конституційно-правової засади місцевого самоврядування необхідно визначати механізм її реалізації. Останній являє собою систему юридичних засобів, спрямованих на реалізацію конституційної засади місцевого самоврядування, що забезпечують її правовий вплив на суспільні відносини. Такі юридичні засоби одночасно виступають організаційно-правовими гарантіями, які забезпечують здійснення та розвиток цих принципів у системі місцевого самоврядування.

Сформулювавши засаду поєднання форм безпосередньої та представницької демократії у здійсненні місцевого самоврядування, спробуємо визначити механізм її реалізації. Він, на наш погляд, охоплює такі основні елементи:

- 1) безпосередня реалізація вказаної засади: вона відбувається шляхом законодавчого закріплення системи місцевого самоврядування, створення юридичних передумов для самоорганізації населення, розвитку місцевої ініціативи;
- 2) реалізація вказаного принципу шляхом практичного здійснення конституційно-правових засад виборності органів та посадових осіб місцевого самоврядування, відповідальності органів та посадових осіб місцевого самоврядування перед територіальними громадами.

У чинному конституційно-правовому законодавстві України втілена засада поєднання форм безпосередньої та представницької демократії у здійсненні місцевого самоврядування. Так систему місцевого самоврядування, згідно з Законом, складають: по-перше, форми безпосереднього волевиявлення жителів територіальних громад (місцеві референдуми (ст.7), загальні збори громадян (ст.8), місцеві ініціативи (ст.9), громадські слухання (ст.13), інші форми прямого народовладдя, які можуть бути передбачені статутами територіальних громад); по-друге, органи самоорганізації населення (будинкові, вуличні, квартальні та ін.); по-третє, органи місцевого самоврядування [1, с.195].

Стосовно досліджуваного питання слід зазначити, що в конституційно-правовій науці України ведеться дискусія щодо пріоритетності безпосередньої чи представницької форм демократії в системі місцевого самоврядування України. Необхідно звернути увагу і на існуючі розбіжності стосовно вирішення цього питання в Європейській Хартії про місцеве самоврядування та національному законодавстві України.

У першому випадку головним суб'єктом місцевого самоврядування вважаються органи місцевого самоврядування. Так, Європейська Хартія про місцеве самоврядування визначає місцеве самоврядування як право і реальну здатність *органів місцевого самоврядування* (курсив наш. – О.Б.) регламентувати значну частину державних справ і управляти ними, діючи в рамках закону, під власну відповідальність і в інтересах місцевого населення [2, ч.1 ст.3]. У ч.2 ст.3 Європейської Хартії подано перелік суб'єктів місцевого самоврядування, які

реалізують самоуправлінські повноваження: "Це право здійснюється радами або зборами, що складаються з членів, обраних шляхом вільного, таємного, рівного, прямого і загального голосування. Ради або збори можуть мати підзвітні і виконавчі органи. Це положення не виключає звернення до зборів громадян, референдуму або якоїсь іншої форми прямої участі громадян там, де це припускається законом" [2, ч.2 ст.3]. Отже, головним суб'єктом місцевого самоврядування Європейська Хартія визнає органи місцевого самоврядування.

В той же час чинна Конституція України первинним суб'єктом місцевого самоврядування визнає територіальну громаду [3, ч.1 ст.140]. Існування такої розбіжності, як зазначає професор В. Шаповал, є наслідком наявності "двох підходів до природи місцевого самоврядування, двох філософій оцінки відповідного явища. Ці підходи відображені у змісті двох основних і, по суті, протилежних теорій місцевого самоврядування – державницької та громадівської" [4, с.50].

У Європейській Хартії про місцеве самоврядування знайшла своє відображення державницька теорія місцевого самоврядування. В Конституції України 1996 року зроблена спроба поєднати положення обидвох концепцій. Стаття 140 Конституції, в якій мова йде про територіальну громаду як первинний суб'єкт місцевого самоврядування, за визначенням професора М.І. Корнієнка, є наслідком сприйняття громадівської теорії. Хоча багато важливих положень Основного Закону написано в дусі державницької теорії місцевого самоврядування [5, с.95].

Позиції українських вчених-конституціоналістів з досліджуваного питання розділилися. Одні з них, слідуючи положенням Європейської Хартії, вважають, що вирішальне значення у здійсненні місцевого самоврядування має представницька форма демократії, головним суб'єктом місцевого самоврядування є органи місцевого самоврядування, оскільки основний обсяг завдань та функцій місцевого самоврядування здійснюється саме ними [6, с.167]. Інші вказують, що застосований у Європейській Хартії підхід нівелює ініціативну роль територіальної громади як у становленні локальної демократії, так і в її реалізації [7, с.328], визнають територіальну громаду первинним суб'єктом місцевого самоврядування, основним носієм його функцій і повноважень [8, с.55], а органи місцевого самоврядування – представниками територіальних громад, що здійснюють від їхнього імені та в їхніх інтересах функції і повноваження місцевого самоврядування [9, с.204].

Безперечно, головний обсяг завдань та функцій місцевого самоврядування виконується виборними органами місцевого самоврядування. Та поряд з органами місцевого самоврядування – виразниками інтересів та волі територіальної громади – не менш важливу роль відіграє особиста активність людей (населення територіальної громади), заснована на їхній свідомій зацікавленості у вирішенні питань життєдіяльності територіальної громади, відчутті своєї відповідальності за хід їх вирішення. У таких випадках людина самостійно висловлює свої думки і пропозиції, голосує, виражаючи свою волю, тобто бере безпосередню участь у розгляді та вирішенні питань місцевого життя, в управлінні справами територіальної громади.

Безпосередня та представницька демократія в сукупності забезпечують необхідні умови з тим, щоб територіальні громади не тільки володіли правом на самоврядування, але й фактично здійснювали його. Переваги органів місцевого самоврядування як форми представницької демократії полягають у можливості виборних органів регулярно здійснювати функції управління, оперативно вирішувати будь-які питання місцевого життя, в професійності такого управління тощо.

Свої переваги мають і форми безпосередньої демократії, які відкривають шлях особистій участі в управлінні місцевими справами кожному мешканцю територіальної громади, сприяють розвитку політичної та правової культури населення, громадської активності та ініціативи.

В системі місцевого самоврядування безпосередня і представницька демократія доповнюють одна одну, взаємодіють. Так, по-перше, єдиним способом формування місцевих рад є загальні і прямі вибори – одна з найпоширеніших форм безпосередньої участі населення у здійсненні місцевого самоврядування. По-друге, форми безпосередньої демократії здійснюють вплив на прийняття рішень органами місцевого самоврядування, спрямованих на реалізацію інтересів територіальної громади. Це, зокрема, стосується громадських слухань, місцевих ініціатив, загальних зборів громадян. І, по-третє, безпосередня демократія становить організаційну основу системи постійного зв'язку між органами місцевого самоврядування та населенням, що забезпечує гласність діяльності органів місцевого самоврядування, контроль населення територіальної громади за роботою органів місцевого самоврядування та відповідальність органів і посадових осіб місцевого самоврядування перед територіальною громадою.

Ми вважаємо, що конституційно-правова засада поєднання форм безпосередньої і представницької демократії у здійсненні місцевого самоврядування покликана забезпечити оптимальне їх співвідношення з метою найефективнішого вирішення конкретних завдань, що стоять перед місцевим самоврядуванням. Її сутність полягає в тому, що представницькі органи місцевого самоврядування, будучи представниками відповідних територіальних громад, здійснюючи від їхнього імені та в їхніх інтересах функції і повноваження місцевого самоврядування, уповноважені вирішувати усі питання, віднесені до відання місцевого самоврядування, за винятком таких випадків:

- коли це питання, згідно з чинним законодавством, може бути вирішене виключно місцевим референдумом;
- коли статут територіальної громади відносить це питання до виключної компетенції територіальної громади;
- коли територіальна громада проявляє ініціативу та вважає за необхідне прийняти рішення з відповідного питання самостійно шляхом проведення місцевого референдуму.

Важливим юридичним засобом реалізації конституційно-правової засади поєднання форм безпосередньої і представницької демократії у здійсненні місцевого самоврядування повинні стати статuti територіальних громад. В них, зокрема, може бути передбачений додатковий перелік питань місцевого життя, що повинні вирішуватися референдумом, порядок проведення загальних зборів громадян, громадських слухань, місцевих ініціатив, можуть встановлюватись додаткові форми безпосереднього волевиявлення територіальної громади, порядок та періодичність їх проведення.

-
1. Куйбіда В., Чушенко В. Система місцевого самоврядування в Україні// Вісник Львівського університету. Серія юридична. – 2000. – Вип.35. – С.195-199.
 2. Європейська Хартія про місцеве самоврядування// Віче. – 1993. – №6. – С.33-39.
 3. Конституція України. – Відомості Верховної Ради України. – 1996. – №30. – Ст.14.

4. Шаповал В. Сутнісні характеристики місцевого самоврядування// Право України. – 2002. – №3. – С.48-54.
5. Корнієнко М.І. Конституційно-правові основи місцевого самоврядування // Муніципальне право України: Підручник/ За ред. Погорілка В.Ф., Фрицького О.Ф. – К.: Юрінком Інтер – 2001, С.85-114.
6. Куйбіда В.С. Конституційно-правові проблеми міського самоврядування в Україні. – Львів.: Літопис. – 2001.
7. Баймуратов М.О. Міжнародні зв'язки і стандарти в системі місцевого самоврядування України // Муніципальне право України: Підручник/ За ред. Погорілка В.Ф., Фрицького О.Ф. – К.: Юрінком Інтер, 2001. – С.315-348.
8. Батанов О.В. Територіальна громада – основа місцевого самоврядування в Україні. – К.: Ін-т держави і права ім. В.М.Корецького НАН України, 2001.
9. Гураль П. Поняття і сутність територіальної громади в Україні// Вісник Львівського університету. Серія юридична. – 2000. – Вип.35. – С.200-208.

INCORPORATION OF DIRECT AND REPRESENTATIVE DEMOCRACY FORMS IN LOCAL SELF-GOVERNMENT REALIZATION IN UKRAINE

O.Boryslavska

*Ivan Franko National University of Lviv,
Universitetska Str. 1, UA-79000 Lviv, Ukraine*

The principle of democracy established by current legislation on self-government is elucidated in this article. The author concludes that the principle of democracy in its classic meaning cannot be the principle of local self-government and formulates the constitutional principle of incorporation of direct and representative democracy forms in realisation of local self-government polity.

Key words: democracy, local self-government, direct democracy, representative democracy.

Стаття надійшла до редколегії 24.02.2003
Підписана до друку 30.10.2003

ЄВРОПЕЙСЬКИЙ ВИБІР ТА МІСЦЕВЕ САМОВРЯДУВАННЯ УКРАЇНИ: STEP BY STEP (КОНСТИТУЦІЙНО – ПРАВОВІ АСПЕКТИ)

М. Гіряк

*Українська Академія Друкарства
вул. Під Голоско, 17, 79006, м.Львів, Україна
e-mail: marichka@aport.ru*

Місцеве самоврядування в Україні переживає непростий період переходу до європейської моделі самоврядування. Цей процес частково завдячує державній регіональній та муніципальній політиці, яку проводять центральні органи державної влади України. Ключовим моментом у правовому забезпеченні політики європейського вибору в сфері місцевого самоврядування є Конституція України та Європейська хартія місцевого самоврядування. Стаття присвячена висвітленню цих питань.

Ключові слова: конституціоналізм, реформа політичної системи, відкрите суспільство, права людини, європейська модель місцевого самоврядування, консервативна субмодель місцевого самоврядування.

Проблеми європейського вибору України та його ролі для розвитку місцевого самоврядування активно розробляються в українській науці. Наукова література з цих питань постійно поповнюється новими дослідженнями вчених-юристів, політологів, соціологів та істориків. Серед них слід виділити таких авторів, як А. Білоус, В. Кампо, В. Князєв, В. Кравченко, О. Молодцов, М. Пухтинський, В. Рубцов, В. Толкованов, В. Тихонов.

У статті зроблено спробу розкрити:

- а) роль і значення курсу Президента України "Європейський вибір" для розвитку місцевого самоврядування;
- б) методологію дослідження цієї проблематики з урахуванням суспільно-політичних потреб переходу місцевого самоврядування від традиційної до європейської моделі його розвитку;
- в) ключове значення для інноваційної моделі розвитку місцевого самоврядування повноцінної реалізації права громадян на його здійснення;
- г) політико-правовий механізм забезпечення вищезгаданого переходу місцевого самоврядування до нової, консервативної субмоделі.

Напрямок наукових досліджень проблем розвитку місцевого самоврядування у контексті європейського вибору України тільки формується і потребує нових зусиль. Поки що дослідження цього напрямку мають фрагментарний, пошуковий характер, тоді як для підготовки науково обґрунтованих рекомендацій, наприклад, для політико-правової практики місцевого самоврядування необхідні, зрозуміло, фундаментальні монографічні дослідження.

Курс Президента України "Європейський вибір" [1], підтриманий громадсько-політичними силами в Україні, з-поміж інших питань, актуалізує розгляд конституційно-правових проблем місцевого самоврядування.

Деякі автори вважають, що назрілі зміни у системі місцевого самоврядування необхідно розв'язувати у рамках реформи політичної системи України [2, с.7]. Інші

вважають, що ці зміни мають відбутись у межах нового етапу муніципальної реформи [3, с.383]. Та незалежно від підходів авторів до цього питання, конституційно-правові проблеми розвитку місцевого самоврядування залишаються ключовими.

Україна здійснює перехід від традиційної до європейської моделі політичної системи [4, с.5-14], а з ним і трансформацію від традиційного до ліберального конституціоналізму [5, с.124-131]. Це означає, що конституційні положення про самоврядування із суто номінальних, ідеологічних поступово повинні перетворитись у реально діючі політико-правові механізми.

Ліберальний конституціоналізм є необхідною передумовою для розвитку європейської моделі місцевого самоврядування, яка, фактично, виступає у трьох різновидах: консервативної, ліберальної та соціал-демократичної субмоделі [6, с.359-364].

До базових цінностей політичної ідеології консерватизму відносять приватну власність та мінімізацію втручання держави в економіку. Політичними пріоритетами лібералізму є свобода, приватна власність, зменшення податків, скорочення соціальних програм, приватизація. Соціал-демократи виступають за "рівність умов" на протипагу "рівності результатів", свободу, солідарність, справедливість, підвищення податків з високих доходів, збільшення соціальних програм, націоналізацію [7, с.17-19].

Очевидно, що на перших порах реалізовуватиметься консервативна модель місцевого самоврядування, яка за своїми параметрами більше відповідає українським реаліям ніж ліберальна чи соціал-демократична субмоделі.

Зауважимо також, що одним з основних завдань конституційно-правового механізму розвитку місцевого самоврядування в Україні є імплементація Європейської хартії місцевого самоврядування (далі – Хартія), яка була ратифікована Україною у 1997 р. Хартія є критерієм європейськості місцевого самоврядування будь-якої держави.

В умовах розриву між Конституцією України 1996 р. і суспільною практикою її застосування простежується таке явище як удаваний конституціоналізм або фіктивна конституція [8, с.25-29]. Головний недолік існуючого (традиційного) конституціоналізму полягає у відсутності реальних прав людини. Становлення європейської моделі політичної системи в Україні означає перехід від традиційного до ліберального конституціоналізму. Ліберальний конституціоналізм існує лише за наявності реальної конституції: права громадян захищені судовою владою, органи влади обмежені чинною конституцією.

Традиційній політичній системі відповідає традиційна модель місцевого самоврядування [9, с.359-364]. Суть місцевого самоврядування за таких обставин фактично зводиться до формального проголошення конституційних цінностей. Внаслідок цього в Україні постійно виникають конфлікти з Радою Європи щодо імплементації Хартії.

Отже, стає очевидним, що трансформація традиційної моделі місцевого самоврядування в європейську консервативну субмодель у теоретичному плані потребує оновлення методології дослідження конституційно-правових проблем розвитку самоврядування.

Європейська консервативна субмодель місцевого самоврядування потребує змін у відповідних конституційно-правових механізмах її реалізації. Це означає, що мають бути уточнені ролі і завдання кожного з елементів цього механізму: законодавчої, виконавчої і судової гілок влади, а також Президента України та органів місцевого самоврядування.

Тому перехід від президентсько-парламентської республіки до парламентсько-президентської форми правління, як це передбачено реформою політичної системи України [10, с.1-2], не повинен, на нашу думку, зводитись до того, щоб діючий нині принцип фактичного верховенства глави держави замінив принцип фактичного домінування парламенту.

Зрозуміло, що зміна форми правління, передусім, повинна мати якісний характер і полягати у поступовому переході від традиційного до ліберального конституціоналізму. Це, зокрема, означає, що пріоритет необхідно надавати не номенклатурно-бюрократичним інтересам, а правам і свободам громадян.

Стаття 3 Конституції України проголошує людину найвищою соціальною цінністю, а забезпечення її прав та свобод є головним обов'язком держави. Повніше права людини можуть бути зреалізовані у вільному, демократичному суспільстві. Таке суспільство неможливо уявити без впровадження тих чи інших форм самоврядування. Тоді, як для держави є властивою система державних інститутів, відкрите суспільство характеризується системою громадських об'єднань [11, с.18].

Інститут місцевого самоврядування відрізняється від держави та об'єднань, хоча має з ними певну подібність. Його характеристика вказує на те, що воно інтегровано у всі сфери суспільного життя і виступає необхідним елементом демократичної організації суспільства [12, с.10-12]. Визнання і гарантування місцевого самоврядування як невід'ємної складової конституційного ладу держави (ст.7 Конституції України) покликано сприяти становленню відкритого суспільства в Україні.

Отже, розпочинати реальну боротьбу за права людини необхідно на місцях – у селах, селищах, містах. Такий висновок підтверджують і проведені соціологічні опитування. За захистом порушених прав люди традиційно найчастіше звертаються до органів місцевої влади, хоча й переконані в неефективності їхнього захисту. З судженням про Україну як державу реальних прав громадян погоджуються 3.1% опитаних, цілком не згідними з такою відповіддю становить 42.9% опитаних [13, с.34-51].

У контексті вищевикладеного роль парламенту в конституційно-правовому механізмі забезпечення європейської консервативної субмоделі місцевого самоврядування суттєво змінюється.

У процесі законотворення в галузі місцевого самоврядування парламент повинен звернути особливу увагу на необхідність зміни акцентів. Якщо у разі традиційної моделі місцевого самоврядування він законодавчо виражав інтереси бюрократичної номенклатури, то в умовах переходу до європейської консервативної субмоделі основним об'єктом його уваги повинні стати права і свободи громадян у сфері місцевого самоврядування.

Це означає, що, наприклад, зміни повинні торкатись не лише відносин органів місцевого самоврядування між собою, а відносин самих громадян і цих органів.

Загалом, законодавство про місцеве самоврядування має стати найперше інструментом захисту прав і свобод громадян у сфері самоврядування.

Відповідно і парламентський контроль у сфері місцевого самоврядування має бути переорієнтований з контролю взаємовідносин органів самоврядування на відносини громадян з системою місцевого самоврядування. Поки що ця практика не набула якихось значніших масштабів. Про це свідчить, зокрема, й діяльність Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини [14].

Досі у парламенті переважає ставлення до Хартії як до документа, який встановлює факультативні обов'язки, тобто, виконання яких ніби то залежить тільки від волі та розсуду парламентаріїв. Так, український парламент реалізував положення Хартії в низці законів: про місцеві вибори, про службу в органах місцевого самоврядування, про органи самоорганізації населення. Проте з частиною законопроектів з питань місцевого самоврядування він зволікає, наприклад із законом про комунальну власність.

Проблема відповідності різних нормативно-правових актів Хартії є однією з головних у законодавстві про місцеве самоврядування. Сьогодні відомо близько 500 законів та понад 3000 підзаконних нормативних актів, у яких згадуються органи місцевого самоврядування чи територіальна громада [15, с.25]. Всі ці акти повинні відповідати Хартії, оскільки в Україні діє принцип пріоритету норм міжнародного права (ст.8 Конституції України). Але скільки їх реально відповідає Хартії?

Вирішення цієї проблеми потребує, щоб органи законодавчої і виконавчої влади, які займаються правотворчістю, офіційно через положення про відповідні структури цих органів розглядали Хартію як критерій законності та конституційності актів про місцеве самоврядування.

З урахуванням необхідності запровадження консервативної субмоделі місцевого самоврядування у законопроекті "Про місцеве самоврядування в Україні" парламент визначив головні напрями цих змін: вдосконалення правового статусу територіальних громад, органів та посадових осіб місцевого самоврядування, врахування Рекомендацій Ради Європи щодо вдосконалення місцевої та регіональної демократії, чіткіше розмежування повноважень між органами місцевого самоврядування та органами виконавчої влади [16, с.141].

Стурбованість щодо належного захисту та охорони прав територіальної громади висловлюють і працівники органів місцевого самоврядування (за результатами анкетування, проведеного Товариством науковців по сприянню муніципальній реформі). Аналіз результатів опитування засвідчив про необхідність, по-перше, докорінно змінити або прийняти нові Закони "Про місцеве самоврядування" та "Про місцеві державні адміністрації", а по-друге, – про необхідність докорінних змін у правосвідомості працівників органів місцевого самоврядування та місцевих державних адміністрацій [17, с.25-29].

На нашу думку, поки в законі про місцеве самоврядування не буде закріплено принципу пріоритету прав людини, доти громадянин залишатиметься об'єктом, а не суб'єктом політико-правових процесів.

Реалізація положень Хартії – важливе завдання виконавчої і законодавчої влади. Але роль Президента є завжди важливою, оскільки він є гарантом Конституції та місцевого самоврядування [18, с.12].

Особлива роль глави держави в конституційно-правовому механізмі забезпечення європейської консервативної субмоделі місцевого самоврядування суттєво не зміниться. Президент повинен стимулювати нову модель законодавства про місцеве самоврядування, засновану на пріоритеті прав і свобод громадян. Він також повинен використовувати своє право вето у випадку, якщо парламент прийматиме надто традиційні зміни до законодавства про місцеве самоврядування.

Так на Всеукраїнських зборах представників органів виконавчої влади, органів місцевого самоврядування та громадськості 10 вересня 2002 р. Президент України та представники регіонів висловилися, зокрема, за зміцнення державної регіональної і муніципальної політики. Президент також висловився за створення базової адміністративно – територіальної одиниці – громади, за делегування управлінських функцій від органів виконавчої влади – до органів місцевого самоврядування, – зверху вниз [19].

Очевидно, що має бути оновлена і система консультативно-дорадчих органів при Президентові України, які б відповідали потребам впровадження європейської субмоделі місцевого самоврядування. Мова йде про відповідні структурні підрозділи Адміністрації Президента, про Фонд сприяння місцевому самоврядуванню України, Національну Раду з узгодження діяльності загальнодержавних і регіональних органів та місцевого самоврядування тощо.

Роль Кабінету Міністрів України в конституційно-правовому механізмі забезпечення європейської консервативної субмоделі місцевого самоврядування і справді важлива з огляду на наявність в уряді фінансових та контрольних повноважень у сфері самоврядування. Проте уряд найперше повинен дбати про державну муніципальну політику, в якій ключова роль належить законодавству. Розроблена урядом Концепція реформування законодавства про місцеве самоврядування [20, с.141-145] має надто традиційний характер і тому навряд чи сприятиме впровадженню вищезгаданої моделі. Напевно, що новому урядові В. Януковича необхідно розглянути питання про доцільність цієї Концепції, яка в цілому зорієнтована назад, у минуле, а не у майбутнє.

Судова влада в Україні представлена в особі Конституційного Суду України, Верховного Суду України і загальних судів та Вищого господарського суду України й інших господарських судів. Її роль у забезпеченні європейської консервативної субмоделі місцевого самоврядування, без перебільшення, може бути надзвичайною. Адже саме судова влада є охоронцем прав і свобод громадян, а тому, за наявності нового покоління законодавства про місцеве самоврядування ця її роль може бути більш, ніж успішною. Зрушення у цій справі могли б внести і адміністративні суди, які передбачені законом України "Про судоустрій України" 2002 р. [21, с.5], проте їхня організація ще не відбулась.

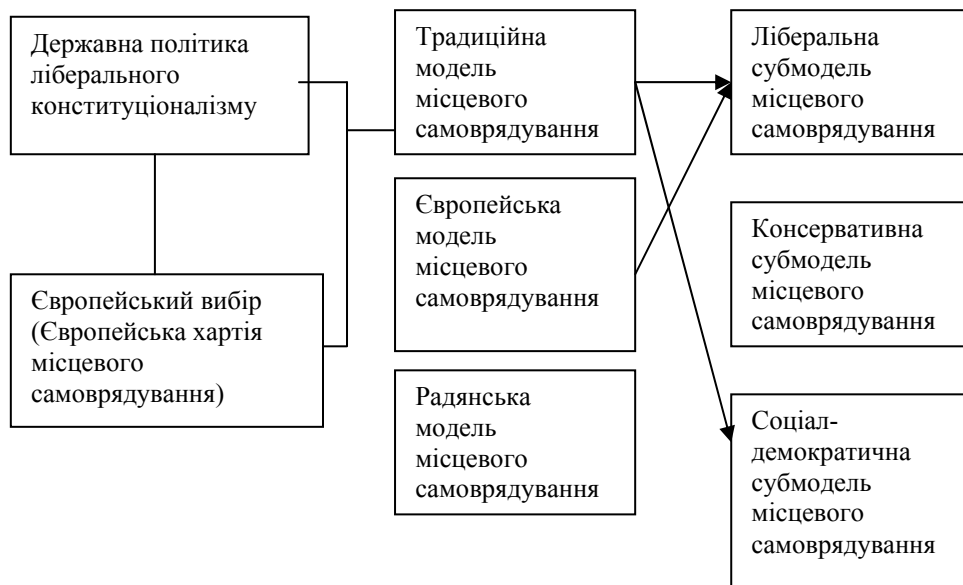
Сьогодні органи місцевого самоврядування сформовані переважно з представників номенклатури і без відповідних змін у законодавстві про місцеве самоврядування навряд чи будуть обстоювати принцип пріоритету прав і свобод громадян. У зв'язку з цим важливо переходити від мажоритарних до партійних місцевих виборів [22, с.27-33].

Неабияке значення для реалізації громадянами своїх прав на місцеве самоврядування має і їх обізнаність з Хартією. Корінна проблема місцевого самоврядування – не органи самоврядування, місцеві бюджети та комунальна власність. Найголовніша проблема самоврядування – це громадяни, які є членами

територіальних громад, проте не знають і не вміють користуватись інститутами місцевого самоврядування. Це одна з основних ознак традиційної моделі місцевого самоврядування в Україні, яка історично склалась у 1990-х роках і триває до сих пір. [23, с.359-364].

Розглянувши питання про конституційно-правовий механізм забезпечення переходу від традиційної до європейської моделі місцевого самоврядування, можна констатувати, що головною проблемою цього процесу є права і свободи громадян у сфері самоврядування, які на сьогодні значною мірою не реалізуються. У новому законодавстві система місцевого самоврядування має бути максимально відкритою перед громадянами. Жоден орган чи посадова особа місцевого самоврядування не повинні відмовляти громадянам у праві на місцеве самоврядування, навіть якщо це право громадян не закріплено у законі. Оскільки для громадян діє принцип: дозволено все, що не заборонено законом.

Схема політико-правових моделей (субмоделей) розвитку місцевого самоврядування в Україні



1. Послання Президента України до Верховної Ради Україн. Європейський вибір. Концептуальні засади стратегії економічного та соціального розвитку України на 2002-2011 роки // Урядовий кур'єр. – 2002. – №100. – 4 червня.
2. Матвиенко А. Инициатива населения как ступень к достаточному будущему // Голос Украины. – 2002. – 6 декабря.
3. Резолюція громадських слухань "Проблеми становлення і розвитку законодавства про місцеве самоврядування в Україні: 10 років поступу". Український муніципальний рух: 10 років поступу: Зб. матеріалів та док. шостих Всеукр. муніцип. слухань (29 черв. – 2 лип. 2000 р., Міжрегіон. муніцип. слухань в м.Бердянську, 15-17 верес. 2000 р.) Громад. слухань 1 груд. 2000 р. / Упоряд. М. Пухтинський. – К.: Логос, 2001. – 413 с.

4. Государственное право Германии. /Сокр. пер. с нем. семитомного издания. – М. – 1994. Том 1. – 311 с.
5. Тодика Ю.М. Конституція України: проблеми теорії і практики. Харків: Факт, 2000. – 608 с.
6. Кампо В. Політичні моделі місцевого самоврядування: європейський та український досвід // Муніципальний рух: новий етап розвитку: Матеріали VII Всеукраїнських муніципальних слухань. "Муніципальний рух в Україні – 10 років розвитку" (6-8 вересня 2001 р. м.Бердянськ) / Заг. ред. М. Пухтинського – К.:Логос, 2002. – 560 с.
7. Білоус А.О. Політико-правові системи: Світ і Україна. Навч. посібник. – К.: Асоціація молодих політологів і політиків, 1997. – 200 с.
8. Шаповал В. Становлення конституціоналізму в Україні: проблеми теорії // Право України. – 1998. – №5.
9. Кампо В. Політичні моделі місцевого самоврядування в // Муніципальний рух: новий етап розвитку: Матеріали VII Всеукр. муніципал. слухань. "Муніципальний рух в Україні – 10 років розвитку" (6-8 вересня 2001 р., м.Бердянськ) / Заг. ред. М. Пухтинського. – К.:Логос, 2002. – 560 с.
10. Звернення Президента України Л.Д. Кучми до українського народу з нагоди 11-ї річниці Незалежності України // Урядовий кур'єр. – 2002. – №156. -28 серпня. 156.
11. Святоцький О., Чушенко В. Питання теорії і практики конституціоналізму в Україні // Право України. – 1998. – №2
12. Кампо В., Оніщук М. Правові засади місцевого самоврядування в Україні. – К.: Освіта і культура, 1998. – 58 с.
13. Права і свободи людини в Україні: Результати загальнонаціонального опитування громадської думки. – К.: Сфера, 2000. – 116 с.
14. Карпачова Н.І. Стан дотримання та захисту прав і свобод людини в Україні: Перша щорічна доповідь Уповноваженого Верховною Радою з прав людини: -2-ге вид. – Харків: Консум, 2001. – 464 с.
15. Судовий захист прав та інтересів місцевого самоврядування в Україні. – К., 2002. – 199 с.
16. Пояснювальна записка до проекту Закону України "Про місцеве самоврядування в Україні (нова редакція)". Збірник матеріалів Координаційно-методологічної наради "Сучасні проблеми місцевого самоврядування в контексті адміністративної реформи та регіональної політики" та виїзного засідання Комітету Верховної Ради України з питань державного будівництва та місцевого самоврядування (9-13 квіт. 2001р., Гаспр; Ялта, АРК). – К.: Логос, 2001. – 147с.
17. Клепацький М.М. Стан виконання законів України "Про місцеве самоврядування в Україні" та "Про місцеві державні адміністрації" // Аспекти самоврядування 4(16) 2002. Часопис українсько-американської програми "Партнерство громад".
18. Кампо В. Що таке державна муніципальна політика? // Міжнародний конгрес "Злагода". – 2002. – №5 (13). – жовтень.
19. Бюлетень Українсько-американської програми партнерства громад // Партнери. – 2002. – №6(48).
20. Концепція Програми законодавчого забезпечення розвитку місцевого самоврядування. Схвалено розпорядженням КМУ від 25 липня 2002 року №416 – // Бюлетень законодавства і юридичної практики України. – 2002. -№10: Місцеве самоврядування в Україні. – 448 с.
21. Закон України Про судоустрій України // Урядовий кур'єр. – 2002. – №58. -27 березня.
22. Політичні партії та місцеві вибори / Авт. кол.: Д.М. Горшков, В.М. Кампо, Є.М. Петренко; За заг. ред. В.М. Кампо. – К.: Вид. дім "Юрид. книга", 2001. – 52с.

23. Кампо В. Політичні моделі місцевого самоврядування в // Муніципальний рух: новий етап розвитку: Матеріали VII Всеукр. муніципал. слухань. "Муніципальний рух в Україні – 10 років розвитку" (6-8 вересня 2001 р., м.Бердянськ) / Заг. ред. М. Пухтинського. – К.:Логос, 2002. – 560 с.

**EUROPEAN CHOICE AND LOCAL SELF-GOVERNMENT
OF UKRAINE: STEP BY STEP
(CONSTITUTIONAL-LEGAL ASPECTS)**

M. Hirnyak

*Ukrainian Academy of Printing
Pid Holosko str., 17, UA-79006, Lviv, Ukraine
e-mail: marichka@aport.ru*

The local self-government of Ukraine undergoes difficult process of transformation to the European model of local self-government. European model of local self-government is possible partially due to the state regional and municipal policy, introduced by the central state authorities of Ukraine. The core role of the legal providing of the policy of European choice in the area of local self-government belongs to the Constitution of Ukraine and the European Charter of local self-government.

Key words: constitutionalism, reform of political system, open society, human rights, European model of local self-government, conservative submodel of local self-government.

Стаття надійшла до редколегії 11.03.2003

Підписана до друку 30.10.2003

ДЖЕРЕЛА КОНСТИТУЦІЙНО-ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ КОМУНАЛЬНОЇ ВЛАСНОСТІ В УКРАЇНІ

В. Гірняк

*Львівський Національний університет імені Івана Франка
вул. Університетська, 1, 79000 м. Львів, Україна
e-mail: rem@gi.lviv.ua*

Стаття присвячена проблемам джерел конституційного права в сфері регулювання комунальної власності. Особливої актуальності відносини комунальної власності як матеріальної основи місцевого самоврядування набувають в умовах європейського вибору України. Виникають певні питання, які потребують нагального вирішення, зокрема це проблема комунальної власності, яка належить відповідним територіальним громадам, а управляється на рівні області та району.

Ключові слова: місцеве самоврядування, комунальна власність, територіальна громада, конституційне право, адміністративно – територіальна одиниця, спільні інтереси територіальних громад.

Питання про джерела конституційного права України в науці конституційного права є одним з найдискусійніших та найбільш проблемних. Цим питанням присвятили свої праці В. Годованець, В. Кампо, В. Копейчиков, В. Кравченко, В. Погорілко, Ю. Тодика, О. Фрицький та інші автори. Однак питання про конституційно-правові джерела регулювання питань комунальної власності залишається одним з найменш розроблених, а тому потребує пильної уваги.

З метою обґрунтування ролі та значення системи джерел конституційного права у цілому та її окремих різновидів в регулювання відносин комунальної власності в статті висвітлюватимуться такі питання:

а) місце і роль різних джерел конституційного права у регулюванні вищезазначених відносин комунальної форми власності, теоретичних і практичних засад функціонування цих джерел;

б) співвідношення юридичного і фактичного змісту конституційно-правового регулювання цих відносин в умовах трансформації місцевого самоврядування (від традиційної до інноваційної або європейської моделі його розвитку);

в) особливе значення судової практики для конституційно-правового захисту права комунальної власності у відносинах органів місцевого самоврядування;

г) законодавче регулювання питань комунальної власності.

Запропонований напрям наукових досліджень джерел конституційного права має значні перспективи, оскільки служить розв'язанню однієї із недостатньо з'ясованих проблем місцевого самоврядування: законодавчого врегулювання питань комунальної власності. Очевидно, що дана тема потребує фундаментальних конституційно-правових досліджень, які б дали змогу прийняти оптимальний варіант законодавства про комунальну власність. Такі дослідження збагатять теорію і практику конституційного джерелознавства як самостійного наукового напрямку.

У науці конституційного права важлива роль приділяється питанню джерел конституційного права, тобто формам виразу норм цієї галузі права. В науці відомі

дві основні точки зору на ці джерела, представлені юридичною та реалістичною школами конституційного права [1, с.128-130, с.142-145, с.326-329].

Юридична школа обмежує коло джерел виключно нормативно-правовими або прирівняними до них правовими актами (наприклад, рішеннями органу конституційної юрисдикції), тоді як реалістична школа визнає в якості джерел конституційного права, крім нормативно-правових актів, також й інші джерела права: судові прецеденти, договори, звичаї, навіть доктрину (детальніше про реалістичну школу права, наприклад, див.: [2, с.38-43]).

Проаналізувавши праці українських вчених-конституціоналістів, бачимо, що одні автори до джерел конституційного права відносять нормативно-правові акти (Конституція України, закони, укази Президента України, постанови Кабінету Міністрів України, акти місцевого самоврядування), акти Конституційного Суду України, конституційні та міжнародні договори, конституційні прецеденти та правові звичаї [3, с.46-51], а інші до цих джерел відносять тільки нормативно-правові акти та міжнародні договори [4, с.19].

У цілому в українській науці конституційного права, попри особливості в позиціях деяких авторів, переважає точка зору юридичної школи. І це не випадково. Юридична школа конституційного права традиційно є офіційною школою, яка закладає основи юридичної ідеології в суспільстві [5, с.135-188].

Проте аналіз конституційної практики вказує на те, що нормативно-правова і фактична система джерел конституційного права в Україні далеко не збігаються. Традиційна модель політичної системи, яка склалась в Україні з середини 1990-х років, привела до створення в державі умов для порівняно довільного тлумачення та застосування норм конституційного права. Тому нерідко органи і посадові особи державної влади та місцевого самоврядування, інші суб'єкти конституційно-правових відносин створюють на практиці численні конституційні прецеденти, формують конституційні звичаї, укладають конституційні угоди та використовуються норми конституційно-правової доктрини (коментарі, підручники, офіційні концепції).

Існуючі розбіжності між нормативно-правовою і фактичною системою джерел конституційного права в Україні, звичайно, дещо ускладнюють працю юристів, але професійна честь і гідність зобов'язує знаходити відповіді на поставлені питання і в цій складній ситуації. У перспективі завдяки європейському вибору України ці дві системи джерел повинні зблизитись, а саме конституційне право – стати максимально реальним і стабільним [6, с.65-69].

Однак, крім загальних проблем, існують певні особливості стосовно джерел конституційно-правового регулювання окремих його об'єктів. Це вказує на те, що реально існуюча система джерел конституційного права залежно від об'єкта регулювання може модифікуватись.

У зв'язку з вищевикладеним значний інтерес викликає тема джерел конституційно-правового регулювання комунальної власності в Україні. Як відомо, комунальна власність – це публічна форма власності, яка належить територіальним громадам та їхнім об'єднанням. А проте конституційний інститут комунальної власності не дістав належного та достатнього: законодавчого регулювання; судового захисту; застосування у практиці органів виконавчої влади та органів місцевого самоврядування.

Тому в цілому конституційно-правовий інститут комунальної власності переживає кризу, з якої його вивести може тільки нове покоління законодавства про місцеве самоврядування та оновлена практика його застосування і захисту. Це законодавство і практика повинні спиратись, на нашу думку, не на традиційний, а на ліберальний конституціоналізм, який має утвердитись з реалізацією європейського вибору України та запровадженням європейської моделі політичної системи [7, с.5-14].

Для докладнішого висвітлення цієї теми зупинимось на питаннях конституційної історії комунальної власності, а також на характеристиці таких джерел її конституційно-правового регулювання, як нормативно-правові акти та прецедентне право.

Досліджувана форма публічної власності з'являється на українських землях наприкінці XIX ст. у період їх входження до складу двох імперій – Австро-Угорської та Російської. Існування особливої комунальної власності територіальних громад підтверджували й акти Української Центральної Ради та інших вищих органів державної влади періоду національно-визвольної боротьби 1917-1921 рр.

З перемогою радянської влади на більшій території України (1920-1921) комунальна власність, як і місцеве самоврядування, були скасовані, а сама власність передана у власність радянської держави. На західноукраїнських землях комунальна власність зберігалась до 1939-1940 рр., поки ці землі не були окуповані радянською та фашистськими державами.

У пострадянський період термін "комунальна власність" вперше з'явився в нині діючому Законі України "Про власність", прийнятому Верховною Радою України 26 березня 1991 р. Відповідно до ст.31 цього закону, в Україні поряд із загальнодержавною власністю з'явилась і державна комунальна власність як власність окремих адміністративно – територіальних одиниць. Фактично назва "державна комунальна власність" відображала нерозмежованість об'єктів державної і власне комунальної власності, яка існує, певною мірою й понині [8, с.25].

Суб'єктами права державної комунальної власності було визначено адміністративно-територіальні одиниці в особі обласних, районних, міських, селищних, сільських Рад народних депутатів. Закон не визначив вичерпного переліку об'єктів права державної комунальної власності, а тільки зазначив, що таким може бути, крім переліченого у законі, й інше майно, необхідне для забезпечення економічного та соціального розвитку відповідної території.

Відносна визначеність об'єктів права державної комунальної власності дала право тлумачити його як таке, що обмежене тільки об'єктами, які перебувають на виключному праві приватної, колективної чи загальнодержавної власності. На практиці коло об'єктів права державної комунальної власності було досить обмеженим.

На виконання закону "Про власність" Кабінет Міністрів України 5 листопада 1991 р. ухвалив постанову "Про розмежування державного майна України між загальнодержавною (республіканською) власністю і власністю адміністративно – територіальних одиниць (комунальною власністю)".

Майно, яке перебувало на той час у загальнодержавній власності, передавалось у державну комунальну власність. Однак вона передавалась областям, а вже області (в особі виконавчих комітетів обласних Рад народних депутатів), відповідно до п.3 даної постанови, розмежовували майно між власністю областей, міст Києва та

Севастополя, міст обласного підпорядкування, районів міст Києва та Севастополя за участю виконкомів нижчестоящих Рад народних депутатів. Тобто безпосередньо області визначали, яке майно відноситься до їхньої власності, а яке передавалось ними на нижчий рівень адміністративно-територіального поділу [9, с.1].

Така політика держави у галузі формування комунальної власності привела до того, що низові адміністративно-територіальні одиниці – села, селища і міста були поставлені у залежність від областей. Фактично така політика відповідала традиційній (номенклатурній) моделі місцевого самоврядування, що поступово складалась.

Конституція України 1996 р. уточнила форми власності в державі: вона визнала комунальну власність як самостійну і незалежну від держави форму публічної власності. Про це йдеться у ст.41 Конституції. Відтак значною мірою втратив юридичну силу закон "Про власність", який, на жаль, не приведено у відповідність до Конституції, як і підзаконні акти, що були прийняті на його основі.

Звичайно подібна практика збереження застарілих актів, яка характерна для традиційної моделі політичної системи, шкодить справі та створює атмосферу незавершеності процесів виокремлення комунальної власності як самостійної форми публічної власності. Однак деякі автори вважають, що саме Конституція "жодним чином не визначає і не гарантує її правового режиму" [10, с.166].

У Конституції України інститут комунальної власності набув не тільки юридичного визнання, але й певних гарантій реалізації. В ст.142 фактично визначено приблизний перелік об'єктів права комунальної власності. До цих об'єктів відносяться рухоме та нерухоме майно, доходи місцевих бюджетів, інші кошти, земля, природні ресурси, що є у власності територіальних громад сіл, селищ, міст, районів у містах, а також об'єкти їхньої спільної власності, що перебувають в управлінні районних та обласних рад [11, с.68].

Конституція України закріпила статус комунальної власності як складного конституційно-правового інституту, реалізація якого залежить від багатьох суб'єктів конституційного права: громадян, територіальних громад, органів місцевого самоврядування, місцевих органів виконавчої влади тощо. По суті, Конституція заклала такі основи реалізації комунальної власності, які дають змогу з допомогою конституційно-правових важелів гарантувати її належне та конституційне використання.

Для правового регулювання важливо, щоб Конституція також виконувала функцію критерію конституційності актів про комунальну власність, зокрема парламенту, уряду, глави держави та Верховної Ради Автономної Республіки Крим. Однак поки що жоден акт про комунальну власність не був предметом перевірки на конституційність у Конституційному Суді України.

Попри всю важливість конституційно – правового регулювання комунальної власності, життя потребує також її законодавчого регулювання. Серед актів конституційного права це питання, найперше, регулює Закон України "Про місцеве самоврядування в Україні" від 21 травня 1997 р. [12, с.17-72]. Цей закон, з одного боку, відтворює положення Конституції, а з іншого – їх конкретизує та деталізує.

На відміну від закону України "Про власність" 1991 р., який запровадив ієрархічний принцип розподілу комунальної власності і тим самим сприяв нарощуванню комунальної власності в областях і районах закон "Про місцеве самоврядування в Україні" 1997 р. вводить принцип пріоритету прав територіальних

громад на об'єкти комунальної власності. Так, згідно з п.10 Прикінцевих та перехідних положень закону 1997 р., майно, яке до прийняття Конституції України у встановленому законодавством порядку було передане державою до комунальної власності адміністративно – територіальних одиниць базового рівня та набуте ними на інших законних підставах, крім майна, що відчужене у встановленому законом порядку, є комунальною власністю відповідних територіальних громад.

Майно, передане до комунальної власності областей і районів, а також набуте на інших законних підставах, є спільною власністю територіальних громад сіл, селищ, міст, управління яким, відповідно до Конституції України, здійснюють районні і обласні ради або уповноважені ними органи.

Отже, відповідно до закону 1997 р., сьогодні на рівні областей та районів немає об'єктів комунальної власності області чи району, а є тільки об'єкти спільної комунальної власності територіальних громад – відповідно області чи району. Такий висновок підтверджується також п.1 ст.60 закону 1997 р., відповідно до якого територіальним громадам сіл, селищ, міст, районів у містах належить право комунальної власності на рухоме та нерухоме майно, доходи місцевих бюджетів, інші кошти, землю, природні ресурси, підприємства, установи та організації, в тому числі банки, страхові товариства, а також пенсійні фонди, частку в майні підприємств, житловий фонд, нежитлові приміщення, заклади культури, освіти, спорту, охорони здоров'я, науки, соціального обслуговування та інше майно і майнові права, рухомі та нерухомі об'єкти, визначені відповідно до закону як об'єкти права комунальної власності, а також кошти, одержані від їх відчуження.

Відповідно до п.4 ст.60 закону 1997 р., районні та обласні ради від імені територіальних громад сіл, селищ, міст здійснюють управління об'єктами їхньої спільної комунальної власності, що задовольняють спільні потреби територіальних громад. Проте термін "управління" ніде законодавчо не визначений, що створює проблеми як на теоретичному, так, особливо, і на практичному рівні щодо розпорядження обласними та районними радами чи обласними та районними державними адміністраціями майном, яке є власністю територіальних громад.

Проблеми управління комунальною власністю є найскладнішими для системи місцевого самоврядування. Далеко не у всіх територіальних громадах наведено належний облік об'єктів, комунальної власності, проведена їх фінансово-економічна оцінка тощо. Тому часто ці об'єкти використовуються неефективно, а то й просто розбазарюються.

Розглянемо судово-господарську практику з питань комунальної власності.

Крім нормативно-правових актів, як джерел конституційно-правового регулювання інституту комунальної власності, важлива роль належить також прецедентному праву, передусім, судовій практиці. Відомо, що ця практика, як джерело конституційного прецедентного права виступає у двох формах: в особі рішень з окремих справ, які мають принципове значення для судової системи і які стають зразком для вирішення аналогічних справ та у формі узагальнення судової практики, яке здійснюють Верховний Суд України чи вищі спеціалізовані суди України.

Щодо конституційного прецедентного права з питань комунальної власності, то воно насамперед розвивається у формі узагальнень практики господарських судів Вищим господарським судом України.

Зокрема, в коментарі до рішення Вищого (тоді ще) арбітражного суду України №1/48 від 28 вересня 1998 р. було зазначено, що нова Конституція України змінила основи комунальної власності: віднесла її до власності територіальних громад населених пунктів, а не до адміністративно-територіальних одиниць, якими є райони та області. Майно, яке раніше передавалось до комунальної власності областей і районів, стало комунальною власністю населених пунктів [13].

В іншому випадку інформаційним листом №01-8/98 Вищий господарський суд України від 31 січня 2001 р. націлював господарські суди на те, що право комунальної власності на рухоме і нерухоме майно, доходи місцевих бюджетів, інші кошти належить територіальним громадам сіл, селищ, міст, районів у містах, які, згідно зі ст.143 Конституції України, безпосередньо або через утворені ними органи місцевого самоврядування управляють майном, що є у комунальній власності [14].

Що ж до районних і обласних рад, то їхні повноваження стосовно користування і розпорядження таким майном має похідний від повноважень представницьких органів місцевого самоврядування характер, оскільки у вирішенні відповідних питань названі ради діють за дорученням сільських, селищних, міських рад. Визнання інституту доручення у відносинах з управління комунальною власністю є важливим прецедентом, який дає можливість зробити контроль за управлінням об'єктами комунальної власності з боку обласних чи районних рад більш предметним та вмотивованим.

Конституційне прецедентне право у сфері комунальної власності розвивається також органами місцевого самоврядування. Спираючись на Конституцію та закон 1997 р., деякі територіальні громади, наприклад, намагаються створити судові прецеденти і повернути собі об'єкти права комунальної власності, які легально знаходяться у управлінні областей чи районів.

Наприклад у 2002 р. територіальна громада міста Львова в особі її міського голови Буняка Л.К. подала судовий позов до Львівської обласної ради з вимогою повернути деякі об'єкти комунальної власності, які перебувають у управлінні обласної ради, у власність територіальної громади міста Львова. У цій заяві було зазначено, що все комунальне майно, яке перебуває на території відповідної територіальної громади і задовольняє її потреби, належить винятково цій громаді. Тому Львівська обласна рада, на думку позивача, немає ніяких повноважень щодо управління майном, яке знаходиться на території міста, якщо власник, тобто територіальна громада міста, на це її не уповноважував. Однак Львівський обласний господарський суд не пішов на створення вкрай небезпечного прецедента, який міг би привести до спроб радикального перерозподілу комунальної власності між містами обласного значення та областями.

Отже, виходячи з нормативно-правових та прецедентних джерел конституційно-правового регулювання інституту комунальної власності можна перекоонатись, що відбувається процес упорядкування відносин комунальної власності. Районні та обласні ради, які є розпорядниками об'єктів спільної комунальної власності територіальних громад, не мають права розпоряджатися цими об'єктами за правилами вільного розсуду. Так само і територіальні громади сіл, селищ і міст не можуть вимагати передачі їм в індивідуальну комунальну власність об'єкти, які становлять спільну комунальну власність.

З викладеного бачимо, що навіть невеликий аналіз проблем конституційно-правового регулювання інституту комунальної власності переконує у тому, що корінні проблеми нинішнього стану цієї форми власності існують через

невирішеність проблем переходу України від традиційної до європейської моделі політичної системи.

Цей перехід, передусім, повинен стимулювати пошуки законодавчого регулювання питань комунальної власності. Сьогодні у Верховній Раді України зареєстровано три законопроекти, які присвячені управлінню комунальною власністю, і кожен з них дає своє бачення на розв'язання проблем цієї форми власності. Опишемо їх.

1. Проект Закону України "Про право комунальної власності", внесений народними депутатами України Л. Пашковським, Р. Безсмертним, В. Акоюном, О. Жовтісом зазначає, що комунальна власність – одна із форм власності, право користування, володіння і розпорядження якою належить територіальній громаді. Спільна власність територіальних громад – майно комунальної власності, яке за рішенням територіальних громад чи їхніх представницьких органів об'єднується для забезпечення спільно визначених функцій та завдань [15].

Власність області (району) – це власність, суб'єктом права якої є відповідно спільність жителів області чи району, обласні та районні органи місцевого самоврядування. Ця власність покликана забезпечувати функції і діяльність обласних та районних органів місцевого самоврядування.

Проте цей даний проект закону не дає відповіді на питання про принципи розподілу повноважень між органами місцевого самоврядування первинного (село, селище, місто) та вторинного (область, район) рівнів стосовно управління комунальним майном.

2. Інший проект Закону України "Про право комунальної власності" був внесений народними депутатами України О. Морозом та В. Семенюк. Порівняно з попереднім проектом закону новим тут є те, що в ньому зроблена спроба за допомогою перехідних положень врегулювати тимчасово питання компетенції щодо майна обласних та районних рад, з одного боку, і сільських, селищних, міських рад – з іншого [16].

Зокрема, у цьому проекті закону зазначається, що передача майна із спільної комунальної власності територіальних громад сіл, селищ, міст, що знаходяться в управлінні району (області), до комунальної власності відповідних територіальних громад здійснюється за рішенням сільських, селищних, міських рад та за відповідним рішенням трудового колективу комунального підприємства.

Слабким місцем двох вищезазначених проектів законів є, зокрема, уникнення їхніх авторів визначення поняття "управління комунальною власністю" та функціональне розмежування повноважень між органами місцевого самоврядування різних адміністративно-територіальних одиниць.

3. Проект Закону України "Про право комунальної власності та управління об'єктами права комунальної власності", внесений народним депутатом В. Матвеевим, пропонує свій варіант вирішення вищезазначених проблеми.

Відповідно до цього законопроекту, управління об'єктами права комунальної власності – це здійснення органами місцевого самоврядування та уповноваженими ними органами, іншими суб'єктами повноважень щодо реалізації прав територіальної громади як власника цих об'єктів, пов'язаних з їх ефективним використанням та розпорядженням відповідно до законодавства України з метою задоволення жителів територіальної громади у роботах, послугах, інших громадських потребах [17].

Автор законопроекту пропонує поділити об'єкти права спільної власності територіальних громад на майно, яке до 12.червня 1997 р. (тобто до набрання чинності закону "Про місцеве самоврядування в Україні") було передане до комунальної власності областей і районів, а також на майно, яке за пропозиціями територіальних громад сіл, селищ, міст передавалось в управління обласних, районних рад, чи набуто останніми на законних підставах.

В першому випадку виникає спільна сумісна власність, яка поділу не підлягає, а у випадку добровільного об'єднання майна територіальних громад виникає спільна часткова власність. Однак практично механізм управління комунальним майном чітко не визначено.

Отже, вищезазначені проекти законів мають право на існування, проте жоден з них достатньо повно не вирішує проблем управління комунальною власністю. Доцільно було б чітко визначити в законі комунальне майно, яке перебуває в спільній власності територіальних громад (наприклад, майно, яке забезпечує діяльність відповідної районної чи обласної ради та їх структурних підрозділів, задовольняє потреби всіх територіальних громад області чи району). Стосовно іншого комунального майна необхідно встановити, що воно належить відповідним територіальним громадам та визначити механізми передачі цього майна територіальним громадам.

Стосовно управління майна обласними та районними радами, тона нашу думку, необхідно у законі закріпити, що управління в даному випадку включає в себе як володіння та користування, так і розпорядження цим майном. Оскільки, наприклад, відповідні обласні ради формуються на основі пропорційного представництва територіальних громад відповідної області, ці громади можуть одночасно делегувати їм свої повноваження щодо чітко визначеного комунального майна.

Отже, Конституція України та закон "Про місцеве самоврядування в Україні" зробили суттєвий крок в урегулюванні питань формування та управління комунальною власністю. А втім уже кілька років на порядку денному гостро стоїть питання про прийняття першого закону "Про комунальну власність та управління об'єктами комунальної власності", який з позицій уже нового покоління законодавства, заснованого на пріоритеті прав і свобод громадян, врегулює основні питання функціонування цієї форми власності.

-
1. Давид Р. Основные правовые системы современности. – М.: Прогресс, 1988. – 640 с.
 2. Кампо В.М., Нижник Н.Р., Шльоер Б.П. Становлення нового адміністративного права України. Науково-популярний нарис / За заг. ред. В.М. Кампо. – К.: Вид. дім "Юрид. книга", 2000. – 60с.
 3. Фрицький О.Ф Конституційне право України. Підручник. – К.: Юрінком Інтер, 2002. – 536 с.
 4. Конституційне право України / За ред. В.Я. Тація, Погорілка В.Ф., Ю.М. Тодики. – К.: Український центр правничих студій, 1999. – 376 с.
 5. Тодыка Ю.Н. Конституция Украины: проблемы теории и практики. – Харьков: Факт, 2000. – 608 с.
 6. Пухтинський М.О., Павленчик П.Т., Князев В.М. Розвиток місцевого самоврядування в Україні: стан, проблеми, перспективи. – К.: Логос, 2002. – 212 с.

9. Государственное право Германии. Сокращенный перевод с немецкого семитомного издания. – М., 1994. – Том 1. – 311 с.
10. Закон України "Про комунальну власність" // Галицькі контракти. -1996. – №42. – жовтень.
11. Постанова Кабінету Міністрів України Про розмежування державного майна України між загальнодержавною (республіканською) власністю і власністю адміністративно – територіальних одиниць (комунальною) власністю від 5 листопада 1991 року №311. Законодавство України о местном самоуправлении: Сборник нормативных актов. – Харьков: ООО Одиссей, 2002. – 448 с.
12. Пархоменко В. Проблеми місцевого самоврядування в Україні 1990-х років. – К., 1999. – 252 с.
13. Конституція України: Прийнята на п'ятій сесії Верховної Ради України 28 черв. 1996 р. – К.: Преса України, 1997. – 80 с.
14. Закон України "Про місцеве самоврядування в Україні" від 21 травня 1997 р. // Відомості Верховної Ради України. – 1997. – №24. – С. 379-429.
15. Бюлетень законодавства і юридичної практики України. – 2002. – №10: Місцеве самоврядування в Україні. – 448 с.
16. Про деякі питання практики застосування окремих норм чинного законодавства у вирішенні спорів, прийняте листом Вищого Арбітражного суду України від 17 серпня 1998 року №01 – 8/314.
17. Про деякі приписи законодавства, яке регулює питання, пов'язані із здійсненням права власності та його захистом. Із змінами і доповненнями, внесеними листом Вищого господарського суду України від 7 травня 2001 року №01-8/555.
18. Проект Закону про право комунальної власності, підготовлений народними депутатами Безсмертним Р., Акоюном В., Жовтісом О. від 22 липня 1998 року №1263.
19. Проект Закону про право комунальної власності, підготовлений народними депутатами Морозом О., Семенюк В. від 20 липня 2000 року №1263 – 3.
20. Проект Закону про право комунальної власності та управління об'єктами права комунальної власності, підготовлений народним депутатом Матвеевом В. від 14 травня 2002 року №0952.

SOURCES OF CONSTITUTIONAL-LEGAL REGULATION OF MUNICIPAL PROPERTY IN UKRAINE

V. Hirniak

*Ivan Franko National University of Lviv,
Universitetska Str. 1, UA-79000 Lviv, Ukraine
e-mail: rem@gi.lviv.ua*

This article is devoted to the sources of constitutional law in the sphere of municipal property. The municipal property relations as material basis of the local self-government are especially urgent in conditions of Ukraine's European choice. Some questions are necessary to be decided immediately, in particular, the problem of municipal property of the territorial community which is administered on the level of a region and a district.

Key words: local self-government, municipal property, territorial community, constitutional law, administrative-territorial unit, common interests of the territorial communities.

Стаття надійшла до редколегії 28.03.2003
Підписана до друку 30.10.2003

ТРАДИЦІЇ КОНСТИТУЦІЙНОГО ПРАВОСУДДЯ ЧЕХОСЛОВАЧЧИНИ: ДЕЯКІ АСПЕКТИ ПРОБЛЕМИ

І. Переш

*Ужгородський національний університет
вул. Капітульна 26, 88000 м.Ужгород, Україна,
тел. (03122) 3-61-22*

Стаття присвячена питанням, які висвітлюють актуальні проблеми, що стосуються історії становлення, розвитку та діяльності інституту конституційного правосуддя Чехословаччини. Матеріал актуальний для тих, хто вивчає історичні аспекти конституційної юрисдикції зарубіжних країн.

Ключові слова: конституційний суд, розвиток, становлення конституційного правосуддя.

Вперше інститут конституційного судочинства був закладений у Конституції Чехословацької Республіки (ЧСР) від 29 лютого 1920 року [1, с.255-267]. Він представляв собою принципово нову (австрійську) модель конституційного правосуддя, концепція якого була розроблена австрійським вченим Г. Кельзенем і полягала в тому, що на відміну від американської моделі конституційне правосуддя здійснювалось не судами загальної юрисдикції, а спеціалізованим органом – Конституційним Судом.

У Європі перший такий суд був утворений в Австрії у відповідності з Конституцією 1920 року, але припинив свою діяльність внаслідок приєднання цієї країни до Німеччини у 1938 році. Ще більш короткою виявилась історія конституційного суду Іспанії, передбаченого Конституцією 1931 року і ліквідованого разом з нею франкістським режимом.

Що стосується інших європейських країн, то в Федеративній Республіці Німеччини конституційний суд виник в 1951 році, в Італії у 1955 році, у Франції в 1959 році, у Бельгії у 1983 році, в Австрії відродився у 1945 році, а в Іспанії у 1980 році.

В ст.2 Конституції ЧСР 1920 року зазначалося, що Конституційний Суд здійснює контроль за відповідністю законів Чехословаччини та законів Сейму Підкарпатської Русі (автономного утворення) положенням Конституції, та законам, які її змінюють чи доповнюють. Ст.3 регулювала організацію Конституційного Суду, що складався з семи членів: двоє були делеговані з Верховного Суду, двоє з Вищого Адміністративного Суду, ще двох і голову Конституційного Суду призначав Президент Республіки. Строк повноважень суддів становив 10 років.

Детальніше правовий статус Конституційного Суду було врегульовано окремим законом "Про Конституційний Суд" від 9 березня 1920 року [2, с.370-371] та Регламентом Конституційного Суду від 29 серпня 1922 року [3, с.1075-1081]. Спеціальними інструкціями від 1925 та 1926 років був змінений порядок делегування суддів на посаду членів Конституційного Суду Вищим Адміністративним Судом та Верховним Судом. [4, с.20]

Суддями та їх заступниками могли бути особи, які отримали вищу юридичну освіту, мали право голосу і досягли віку 45 років.

Перший Конституційний Суд Чехословаччини пропрацював лише один термін, а його діяльність не була інтенсивною. Про це свідчить той факт, що за час своєї роботи він розглянув конституційність лише двох законів та декількох підзаконних нормативних актів.

Другий склад суду було сформовано лише в травні 1938 року, але згодом він припинив свою діяльність, оскільки Конституційним законом від 14 березня 1939 року №1/1939 була проголошена самостійна Словацька Республіка.

21 липня 1939 була прийнята Конституція Словацької Республіки [5, с.375-384], в §98 якої було закладено організацію Конституційного Сенату, який складався з Президентів Сенатів Верховного Суду та Вищого Адміністративного Суду, а його головою був перший Президент Верховного Суду. Конституційний Сенат вирішував питання про відповідність законів та постанов Конституції та конституційним законам.

Одним із завдань Національних зборів після лютого 1948, коли влада у країні зосередилась у руках комуністів, було розроблення та прийняття нової Конституції, що й було зроблено 9 травня 1948 року [6, с.35-86].

Хоча більшість положень Конституції були розроблені перед лютим 1948 року і містили ряд демократичних засад, але реально вони не дотримувались, а такий інститут як Конституційний Суд був зовсім відсутній. Його повноваження були віднесені до Президії Національних зборів. Так, у відповідності із ст.65 Конституції, Президія здійснювала тлумачення законів, вирішувала питання про відповідність законів Конституції та відповідність постанов уряду і міністрів законам, а за Конституцією від 11 липня 1960 року [7, с.25-46] дана функція була віднесена до компетенції Національних зборів.

Але оскільки Президія Національних Зборів в період між сесіями здійснювала всі повноваження вищого представницького органу, крім виборів Президента республіки та прийняття конституційних законів, то фактично функція конституційного контролю залишилась у компетенції Президії Національних Зборів [8, с.57].

27 жовтня 1968 року був схвалений Конституційний закон № 143/1968 "Про Чехословацьку федерацію", який набрав чинність 1 січня 1969 року [9, с.47-95]. Для конституційного судочинства цей закон був надзвичайно важливим, оскільки передбачав утворення Конституційного Суду Чехословацької Соціалістичної Республіки як органу охорони конституційності.

Суб'єктами, які мали право звернутися до Конституційного Суду були: палати Федеральних зборів, Президія Федеральних зборів, уряд Чехословацької Соціалістичної республіки або інший федеральний орган, Чеська Національна рада, її Президія, Словацька Національна рада, її Президія та уряд, суди, Генеральний прокурор, фізичні та юридичні особи [4, с.22].

Конституційний суд міг розпочати справу і за власною ініціативою. Отже, йому надавалося право здійснювати абстрактний та конкретний контроль за конституційністю нормативно-правових актів. Абстрактний контроль полягав у тому, що Конституційний Суд мав право розглянути будь-який нормативний акт, щодо якого виникають сумніви у його конституційності. Конкретний контроль – це розгляд Конституційним Судом питання про конституційність нормативного акту, яке виникає в зв'язку з судовим розглядом певної справи, предметом якої є захист конкретних інтересів.

Конституційний Суд складався з 12 членів: 8 суддів та 4 заступників. Щоб між двома республіками не виникали розбіжності при призначенні суддів, то чотири судді та два заступника обирались Палатою Націй Чеської Соціалістичної республіки, а інші чотири судді та два заступники Радою громадян Словацької Соціалістичної республіки. Свої рішення він повинен був приймати в Сенатах.

Суддею Конституційного Суду міг бути громадянин Чехословаччини, який мав право голосу, вищу юридичну освіту, досяг 35 років і не менше 10 років займався юридичною діяльністю. Судді обирались Федеральними зборами строком на 7 років і не більше ніж на два строки підряд.

Детальніша процедура формування суду, його повноваження, розгляд справ перед ним повинні були регулюватися спеціальним законом Федеральних зборів Чехословаччини.

Крім цього передбачалося, що в Чеській та Словацькій республіках повинні створитися конституційні суди республік. Їх статус та основи організації мали забезпечувати конституційні закони Національних рад. Але всі ці положення так і не були реалізовані залишившись існувати тільки на папері.

Листопад 1989 року та період після нього приніс Чехословацькій державі не тільки відсторонення від влади комуністичної партії, але й повернення до ідеї створення Конституційного Суду. Так 27 лютого 1991 року Федеральні збори Чехословацької Федеративної республіки ухвалили конституційний закон "Про Конституційний суд Чеської та Словацької Федеративної республіки" [5]. Закон характеризував Конституційний Суд як судовий орган охорони конституційності. До його компетенції у відповідності із ст.2 закону входило прийняття рішень:

- про відповідність законів Федеральних зборів, рішень Президії Федеральних зборів конституційним законам Федеральних зборів;
- про відповідність законів Федеральних зборів, конституційних та інших законів Чеської Національної Ради та Словацької Національної Ради міжнародним договорам про права та свободи людини і громадянина, які ратифіковані Чеською та Словацькою Федеративною республікою;
- про відповідність конституційних та інших законів Чеської Народної Ради і Словацької Національної Ради, законних рішень Президії Чеської Національної Ради та Словацької Народної Ради конституційним законам Федеральних зборів;
- про відповідність постанов уряду Чехословацької Федеративної республіки, нормативних актів федеральних міністерств, інших федеральних органів державної влади конституційним та іншим законам Федеральних зборів;
- про відповідність постанов урядів Чеської та Словацької республік, правових актів міністерств та інших органів державної влади Чеської і Словацької республік конституційним та іншим законам Федеральних зборів.

Конституційний суд мав право розглядати спори про компетенцію між органами однієї або обох республік, конституційні скарги про порушення органами державної влади основних прав та свобод людини і громадянина, а також справи про те, чи рішення про розпуск політичної партії або руху є законними.

Конституційний закон "Про конституційний суд Чеської та Словацької Федеративної республіки" містив в собі норми, які стосувалися розгляду справ перед

Конституційним Судом. Так у відповідності із ст.8 подання до Конституційного суду могли здійснювати Президент Чехословацької федеративної республіки, Федеральні збори, уряд ЧСФР, Чеська Національна Рада, Словацька Національна Рада, уряд Чеської республіки або інший центральний орган Чеської республіки, уряд Словацької республіки або інший центральний орган Словацької республіки, суд, Генеральний прокурор ЧСФР, Генеральний прокурор Словацької та Чеської республік, фізичні та юридичні особи.

Конституційний Суд складався з 12 суддів, які призначалися Президентом Республіки за згодою Федеральних зборів Чехословацької Федеративної Республіки, Чеської та Словацької Національних рад, строком на сім років, так, щоб кожна республіка була представлена шістьма суддями.

Суддею Конституційного Суду міг бути громадянин, який мав бездоганну репутацію, право голосу, досяг 35 років та не менше ніж 10 років займався юридичною діяльністю. Голову суду та його заступника призначав Президент ЧСФР із суддів Конституційного Суду.

У жовтні 1991 року Федеральні збори ЧСФР прийняли закон "Про організацію Конституційного Суду Чехословацької Федеративної Республіки та розгляд справ перед ним" [10].

Конституційний Суд ЧСФР проіснував з 31.01.1992р. по 31.12.1992р. і припинив свою діяльність з розпадом ЧСФР. За час свого існування він розглянув більше тисячі справ, а практика розгляду і прийняття рішень була пізніше запозичена новосформованими Конституційними Судами вже незалежних Чеської та Словацької республік.

Словацька Національна рада 2 грудня 1992 року прийняла конституційний закон "Про Конституційний Суд Словацької Республіки" [11], а на другий день 3 грудня 1992 року прийняла закон "Про організацію Конституційного Суду Словацької Республіки та розгляд справ перед ним" [12]. Але з проголошенням 1 січня 1993 року самостійної Словацької республіки, вони так і не вступили в силу.

Якщо порівняти розвиток конституційного правосуддя Чехословаччини з іншими соціалістичними країнами того часу, то в Угорській Народній Республіці вперше Конституція 1972 року закріпила право здійснення контролю за дотриманням Конституції і відміни актів державних органів, які протирічать Конституції або порушують інтереси суспільства за Державними зборами. У ході конституційної реформи 1983 року інститут конституційного контролю був переданий новоствореній Конституційно-правовій Раді, яка здійснювала контроль за конституційністю всіх правових норм, дериктив та рішень Верховного Суду, правових актів членів уряду, генерального прокурора, керівників центральних відомств а також місцевих органів влади. Вона була наділена також правом тлумачення конституційних норм. Але обиралася Конституційно-правова Рада Державними Зборами у складі 11-17 чоловік, більшість яких становили депутати зборів, а головою та секретарем Конституційно-правової Ради взагалі могли бути тільки депутати державних зборів.

У Польській Народній Республіці до 1985 року контроль за конституційністю нормативних актів здійснювала Державна Рада і лише з 1986 року був створений спеціалізований орган – Конституційний Суд, який на відміну від органу конституційної юрисдикції Угорської Народної Республіки, хоча і обирався Сеймом, був незалежним органом конституційної юрисдикції. Він не вирішував питання про

конституційність актів Сейму і Державної Ради, а лише мав право розглядати дані питання і повідомляти про це Сейм. Самостійно він приймав рішення лише про конституційність актів Ради Міністрів Республіки та інших підзаконних актів.

У Соціалістичній Федеративній Республіці Югославії конституційна юрисдикція виникла у 1963 році і мала свої особливості пов'язані з федеративним устроєм держави. Так, у Югославії діяв не один, а система Конституційних Судів на чолі з Федеративним Конституційним Судом.

Отже, з вищенаведеного бачимо, що орган конституційної юрисдикції Чехословаччини пройшов складний етап розвитку та становлення починаючи з 1920 року, коли Чехословаччина стала другою країною в Європі, після Австрії, де був створений спеціалізований орган конституційної юрисдикції, і закінчуючи 1993 роком, коли Чехословацька федерація перестала існувати.

На різних етапах розвитку відношення до органу конституційної юрисдикції у Чехословаччині змінювалось. У домюнхенській республіці цю функцію здійснював Конституційний Суд, у радянські часи – Президія Національних зборів та самі Національні збори, а згодом був знову утворений Конституційний Суд Чехословацької Соціалістичної Федеративної Республіки. Таким чином, функція контролю за відповідністю законів та підзаконних нормативних актів Конституції була вилучена із компетенції парламенту і сконцентрована в спеціалізованому органі охорони конституційності – Конституційному Суді, який зосереджувався виключно на конституційно-правовій проблематиці розгляду справ і цим самим був невід'ємним органом демократичної держави, що здійснював захист основ державного ладу.

-
1. Zákon kterým se uvozuje ústavní listina Československé republiky, z 29 února 1920 // Sbirka zákonů a nařízení státu Československého. – 1920. – 6 března.
 2. Zákon "O ústavním soudě" z 9 března 1920 // Sbirka zákonů a nařízení státu Československého. – 1920. – 6 března.
 3. Jednací rád ústavního soudu, z 19 května 1922 // Sbirka zákonů a nařízení státu Československého. – 1922.-24 srpna.
 4. Rozhodovacia činnosť Ústavného súdu Slovenskej Republiky 1993 – 1997.-Bratislava,: Kalligram.
 5. Ústavný zákon "O Ústave Slovenskej republiky", z 21 júla 1939 //Slovenský zákonník. – 1939. – 31 júla.
 6. Конституция Народной Республики Чехословакия, от 9 мая 1948г. // Конституции Европейских стран народной демократии. – М.,1954.
 7. Конституция Чехословацкой Социалистической Республики 11 июля 1960г.// Чехословацкая Социалистическая Республика: Конституция и законодательные акты. – М.: Прогрес, 1987.
 8. Правовая охрана Конституции. Сборник обзоров. – М.,1991.
 9. Конституционный закон "О Чехословацкой федерации" от 27 октября 1968г. // Чехословацкая Социалистическая Республика: Конституция и законодательные акты. – М.: Прогрес, 1987.
 10. Zákon "O organizácii Ústavného súdu Českej a Slovenskej Federatívnej Republiky a o konaní pred ním" zo 7 novembra 1991 // Zbierka zákonů Československej Federativnej Republiky. – 1991. – № 491.

11. Ústavný zákon Slovenskej národnej rady "O Ústavnom súde Slovenskej republiky" z 2 decembra 1991 // Zbierka zákonů Československej Federativnej Republiky. – 1992. – № 7
12. Zákon Slovenskej Národnej rady "O organizácii Ústavného súdu Slovenskej republiky a o konaní pred ním" z 3 decembra 1991 // Zbierka zákonů Československej Federativnej Republiky. – 1992. – № 8.

TRADITIONS OF CZECHOSLOVAKIA'S CONSTITUTIONAL JUSTICE: SOME ASPECTS OF THE PROBLEM

I. Peresh

*Uzhgorod National University
Kapitulna Str., 26, UA-88000 Uzhgorod, Ukraine,
tel. (03122) 3-61-22.*

The article deals with the issues of formation, development, and activity of the constitutional justice institution in Czechoslovakia. The material is urgent for those, who study historical aspects of constitutional justice in foreign countries.

Key words: constitutional court, development, formation of constitutional justice.

Стаття надійшла до редколегії 8.04.2003

Підписана до друку 30.10.2003

АДМІНІСТРАТИВНЕ І ФІНАНСОВЕ ПРАВО

РАДНИК З ПИТАНЬ ЕТИКИ

Грегорі Лeko

*Канадсько-український проект сприяння доброчесності
Група міжнародного співробітництва
Міністерства юстиції Канади
275 Sparks Street
Ottawa Canada K1A 0H8
e-mail: serge.lortie@justice.gc.ca*

Стаття спрямована на ознайомлення з канадським досвідом забезпечення доброчесності державних службовців. Розглядаються питання стандартів поведінки посадових осіб, призначених на політичні посади в Канаді.

Ключові слова: радник з питань етики, стандарти поведінки, державні службовці.

Історія становлення та повноваження

Протягом багатьох років в Канаді було прийнято цілий ряд законів, інструкцій, положень, кодексів, які б допомагали державним посадовим особам, що обіймають політичні посади, уникати конфліктів інтересів або в разі необхідності правильно поводитися в таких ситуаціях. На сьогодні міністри Кабінету, державні секретарі, парламентські секретарі¹, працівники міністерств та різні посадові особи Кабінету²

© Лeko Г., 2003

¹ В канадській системі партія, яка набирає найбільшу кількість голосів у виборчих округах, переважно формує уряд, а голова цієї партії стає Прем'єр-міністром. Прем'єр-міністр, як правило, вибирає з-поміж обраних членів Парламенту тих, хто даватиме йому поради, і разом з Прем'єр-міністром ці люди називаються "Урядом". Більшість цих "радників" очолюють урядові міністерства і називаються "міністрами". Прем'єр-міністр і міністри формують так званий "Кабінет". Крім того, існують ще два інші види вищих посадових осіб: "державні секретарі" та "парламентські секретарі". Державний секретар – це член Парламенту від правлячої партії, призначений для того, щоб надавати допомогу міністрові Кабінету щодо певних питань, віднесених до компетенції останнього. Державні секретарі є членами Уряду, але не є членами Кабінету. Парламентські секретарі – це члени Парламенту від правлячої партії, які допомагають міністрам Кабінету виконувати їхні обов'язки. Наприклад, парламентський секретар може відповідати на запитання депутатів Палати громад від імені міністра в разі відсутності останнього. Парламентські секретарі не є членами ні Кабінету, ні Уряду.

² Призначення на посаду федерального державного службовця в Канаді здійснюється двома шляхами: урядовим органом або Комісією з питань державної служби (Public Service Commission), яка є незалежним органом, що стоїть на сторожі цінностей професійної державної служби: компетентності, безпартійності і принципу представництва. Призначення особи на певну посаду Комісією з питань державної служби переважно здійснюється після проведення відкритого конкурсу і на відміну від призначень урядовими органами є неполітичним за характером. Радник з питань етики займається виключно особами, призначеними на політичні посади. На звичайних державних службовців, що обіймають неполітичні посади, поширюється окрема система.

зобов'язані дотримуватися положень Кодексу поведінки державних посадових осіб при конфлікті інтересів та після закінчення державної служби (далі "Кодекс поведінки") [1]. Кодекс покликаний зміцнити впевненість суспільства у доброчесності державних посадових осіб і неупередженості процесу прийняття рішень в органах влади.

У цьому дослідженні розглядаються питання створення, ролі й становлення Служби Радника з питань етики у зв'язку з проблемою конфлікту інтересів¹. Щоб скласти правильне уявлення про цю службу в контексті її появи та становлення, слід передовсім розглянути діяльність того органу, який здійснював нагляд за дотриманням відповідних норм та положень ще до створення Служби Радника з питань етики.

Ситуація, що передувала створенню служби радника з питань етики

На початку 70-х років у суспільстві суттєво зросло занепокоєння питаннями етики в органах державної влади, і в самих владних структурах визріло розуміння того, що багаточисельна та структурно складна державна служба вже більше не може керуватися неписаними правилами поведінки [2, с.6]. Норми, що регулювали в Канаді питання конфліктів інтересів стосовно депутатів Парламенту, були розпорешені по різних нормативних актах і містилися, зокрема, в Законі Канади про вибори, Кримінальному кодексі Канади, Законі про Палату громад, Законі про Сенат і Палату громад, Регламенті Палати громад, Регламенті Сенату, а також у законах і звичаях Великобританії [3, с.13].

18 липня 1973 року уряд вніс на розгляд Палати громад Положення про конфлікт інтересів, яке поширювалося на міністрів Кабінету [4, с.5735]. 17 грудня 1973 року на розгляд було внесено ще два Положення: одне – для державних службовців, а інше – для посадових осіб, призначених Кабінетом [4, с.8837-8838].

У травні 1974 року було створено Управління помічника заступника начальника Служби реєстрації (Office of the Assistant Deputy Registrar General), яке мало відповідати за додержання Положень міністрами Кабінету і посадовими особами, призначеними Кабінетом² [5, с.201]. Помічник заступника начальника Служби реєстрації отримав широкі повноваження, але не мав права проводити розслідування у зв'язку з можливим конфліктом інтересів. Серед основних функцій [5, с.202-203] новоствореної посади було:

- надання консультацій і допомоги окремим особам з метою такої організації їхніх особистих справ, яка б не суперечила нормам Положень;
- надання Прем'єр-міністрові та міністрам інформації, необхідної для прийняття рішень у справах про конфлікт інтересів;

¹ Служба Радника з питань етики також відповідає за дотримання положень Закону про реєстрацію лобістів (Lobbyists Registration Act) та Кодексу поведінки лобістів (Lobbyists Code of Conduct). Ці окремі напрями діяльності Радника з питань етики у цьому дослідженні не висвітлюються.

² Помічник заступника начальника служби реєстрації входив до Міністерства у справах споживачів і корпорацій (яке зараз називається Міністерством промисловості) і підпорядковувався Начальнику служби реєстрації. Крім того, Начальник служби реєстрації відповідав за реєстрацію та видачу документів, що вимагаються різними законами і нормативними актами, а також за відповідне використання і збереження Великої печатки Канади.

- ведення Державного реєстру, до якого заносилися "заяви про конфлікт інтересів" і "публічні заяви" осіб, на яких поширювалася дія Положень;
- надання згоди на заходи, що вживалися для врегулювання конфліктів інтересів особами, на яких поширювалася дія Положень;
- отримання згоди у Прем'єр-міністра в разі власної згоди з заходами, що вживалися міністрами Кабінету, з метою врегулювання конфліктів інтересів;
- вирішення складних, делікатних або нових проблем, що виникали в процесі реалізації норм про конфлікт інтересів чи застосування Положень;
- інформування Прем'єр-міністра і Секретаря Таємної ради¹ про дотримання Положень особами, на яких поширювалася їх дія, та інші справи, що стосувалися конфліктів інтересів;
- надання міністерствам та відомствам на їх прохання порад і допомоги в підготовці додаткових нормативних актів, що відповідали б урядовій політиці у сфері регулювання конфліктів інтересів.

У 1983 році Прем'єр-міністр прийняв рішення про необхідність проведення в державних інтересах офіційного аналізу політики і методики регулювання поведінки міністрів, парламентських секретарів та посадових осіб, призначених Кабінетом на постійній основі [5, с.2-6]. Для проведення такого аналізу Прем'єр-міністр створив Робочу групу з питань конфліктів інтересів, яка до травня 1984 року підготувала звіт під назвою "Етична поведінка на державній службі"². Робоча група рекомендувала для більшої ясності згрупувати всі норми про конфлікт інтересів в єдиний Кодекс етичної поведінки. Крім того, робоча група рекомендувала передати функції помічника заступника начальника Служби реєстрації новій Службі з питань етики, яка мала б отримати чіткіше сформульовані і ширші повноваження. Нове управління мав очолити Радник з питань етики, з яким би могли радитися Прем'єр-міністр і ті, на кого поширювалася б дія Кодексу, і який також проводив би просвітницьку роботу та на вимогу розслідував би заяви про порушення Кодексу етичної поведінки. Робоча група також запропонувала, щоб звіт про результати розслідування, проведеного Радником з питань етики стосовно будь-якого міністра Кабінету, доводився до відома Прем'єр-міністра і громадськості.

¹ Секретаріат Таємної ради є основним органом державної служби, який забезпечує підтримку Прем'єр-міністра і Кабінету. Секретаріат Таємної ради відповідає за розробку та узгодження загальної урядової політики. В Секретаріаті Таємної ради працюють понад 300 професійних державних службовців: від канцелярських працівників і юрисконсультів до технічних і наукових спеціалістів, відряджених до цього органу з різних відомств. Таємною радою керує Секретар Таємної ради, найвищий за рангом державний службовець в Канаді. Починаючи з 1940 року, Секретар Таємної ради одночасно є і Секретарем Кабінету. Функції і значення Секретаря значною мірою залежать від того, в яких стосунках з Прем'єр-міністром перебуває людина, яка обіймає цю посаду. Основна функція Секретаря полягає в наданні порад і підтримки Прем'єр-міністру в справах, яким він як голова уряду приділяє особливу увагу. Прем'єр-міністр звертається до Секретаря за порадою щодо призначення на вищі державні посади, організації уряду та системи прийняття рішень у Кабінеті міністрів, визначення загальних напрямів політики, підтримки ефективної взаємодії з урядами провінцій і територій та ряду інших питань. Секретар Кабінету міністрів допомагає Прем'єр-міністру підтримувати єдність Кабінету і здійснювати керівництво цим органом.

² Робочу групу очолювали Мітчелл Шарп (Mitchell Sharp) і Майкл Старр (Michael Starr), колишні члени Парламенту, тому цей звіт також відомий як звіт Шарпа-Старра.

У 1985 році уряд вніс на розгляд Кодекс поведінки державних посадових осіб при конфлікті інтересів та після закінчення державної служби, який набрав чинності 1 січня 1986 року. Дія кодексу поширювалася на посадових осіб, призначених безпосередньо урядом, і не охоплювала звичайних державних службовців, які мали керуватися іншими, хоча й схожими нормами [1].

Помічник заступника начальника Служби реєстрації мав забезпечувати виконання Кодексу поведінки, бо в той час ще не було створено Служби з питань етики.

У 1980 році на адресу одного з міністрів були висунуті серйозні звинувачення щодо конфлікту інтересів¹. Розслідування цієї справи було доручене судді. Крім фактів, безпосередньо пов'язаних зі справою, слідство ознайомилось з численними матеріалами про структуру і діяльність Управління помічника заступника начальника Служби реєстрації [6, с.358]. Слідство зробило ряд висновків та рекомендацій. Зокрема, слідство запропонувало внести зміни до повноважень помічника заступника начальника Служби реєстрації у разі створення нової служби, яка б безпосередньо займалася конфліктами інтересів і отримала чіткіше визначені функції й ширші повноваження, в тому числі й право розслідувати обставини ймовірних конфліктів інтересів, та й взагалі була б більш впливовою [6, с.360]. У 1988 році уряд відреагував на ці рекомендації проектом С-114 Закону про конфлікт інтересів членів Сенату і депутатів Плати громад (*Members of the Senate and House of Commons Conflict of Interests Act*), в якому пропонувалося створити Комісію з питань конфліктів інтересів, що розслідувала б звинувачення у порушенні Кодексу [7]. Цей законопроект так і не був прийнятий, бо в цей час були оголошені загальнонаціональні вибори і 1 жовтня 1988 року Парламент того скликання було розпущено. Подібні законопроекти вносилися на розгляд в 1989, 1991 і 1993 роках, але через перерви в роботі або закінчення роботи Парламенту чергового скликання вони так і не встигли пройти повний законодавчий процес².

Створення служби радника з питань етики

Під час федеральної виборчої кампанії 1993 року Ліберальна партія пообіцяла створити незалежну посаду Радника з питань етики, який звітував би безпосередньо Парламенту [8, с.95]. Після перемоги Ліберальна партія сформувала уряд, який у 1994 році підготував нову редакцію Кодексу поведінки і створив Службу Радника з питань етики в структурі федерального Міністерства промисловості [9, с.13]. Але уряд не повністю дотримав обіцянки, даної під час виборчої кампанії, і зобов'язав Радника з питань етики звітувати не Парламенту, як планувалося спочатку, а безпосередньо Прем'єр-міністрові. На думку уряду, початкова схема не узгоджувалася з принципом підзвітності Прем'єр-міністра Палаті громад і відповідно

¹ У засобах масової інформації та Палаті громад, зокрема, прозвучали заяви, що ніби-то Сінклер Стівенс (Sinclair M. Stevens), міністр з питань регіонального економічного розвитку, іноземних інвестицій і приватизації, мав приватні фінансові справи з окремими особами чи фірмами, які працювали з його міністерством.

² Проект С-46 Закону про конфлікт інтересів членів Сенату і депутатів Палати громад припинив своє існування 12 травня 1991 року, коли в роботі Парламенту була оголошена перерва; Проект С-43 Закону про конфлікти інтересів членів Сенату і депутатів Палати громад було внесено на розгляд 22 листопада 1991 року, а проект С-116 Закону про конфлікти інтересів державних посадових осіб – 11 березня 1993 року. Обидва ці законопроекти (С-43 і С-116) припинили своє існування, коли 8 вересня 1993 року Парламент було розпущено.

громадськості [10, с.1-34, с.5-6]. На Радника з питань етики було покладено обов'язки, які раніше виконував помічник заступника начальника Служби реєстрації, та цілий ряд інших завдань, що розглядаються далі.

Кодекс поведінки 1994 року подібний до кодексу 1986 року і його дія поширюється на осіб, які обіймають державні посади міністрів Кабінету, державних секретарів, парламентських секретарів, співробітників міністерств і практично всіх посадових осіб, призначених Кабінетом на постійній основі [11]. Новий кодекс як і раніше не поширюється на звичайних працівників державної служби, які мають свої схожі норми [12], і на депутатів Палати громад та членів Сенату.

Кодекс поведінки встановлює ряд принципів, які поширюються на всіх державних посадових осіб. Зокрема, ці принципи зобов'язують державних посадових осіб:

- поводитися чесно і дотримуватися найвищих етичних стандартів;
- виконувати свої офіційні обов'язки і організовувати свої приватні справи у такий спосіб, який витримуватиме найприскіпливішу перевірку з боку громадськості;
- завжди приймати рішення в державних інтересах з урахуванням конкретних обставин;
- відмовитися від приватних інтересів, що можуть зазнати суттєвого впливу з боку державних справ, якими вони займаються;
- організовувати свої приватні справи так, щоб запобігти виникненню конфлікту інтересів, а в разі виникнення такого конфлікту забезпечити його врегулювання в державних інтересах.

Крім того, Кодекс забороняє державним посадовим особам:

- сприяти приватним юридичним та фізичним особам у їх справах з державними органами, якщо це пов'язане з пріоритетним ставленням до такої особи;
- свідомо використовувати у власних цілях чи на власну користь інформацію, яка отримана при виконанні офіційних обов'язків і не є загальнодоступною;
- використовувати державне майно не для офіційно визначених цілей;
- після закінчення державної служби використовувати у власних інтересах своє попереднє становище.

Кодекс ставить ряд спеціальних вимог до державних посадових осіб з метою забезпечення відповідної поведінки:

- дати письмову розписку в тому, що вони дотримуватимуться Кодексу поведінки;
- підписати заяву про ознайомлення з методичними вказівками про дотримання вимог, що ставляться до державної посадової особи під час роботи на посаді¹ і після звільнення з посади;

¹ Заява, яку підписують державні посадові особи з метою забезпечення дотримання положень Кодексу поведінки, передбачає так званий "блайнд траст" (англ. "blind trust", в дослівному перекладі "сліпий траст"). Це особливий вид довірчих відносин, при яких особа, якій передається право управління майном державної посадової особи на основі довірчої власності, приймає усі інвестиційні рішення при управлінні цим майном без вказівок чи контролю з боку самої державної посадової особи.

- не пізніше 60 днів після призначення на посаду подати конфіденційний звіт про все своє майно¹ та фінансові зобов'язання, а якщо державна посадова особа є міністром, державним секретарем або парламентським секретарем, то також вказати у звіті майно та фінансові зобов'язання чоловіка/дружини і дітей, які перебувають на утриманні посадової особи;
- слідкувати за тим, щоб участь у діяльності, не пов'язаній з виконанням службових обов'язків, не суперечила їм та не ставила під сумнів здатність посадової особи неупереджено виконувати свої службові обов'язки;
- подати конфіденційний звіт з переліком усіх видів своєї діяльності поза державною службою (включаючи діяльність протягом двох років до призначення на посаду), зокрема, участь в заходах меценатського, благодійного і неприбуткового характеру, а якщо державна посадова особа є міністром, державним секретарем або парламентським секретарем, то також надати у звіті інформацію про таку діяльність чоловіка/дружини та дітей, які перебувають на утриманні посадової особи;
- утримуватися від діяльності, що не входить до кола службових обов'язків², а саме, не займатися іншою професійною діяльністю, не брати активну участь в управлінні чи роботі підприємств або комерційних структур, не зберігати за собою і не погоджуватися займати керівних чи інших посад у фінансових і комерційних компаніях, не обіймати посад у профспілці або професійному об'єднанні і не давати платні консультації;
- відмовлятися від будь-яких подарунків, виявів гостинності та інших послуг, що можуть вплинути на прийняття рішень і виконання обов'язків цією посадовою особою;
- декларувати подарунки, вияви гостинності та інші послуги, вартість яких становить не менше 200 доларів;
- уникати пріоритетного ставлення до осіб чи груп осіб, особливо членів сім'ї або друзів.

Якщо державна посадова особа не дотримується зазначених вимог, то Прем'єр-міністр може застосувати до такої особи відповідні дисциплінарні заходи аж до звільнення з посади.

Функції служби радника з питань етики

Служба Радника з питань етики виконує як консультаційну функцію, надаючи державним посадовим особам консультації щодо питань, які викликають сумніви або непевність, так і контрольну функцію, розглядаючи всі заяви про можливі порушення Кодексу поведінки та інші етичні питання [9, с.13].

Консультаційна функція

При призначенні на посаду державна посадова особа зустрічається з Радником з питань етики, від якого отримує листа з роз'ясненням її обов'язків відповідно до

¹ Деяке майно, наприклад, майно, що перебуває в особистому житку державної посадової особи та її сім'ї і не використовується в комерційних цілях, не підлягає декларуванню і відчуженню.

² Коли така діяльність пов'язана з виконанням офіційних обов'язків, то вона може допускатися як виняток за умови отримання згоди Прем'єр-міністра або Радника з питань етики, але в цьому разі державна посадова особа повинна публічно заявити про свою участь у такій діяльності або роботу на керівній чи іншій офіційній посаді, вказаній у конфіденційному звіті.

Кодексу поведінки і детальним переліком функцій Радника з питань етики [13, с.18]. Посадова особа має дати розписку в тому, що вона зобов'язується дотримуватися норм Кодексу. Далі вона має підготувати конфіденційний звіт про все своє майно, фінансові зобов'язання та діяльність поза межами основної роботи [9, с.16]. Цей звіт перевіряється Службою Радника з питань етики, яка в свою чергу готує свій висновок із зазначенням вимог, які необхідно виконати для забезпечення відповідності нормам Кодексу. Ці вимоги слід виконати протягом 120 днів після призначення на державну посаду, і тільки сам Радник з питань етики може продовжити цей строк [1]. Служба Радника з питань етики допомагає державній посадовій особі виконати вимоги для забезпечення відповідності нормам Кодексу [9, с.16]. Після виконання необхідних вимог, державна посадова особа підписує заяву, яка офіційно погоджується з Радником з питань етики [9, с.16]. Заяви членів уряду погоджуються з Прем'єр-міністром.

Протягом перебування особи на державній посаді проводяться щорічні перевірки відповідності її діяльності Кодексу поведінки. Державна посадова особа може також звернутися до Радника з питань етики за консультацією з питань потенційних сфер, в яких може виникнути конфлікт інтересів [13, с.12].

Державні посадові особи також повинні дотримуватися положень Кодексу поведінки протягом одного року після звільнення з державної посади. Що ж стосується міністрів, то вони підлягають дії кодексу ще протягом двох років після звільнення¹. Відповідно, до кола обов'язків Радника з питань етики входять допомога і консультації для державних посадових осіб після звільнення з посади щодо їхніх обов'язків згідно з Кодексом.

Контрольна функція

Радник з питань етики може проводити від імені Прем'єр-міністра розслідування звинувачень про можливий конфлікт інтересів, висловлених на адресу міністрів та високих посадових осіб. Результати розслідування Радника з питань етики передаються Прем'єр-міністру². З часу створення служби в 1994 році Радник з питань етики з власної ініціативи проводить також перевірки звинувачень про можливі порушення обов'язків і правил, встановлених Кодексом поведінки [9, с.21].

Радник з питань етики не виносить "вироку" після розслідування, а лише передає Прем'єр-міністрові свій компетентний висновок [13, с.13]. Радник з питань етики не має права оприлюднювати такі висновки. Тому остаточна відповідальність за недопущення конфліктів інтересів в діяльності державних посадових осіб лежить на Прем'єр-міністрові, який вирішує, чи слід вживати будь-яких заходів в конкретній ситуації.

Розвиток і перспективи служби радника з питань етики

Весною 2002 року члени Парламенту і засоби масової інформації висунули звинувачення в політичному протекціонізмі та конфлікті інтересів, допущених при зборі коштів на виборчу кампанію, а також в порушеннях процедури укладення

¹ Якщо Прем'єр-міністр приймає рішення зменшити цей строк, він має в письмовій формі повідомити про це відповідну колишню посадову особу.

² Служба не підмінює собою поліцію, прокуратуру і суди, коли йдеться про порушення Кримінального кодексу. Справами, пов'язаними з хабарництвом і так звану "торгівлею впливом" (зловживанням посадовим становищем за винагороду), займається поліція і судові органи.

державних контрактів. Ці звинувачення вивели на передній план ряд питань принципового значення, зокрема, питання про роль Радника з питань етики власне як радника Прем'єр-міністра, а не як незалежного уповноваженого. У відповідь 23 травня 2002 року Прем'єр-міністр пообіцяв підвищити стандарти доброчесності серед державних посадових осіб і оголосив у Палаті громад основні складові плану дій, що складався з восьми пунктів [14, с.11636-11637].

11 червня 2002 року Прем'єр-міністр почав виконувати свою обіцянку підвищити довіру до державних структур, затвердивши положення про відносини міністерств з державними корпораціями, положення про діяльність міністрів в особистих політичних інтересах і окремі рекомендації Прем'єр-міністра з ряду питань для міністрів та державних секретарів [14, с.12535]. Ці нормативні акти доповнюють Кодекс поведінки та інші норми про конфлікт інтересів.

Крім того, Прем'єр-міністр повідомив про деякі зміни в роботі Служби Радника з питань етики:

- Радник з питань етики призначатиметься після консультацій з лідерами опозиційних партій на п'ятирічний строк, а його звільнення можливе лише за згодою Парламенту;
- на вимогу будь-якого члена Парламенту Радник з питань етики може проводити розслідування скарг та інших питань, пов'язаних з діяльністю міністрів;
- Радник з питань етики представлятиме щорічний звіт про діяльність Служби Радника з питань етики Спікеру Палати громад.

23 жовтня 2002 року уряд вніс на розгляд проект Кодексу поведінки парламентаріїв (Code of Conduct for Parliamentarians), дія якого має поширюватися на всіх депутатів Палати громад і членів Сенату [15, с.798]. Крім того, уряд вніс на розгляд проект закону про створення посади Уповноваженого з питань етики замість існуючого Радника з питань етики. Новий уповноважений з питань етики матиме більше повноважень, зокрема:

- буде незалежним представником Парламенту, що призначатиметься на п'ятирічний строк без права повторного призначення;
- контролюватиме дотримання положень Кодексу поведінки парламентаріїв і звітуватиме перед Парламентом;
- контролюватиме дотримання положень Кодексу поведінки державних посадових осіб і даватиме Прем'єр-міністрові консультації на конфіденційній основі щодо етичних питань в цілому, а також консультуватиме державних посадових осіб, на яких поширюється дія Кодексу;
- на вимогу членів Парламенту проводитиме розслідування поведінки міністрів і державних секретарів відповідно до Кодексу поведінки державних посадових осіб і оприлюднюватиме результати такого розслідування.

На завершення слід зазначити, що в разі заміни Радника з питань етики Уповноваженим з питань етики, новий орган продовжуватиме виконувати важливе завдання, яке спочатку було покладене ще на помічника заступника начальника Служби реєстрації і стосувалося нагляду за дотриманням положень, правил та кодексів з питання конфліктів інтересів для державних посадових осіб. Ефективний нагляд за дотриманням таких кодексів, положень та правил має ключове значення

для забезпечення неухильного прийняття рішень державними посадовими особами в державних, а не приватних інтересах.

Діяльність Радника з питань етики

Як зазначалося в першій частині цього дослідження, федеральний Радник з питань етики може розслідувати від імені Прем'єр-міністра звинувачення, висунуті на адресу міністрів і вищих посадових осіб про порушення ними вимог щодо поведінки в разі конфлікту інтересів. Свій компетентний висновок Радник з питань етики передає Прем'єр-міністрові, а той вирішує, яких заходів слід вжити.

Щоб проілюструвати діяльність Радника з питань етики, у цьому дослідженні розглядається один з останніх епізодів його діяльності – справа Лоренса Мак-Олі (Lawtence MacAulay).

Справа Лоренса Мак-Олі

Лоренс Мак-Олі народився на Острові Принца Едуарда в 1946 році, закінчив середню школу і став фермером, вирощував картоплю і займався підприємництвом. Острів Принца Едуарда розташований в затоці Святого Лоренса на атлантичному побережжі материкової частини Канади і є найменшою канадською провінцією як за розміром (його загальна площа становить 5 660 квадратних кілометрів), так і за кількістю населення (яка становить приблизно 140 тисяч чоловік). Сільське господарство є найбільш розвинутою галуззю на Острові Принца Едуарда, і ця провінція добре відома своєю основною сільськогосподарською продукцією – картоплею.

І ось Мак-Олі вирішив полишити справу вирощування картоплі й піти у федеральну політику. 21 листопада 1988 року його було обрано як члена Ліберальної партії до Палати громад від виборчого округу Кардігана (Cardigan) в його рідній провінції. Він обирався повторно в 1993 році, коли Ліберальна партія здобула більшість місць в Парламенті й сформувала уряд, а також у 1997 і 2000 роках. Під час формування уряду в 1993 році Мак-Олі призначався на низку урядових посад, зокрема, міністра праці, державного секретаря (у справах ветеранів) і державного секретаря (Агентства з питань Атлантичного розвитку Канади) [16]. 23 листопада 1998 року Прем'єр-міністр призначив його Генеральним повіреним Канади¹, і він залишався на цій посаді до 22 жовтня 2002 року, коли був змушений подати у відставку внаслідок суперечливої ситуації, в яку він потрапив.

Як Генеральний повірений Канади Мак-Олі відповідав за діяльність Королівської кінної поліції Канади, Служби безпеки Канади, Виправної служби Канади і Національної комісії з питань умовно-дострокового звільнення. Крім того, як

¹ Генеральний повірений історично підпорядкований Генеральному прокурору, для якого Генеральний повірений відігравав роль заступника. Таке підпорядкування Міністру юстиції (який одночасно є і Генеральним прокурором) зберігалося до 1959 року, коли Генерального повіреного було уповноважено діяти самостійно в разі відсутності Міністра юстиції. Зрештою в 1966 році Генеральний повірений став повноправним міністром і очолив окреме відомство: Міністерство Генерального повіреного. Це міністерство об'єднало три оперативні служби: Королівську кінну поліцію Канади (Royal Canadian Mounted Police), Виправну службу Канади (Correctional Service of Canada) і Національну комісію з питань умовно-дострокового звільнення (National Parole Board). У 1984 році було створено окрему службу національної безпеки – Службу безпеки Канади (Canadian Security Intelligence Service), яка стала четвертим оперативним підрозділом цього міністерства.

"політичний міністр від Острова Принца Едуарда"¹, Мак-Олі часто заявляв, що ця провінція отримає свою "справедливу частку" федерального бюджету [17]. Мак-Олі досягнув певних успіхів у цьому напрямі і був добре відомий у рідній провінції як людина, що забезпечила стабільний потік коштів з федерального бюджету на потреби економіки провінції [18, с.22-24].

У 1999 році Мак-Олі спробував організувати на території Острова Принца Едуарда програму підготовки керівних кадрів для Виправної служби Канади – державного органа, який відповідає за федеральні установи позбавлення волі. Він планував добитися виділення приблизно шести мільйонів доларів з федерального бюджету на ремонт будинку, в якому розташовується уряд Острова Принца Едуарда, і п'яти мільйонів доларів щороку для того, щоб провінція могла організувати роботу програми. Уряд провінції вирішив віддати управління програмою в руки закладу, відомого як Коледж Голланда (Holland College), головним чином тому що, на думку уряду провінції, ця організація була єдиним закладом у провінції, який мав знання і досвід, необхідні для підготовки керівних кадрів служби виконання покарань [19].

14 вересня 1999 року Мак-Олі письмово звернувся до Радника з питань етики за порадою щодо цієї пропозиції [20]. Звернення Мак-Олі до Радника з питань етики стосувалося можливого конфлікту інтересів у зв'язку з тим, що його брат був Президентом Коледжу Голланда. Кодекс поведінки державних посадових осіб, зокрема, застерігає міністрів від так званого "преференційного ставлення" щодо справ, у яких фігурують члени їхніх сімей [21]. У своєму листі Мак-Олі дав зрозуміти, що він не братиме участі ні в обговоренні умов програми, ні в процесі її реалізації; ці питання мали вирішуватися Виправною службою Канади від імені уряду Канади, з одного боку, і Коледжем Голланда від імені уряду Острова Принца Едуарда, з іншого боку. Що ж стосується необхідних коштів, то, як писав у своєму листі Мак-Олі, для їх виділення слід отримати окремий дозвіл Казначейства², а особисто він не має права обґрунтовувати доцільність цієї пропозиції в Казначействі. Далі Мак-Олі заявив, що це була б хороша ініціатива з боку урядів двох рівнів і Виправної служби Канади і що його брат не отримає від цього жодної матеріальної вигоди.

У той же день Радник з питань етики дав коротку відповідь на лист Мак-Олі. Радник зазначив, що хоча Мак-Олі й не причетний "жодним чином до вибору Коледжу Голланда, але з огляду на участь у цій справі Вашого брата я рекомендував би, щоб подання до Казначейства підписав інший Міністр, а не Ви особисто" [22]. Мак-Олі врахував думку Радника з питань етики і не підписав подання [17]. Врешті-решт програму віддали одному із закладів провінції Онтаріо [23].

Приблизно через два з половиною роки, 14 травня 2002 року, Мак-Олі зустрівся з головою Королівської кінної поліції Канади для обговорення ще однієї пропозиції – проекту "Знання правосуддя", що мав би здійснюватися на базі Коледжу Голланда. Проект "Знання правосуддя" мав кошторис на 16,9 мільйонів доларів і був розроблений з метою підготовки програм підвищення кваліфікації для поліцейських на території всієї Північної Америки через Інтернет [23]. Коледж Голланда очолив

¹ Традиційно Прем'єр-міністр намагається, щоб кожна провінція була представлена в Кабінеті принаймні одним міністром.

² Казначейство є одним з комітетів Кабінету. Воно відповідає за управління державною службою і виступає в ролі федерального працедавця.

групу, яка подала заявку на грант до Атлантичного інноваційного фонду для фінансування цього проекту¹. Атлантичний інноваційний фонд створений Агентством атлантичного розвитку Канади – федеральним урядовим відомством, завдання якого полягає у встановленні тісніших зв'язків з населенням крайніх східних провінцій Канади з метою покращення економічного становища цього регіону шляхом розширення можливостей для успішного підприємництва [24]. Група закладів на чолі з Коледжем Голланда просила Атлантичний інноваційний фонд виділити приблизно 6,5 мільйонів доларів для розробки навчальної Інтернет-програми [25], а також звернулася за грантами до Королівської кінної поліції Канади і Виправної служби Канади [26]. Мак-Олі також отримав опис проекту як міністр, що відповідав за Острів Принца Едуарда, і передав його до відповідного органу: в даному випадку до Королівської кінної поліції Канади [27, с.1430]. Він також обговорив проект зі своїм братом, Президентом Коледжу Голланда, і розмовляв з цього приводу з головою Виправної служби Канади. Королівська кінна поліція Канади і Виправна служба Канади відхилили проект [17].

28 травня 2002 року в одній національній газеті було опубліковане повідомлення про зустріч Мак-Олі з керівництвом Королівської кінної поліції Канади, в якому припускалося, що в даному випадку мав місце конфлікт інтересів і що відносини Мак-Олі з його братом, Президентом Коледжу Голланда, можна вважати "преференційним ставленням". У той же день представники опозиції порушили висвітлене в газеті питання протягом часу, відведеного в Палаті Громад на запитання. Мак-Олі поставили кілька запитань стосовно припустимості використання його становища з метою виділення федеральних коштів на проект його брата і почали вимагати, щоб він негайно пішов з посади міністра [14, с.1415,1420,1425]. Мак-Олі продовжували критикувати в Парламенті та національних засобах масової інформації, але Прем'єр-міністр вступився за нього, зазначивши, що міністр має мати змогу лобювати посадових осіб з метою виділення державних коштів на потреби своїх виборців і що Коледж Голланда не належить його братові, а є державним закладом [28]. Прем'єр-міністр не звернувся до Радника з питань етики з проханням розслідувати цю справу.

Скандал навколо Мак-Олі притих, коли Парламент перервав свою роботу на літній період, а за цей час Атлантичний інноваційний фонд ухвалив рішення про виділення 6,5 мільйонів доларів на фінансування проекту "Знання правосуддя" [29].

Однак Мак-Олі знову потрапив в центр уваги, коли Парламент повернувся до сесійної роботи у вересні 2002 року. Опозиційні партії звинуватили Мак-Олі у протекціонізмі і невпинно вимагали його відставки. На початку жовтня опозиція заявила, що ніби-то Мак-Олі порушив Положення про Казначейство і Кодекс поведінки тим, що у травні 2001 року без публічного оголошення тендера віддав державне замовлення на загальну суму близько 100 000 доларів консалтинговій фірмі "MacIsaac, Younker, Roche and Solomon" з Острова Принца Едуарда, яка спеціалізувалася на консалтингових послугах у сфері бухгалтерії та менеджменту. Замовлення передбачало надання Мак-Олі консультацій щодо окремих питань, пов'язаних з роботою міністерства, а також його ролі як міністра, що представляє Атлантичний регіон [30]. Один з партнерів у фірмі, Еверетт Рош (Everett Roche), був

¹ До цієї групи також входили такі заклади, як Університет м.Монктона (University of Moncton) провінції Нью-Брансвік, Університет м.Акейдії (Acadia University) провінції Нова Шотландія і Коледж Шерідана (Sheridan College), що знаходиться у провінції Онтаріо.

давнім другом Мак-Олі і його представником на виборах 1997 і 2000 років [31]. Крім того, замовлення виконував колишній радник Мак-Олі, Дейвід Ніколсон (David Nicholson) [32].

4 жовтня 2002 року Радник з питань етики почав розслідування питання про передачу державного замовлення без тендера, щоб з'ясувати, чи порушив Мак-Олі Кодекс поведінки [33]. В ході розслідування Радник з питань етики розмовляв з самим Мак-Олі та їздив на Острів Принца Едуарда. Згодом предмет розслідування було розширено, щоб дати відповідь на питання, чи правомірно Мак-Олі лобіював виділення федеральних фондів для Коледжу Голланда [32]. 15 жовтня 2002 року Радник з питань етики також зустрівся з Прем'єр-міністром, щоб обговорити хід розслідування [34]. На думку критиків, ця зустріч ще раз продемонструвала відсутність незалежності Радника з питань етики й неможливість повної довіри до нього. Разом з тим Радник з питань етики заявив, що Прем'єр-міністр не намагався вплинути на хід розслідування або перешкодити йому [34]. 18 жовтня 2002 року Радник з питань етики закінчив свій звіт і подав його Прем'єр-міністрові. Оскільки звіт стосувався міністра, то відкрити його зміст для громадськості міг тільки Прем'єр-міністр. Більш як три дні ходили різні чутки щодо висновку Радника з питань етики і долі самого Мак-Олі.

Оскільки Прем'єр-міністр не оприлюднив звіт, факти, встановлені Радником з питань етики, не були відомі, аж поки Мак-Олі не звернувся з проханням про відставку з посади міністра Кабінету в листі до Прем'єр-міністра від 22 жовтня 2002 року [35]. Як встановив Радник з питань етики, державне замовлення, передане у травні 2001 року консалтинговій фірмі "MacIsaac, Younker, Roche and Soloman" відповідало нормам про етичну поведінку. Разом з тим, на думку Радника з питань етики, Мак-Олі порушив Кодекс поведінки тим, що провів зустріч з керівництвом Королівської кінної поліції Канади та Виправної служби Канади з метою обговорення проекту "Знання правосуддя" для Коледжу Голланда.

У своєму листі з проханням про відставку Мак-Олі зазначив, що він йде з посади, бо якби він залишався у складі Кабінету, то це сприймалося б так, ніби він намагається втриматися на посаді за будь-яких умов, навіть ціною власної честі. Він також не хоче перешкоджати нормальній роботі Уряду, відволікаючи увагу на суперечку, що виникла довкола нього. Мак-Олі й далі захищав правильність своїх дій і вважав, що висновки Радника з питань етики Говарда Вілсона (Howard Wilson) були "абсолютно безпідставні". Він, зокрема, зазначив, що:

на думку пана Вілсона, Кодекс поведінки забороняє міністрові підходити з "преференційних" позицій до оцінки справ, у яких фігурують члени його сім'ї. Пан Вілсон дійшов висновку, що я не мав обговорювати це питання ні з головою кінної поліції, ні з головою виправної служби. Я вважаю, що ні про яке "преференційне" ставлення тут не може бути й мови, якщо я обговорював питання, рекомендоване Атлантичним інноваційним фондом і урядом провінції, з посадовими особами, з якими я працюю на постійній основі. Це не "преференційне" ставлення. Якби я не порушив цього питання, то це було б "дискримінаційним" ставленням.

Мак-Олі писав, що Коледж Голланда – є єдиним державним коледжем на Острові Принца Едуарда, що його брат був призначений на посаду президента коледжу незалежного комісією, яка обирається урядом провінції, і що його брат не мав можливості отримати жодної матеріальної вигоди з цієї справи. Далі він писав:

Просто неможливо повірити, що в наш час федеральному міністрові забороняється брати участь у вирішенні питань державної політики, які стосуються важливого державного закладу його провінції, тільки через те, що його рідний брат був призначений урядом провінції керувати цим закладом. Власне кажучи, у випадку провінції Острова Принца Едуарда навіть немає жодного іншого федерального міністра, якому я міг би передати свої обов'язки. Тут ситуація зовсім відмінна від випадків, коли одну провінцію представляє багато міністрів Кабінету. Хотілось би, щоб Радник з питань етики визнав, що невеликі провінції це не те саме, що великі.

Мак-Олі стверджував, що в листі від 14 вересня 1999 року Радник з питань етики не забороняв йому обговорювати питання Коледжу Голланди з Головою Виправної служби Канади і Головою Королівської кінної поліції Канади. В кінці свого листа про відставку Мак-Олі подякував Прем'єр-міністру за те, що йому випала честь працювати в Кабінеті, і зазначив, що звернеться до правових засобів захисту від тих, хто публічно підірвав його репутацію.

Прем'єр-міністр з великим жалем прийняв відставку Мак-Олі з посади міністра [36]. Прем'єр-міністр цілком погодився з позицією Мак-Олі щодо звинувачень на його адресу і зазначив, "що він не вчинив абсолютно нічого поганого. Він захищав інтереси населення цієї невеличкої провінції, якому необхідна допомога федерального уряду, але в інтересах забезпечення нормального державного управління, він не хотів би створювати враження, що бореться за своє місце" [37].

7 листопада 2002 року у своїй промові в Канадському центрі етики і корпоративної політики (Canadian Centre for Ethics and Corporate Policy) в Торонто [38] Радник з питань етики зупинився на низці різних питань і вперше навів нещодавні події як приклад підвищення етичних стандартів в Канаді [39]. Радник з питань етики відзначив, що все більша увага приділяється відповідальності міністрів, на яких покладається обов'язок доведення того, що свої рішення вони приймають в інтересах держави, а не у власних інтересах. Щодо аргументу Мак-Олі про те, що він всього-навсього діяв як міністр, що відповідає за Острів Принца Едуарда, Радник з питань етики заявив, що тут наявне до певної міри неправильне розуміння ролі міністрів, які представляють відповідні регіони:

Якщо виходити з цієї точки зору, то їхня єдина функція полягає в отриманні якомога більшої частки допомоги уряду для їхнього регіону. Але мій двадцятирічний досвід роботи з міністрами від регіонів свідчить про інше. Оттава в такому разі може виявитися досить ізольованим місцем. У такій великій і різноплановій країні, як Канада, позиції регіонів необхідно виносити на обговорення всього Кабінету міністрів, щоб гарантувати прийняття рішень справді в державних інтересах. У цьому полягає основна відповідальність міністрів від регіонів. Тому дійсно, міністр, як політичний діяч, має важливий обов'язок працювати на користь своєї провінції. Але під сумнів ставиться традиція пошуку при цьому друзів і політичних прибічників. І ця неприпустимість деяких традиційних поглядів торкається не лише питань фінансового плану. Вона стосується укріплення підвалин життя всього суспільства.

На завершення і, можливо, як репліку на адресу підтримки, висловленої Прем'єр-Міністром щодо Мак-Олі, Радник з питань етики зазначив, що позиція керівництва завжди є основною запорукою покращення етики поведінки: "Все зводиться до керівництва. Керівники встановлюють етичні стандарти організацій, які вони очолюють. Вони підтримують поширення певних цінностей і можуть як заохочувати етичну поведінку, так і карати за її порушення".

Лоренс Мак-Олі продовжує представляти свій виборчий округ Кардігана як депутат Парламенту.

1. Conflict of Interest and Post-Employment Code for Public Office Holders, див. <http://strategis.ic.gc.ca/SSG/oe00002e.html>
2. Kenneth Kernaghan, The Ethics Era in Canadian Public Administration, Research Paper No.19, Canadian Centre for Management Development, June 1996
3. Canada, President of the Privy Council, Members of Parliament and Conflict of Interest, July 1973
4. Canada, House of Commons Debates, 29th Parliament, First Session, volume V, 1973, 18 July 1973
5. Canada, Ethical Conduct in the Public Sector, Report of the Task Force on Conflict of Interest, May 1984
6. Canada, Commission of Inquiry into the Facts of Allegations of Conflict of Interest Concerning the Honourable Sinclair M. Stevens, 1987
7. Bill C-114, the Members of the Senate and House of Commons Conflict of Interest Act.
8. The Liberal Party of Canada, Creating Opportunity: The Liberal Plan for Canada, Ottawa, 1993
9. Canada, Office of the Ethics Counsellor, The Report of the Ethics Counsellor on the Activities of the Office of the Ethics Counsellor to September 30, 2002
10. Nancy Averill and John Szekula, The Federal Conflict of Interest and Post-Employment System: From Principles to Prescriptions, as found in Ethical Conduct and Public Office: Practices and Prescriptions, Public Policy Forum, 2002
11. Canada, Office of the Ethics Counsellor, Reporting Relations of the Ethics Counsellor, 19 May 1999. див.: <http://strategis.ic.gc.ca/SSG/oe01113e.html>
12. Canada, Treasury Board, Conflict of Interest and Post-Employment Code for the Public Service; див.: http://www.tbs-sct.gc.ca/Pubs_pol/hrpubs/TB_851/CIP1-1E.asp#i
13. John Szekula and Nancy Averill, The Conflict of Interest and Post-Employment Code: Canada's Principles-Based Approach, Case Study on Canada's Conflict of Interest Guidelines, Public Policy Forum, June 2001, див.: www.ppforum.com/english/publications/conflictinterest.pdf
14. Canada, House of Commons, House of Commons Debates, 37th Parliament, First Session, 23 May 2002
15. Canada, House of Commons, House of Commons Debates, 37th Parliament, Second Session, 23 October 2002
16. Kevin Cox, "MP defended by PEI Liberals as a champion of the province", The Globe and Mail, 23 October 2002
17. Daniel Leblanc, "Ethics ruling focused on lobbying for community college", The Globe and Mail, 23 October 2002
18. Maclean's, "The Politics of Pork", 4 November 2002
19. Letter of Lawrence MacAulay to Ethics Counsellor Howard Wilson, 14 September 1999.
20. Letter of Lawrence MacAulay to Ethics Counsellor Howard Wilson, 14 September 1999.
21. Canada. "Conflict of Interest and Post-Employment Code for Public Office Holders", section 23.
22. Letter of Ethics Counsellor Howard Wilson to Mr. MacAulay, 14 September 1999.
23. Wayne Thibodeau, "Project for Holland College was handled right: officials", 24 October 2002, Canada.com
24. Canada, "A Profile of the Atlantic Canada Opportunities Agency". Atlantic Canada Opportunities Agency

25. Andrew McIntosh, " Minister, RCMP chief discussed brother's bid: Web courses for police ", The National Post, 28 May 2002
26. Andrew McIntosh, " MacAulay is 4th ethics casualty ", The National Post, 23 October 2002, pages A1 and A11.
27. House of Commons, Hansard, 37th Parliament first session, 28 May 2002
28. Andrew McIntosh and Sheldon Alberts, " MacAulay discussed grant after it was rejected: Brother's college informed months before Minister spoke to RCMP ", The National Post, 29 May 2002
29. Atlantic Canada Opportunities Agency, " Government of Canada announces largest investment ever in innovation for Prince Edward Island ", News Release, 17 July 2002.
30. http://www.sgc.gc.ca/publications/news/20021004_e.asp, The Solicitor General of Canada, " Statement by federal Solicitor General Lawrence MacAulay concerning the contract with the firm of MacIsaac, Younger, Roche and Soloman ", 4 October 2002.
31. Allison Dunfield, " Ethics Counsellor looking into MacAulay allegations ", globeandmail.com, 4 October 2002
32. Anne Dawson, " PM has report on minister in his hands ", The National Post, 19 October 2002.
33. Allison Dunfield, " Ethics Counsellor looking into MacAulay allegations ", globeandmail.com, 4 October 2002
34. Shawn McCarthy and Kevin Cox, " PM's meeting with Wilson raises concerns about bias ", The Globe and Mail, 17 October 2002
35. Letter of Lawrence MacAulay to the Prime Minister, 22 October 2002
36. Letter of the Prime Minister to Lawrence MacAulay, 22 October 2002.
37. Shawn McCarthy, " MacAulay resigns but admits no fault ", The Globe and Mail, 23 October 2002
38. Andrew McIntosh, " Culture of cronyism is fading, Wilson says – Ethics chief defends finding PM criticized ", National Post, 9 November 2002. <http://www.nationalpost.com>
39. Howard R. Wilson, " The Constantly Rising Ethics Bar ", notes for a presentation by Ethics Counsellor to the Canadian Centre for Ethics and Corporate Policy, Toronto, Ontario, 7 November 2002.

ETHICS COUNSELLOR

G. Lacko

*Canada-Ukraine Integrity Project
The International Cooperation Group
Department of Justice
275 Sparks Str., Ottawa, Canada, K1A 0H8*

The article is aimed at providing information on Canada's approach to the promotion of integrity in government. The issues of standards of conduct of politically appointed officials in Canada are elucidated.

Key words: The ethics counsellor, standards of conduct, officials.

Стаття надійшла до редколегії 9.05.2003

Підписана до друку 30.10.2003

АДМІНІСТРАТИВНА ЮСТИЦІЯ: ПОНЯТТЯ, ПРАВОВИЙ ЗМІСТ, ХАРАКТЕРНІ ОЗНАКИ

О. Заверуха

*місцевий Шевченківський районний суд м.Львова,
вул. Січових Стрільців, 12, 79000, Львів, Україна
тел. (0322) 74-11-03*

Стаття присвячена дослідженню та аналізу окремих теоретичних питань, що стосуються адміністративної юстиції. Автор статті визначає поняття адміністративної юстиції, виділяє її характерні ознаки, розкриває правовий зміст. Автором також обґрунтовується необхідність розвитку теорії і практики адміністративної юстиції як одного із важливих правових засобів реалізації державної політики в сфері захисту прав людини і громадянина.

Ключові слова: адміністративна юстиція, суб'єктивні публічні права, права людини, суд.

*Адміністративна юстиція – це самостійна гілка правосуддя,
і її ціллю є регулювати конфлікти між громадянами
та органами державного управління або між
самими органами та установами
(Г. Бребан)*

Проблеми реформування адміністративного права України, зміна його предмета, створення нових інститутів та реформування тих, що дістались у спадок від адміністративно-командної системи, проведення судової реформи, розробка теоретичних основ адміністративного та управлінського процесів, забезпечення прав і свобод громадян в публічному праві з боку судової влади можна без перебільшення назвати одними з найбільш важливих на шляху побудови правової держави та громадянського суспільства.

Таке реформування вимагає нових підходів у дослідженні кожної гілки державної влади, й у першу чергу виконавчої, яка найближче знаходиться до населення і внаслідок цього, може частіше, ніж інші гілки державної влади, порушувати права і свободи громадян. Відтак, закономірно виникає проблема пошуку нових форм і засобів контролю за діяльністю органів державної виконавчої влади, як однієї з найактуальніших як у науці так і в законодавстві України. Серед цих форм і засобів чільне місце повинен займати інститут судового захисту у справах за скаргами на неправомірні рішення, дії та бездіяльність органів державної влади, їх посадових осіб, як ефективний засіб захисту прав і свобод фізичних та юридичних осіб.

Інститут судового захисту у справах за скаргами на неправомірні рішення, дії чи бездіяльність органів державної влади та їх посадових осіб, як самостійний розділ сучасної української науки не відзначається достатньою розробленістю та дослідженням. Окремі публікації [1] у Радянському Союзі на цю тематику мали у деяких випадках практичне спрямування, однак, в цілому, носили епізодичний характер. В сучасний період, незважаючи на те, що окремі вчені та практики звертають увагу на проблеми запровадження адміністративної юстиції (Круп

чан О.Д., Стефанюк В.С. та ін.), цілісної теорії застосування цього інституту до умов української правової дійсності поки що не створено. Саме з цією метою було вирішено зацентрувати у цій публікації на окремих теоретичних аспектах поняття адміністративної юстиції, її характерних ознаках.

Ухвалення Верховною Радою України 28 червня 1996 року Конституції України можна вважати завершальним етапом створення в Україні основ демократичного суспільства та початком нового етапу в її історії впродовж якого ці основи необхідно стверджувати.

У колишньому Радянському Союзі, суд розглядався як орган, покликаний охороняти від неправомірних дій державу, відповідальності ж держави перед своїми громадянами не надавалось належного значення. Проголошення незалежності України, прийняття Декларації про державний суверенітет України, схвалення Акту проголошення незалежності України, прийняття Конституції України та цілої низки законів засвідчили те, що Україна дійсно стала на шлях побудови правової держави та громадянського суспільства, де належне місце відводиться судовій владі.

В Конституції України 1996 року було вперше задекларовано ідею про те, що людина є найвищою соціальною цінністю суспільства, а діяльність держави спрямовується на реалізацію та захист її законних прав, свобод та інтересів.

Поклавши на суди обов'язок захищати права та свободи людини і громадянина, Конституція України піднесла статус суду на принципово новий рівень. У ній чітко визначено межі повноважень кожної складової частини державної влади, при цьому здійснення правосуддя віднесено до виключної компетенції судів України, юрисдикцію яких поширено на всі правовідносини, які виникають в державі. Підвищення ролі судової влади в державі та її значення у стабілізації суспільства можливе лише в умовах забезпечення реального права кожного громадянина на незалежний та неупереджений суд [2, с.2].

Згідно статті 124 Конституції України, судочинство в Україні здійснюється Конституційним Судом України та судами загальної юрисдикції [3, с.249]. В системі судів загальної юрисдикції утворюються загальні та спеціалізовані суди окремих судових юрисдикцій. Цю норму Конституції України законодавець деталізує у статті 19 Закону України від 7 лютого 2002 року "Про судоустрій України" [4, с.9], який серед інших, зараховує до спеціалізованих і адміністративні суди.

Зазвичай, судовий контроль за управлінською діяльністю органів виконавчої влади, посадових осіб, державних службовців називають *адміністративною юстицією*. Дослідження з приводу виникнення цього інституту демонструють, що існують різні погляди на часові детермінанти його зародження. Окремі вчені вважають, що паростки адміністративної юстиції зустрічаються вже у стародавній Греції та Римі, інші доводять, що цей інститут формується у середні віки.

Так чи інакше, зауважимо, що різні версії дати зародження інституту адміністративної юстиції можна переконливо обґрунтовувати крізь призму особливостей суспільно-політичного розвитку конкретної держави в конкретний період її історичного розвитку, і кожна, з огляду на це матиме право на існування. Однак, якщо вести мову про наукове обґрунтування цього інституту, то воно з'являється значно пізніше, ближче до 19 століття.

Першою державою, де інститут адміністративної юстиції розпочав досліджуватись як наукова проблема, і де з'являється наукова література з цієї

проблематики, вважається Франція. Саме у цій державі, вже у перші десятиріччя 19 століття сформувалась відповідна наукова база і в 1817 році на основі законодавства про адміністративну юстицію у Паризькому університеті було створено кафедру адміністративного права. Необхідно зазначити, що у підручниках з адміністративного права тієї доби, особлива увага приділялась саме адміністративній юстиції, що була частиною курсу з адміністративного права в університеті. Такі французькі вчені-адміністративісти як: М. Оріу, Ж. Ведель, М. Лесаж та низка інших продовжували досліджувати інститут адміністративної юстиції у 20 столітті. Характерним у їх науковій діяльності було відведення особливої ролі інституту адміністративної юстиції, яку він відігравав у суспільному житті Франції, зокрема в контролі за французькою адміністрацією та захисті прав і свобод французьких громадян. Г. Бребан та М. Лесаж підкреслюють високий престиж адміністративної юстиції у громадян Франції, високий авторитет Державної Ради¹, як органу, що покликаний підтримувати репутацію французької адміністрації як справедливої та такої, що захищає права та законні інтереси громадян. На думку Г. Бребана, адміністративна юстиція – це самостійна гілка правосуддя, і її ціллю є регулювати конфлікти між громадянами та органами державного управління або між самими органами та установами, а також виносити рішення, що ґрунтуються на нормах адміністративного права [6, с.27].

Наукове обґрунтування інституту адміністративної юстиції знайшло також широку підтримку і в іншій європейській державі – Німеччині. Вже в середині 19 століття формується відповідна нормативна база, а наприкінці століття такі вчені як: Р. Гнейст, Л. Штейн та О. Майер стають авторами низки наукових праць присвячених цій проблематиці. О. Майер у своєму відомому підручнику "Німецьке адміністративне право" вказував на адміністративну юстицію як на глобальну частину адміністративного права, як на інститут, без якого функціонування повноцінної правової держави є неможливим. Оскільки діяльність адміністративних та поліцейських органів проявляється у їх рішеннях та актах, які, як правило, торкаються прав і свобод громадян, ці акти повинні підлягати судовій перевірці, передовсім у тих випадках, коли громадяни ними не вдоволені. Тому О. Майер прямо вказував на те, що правова держава передбачає побудову управління, частину якого повинні складати адміністративні суди [7, с.6-7]. Поряд з тим, слід зауважити, що процес формування запровадження інституту судового контролю за управлінською діяльністю в Німеччині відбувався в гострій дискусійній обстановці і мав як прибічників, так і противників. У дискусії про впровадження адміністративної юстиції, що розгорнулась у 19 столітті в центрі уваги було два питання. Перше стосувалось того, чи повинен судовий контроль за публічною владою здійснюватись загальними судами чи адміністративними, друге ж стосувалося мети

¹ Історично, Державна Рада створювалась як консультативний урядовий орган, що був наділений законодавчими повноваженнями. Пізніше цей орган почав виконувати функції міністерства (управлінські функції) і вирішував скарги фізичних осіб на дії органів управління, розвиваючись в такий спосіб як судовий орган. В сучасний період Державна Рада здійснює функції як судові, так і консультативні. При цьому він одночасно є судом першої інстанції, а також апеляційною і касаційною інстанцією по відношенню до рішень адміністративних трибуналів. Внаслідок реформи французької системи адміністративної юстиції у 1987 році, становище Державної Ради було послаблено і створено трирівневу систему в адміністративній юстиції.

адміністративного судочинства, а саме чи покликана вона захищати суб'єктивні права окремих громадян, чи служить забезпеченню об'єктивного правопорядку? Відповідь на перше запитання, а одночасно й формування адміністративної юстиції у другій половині 19 століття відбувалось в дискусії між О. Бером, який вважав, що вищою інстанцією повинен бути єдиний суд для всіх цивільних і адміністративних спорів (він доводив необхідність розгляду адміністративних справ загальними судами), і Р. Гнейстом, який переконував у доцільності запровадження спеціалізованих адміністративних судів. Результатом цієї дискусії було створення в Німеччині три ланкової адміністративно-судової юстиції, що складалась з районного, окружного та Вищого адміністративного судів. Стосовно другого питання, то в той час, адміністративне судочинство у відповідності до пруської концепції, в першу чергу служило засобом непорушності об'єктивного правопорядку, а другорядним був захист суб'єктивних публічних прав особи. І тільки із набранням чинності Основного Закону Німеччини від 1949 року перемогла ідея індивідуального правового захисту, що, поряд з тим, не відкидає одночасного служіння адміністративної юстиції забезпеченню об'єктивного правового порядку.

Так чи інакше, адміністративній юстиції як науковій проблемі в 19 та 20 століттях було присвячено багато праць, в яких вона розглядалась в історичному, юридичному та порівняльно-правовому аспектах. Проблема адміністративної юстиції в процесі свого розвитку на теренах України пережила найбільш різноманітні твердження та думки: від "чи існує адміністративна юстиція в радянському праві?" [8, с.110], до "наявність органів адміністративної юстиції – це показник ступеня полісистемності судової організації в тій або іншій країні, тобто ступеня розвиненості різноманітних форм здійснення правосуддя." [9, с.51] або "адміністративна юстиція – атрибут демократичної правової держави" [10, с.7].

Одним із класичних наукових визначень поняття "адміністративна юстиція", яке увібрало в себе характерні ознаки декількох моделей в різних державах, вважається визначення запропоноване в свій час Д.М. Чечотом: "адміністративна юстиція – це порядок розгляду і вирішення в судовій процесуальній формі спорів, які виникають в сфері адміністративного управління між громадянами чи юридичними особами з одного боку, та адміністративними органами з іншого, який здійснюється юрисдикційними органами, спеціально створеними для вирішення правових спорів" [11, с.31].

В рамках традиційного підходу, адміністративна юстиція характеризується певними рисами [12, с.57], які вважається за доцільне відзначити. Серед них:

- наявність правового спору (адміністративно-правового, управлінського спору) про публічне право, який виник в зв'язку з реалізацією публічного управління, виконавчої влади, управлінської діяльності державних службовців, тобто в сфері управлінської діяльності. Адміністративно-правовий спір (в контексті адміністративної юстиції) являє собою юридичний конфлікт, який виник між державними органами, органами місцевого самоврядування, їх посадовими особами з одного боку та іншими суб'єктами права з іншого у зв'язку з порушенням суб'єктивних публічних прав фізичних чи юридичних осіб, що відбувається внаслідок здійснення адміністративної нормотворчості, що суперечить вимогам закону;
- адміністративні спори вирішуються в рамках здійснення правосуддя, тобто адміністративна юстиція – це судова влада. Цей момент є принциповим,

оскільки в науковій літературі зустрічається і протилежна думка про те, що адміністративна юстиція в більшій мірі "вбудована" і є складовою системи виконавчої влади;

- однією з головних цілей адміністративної юстиції є правовий захист суб'єктивних публічних прав громадян та юридичних осіб. Власне порушення цих публічних прав і складає предмет адміністративної юстиції;
- адміністративні спори розглядаються за встановленими процесуальним законодавством правилами, які забезпечують учасникам правового спору формальну (процесуальну) рівність, тобто в рамках спеціально створених процедур розгляду скарг чи позовів. При розгляді адміністративної справи повинні дотримуватись всі принципи адміністративного процесу. Необхідно зауважити, що стаття 7 проекту Адміністративного процесуального кодексу України [13, с.7], серед принципів здійснення адміністративного судочинства передбачає: верховенство права, законність, змагальність сторін, гласність судового процесу, незалежність суддів адміністративного суду та підкорення їх тільки закону, інші.

Необхідно зауважити, що у деяких колишніх радянських республіках, національні парламенти вже прийняли закони про адміністративну судову процедуру. Зокрема, ще у 1993 році, в Естонії було прийнято Закон про адміністративну судову процедуру, що свідчить про значно дієвіші кроки всіх гілок влади на шляху здійснення судово-правової реформи, намагання якомога швидше наблизити власну правову систему до європейських стандартів;

- правовим наслідком вирішення органами адміністративної юстиції спорів у сфері управління є визнання адміністративним судом незаконними чи недійсними (або навпаки законними чи дійсними) прийнятих органами управління (посадовими особами) адміністративних актів чи вчинених ними дій (або бездіяльності).

Відомий вчений-адміністративіст Д.Н. Бахрах пропонує розрізняти адміністративну юстицію в широкому та вузькому розумінні. В широкому розумінні вона являє собою правосуддя, яке здійснюється на підставі звернень громадян з приводу законності дій органів управління та посадових осіб [14, с.53]. У вузькому розумінні, під адміністративною юстицією, вчений розуміє розгляд судами скарг громадян на акти посадових осіб (службовців) та органів управління [15, с.14].

Наведене визначення, на наш погляд, видається не зовсім вичерпним та повинно містити вказівку на ще декількох принципових аспектах. А саме:

- 1) Адміністративна юстиція – це система органів, які здійснюють свою діяльність в межах певного процесуального порядку;
- 2) В рамках цього процесуального порядку органи адміністративної юстиції розглядають скарги чи позови як фізичних так і юридичних осіб;
- 3) Наслідком розгляду скарг чи позовів в рамках цього процесуального порядку є визнання органом адміністративної юстиції незаконними чи недійсними (або навпаки законними чи дійсними) прийнятих органами управління, їх посадовими особами адміністративних актів чи вчинених ними дій або бездіяльності.

Таким чином, необхідно констатувати, що інститут судового захисту у справах за скаргами на неправомірні рішення, дії чи бездіяльність органів державної влади та їх посадових осіб потребує глибокого теоретичного і практичного вивчення та

осмислення, і врешті решт повинен сформуватись як самостійний розділ сучасної української науки. Незважаючи на те, що в сучасний період окремі вчені та практики звертають увагу на проблеми запровадження адміністративної юстиції, цілісної теорії застосування цього інституту, як вже зазначалось, поки що не має. З іншого боку, прийняття Конституції України, Закону України "Про судоустрій України", набуття Україною членства в Раді Європи, підготовка проекту Адміністративного процесуального кодексу України, низка інших факторів свідчать про те, що створення та функціонування в Україні органів адміністративної юстиції є закономірним та не відворотнім процесом.

Переконаний, що законодавче встановлення адміністративно-судової форми захисту суб'єктивних публічних прав, а також розвиток теорії і практики адміністративної юстиції в цілому стане одним із важливих правових засобів реалізації ефективної державної політики в сфері захисту прав людини і громадянина.

-
1. Мурадян Э.М. Судебный контроль за административными актами // СГП. 1978. №11; Петров Г.И. Административная правосубъектность граждан СССР // Правоведение. 1975. №1 С.26-31; Столмаков А.И. Административно-правовые и судебные методы охраны субъективных прав граждан СССР: Автореф. дисс...канд.юр.наук.М., 1971; Чечот Д.М. Субъективное право и формы его защиты. Л.: Изд-во ЛГУ, 1968.
 2. Бойко В.Ф. Конституція України і становлення незалежної судової влади // Вісник Верховного Суду України. – 1999. – №3 (13). – С.2.
 3. Конституція (Основний Закон) України. Прийнята на п'ятій сесії Верховної Ради України 28 червня 1996 року // Відомості Верховної Ради України. —1996. – №30. – Ст.249.
 4. Закон України "Про судоустрій України" від 7 лютого 2002 року. – К.: Атіка, 2002. – С.9.
 5. Брэбан Г. Французское административное право. М.: Прогрес, 1988. С.27.
 6. Загряцков М.Д. Административная юстиция и право жалобы. М., 1925. С.6-7.
 7. Лория В.А. Существует ли административная юстиция в советском праве? // Правоведение. – 1970. – №1. – С.110-114.
 8. Стефанюк В.С. Судова система України та судова реформа. – К.: Юрінком Інтер, 2001. – С.51.
 9. Димитров Ю. Адміністративна юстиція – атрибут демократичної правової держави // Право України. – 1996. – №4. С.7-14.
 10. Чечот Д.М. Административная юстиция (Теоретические проблемы). Л.: Изд-во ЛГУ. – 1973. – С.31.
 11. Стариллов Ю.Н. Административная юстиция. Теория, история, перспективы. – М.: Издательство НОРМА (Издательская группа НОРМА-ИНФРА М), 2001. – С.57.
 12. Адміністративний процесуальний кодекс України (проект) // Вісник Верховного Суду України. – 2001. – №5 (27). Додаток до журналу. – С.7.
 13. Бахрах Д.Н. Административное право: Учеб. Часть общая. М.: БЕК, 1993. – С.53.
 14. Бахрах Д.Н. Юридический процесс и административное судопроизводство // ЖРП. – 2000. – №9. – С.14.

**ADMINISTRATIVE JUSTICE:
CONCEPT, LEGAL CONTENT AND FEATURES**

O. Zaverukha

*Shevchenkovskiy district court of Lviv
Sichovyh Striltsiv Str.12, 79000, Lviv, Ukraine*

The article deals with some theoretical issues of administrative justice. Its concept is defined, its legal essence and features are elucidated. The author also substantiates the necessity to develop the theory and practice of administrative justice as one of the important legal means of State policy realization in the sphere of human and citizen's rights protection.

Key words: administrative justice, subjective public rights, human rights, court.

Стаття надійшла до редколегії 24.02.2003

Підписана до друку 30.10.2003

ПЕРСПЕКТИВИ АДМІНІСТРАТИВНОЇ РЕФОРМИ В УКРАЇНІ

А. Школик

*Львівський національний університет імені Івана Франка,
вул. Університетська, 1, 79000 Львів, Україна
e-mail: shkolyk@darkwing.uoregon.edu*

Статтю присвячено сучасному стану та перспективам адміністративної реформи в Україні. Аналізуються причини необхідності продовження цього процесу та суб'єктів, що можуть бути зацікавленими у реформі. Один з висновків статті полягає у підтримці ідеї створення спеціально уповноваженого центрального органу з питань адміністративної реформи як єдино можливого варіанту для продовження процесу реформування.

Ключові слова: публічна адміністрація, адміністративна реформа

Проблема проведення адміністративної реформи в Україні уже понад п'ять років перебуває в центрі уваги як науковців – представників теорії публічної адміністрації та адміністративного права, так і практиків – політиків та державних службовців усіх рівнів. На сьогодні усі концептуальні зміни, що були запроваджені за цей період в організації та функціонуванні органів виконавчої влади та місцевого самоврядування, відбулись згідно з положеннями Концепції адміністративної реформи, яка була покладена в основу реформування системи державного управління відповідним Указом Президента України [1]. Як узагальнює професор В.Б. Авер'янов у післямові до колективної монографії "Виконавча влада і адміністративне право", серед важливих кроків з реформування системи виконавчої влади на цей час слід визнати:

- перетворення апарату Кабінету Міністрів із своєрідного "уряду в уряді" в Секретаріат з обслуговуючими функціями, який очолює не міністр – член уряду, а державний службовець;
- запровадження урядових комітетів як якісно нової організаційної форми роботи уряду;
- вдосконалення класифікації центральних органів виконавчої влади з метою утвердити серед них провідну роль міністерств;
- визначення посад міністрів політичними і відмежування їх від посад державних службовців;
- введення в міністерствах посад державних секретарів, спрямоване на чіткіше розмежування функцій політичного й адміністративного керівництва [2, с.646].

Отже, зазначена Концепція відіграла достатньо позитивну роль на цьому етапі. Більше того, записані у ній концептуальні постулати і надалі залишаються добрими орієнтирами для подальшого реформування публічної адміністрації. Проте через з дві обставини – згадану часткову реалізацію багатьох ідей Концепції на практиці та недостатнім висвітленням окремих напрямів у цьому документі (зокрема, адміністративно-територіальної реформи), виникла необхідність у розробці нового програмного документа, що мав би визначити орієнтири для подальшого реформування.

Характерним є те, що спроби розроблення таких документів як на рівні державних органів, так і недержавних інституцій за ці роки були неодноразовими. Тут варто згадати проекти таких документів:

- стратегію та план дій по створенню демократичної системи державного управління в Україні;
- стратегію проведення в Україні адміністративної реформи [3, с.95-135].

Серед інших розробок науковців з цього приводу за останній період доцільно також відзначити пропозиції Центру політико-правових реформ щодо впровадження першочергових заходів для продовження адміністративної реформи в Україні [4, с.31-46].

Не вдаючись до детального аналізу згаданих документів, слід констатувати, що кожен з них містить *низку позитивних ідей*, що можуть бути використані в процесі подальшого вдосконалення організації та функціонування публічної адміністрації в Україні.

Проте на відміну від Концепції адміністративної реформи жодну з цих розробок не було схвалено на рівні вищих органів державної влади. Оскільки лише через рішення парламенту, глави держави та уряду може бути реалізована більшість положень згаданих програмних документів, то виникає запитання: чи мають намір Верховна Рада, Президент та Кабінет Міністрів України продовжувати адміністративну реформу в Україні? Відповідь на це запитання, на нашу думку, є архіважливою для реалізації задекларованих Конституцією України демократичних цінностей та й в цілому для майбутнього держави.

Тому із врахуванням зарубіжного досвіду спробуємо з'ясувати:

- причини необхідності проведення нового етапу реформи;
- можливих суб'єктів, які б мали бути зацікавлені в подальшій реформі публічної адміністрації в Україні;
- основні передумови для зазначеного реформування та його перспективи.

Причин, які зумовлюють потребу в новому імпульсі для адміністративної реформи, є багато. У глобальному плані, незважаючи на певне зростання економічних та соціальних показників останніми роками, вони залишаються в Україні надто низькими. Цей стан засвідчує необхідність подальшого підвищення ефективності функціонування публічної адміністрації, кінцевим результатом діяльності якої у будь-якій державі є рівень життя громадян та ступінь розвитку економіки.

Крім того, названі зміни, які обгрунтовано відзначаються як досягнення адміністративної реформи в Україні, стосуються головню структурно-організаційної перебудови центральних ланок системи виконавчої влади. Тобто реформування майже не торкнулось організації та функціонування органів публічної адміністрації на місцях, а також докорінної перебудови змісту відносин цих органів з фізичними та юридичними особами. На нашу думку, саме останній напрям є надзвичайно важливим – адже "сервісний", обслуговуючий характер діяльності публічної адміністрації у відносинах з громадянами є одним з постулатів функціонування демократичних держав. На жаль, ця теза ще не стала аксіомою для багатьох представників адміністративних органів.

Причини продовження адміністративної реформи можна називати й далі, зокрема, конкретизуючи зазначені твердження. Проте навіть у відзначеному обсязі вони засвідчують необхідність нового етапу реформування.

Та повернемося до поставлених запитань. Що стосується суб'єктів, зацікавлених у цьому процесі, то тут відповідь буде далеко не такою однозначною як щодо необхідності реформування. Тому звернемося до класиків, і, зокрема, визначного французького адміністративіста Бернара Гурне, який виділяє чотири основні групи, що можуть бути заінтересовані в реформах державного управління:

а) публіка як абстрактно єдино ціле, іншими словами, усе населення держави, поліпшення управління в якій сприятиме підвищенню його життєвого рівня;

б) політичні партії, здебільшого опозиційні, але й навіть їхнє прагнення до реформ нерідко є декларативним, з винятково політичними цілями, які після приходу до влади забуваються;

в) міністри – щодо реформ у керованих ними сферах, які, проте, часто стикаються із суцільним небажанням чиновництва усіх ланок до будь-яких, не кажучи про кардинальні, змін і фактично блокують реформи;

г) окремі посадові особи "реформатори" в локальних сферах, їхніми мотивами тут можуть бути як кар'єрний поступ, так і бажання просто працювати в зручніших умовах налагоджених систем [5, с.414].

Перша група, яка, відповідно до Конституції, визначається як народ України, без сумніву є зацікавленим суб'єктом, який через виборчі процедури мав би голосувати за ті політичні сили, що заявляють про необхідність адміністративної реформи. А проте на практиці цього не відбувається, вибір українського електорату здебільшого продиктований іншими чинниками.

Наявність другої названої групи суб'єктів, опозиційних політичних партій видається цілком логічною у демократичних суспільствах. Адже одним із дієвих методів здобуття влади опозицією є критика існуючої адміністрації та способів, за допомогою яких вона здійснюється. Проте Бернар Гурне справедливо відзначив, що прагнення опозиційних партій до реформ нерідко забувається із приходом до влади або навіть участі в ній. У кожному випадку наявність у програмних документах політичних партій розділів про реформи публічної адміністрації слід розглядати як позитивний чинник, навіть якщо потім буде реалізована лише частина декларацій.

Третя та четверта групи можливих зацікавлених в адміністративній реформі суб'єктів стосуються лише окремих сфер адміністрації. Хоча їх роль, особливо коли це стосується керівників центральних органів виконавчої влади, є незаперечно важливою, більше того – може покращити загальні показники ефективності діяльності публічної адміністрації.

Зауважимо, що у згаданого автора вищі органи державної влади *взагалі не названі* серед можливих суб'єктів, зацікавлених в адміністративній реформі. Звідси випливає, що для продовження процесу реформування парламент, главу держави та уряд необхідно *спонукати*, більше того – *примушувати* з-зовні, тобто, з боку соціальних груп, що формально перебувають поза межами державного апарату. Іншими словами, суспільство в цілому або його найактивніші частини повинні вимагати від органів публічної адміністрації реформ, що забезпечили б підвищення ефективності їхньої діяльності.

Чи такі процеси відбуваються сьогодні в Україні? Відповідь, на нашу думку, не може бути ані ствердною, ні заперечною. В абстрактному плані, мабуть, кожен громадянин України розуміє, що без ефективної адміністрації неможливий і добробут суспільства, до якого усі прагнуть. Проте зробити певні кроки, до яких публічна адміністрація змушена буде дослухатись, очевидно, можуть зробити лише організовані соціальні групи. Саме наявність та діяльність таких груп робить можливим певний поступ у цьому напрямі.

На думку багатьох дослідників, суспільною силою, яка здатна ефективно вплинути на апарат влади та мобілізувати громадську думку, є підприємці [3, с.18]. Справді, саме бізнесові структури є споживачем більшості адміністративних послуг, що надаються органами виконавчої влади та місцевого самоврядування. Тому їхній інтерес в якісному наданні зазначених послуг та й, загалом, в ефективному використанні сплачених податків, завдяки яким функціонують органи публічної адміністрації, є чималим.

Щодо інших соціальних груп та їхніх представників, які б могли бути активними прихильниками адміністративної реформи, то стан тут видається менш привабливим. Жодна громадська організація в Україні не має значної підтримки населення і, відповідно, не справляє значного впливу на функціонування публічної адміністрації. Проте в окремих сферах доцільною в цьому аспекті видається діяльність вузькоспеціалізованих організацій. Наприклад, екологічні громадські організації є безсумнівно зацікавленими в удосконаленні державного управління у сфері охорони навколишнього природного середовища.

Та повернемося до державних органів, лише через рішення яких може бути запроваджена у життя будь-яка реформа. Вилучати їх з кола суб'єктів, що можуть бути зацікавлені в адміністративній реформі, не видається обґрунтованим. Зрозуміло, що ця зацікавленість, як і у випадку з політичними партіями, може бути лише декларативною. Проте публічна адміністрація будь-якої держави зацікавлена у своїй легітимності і тому повинна періодично проводити вдосконалення діяльності апарату з метою підтримки своєї діяльності суспільством. Більше того, перед проведенням виборів та в перші періоди після їхнього закінчення ця діяльність активізується у зв'язку з об'єктивними закономірностями політичного життя.

Приклад України на підтвердження цих тез є достатньо показовим. Усі вищезгадані кроки з реформи адміністрації були запроваджені не парламентом, і не на вимогу виборців, а втілені в життя здебільшого Указами Президента та Постановами Кабінету Міністрів України. З цього приводу можна довго полемізувати про конституційність чи законність цих актів, але в кожному випадку вони є чинними сьогодні і реально впливають на суспільні відносини.

На закінчення наважимося стверджувати, що глава держави та керівники і члени уряду також мають об'єктивно зумовлену зацікавленість у реформі підпорядкованих їм структур. Тут йдеться про політичних діячів, які обіймають владні позиції, на протидію державним службовцям апарату, більшість з яких головно не є зацікавленими в реформах, що змінюють попередній усталений спосіб діяльності.

Підсумовуючи викладене, зазначимо, що адміністративна реформа в Україні матиме своє логічне продовження лише за наявності певних передумов. Передусім, суспільство повинно стати вимогливішим до функціонування органів публічної адміністрації, яка у такому випадку буде змушена проводити реформування. Проте початок нового етапу вдосконалення діяльності державного апарату в кожному

випадку залежатиме від вищих посадових осіб держави, які повинні усвідомити першорядність цього завдання для подальшого розвитку. Окрім того, державою мали б бути виділені чималі *бюджетні кошти* для адміністративної реформи, дивіденди з використання яких стануть очевидними не відразу.

Щодо організаційного центру проведення майбутньої реформи, то більшість пропозицій на сьогодні зводиться до створення на певний період спеціально уповноваженого центрального органу виконавчої влади, до компетенції якого входили б виключно планування, організація та координація заходів з адміністративної реформи [4, с.33-34]. Лише подібна структура могла б систематизувати та вдосконалити існуючі програмні документи із зазначеного реформування, координувати нормотворчу діяльність та забезпечувати ефективну реалізацію прийнятих законів та підзаконних нормативно-правових актів на практиці. Без утворення такого спеціально уповноваженого органу з адміністративної реформи про неї далі говоритимемо лише у ретроспективі 1998-2002 років.

-
1. Урядовий кур'єр. – 1998. – 25 липня.
 2. Виконавча влада і адміністративне право / За заг. Ред. В.Б. Авер'янова. – К.: Ін-Юре, 2002. – 668 с.
 3. Гонцяж Я., Гнидюк Н. Адміністративна реформа: нездійсненні мрії та втрачені можливості. – К.: Міленіум, 2002. – 136 с.
 4. Адміністративна реформа в Україні – історія, очікування та перспективи / Упоряд. В.П. Тимошук. – К.: Факт, 2002. – 100 с.
 5. Гурней Бернар. Введение в науку управления. – М.: Прогресс, 1969. – 430 с.

PERSPECTIVES OF ADMINISTRATIVE REFORM IN UKRAINE

A. Shkolyk

*Ivan Franko National University of Lviv,
Universytets'ka St. 1, UA-79000 Lviv, Ukraine*

The article deals with contemporary status and perspectives of administrative reform in Ukraine. The author analyzes the reasons for prolongation of this process and possible subjects interested in it. One of the conclusions of the article is the necessity to create a special central government agency on administrative reform issues.

Key words: public administration, administrative reform

Стаття надійшла до редколегії 18.03.2003
Підписана до друку 30.10.2003

ПОНЯТТЯ "ПОСАДОВА ОСОБА": ОСНОВНІ ЕТАПИ ДОСЛІДЖЕННЯ В АДМІНІСТРАТИВНО- ПРАВОВІЙ НАУЦІ І ЗАКОНОДАВСТВІ

Н. Янюк

*Львівський національний університет імені Івана Франка,
вул. Університетська, 1, 79000 Львів, Україна.*

Стаття присвячена проблемі дослідження поняття "посадової особи" в адміністративно-правовій науці. Визначено і охарактеризовано основні етапи дослідження цього поняття в адміністративному праві. На підставі вивчення науково-теоретичних джерел та чинних нормативно-правових актів вироблені практичні пропозиції стосовно законодавчого закріплення поняття "посадова особа" і зроблено спробу визначити шляхи подальшого удосконалення законодавства про державну службу в Україні.

Ключові слова: посадова особа, державна служба, етапи дослідження, адміністративно-правове регулювання.

У процесі проведення адміністративно-правової реформи в Україні значної уваги потребує дослідження категоріального змісту низки понять і відповідне їх закріплення у законодавстві. Особливої актуальності набуло тлумачення поняття "посадова особа", оскільки вони є центральним суб'єктом у здійсненні управління і відіграють вирішальну роль у забезпеченні необхідних умов та можливостей для реалізації громадянами своїх прав і свобод.

У радянський період поняття посадової особи розглядалось у вузькому розумінні – у межах державної служби. Серед науковців були вироблені деякі позиції щодо виділення окремих етапів у розвитку державної служби, в межах якої досліджувалося і поняття "посадова особа". Найвагоміший внесок зробили Васильєв А.С., Горшенев В.М., Петришин О.В., Петухов Г.Е., [1, с.40-48; 2, с.9-16]. Проте розвиток сучасного законодавства потребує нових концептуальних підходів у дослідженні цієї проблематики. Їх брак є причиною прогалин у правовому регулюванні статусу цих осіб і службово-правових відносин у цілому. Тому з метою з'ясування змісту цього поняття і усунення існуючих прогалин у законодавстві важливо досконало дослідити ці питання. На підставі аналізу науково-теоретичних джерел і досвіду нормативно-правового регулювання досліджуваного питання можна визначити перспективи його вирішення і його правове оформлення.

Різні підходи щодо визначення поняття "посадова особа" та деякі спроби правової регламентації елементів правового статусу посадових осіб свідчать про історію розвитку цієї проблематики. Так у загальноправовій науці склалося два протилежні підходи у тлумаченні поняття "посадова особа" – широкий і вузький. Найчіткіше вираження вони знайшли в адміністративно-правовій і кримінально-правовій науках.

Тривалий час у вивченні поняття "посадова особа" переважали дослідження у кримінально-правовій науці. Це було зумовлено особливістю кримінальної відповідальності у сфері службової діяльності. Кримінальне право завжди виходило із широкого розуміння поняття "посадова особа" і розглядало посадову особу як

суб'єкта, протиправні дії якого становлять підвищену суспільну небезпеку. Цей підхід мав значний вплив і на розвиток інституту адміністративної відповідальності посадових осіб.

На відміну від такого підходу головна увага представників адміністративно-правової науки сконцентровувалась на особливостях правового статусу посадової особи як обов'язкового учасника управлінських відносин. Проте дослідження змісту поняття посадової особи в адміністративному праві відбувалися у межах державної служби, внаслідок чого посадовими особами визнавалися лише державні службовці державних органів. Відтак у визначенні цього поняття не було єдиної позиції, що значно утруднювало практику реалізації законодавства і постійно викликало гострі дискусії як серед науковців, так і практиків.

Окремі питання державної служби, правового положення посадових осіб, принцип субординації у службових відносинах мали відповідне правове закріплення ще на початку XVIII ст. Досліджуючи поняття посадової особи, важливо згадати про Конституцію Пилипа Орлика (5 квітня 1710 р.), яка заклала деякі принципи управління та діяльності органів державної влади. Це сприяло вирішенню питань, пов'язаних з недопущенням концентрації влади у руках однієї особи, і запобігало проявам зловживання цією владою. Цей принцип має важливе значення під час розподілу управлінських функцій між посадовими особами державних органів.

Значний вплив на формування державної служби XVIII ст. мав "Табель про ранги" Петра I (4 лютого 1722 р.), який привів у систему й уніфікував усі чини імперії у трьох основних сферах службової діяльності: сухопутній, військово-морській і цивільній службах. Прийняті акти встановлювали вимоги та порядок прийняття і просування по службі, принципи взаємовідносин по службі, визначали коло обов'язків службовців кожного рангу. Ці акти поширювали дію і на територію України, що входила до складу Російської імперії. Деякі положення Петровського табеля діяли і на початку XX ст. і були скасовані після Жовтневої революції 1917 року одночасно із знищенням старого чиновницького апарату, а відтак – і системи чиновницької служби.

До 1917 р. кримінальне законодавство визнавало суб'єктом посадових злочинів всіх службовців, які відповідно до своєї посади, вступали у державно-управлінські відносини. Згідно з такою позицією, єдиною визначальною ознакою посадової особи було заміщення посади у державному органі, що виступало підставою виникнення державно-управлінських відносин. Це не давало змоги розкрити зміст поняття посадової особи і провести розмежування з іншими службовцями.

Особливо зросла актуальність проблеми тлумачення поняття "посадова особа" і визначення її правового статусу у радянський період. У юридичній літературі виділяють три основні етапи дослідження і законодавчого закріплення статусу державних службовців і посадових осіб цього періоду: 1) 1917 – 1922 роки, – прийняття перших кримінальних кодексів, які містили поняття посадової особи; 2) 1922 – початок 60-х років, – дослідження поняття посадової особи в адміністративно-правовій площині та прийняття нових кримінальних кодексів; 3) 60-ті роки – кінець 80-х років, – пошук загальноправового поняття посадової особи у правовій науці та формування основних концептуальних засад правового регулювання відносин радянської державної служби. Такий поділ є умовним, проте він характеризує розвиток наукової думки та формування концептуальних ідей щодо регулювання державно-службових відносин. Початок кожного етапу, як правило, був

пов'язаний із введенням у державі нового кримінального кодексу. Пояснювалось це тим, що кримінальні кодекси є єдиними законодавчими актами, які визначають ознаки посадової особи, хоч і за наслідками їхньої діяльності.

Кримінальні кодекси використовували широке розуміння посадової особи і проводили розмежування лише між службовцями та іншими працівниками. Кримінальне законодавство визначало поняття посадової особи за наслідками їхньої протиправної діяльності, без з'ясування змісту і характеру службової діяльності цих осіб. Посадова особа як суб'єкт управлінського процесу та визначення природи її правового статусу досліджувались лише у межах адміністративного права.

Досить прогресивними були законодавчі акти про державну службу Української держави 1918 року. Законодавством встановлювалася система посад державних службовців, порядок їх заміщення, визначалися умови та порядок матеріального забезпечення державних службовців, був передбачений спеціальний порядок заміщення керівних посад. Окремим законом була затверджена "обітниця" (присяга), яку зобов'язаний скласти державний службовець під час вступу на службу [3, с.72-88]. Складення присяги державним службовцем мало би свідчити про добровільність виконання службових обов'язків і дотримання вимог службової етики. Проте позитивні моменти регулювання державно-службових відносин не знайшли свого подальшого розвитку в радянському законодавстві.

Найтривалішим є другий етап дослідження – з 1922 до початку 60-х років. Його характерною ознакою є утвердження двох протилежних підходів тлумачення поняття "посадова особа" – широкого і вузького, що вплинуло на дослідження адміністративно-правового статусу посадової особи.

Вперше серед адміністративістів поняття посадової особи сформулював І.І. Євтихiev [4, с.49-50]. Як основну ознаку автор назвав зайняття посади в державній установі та підприємстві. Негативним моментом такої позиції є ототожнення посадової особи з іншими державними службовцями, які також займають посади.

Лише врахування функціонально-правового змісту посади надає можливість виділити посадову особу як окрему категорію державних службовців. Разом з тим, С.С. Студенікін застерігав, що віднесення всіх посадових осіб до державних службовців не дає підстав останніх вважати посадовими особами [5, с.77]. Таке твердження було доповнено Ц.А. Ямпольською. Відповідно до цього, посадова особа є носієм спеціального кола службових повноважень, які й визначають особливості її правового статусу, а також наділені правом видання адміністративних актів [5, с.41]. Проте діяльність посадових осіб не обмежується лише виданням таких актів, вони також уповноважені виконувати чимало інших організаційних дій, що охоплюють управління людьми та матеріальними ресурсами і спрямовані на забезпечення діяльності відповідного державного органу, установи, підприємства.

Відтак на другому етапі не було сформульовано єдиної дефініції поняття "посадова особа" і остаточно не визначено особливостей адміністративно-правового статусу посадової особи. Прийняті на той час кримінальні кодекси продовжували дотримуватися широкого підходу у трактуванні поняття посадової особи.

Третій етап дослідження проблеми поняття і статусу посадової особи та їх правового закріплення розпочався в 60-х роках і тривав до кінця 80-х років ХХ ст. Його характерною ознакою став пошук найприйнятливішого для адміністративно-правової науки і законодавства поняття посадової особи. Вперше ідея уніфікованого

поняття посадової особи була висловлена ще в кінці 40-х років Ц.А. Ямпольською [5, с.134], проте ця думка на той час не знайшла належного схвалення і підтримки іншими вченими-адміністративістами.

Позитивним моментом третього етапу є проведення комплексного дослідження питань радянської державної служби і поява перших монографічних досліджень у цьому напрямі, зокрема значний внесок було зроблено І.М. Пахомовим та В.М. Манохіним. Хоча поняття посадової особи визначалося крізь призму державно-службових відносин, проте було виділено ознаки посадових осіб як спеціальної групи державних службовців.

У середині 70-х років Ю.О. Петров, досліджуючи цю проблему, обґрунтував доцільність і можливість єдиного загального поняття посадової особи [6, с.31-36]. Слушною є його позиція про те, що з метою всестороннього дослідження проблеми поняття посадової особи, необхідно вийти за межі державно-службових відносин. Така позиція була підтримана іншими науковцями, проте не знайшла остаточного вирішення і правового закріплення. У правовій науці і далі панував галузевий підхід у дослідженнях поняття "посадова особа", що зберігається й дотепер.

У радянський період державно-службові відносини регулювалися переважно нормами трудового права, притім трудове законодавство не визначило понять "служба", "посада", "посадова особа", не було прийнято спеціального правового акта, який би регулював службово-трудоий статус державних службовців.

Характерною ознакою третього етапу є виявлення специфіки в правовому регулюванні відносин державної служби, визначення концептуальних засад державної служби та обґрунтування доцільності їх законодавчого закріплення. Вперше ідея прийняття адміністративного законодавства про державну службу була висловлена ще в 60-х роках ХХ ст. І.В. Пахомовим [7, с.10]. З часом вона знайшла розвиток у наукових працях В.М. Манохіна [8, с.153] і набула широкого схвалення науковцями-адміністративістами.

Представниками адміністративно-правової науки висловлювалися різні погляди щодо форми правового регулювання державно-службових відносин, зокрема прийняття: кодексу законів про державну службу; закону про державну службу; основ законодавства про державну службу; закону про організацію державного управління. Більшість схилилася до пропозиції прийняття закону про державну службу, який би став комплексним нормативним актом регулювання відносин державної служби. На початку 90-х років минулого століття як основний спосіб вирішення цієї проблеми було запропоновано прийняття Союзного і республіканських законів про державну службу [9, с.90-98]. Після проголошення республік суверенними і незалежними державами такий підхід втратив свою доцільність.

Після проголошення незалежності Української держави гостра потреба в апараті професійно підготовлених управлінських кадрів і закріплення їх правового статусу зумовила необхідність у формуванні національного інституту державної служби. Саме ці обставини спонукали до прийняття 16 грудня 1993 року Закону України "Про державну службу" [10]. Зауважу, що Україна одна з перших серед республік колишнього Союзу РСР прийняла такий правовий акт.

Закон України "Про державну службу" закріпив основні організаційно-правові засади інституту державної служби в Українській державі та визначив основи

правового статусу державних службовців, які охоплюють посади в державних органах та їх апараті. Проте цей закон нечітко окреслив межі державно-службових відносин, чим активізував пошук нового оптимального вирішення цієї проблеми.

До початку 90-х років XX ст. в українському законодавстві і правовій літературі вживався термін "службова особа". Закон України "Про державну службу" вперше ввів поняття "посадова особа" і закріпив його дефініцію. Така ситуація спричинила виникнення колізії правових норм окремих законодавчих актів, які регулювали питання служби. Чинне на той час законодавство, у тому числі Кримінальний Кодекс і Кодекс України про адміністративні правопорушення, без будь-яких застережень продовжували використовувати термін "службова особа". Одночасне використання у законодавстві двох понять, без належного їх тлумачення і розмежування, створювало труднощі у правозастосовчій практиці.

Лише прийнятий 11 липня 1995 року Закон України "Про внесення змін і доповнень до деяких законодавчих актів України щодо відповідальності посадових осіб" вніс зміни до Кримінального, Кримінально-процесуального Кодексів та Кодексу про адміністративні правопорушення стосовно використання терміна "посадова особа" замість "службова особа". Кримінальне законодавство, змінивши термін, залишило попередню дефініцію "службової особи". Ситуація, яка склалася у законодавстві, давала підстави ототожнювати ці поняття.

Проблема співвідношення понять "посадової особи" і "службової особи" особливо загострилась після прийняття нової Конституції України, яка їх розмежувала (статті 19, 40 і 56). Такий хід подій зумовив потребу у виділенні критерію, що дав би змогу встановити їхню відмінність. Неврегульованість цього питання може призвести до колізій у процесі використання відповідних понять, що й спонукає до прискорення пошуку оптимальних шляхів його вирішення.

Чинне законодавство не містить єдиного підходу у використанні термінів "посадова особа" і "службова особа". Наприклад, Митний кодекс України 1992 р. використовує термін "службова особа", натомість прийнятий 11 липня 2002 р. Митний кодекс України не містить цього терміна, проте розмежовує поняття "керівник митного органу" і "посадова особа митного органу" (ст.57). У цьому випадку законодавець припускається помилки, оскільки категорія "посадові особи" – загальна і охоплює керівників, як окремий вид посадових осіб.

У той же час використання терміна "службова особа" в главі 31-А Цивільно-процесуального кодексу України не відповідає ст.40 і 56 Конституції України. Це ще раз вказує на необхідність законодавчого закріплення дефініцій "посадової особи" і "службової особи", що дасть змогу усунути колізію правових норм та підміну понять, які спостерігаються у чинному законодавстві.

Сьогодні залишається актуальним і питання уніфікації у законодавчих актах поняття "посадова особа". Закон України "Про державну службу" визначає це поняття у межах державної служби, проте й саму державну службу законодавець розглядає у вузькому розумінні, як професійну діяльність в органах виконавчої влади та їх апараті. Отже, згідно з законом посадовими особами є лише окрема категорія державних службовців, а це суперечить законодавству про адміністративну, дисциплінарну і кримінальну відповідальність, у якому відображено широке розуміння цього поняття.

Прийняття нового Кримінального кодексу України від 5 квітня 2001р. ще більше загострило проблему співвідношення понять "посадова особа" і "службова особа". У Примітці до ст.364 Кримінального кодексу України визначено, що службові особи – це особи, які постійно чи тимчасово здійснюють функції представників влади, а також обіймають постійно чи тимчасово на підприємствах, в установах чи організаціях, незалежно від форм власності посади, пов'язані з виконанням організаційно-розпорядчих або адміністративно-господарських обов'язків, або виконують такі обов'язки за спеціальними повноваженнями. За своїм змістом ця дефініція повністю відповідає визначенню "посадова особа", яке містила ст.164 попередньої редакції Кримінального кодексу України, тобто відбулася лише заміна термінів без належного обґрунтування.

Законодавець визначає зміст поняття посадової особи у різних аспектах, що створює значні проблеми і негативно позначається при встановленні їхнього адміністративно-правового статусу та застосуванні законодавства про службу на практиці. З метою усунення прогалин та колізій у правовому регулюванні цього питання необхідно вийти за межі галузевих досліджень і доцільно виробити загальноправове поняття посадової особи та закріпити його у національному законодавстві. При цьому О.В.Петришин наголошує на необхідності єдиної методології дослідження особливостей статусу державних службовців і посадових осіб [11, с.33]. Вирішити проблему можна лише шляхом прийняття нового закону про державну службу.

Отже, враховуючи сучасні науково-теоретичні підходи визначення посадової особи та розвиток адміністративного законодавства після проголошення України суверенною державою, доцільно виділити новий етап у дослідженні проблеми державної служби і тлумачення поняття посадової особи. Для цього етапу характерним є: закріплення поняття "посадова особа" у законодавстві про державну службу та службу в органах місцевого самоврядування; визначення шляхів вирішення проблеми співвідношення понять "посадова особа" і "службова особа"; пошук критеріїв відмежування політичної діяльності від здійснення державно-службових функцій, а відтак – і розмежування понять "посадова особа" і "політичний діяч".

Для нормативно-правового врегулювання державно-службових відносин, проблеми розмежування понять "посадова особа" і "службова особа" та закріплення адміністративно-правового статусу посадової особи необхідно сформулювати нові науково-теоретичні засади. З метою подолання існуючих колізій і усунення прогалин у законодавстві важливо всебічно проаналізувати вітчизняні наукові напрацювання і вивчити зарубіжний досвід у регулюванні цих питань. У комплексі це сприятиме вітчизняній законотворчості у сфері державно-службових відносин.

-
1. Петухов Г.Е., Васильев А.С. Понятие должностного лица в советском законодательстве и правовой науке // Правоведение. – 1980. – №3. – С.40-48.
 2. Горшенев В.М., Петришин О.В. Природа статуса должностного лица // Проблемы социалистической законности. Респ. межвед. науч. сб. / Отв. ред. В. Я.Таций. – Харьков: Выща школа, 1988. – Вып.22. – С.9-16.

3. Коник С. Рада Міністрів і міністерства Української держави 1918 року: структура, компетенція та склад. Організація державної служби //Вісник Української Академії державного управління при Президентові України. – 1999. – №1. – С.72-88.
4. Евтихийев И.И., Власов В.А. Административное право СССР. – М., 1946.
5. Вопросы советского административного права. – М.; Л., 1949.
6. Петров Ю.А. О понятии должностного лица // Правоведение. – 1974. – №6. – С.31-36.
7. Пахомов И.Н. Виды советских государственных служащих, их права и обязанности. – Львов, 1965. – 71 с.
8. Манохин В.М. Советская государственная служба. – М.: Юрид.лит., 1966. – 196 с.
9. Манохин В.М. Концепция закона о государственной службе //Государство и право. – 1991. – №12. – С.90-98.
10. Закон України "Про державну службу" від 16 грудня 1993 року // Відомості Верховної Ради України. – 1993. – №52. – Ст.490.
11. Петришин О.В. Державна служба як проблема теорії держави і права //Вісник Академії правових наук України. – 2000. – №1. – С.21-34.

THE NOTION "AN OFFICIAL": BASIC STAGES OF RESEARCH IN ADMINISTRATIVE LAW SCIENCE AND LEGISLATION

N.Yanyuk

*Ivan Franko National University of Lviv,
Universytetska Str. 1, UA-79000 Lviv, Ukraine.*

The article is devoted to the issue of investigating the notion "an official" in administrative law science. The basic stages of this notion investigation are determined and characterized. On the basis of scientific theoretical sources and effective normative legal acts, practical suggestions concerning legal fixation of this notion are offered. The attempt to define the ways of further improvement of public service legislation is made.

Key words: an official, public service, stages of research, administrative legal regulation

Стаття надійшла до редколегії 20.03.2003

Підписана до друку 30.10.2003

ТЕОРЕТИКО-ПРАВОВІ ЗАСАДИ ТА СИСТЕМА ПРИНЦИПІВ УПРАВЛІННЯ В ОРГАНАХ ПРОКУРАТУРИ УКРАЇНИ

М. Якимчук

*Чернівецький державний університет ім. Ю.Федьковича,
вул. Коцюбинського, 2, 58012, Чернівці, Україна.*

У статті розкриваються принципи управління в органах прокуратури України. Визначається поняття, види, система та риси правового регулювання у цій сфері.

Ключові слова: принципи управління, органи прокуратури.

Постановка проблеми. Органи прокуратури є невід'ємною частиною держави і діють на базі вироблених практикою та узагальнених теорією основних правил або принципів управлінської діяльності. Однак прокурорська діяльність регулюється не лише суто загальними принципами управління, для неї характерні особливі, галузеві принципи, оскільки управління в органах прокуратури має власне за мету створення належних умов для реалізації поставлених перед прокуратурою завдань [5, с.29].

Визначення наглядових пріоритетів, що диктуються конкретною обстановкою в суспільстві й інші обставини можуть впливати на організаційний статус органів прокуратури, відповідно і принципи управління піддаються певним змінам внаслідок динамічних процесів державотворення та переходу до утвердження в державі демократичних цінностей.

Ступінь наукової розробки проблеми. Дослідження змісту та системи принципів організації та управління в органах держави та прокуратурі проводили в різний час такі вчені як: Петров Г.І., Склепенков І.М., Аверін Ю.П., Аверьянов В.Б., Атаманчук Г.В., Школик А. та інші, в тому числі серед дослідників принципів організації управління в органах прокуратури слід відзначити таких, як: Клівер І.Я., Литвак О., Шумський П. Зокрема ними підкреслюється залежність ролі принципів державного управління від знань, умінь і дій суб'єктивного фактора зумовлює організацію з боку державних органів цілеспрямованої роботи з пошуку засобів, що створюють реальні передумови для відповідного і повного вираження закладених у кожному принципі його регулюючих можливостей [10, с.186]. З метою удосконалення управління, організації та посилення контролю виконання в органах прокуратури України, підвищення впливу організуючого чинника на ефективність прокурорсько-слідчої діяльності, Генеральним прокурором України видано наказ "Про основні принципи управління, організації роботи та критерії ефективності роботи органів прокуратури України" [4]. В даному наказі зроблена чергова спроба накреслити на основі принципів організації та діяльності прокуратури, закріплених у Конституції України та Законі України "Про прокуратуру" основні проблеми управління. Безпосереднього їх переліку при цьому уникнули, що цілком логічно, оскільки дані принципи не є власне правилами, аксіомою, а закономірностями самого управління, ґрунтуються на об'єктивних закономірностях розвитку прокуратури як інституту держави, на знанні і використанні цих закономірностей.

Мета статті. Мета ж дослідження принципів управління в органах прокуратури – на основі визначення їх поняття, видів, системи та особливостей їх правового регулювання накреслити головні проблеми й основні тенденції щодо їх

врегулювання. Перегляд системи принципів управління в органах прокуратури, що має власні традиції та стереотипи організації та функціонування, має базуватись та здійснюватись із визначення її сталої, незмінної основи з урахуванням нових принципів побудови державної влади в Україні, нових структурних та функціональних елементів (підходів, методів, форм, функцій), які поступово здобувають своє місце в органах прокуратури України як управлінській системі.

Виклад основного матеріалу дослідження. Принцип (від латинського "principium" – першооснова, основа) як поняття теорії відображає в системі державного управління закономірності, відносини, взаємозв'язки між її елементами [7, с.186]. Принципи синтезують і відбивають об'єктивність законів суспільного розвитку, характерні риси практики управління [9, с.16]. На відміну від об'єктивних законів принципи залежать від свідомості людей, від пізнання ними діючих законів природи і суспільства. Принципи як продукт логічного мислення лише відбивають об'єктивні закони у свідомості.

На основі принципів організується процес управління, тобто науково обгрунтоване впровадження дій для здійснення управлінських функцій, вибору методів і прийомів управлінського впливу [10, с.78]. Принципи управління забезпечують інтеграцію окремих видів управлінської діяльності в різних підрозділах системи управління, взаємну їх погодженість і загальне спрямування на реалізацію вироблених цілей. На основі принципів управління створюється єдиний комплекс управлінської діяльності [3, с.16].

Нормативне (у законодавстві) закріплення принципів державного управління вносить велику конкретність і стійкість в управлінські відносини, дозволяє об'єктивніше судити про те, хто і що конкретно повинен робити для реалізації даних принципів, гарантує суворе їх додержання [7, с.188]. Принципи управління забезпечують інтеграцію окремих видів управлінської діяльності в різних підрозділах системи, взаємну їхню погодженість і загальну спрямованість на реалізацію намічених цілей. У принципах управління знаходять своє вираження основні вимоги, поставлені до побудови систем управління і методів здійснення функцій управління, доцільний характер взаємин між суб'єктами й об'єктами управління [9, с.16].

Отже, якщо погоджуватись із тим, що принципи відбивають характер системи управління в цілому, об'єктивний зміст усіх явищ і реальних процесів управління, то слід визнати, що принципи управління відповідно детерміновані місцем даних явищ, їх роллю в системі управління в органах прокуратури, що є підставою для їх систематизації.

Більшість принципів управління виявляються в діяльності різних державних органів аналогічно, оскільки вони є загальними для всього державного апарату. Окремі принципи застосовуються з урахуванням особливостей кожної підсистеми державних органів, тих чи інших особливостей її об'єктів і суб'єктів управління або груп елементів процесу управління.

Тому першою підставою систематизації принципів управління в системі органів прокуратури є виділення загальносистемних принципів – загальних закономірностей, відносин і процесів, що властиві всій системі державного управління, створюють вихідні, типові закономірності відносин і взаємозв'язків різних груп її елементів (підсистем) [7, с.190].

Наступна підстава систематизації пов'язана з аналізом і науковою характеристикою тих закономірностей, відносин і взаємозв'язків, що організовують групи елементів, які характеризують власне специфіку системи управління в органах прокуратури. Це такі групи елементів державного управління, як цілі, структура, процес.

Отже, в цілому принципи управління в системі органів прокуратури можна виділити у наступні групи: 1) загальносистемні принципи управління в системі органів прокуратури; 2) спеціальні принципи управління в системі органів прокуратури: а) цільові принципи управління; б) структурні: структурно-організаційні та структурно-функціональні; в) процесуальні.

Точне віднесення принципів управління до однієї з груп є досить складним завданням, оскільки будь-який з них може застосовуватись в інших державних структурах та бути передумовою як структури, так власне і управління як виду діяльності.

Важлива роль *загальносистемних принципів* обумовлена тим, що вони є основними правилами (положеннями), загальними для усіх видів, сфер і галузей управління в нашій державі – обов'язкові і для управління в системі органів прокуратури. На нашу думку, серед даних принципів варто відзначити основні.

Об'єктивності. Принцип об'єктивності управління є вихідним і зумовлює необхідність проходження у всіх управлінських процесах вимогам об'єктивних закономірностей (природних і суспільно-історичних) і реальним можливостям держави та прокуратури зокрема. Зміст принципу – досягнення відповідності дій суб'єкта управління вимогам об'єкта, відповідності управлінської діяльності об'єктивним законам функціонування і розвитку прокуратури.

Правової впорядкованості. Даний принцип об'єктивно обумовлює необхідність головним чином законодавчого визначення, причому в "правових" законах [7, с.192], основних аспектів цілей, функцій, структур, процесу, самих принципів організацій та діяльності в числі яких і принципів управління в органах прокуратури. Даний принцип виявляється в тім, що різні аспекти організації і діяльності органів прокуратури повинні бути врегульовані в законодавчому порядку найбільш повно і чітко.

Законності. Законність в управлінській діяльності означає: здійснення повноважень прокуратури на підставі додержання Конституції України та чинних на території республіки законів, Для прокуратури принцип законності є чільним у її діяльності, оскільки вона спрямована на забезпечення виконання законів. Даний принцип управління може бути практично здійснений лише при встановленні ясного в розумінні і послідовного в реалізації режиму повсюдного і повного виконання законів і нормативних правових актів. Принцип законності виражає нерозривний зв'язок між додержанням законності в діяльності прокуратури і охороною законності як основного її призначення [11, с.98].

Дисципліни. Даний принцип управління полягає у вимозі виконання обов'язків, що виражені у правилах (нормах), встановлених законодавством, Дисциплінарному статуті прокуратури, а також у прийнятих на їх основі індивідуальних актах, усіма працівниками прокуратури. Дисципліна в органах прокуратури є різновидом державної дисципліни, що виявляється в поєднанні двох її форм: службової та процесуальної. Дисципліна в апараті управління органів прокуратури полягає у

вимозі до службовців виконувати всі їх обов'язки з єдиною метою – досягнення відповідного закону поведінки й ефективного здійснення завдань і функцій прокуратури.

Відповідальності. Даний принцип у ряді основних проголошено Конституцією України, де сказано, що "держава відповідає перед людиною за свою діяльність" [1, ст.3]. Даний принцип охоплює діяльність всіх категорій прокурорських кадрів, як керівників, так і фахівців, і поширюється на усі види виконуваних ними дій, а також передбачає, що при великих правах і малій відповідальності стають можливими адміністративна сваволя, суб'єктивізм, непродуманість рішень.

Системності. Сутність даного принципу в управлінні полягає в об'єднанні, при відповідній диференціації, окремих взаємообумовлених видів діяльності, необхідних для реалізації конкретних цілей прокуратури та управління нею [10, с.76].

Централізму. В основі побудови системи органів прокуратури лежать жорстка ієрархія і визначеність обсягу прокурорських повноважень, імперативний порядок взаємин усіх ланок прокуратури, об'єднаних єдиним центральним органом, процесуальна і службова дисципліна, гарантом яких виступає Генеральний прокурор України.

Демократизму. Даний принцип відтворює народовладдя в управлінні і вимагає насамперед установа глибоких і постійних взаємозалежностей між суб'єктом та об'єктом управління; припускає проїняття потребами, інтересами і цілями працівників, всіх ланок прокуратури (політики, цілей, функцій, структури, процесу, результатів управління тощо). Одним з проявів адміністративно-командної системи управління прокуратурою був, а у певній мірі і в даний час залишається надмірний централізм.

Гласності. Прокуратура діє гласно, інформує державні органи влади, громадськість про стан законності та заходи щодо її зміцнення [2, ст.8 п.5]. За допомогою реалізації цього принципу суспільство здійснює контроль за діяльністю органів прокуратури. У результаті послідовне дотримання принципу гласності активно працює на процес зміцнення законності. Гласність як невід'ємна риса демократії і один з основоположних принципів управління є вираженням довіри і поваги до працівників прокуратури, їхньої здатності розібратися в подіях, виробити вірне рішення, свідомо брати участь у його здійсненні. Нормативне обмеження принципу гласності в діяльності органів прокуратури визначається заборонаю без дозволу прокурора або слідчого розголошувати дані перевірок і попереднього слідства до їх закінчення [2, ст.7 п.4] та вимогами законодавства про державну таємницю.

Пріоритетності прав громадян. Даний принцип проголошено Конституцією України, де сказано, що "права і свободи людини та їх гарантії визначають зміст і спрямованість діяльності держави" [1, ст.3]. Конституційний принцип дотримання прав людини юридично пов'язує і позитивно обмежує дії держави та її органів. Відповідно кожен орган прокуратури повинен створюватись та функціонувати не задля задоволення тих чи інших потреб прокурорів, їхнього безпосереднього управління, а для найповнішої реалізації інтересів громадян країни та публічного інтересу. Пріоритетність прав громадян для управління в системі органів прокуратури отримала свій розвиток через закріплення представництва інтересів громадянина або держави в суді як одної з основних функцій прокуратури.

Рівності перед суб'єктом управління. Рівність перед законом є невід'ємним правом людини згідно з міжнародно-правовими актами та Конституцією України, під рівністю ж в державному управлінні розуміємо однакове ставлення керівництва прокуратури до прокурорів та інших працівників прокуратури без привілеїв. Правове закріплення даний принцип отримав також в ст.6 Закону України "Про прокуратуру": органи прокуратури захищають у межах своєї компетенції права і свободи громадян на засадах їх рівності перед законом, незалежно від національного чи соціального походження, мови, освіти, ставлення до релігії, політичних переконань, службового чи майнового стану та інших ознак.

Прогнозування. Даний принцип є засадою послідовного управління в прокуратурі, вміння пов'язувати кожне рішення з дійсним розвитком системи прокуратури і суспільства, з його прогресивними тенденціями, при чому управлінська система має діставати безперервну інформацію про майбутній розвиток об'єкта як єдиного цілого, а також його підсистем.

Спеціальні принципи управління в системі органів прокуратури, в свою чергу можна розмежувати на три групи:

Цільові принципи управління, пов'язані з "деревом" цілей управління в системі органів прокуратури, містять у собі принципи: 1) погодженості цілей управління з основних параметрів між собою та їх несперечливості один одному; 2) взаємодоповнюваності цілей, при якій одна мета сприяє іншій, підсилюючи її; 3) підпорядкування приватних, локальних цілей загальним (стратегічним), власне побудову цілей відповідно їх ієрархії у "дереві" цілей; 4) перетворення результатів реалізації однієї мети у джерело інших цілей – послідовність у русі по досягненню всієї сукупності цілей та завдань прокуратури; 5) розподілу цілей по функціям управління й управлінських функцій органів та посадових осіб прокуратури – забезпечення цілей управління у процесі управління в органах прокуратури [7, с.190]; 6) кінцево-цільової спрямованості управління – мета знаходиться в центрі уваги суб'єкта управління, і її досягнення служить мірилом якості й ефективності виконуваної управлінської роботи; вона є тим началом, у відповідності з яким зважуються функції і характер взаємодії всіх елементів системи управління, оцінюються їхня роль і завдання в процесі досягнення поставленої мети.

Структурні принципи управління в системі органів прокуратури, що характеризують особливості побудови даної системи, на нашу думку, в свою чергу можна розмежувати на дві групи:

А) Структурно-організаційні:

- єдності, що діє у всіх сферах і на всіх рівнях прокуратури полягає в тому, що кожна ланка прокурорської системи, кожен прокурор виступають як представник єдиної системи прокурорських органів;
- незалежності, що має свій зовнішній та внутрішній прояв і полягає в тому, що, органи прокуратури в процесі здійснення своїх функцій користуються незалежністю не тільки від місцевих органів, але й від органів управління і суду [11, с.102]; кожен прокурор у своїй наглядній діяльності відокремлений від будь-яких форм сторонніх впливів і при виконанні покладених на нього функцій керується тільки законом, вказівками Генерального прокурора України;

- централізації, який визначає верховенство Генерального прокурора України стосовно нижчестоящих прокурорів кожної ланки прокурорської системи щодо здійснення нагляду за додержанням законів як на певній території, так і щодо кола організацій і осіб [11, с. 98];
- територіально-галузевий, що зумовлює залежність організаційних структур органів прокуратури від території, предмета та об'єкта нагляду;
- сполучення єдиноначальності та колегіальності – єдиноначальність у процесі управління в прокуратурі суттєво корегується наявністю у вищих ланках прокурорської системи колегій;
- лінійно-функціональний, що забезпечує поєднання переваг лінійної та функціональної засад та сприяє створенню структури, в якій одні органи приймають управлінські рішення та владно провадять їх до життя, а інші забезпечують їх інформацією консультативного, статистичного, плануючого, координаційного та іншого характеру;
- ієрархічності, що зумовлює необхідність постійно координувати діяльність ланок системи органів прокуратури, враховувати місце (компетенцію) кожної з них, застосовувати різноманітні методи узгодження цієї діяльності для регулярного підвищення ефективності управління;
- зонально-предметний принцип розподілу обов'язків у структурних підрозділах органів прокуратури вищих рівнів, при якому весь обсяг управлінських обов'язків розподіляється між штатними співробітниками за галуззю (предметом) прокурорської діяльності (в вищестоящих прокуратурах) та за територіями "зонами" (у вищих органах прокуратури) [4, п.4.1];
- комплексної достатності, відповідно до якого кожен орган прокуратури повинен мати відповідну організаційну структуру, технологічну оснащеність, кадрову забезпеченість і соціально-психологічну підтримку;
- самодостатності при вирішенні управлінських проблем, відсутність якої підриває самостійність, породжує страх щодо ухвалення рішення, що породжує бездіяльність, безініціативність прокурорів;
- доцільного мінімуму рівнів ієрархії, відповідно до якого будь-яка структура управління визнається оптимальною, якщо між ланками і рівнями управління устанавлюються раціональні зв'язки при найменшому числі даних рівнів;
- оптимальності, який зумовлює створення таких структур органів прокуратури, які б забезпечували повноту виконання завдань прокуратури, для чого необхідним є оптимальне розмежування цих функцій та повноважень як в самих органах прокуратури, так і між ними;
- адаптації окремих підрозділів апарату управління до всієї системи і системи в цілому до зовнішнього середовища;
- мінімізації кількості підрозділів, що не виконують зовнішні функції прокуратури.

Б) Структурно-функціональні:

- диференціації і правової фіксації функцій управління шляхом їх закріплення у компетенції органів та посадових осіб прокуратури;

- взаємозалежності повноважень прокурора з рівнем органу прокуратури в ієрархії;
- компетентності, що полягає в праві здійснювати управлінські впливи на основі чіткого розподілу функцій управління та відповідних повноважень між керівниками органів та підрозділів прокуратури та їх правовому закріпленні;
- сумісності управлінських функцій органу прокуратури з управлінськими функціями органів прокуратури одного рівня у рамках організаційної структури прокуратури;
- концентрації, що зумовлює необхідність надання відповідному органу, підрозділу, посадовій особі таких управлінських функцій і відповідних ресурсів, застосовуючи які вони здійснювали доцільний управлінський вплив, спрямовували б, організовували і регулювали керовані об'єкти;
- комбінування, спрямований на недопущення дублювання і паралелізму в управлінській діяльності, непогодженості між ними, наявності зайвих проміжних ланок, відомих регіонів, відсутності, недостатності чи застарілості правової регламентації їх статусу;
- достатньої розмаїтості, що вимагає, щоб управлінські функції (безпосередні управлінські впливи), що приходяться на той чи інший компонент системи управління, за кількістю і по суті відповідали управлінським потребам останнього;
- взаємодії працівників різних підрозділів з питань прокурорського нагляду, що повинна здійснюватись відповідно схемі (плану), затвердженій наказом керівника органу (підрозділу);
- взаємозамінюваності, що полягає в чіткому визначенні взаємозамінності прокурорів та в можливості нижчестоящего прокурора на основі доручення (делегування) вищестоящего прокурора, виконувати обов'язки останнього.

Процесуальні принципи управління, на основі яких створюється єдиний комплекс управлінської діяльності в системі органів прокуратури, відповідності керуючих впливів та усіх елементів процесу управління (функцій, відносин, методів, форм і стадій) реальним потребам керованих об'єктів, до яких можна віднести:

- конкретизації управлінської діяльності й особистої відповідальності за її результати;
- конкретності, суть якого полягає в здійсненні управління щодо конкретних життєвих обставин з урахуванням різноманітних форм прояву об'єктивних законів, на основі достовірної інформації як про внутрішній стан об'єкта управління, так і про зовнішні умови, у яких він знаходиться [9, с.18] базуючись на узагальненій, систематизованій, достовірній та об'єктивній інформації;
- науковості, який означає вимогу наукової обґрунтованості діяльності органів прокуратури і їхніх посадових осіб, наукового підходу до рішення питань прокурорського нагляду та управління в органах прокуратури;
- ефективності, суть якого полягає в досягненні цілей і завдань управління при найменших витратах сил, засобів і часу, причому до критеріїв ефективності зазвичай відносять розміри витрат, терміни виконання завдань, результативність прокурорського нагляду;

- участі об'єкта в управлінні, який є відображенням системних властивостей об'єкта управління, що перебуває в динамічному стані; правильне сполучення єдиноначальності з колегіальністю, надання можливості рядовим учасникам управлінського процесу брати участь в обговоренні і вирішенні найважливіших питань управління, сприяє почуттю відповідальності за виконання рядовими працівниками прокуратури прийнятих рішень;
- компетенційності (слід відрізняти від компетентності), який передбачає здатність суб'єкта управління здійснювати управлінський вплив відповідно до встановленої компетенції і суворо дотримуючись її меж; проте повноваження певного органу прокуратури чи його посадової особи не повинні перевищуватись, але й повинні реально застосовуватись.

Але процесуальні принципи управління, що наведені нами не можуть дати повного уявлення про засади процесу управління в органах прокуратури, оскільки до даної групи принципів слід віднести і вузькоспеціалізовані принципи, що виступають засадами окремих елементів процесу управління: управлінських функцій, методів і форм управлінського впливу, відносин управління, та стадій процесу прийняття реалізації управлінського рішення.

Виділення того чи іншого принципу, його відносно відокремлення із системи принципів припускає можливість конкретно визначити кожний з них, що полегшує їхнє практичне застосування [12, с.57].

Висновки. Принципи управління в органах прокуратури є системою, в якій вони взаємопов'язані та взаємозалежні. Тому порушення одного з них може привести до порушення інших. Успіх управління досягається послідовним застосуванням усієї системи принципів і кожного з них окремо. Взаємний зв'язок принципів управління не применшує їхньої відносної самостійності.

Система принципів управління в органах прокуратури пов'язана з принципами організації діяльності та здійснення прокурорського нагляду. Дане поєднання можна тлумачити як загальну систему принципів організації і діяльності прокуратури, в якій принципи управління відіграють вагому але допоміжну роль, оскільки власне саме управління покликане впорядковувати дану систему (її ланки), забезпечувати її оптимальне функціонування та розвиток для ефективного розв'язання поставлених перед нею завдань і функцій.

Зрештою, науково-практичний потенціал принципу управління, його зміст виводять принципи управління на рівень найвищого досягнення науки управління [12, с.21], стає тим знанням, яке має слугувати гарантом безпомилковості управлінських рішень, що виносяться з метою найоптимальнішого здійснення функцій прокуратури, та отримати належне правове закріплення.

Перспективи подальших досліджень полягають у аналізі стану чинного законодавства з питань організації та діяльності прокуратури України на предмет вияву норм, що суперечать основним принципам управління в органах прокуратури з метою приведення їх у відповідність до завдань функціонування даного органу та його конституційно-правового статусу.

1. Конституція України: прийнята на п'ятій сесії Верховної Ради України 28 червня 1996 року. – К.: Україна, 1996. – 39с.
2. Закон України "Про прокуратуру" від 5 листопада 1991 р. // Відомості Верховної Ради. – 1991. – № 53. – Ст.794 (зі змінами та доповненнями, в редакції від 12.07.2001р.).
3. Закон України "Про службу безпеки України" // Відомості Верховної Ради України. – 1992. – №27. – С.382.
4. Наказ Генерального прокурора України "Про основні принципи управління, організації роботи та критерії ефективності роботи органів прокуратури України" №65 від 28.12.2001р.
5. Проблемы совершенствования прокурорского надзора (к 275-летию Российской прокуратуры). Материалы научно-практической конференции. – М.: НИИ проблем укрепления законности и правопорядка при Генеральной прокуратуре РФ, 1997. – 240с.
6. Аверьянов В.Б. Функции и организационная структура органа государственного управления. – К., 1979. – 150с.
7. Атаманчук Г.В. Теория государственного управления. Курс лекций. – М.: Юрид.лит., 1997. – 400с.
8. Кливер И.Я. Управление прокурорской системой в условиях формирования правового государства (конспект лекции). – М.: Прокуратура Союза ССР, Институт повышения квалификации руководящих кадров, 1990. – 24с.
9. Основы управления в органах внутренних дел. Учебник. Под ред. д.ю.н, проф. А.Л.Коренева. – М.: МЮИ МВД России, изд-во Щит-М, 1999. – 356с.
10. Авдонин В.С., Карпов Е.А., Науменко А.Б. Правоохранительные органы. Сборник схем: Учебное пособие для юридических вузов / Отв. ред. канд. юрид. наук. доц. Г.В.Дроздов. – М.: Новый юрист, 1997. – 112с.
11. Литвак О., Шумський П. Функції прокуратури України. – Хмельницький: ХІРУП, 1998. – 390с.
12. Петров Г.И. Основы социалистического управления. – Ленинград: Изд-во Ленинградского ун-та, 1974. – 292с.
13. Гаєвський Б.А. Основы науки управління. Навч. посібник. 2-ге видання, Стереотип. – К.: МАУП, 1998. – 112 с.
14. Школик А. Принципи управлінської діяльності // Вісник Львівського університету. Серія Юридична. – 2000. – Вип. 35. – С.215.

**THEORETICAL-LEGAL BASICS
AND SYSTEM OF PRINCIPLES OF ADMINISTERING
THE PROSECUTING BODIES OF UKRAINE**

M. Yakymchuk

*Chernivtsi State University named Yuriy Fedkovych,
Kotubynskoho St. 2, 58012, Chernivtsi, Ukraine.*

The principles of administering the prosecuting bodies of Ukraine are elucidated in the article. Concept, kinds, system and features of legal regulation in this field are determined.

Key words: principles of administering, prosecuting bodies.

Стаття надійшла до редколегії 27.03.2003
Підписана до друку 30.10.2003

ПРАВОВІ ПРОБЛЕМИ РЕСТРУКТУРИЗАЦІЇ ДЕРЖАВНОГО ВНУТРІШНЬОГО БОРГУ УКРАЇНИ

І. Заверуха

*Львівський університет імені Івана Франка,
вул. Університетська 1, 79000, Львів, Україна*

В статті визначено прогалини чинного законодавства про державний внутрішній борг шляхом визначення поняття державного внутрішнього боргу та його структури, зміст управління державним внутрішнім боргом; поняття реструктуризації державного боргу та її форми; реструктуризація державного внутрішнього боргу України; принципи проведення (здійснення) реструктуризації, що повинні лягати в основу закону про державний борг України.

Ключові слова: державний внутрішній борг; державні запозичення; реструктуризація державного боргу.

Аналіз структури державного боргу та способи управління ним, визначаються сьогодні як одні із найбільш актуальних в процесі здійснення фінансової діяльності держави. Особливо коли йдеться про правові та теоретико-правові напрями дослідження.

В постсоціалістичних країнах державний борг має не традиційну структуру. Тобто класичний інструмент формування державного боргу – державні цінні папери почав реалізовуватись на базі вже утвореного боргу – боргових зобов'язань, що впливають із умов правонаступництва. Відтак надзвичайно важливою проблемою, в контексті управління державним боргом, є проблеми його реструктуризації і визначення механізмів її правового регулювання.

Дослідження державного боргу проводяться вже багато років вченими економістами, фінансистами, тоді як правові аспекти даної проблеми залишаються не розробленими. Серед іноземних вчених фінансистів відомими є А. Лернер, Р. Масгрейв, Дж. Стігліц, З. Шевіч, А. Вавілов та інші. Серед українських вчених проблеми державного боргу досліджували В. Козюк, В. Новицький, О. Плотніков, Т. Вахненко, О. Заруба та інші. В контексті проблеми реструктуризації державного боргу, слід виділити науковий доробок О. Береславської, В. Лісовенка, а також фундаментальну працю А. Вавілова [8]. Проте, як вже було зазначено, правові проблеми та механізми правового регулювання, зокрема щодо реструктуризації державного боргу досліджено не було. Відтак вважається за необхідне визначити прогалини чинного законодавства про державний внутрішній борг шляхом визначення поняття державного внутрішнього боргу та його структури, зміст управління державним внутрішнім боргом; поняття реструктуризації державного боргу та її форми; аналіз реструктуризації державного внутрішнього боргу України; принципи проведення (здійснення) реструктуризації, що повинні лягати в основу закону про державний борг України.

Згідно Закону України "Про державний внутрішній борг", до боргових зобов'язань Уряду України належать випущені ним цінні папери, інші зобов'язання у грошовій формі, гарантовані Урядом України, а також одержані ним кредити. До складу боргових зобов'язань Уряду України включається також частина боргових

зобов'язань Уряду колишнього Союзу РСР, прийнята на себе Україною. Боргові зобов'язання Уряду України виступають у вигляді облігацій внутрішніх державних позик і казначейських зобов'язань України. В окремих випадках можуть бути й інші форми урядових боргових зобов'язань. Характер і умови таких зобов'язань у кожному конкретному випадку визначаються Урядом України за погодженням з Національним банком України. [4] Доречним є також зауважити, що держава несе повну відповідальність за вчасне погашення та обслуговування державного боргу згідно з умовами випуску державних цінних паперів, угод про позику, або інших договірних документів.

Можна також визначити, що державний внутрішній борг – це частина державного боргу за зобов'язаннями, що виникли внаслідок порушення строків сплати державою платежів по державних замовленнях, соціальних платежах, виплатах та компенсаціях за знецінення грошових заощаджень громадян в установах Ощадбанку, видачі товарів, або їх грошового еквіваленту по цільовим товарним облігаціям 1992 року, а також взятих під час державного внутрішнього запозичення і надання державних внутрішніх гарантій.

Питання визначення структури державного боргу та управління ним, потребує чіткого і адекватного розуміння. Вважається, що управління внутрішнім державним боргом є сукупність заходів держави щодо погашення та обслуговування внутрішнього державного боргу; визначення умов та здійснення нових запозичень; зміни умов вже здійснених запозичень.

Згідно Закону України "Про Державний внутрішній борг", Закону України "Про структуру Державного внутрішнього боргу України за станом на 1.01.1996р і граничний розмір державного внутрішнього боргу України на 1996 та 1997 роки", Бюджетного кодексу України, Наказу Міністерства фінансів України "Про бюджетну класифікацію та її запровадження", державний внутрішній борг має свою структуру і існує ряд фінансових механізмів для залучення державою додаткових фінансових ресурсів. Необхідно зазначити, що структура державного боргу, згідно Закону "Про державний внутрішній борг" повинна визначатись щорічно Верховною Радою України одночасно із затвердженням Державного бюджету України на наступний рік. Проте, на жаль сьогодні, державний борг України не розраховується централізовано, як це зрештою є законодавчо закріплено і немає даних про спроби об'єднання зусиль різних державних інститутів, спрямованих на зведення всієї інформації про структуру та загальну суму державного боргу України.

Державний внутрішній борг України умовно можна поділити на боргові зобов'язання двох видів: ринкові, що існують у формі державних емісійних цінних паперів, та неринкові, що виникли за підсумками виконання державного бюджету, інші позики та зобов'язання. Сюди входить також заборгованість, утворена в результаті компенсації гарантованих заощаджень громадян чи інших державних боргових сертифікатів, розміщених свого часу серед населення (речові облігації) тощо. В Україні виник специфічний державний борг перед населенням через несвоєчасну виплату заробітної плати, пенсій, стипендій, інші соціальні програми та виплати.

Крім заборгованості держави по облігаціях державної внутрішньої позики, до заборгованості держави входять також зобов'язання за облігаціями республіканської десятипроцентної позики 1990 року; державної внутрішньої 5% позики 1990 року; заборгованості перед банківськими установами, зокрема перед НБУ (питома вага якої

лягає на позики спрямовані протягом 1991-1995 років на фінансування дефіциту державного бюджету та на нараховані проценти по кредитах НБУ в 1993-1995р.р.); заборгованість з інших позик та зобов'язань, зокрема з компенсаційних виплат населенню проіндексованих вкладів у Ощадному банку України та колишньому Укрдержстраху. [12, с.8-9].

Як бачимо, проблема структуризації державного боргу та управління ним є надзвичайно актуальною. Оскільки у фінансових правовідносинах відносини влади є невіддільними від майнових, то жодне адміністративне рішення в сфері управління державним боргом не досягне бажаного ефекту без наповнення його фінансовими ресурсами (грошовими коштами). В той же час, можливість використання бюджетних коштів завжди обмежена. Тому особливо важливо, щоб процеси управління державним боргом мали належне правове регулювання.

В процесі управління боргом необхідним є дотримання оптимальної структури боргу з точки зору сумарного його обсягу та строків погашення. При виникненні труднощів у держави-позичальника в процесі обслуговування боргу чи неможливості його погашення, держава може або відмовитись від виконання своїх зобов'язань, або спільно із кредиторами шукати варіанти врегулювання боргової кризи. В 1917 році більшовики відмовились від виконання боргових зобов'язань. Фактично це визнання державою своєї неплатоспроможності. Зрозуміло що таке рішення спричиняє загострення економічної, грошової, соціальної напруги всередині держави. Тому питання полягає не в тому як не віддати борг, а саме як його віддати. Проблема обслуговування та управління державним боргом є надзвичайно гострою, адже йдеться про державні (бюджетні) видатки. При цьому це не лише економічна проблема, але рівною мірою вона є соціальною і політичною, адже держава повинна цілеспрямовано залучати додаткові ресурси, обслуговувати та погашати державний борг і звітувати перед населенням про використані позичкові ресурси та джерела розрахунків за позиками. При цьому, елемент публічності повинен бути обов'язковим, адже тягар боргу, сформований державою, лягає тягарем на платників податків у майбутньому. Особливо проблема загострюється, якщо розрахунок із кредиторами є неможливим з огляду на складну фінансову ситуацію в державі. Очевидно, що при неможливості вчасного і повного розрахунку із позичальниками, варіант врегулювання боргу із позичальниками є найбільш оптимальним. Одним із таких способів є реструктуризація боргових зобов'язань. Реструктуризація боргових зобов'язань є складним і неоднозначним заходом. З одного боку, її можна визначити як наслідок невдалого управління державним боргом, а з іншого, таке розв'язання конфліктної ситуації є чи не єдиним способом цивілізованого вирішення боргової проблеми. Незважаючи на всю складність і неоднозначність факту оголошення та проведення реструктуризації боргових зобов'язань, чинним законодавством України це питання не врегульовано взагалі. Відповідно із міжнародною та національною практикою, реструктуризацію державного боргу можна визначити як передбачену правовими нормами, зміну раніше встановлених для позичальника порядку та умов погашення заборгованості для того, щоб забезпечити скорочення зобов'язань з обслуговування боргу, який припадає на консолідаційний період.

Реструктуризація боргу має на меті мінімізацію втрат кредиторів та розширення економічного розвитку країни позичальника. Всі боргові зобов'язання розподіляють на дві групи: зобов'язання пріоритетного обслуговування і зобов'язання, що підлягають врегулюванню. Реструктуризація передбачає такі зміни параметрів боргу,

які повинні забезпечити можливість виконання зобов'язань за рахунок зменшення тягару боргу та підвищення жорсткості зобов'язань. Як правило, параметри реструктуризації є індивідуальними, але світовий досвід протягом останніх 10-12 років визначив ряд спільних особливостей чи закономірностей. Реструктуризація здійснюється головним чином шляхом зміни режиму погашення заборгованості, але може також досягатися за допомогою механізму "своп" (перетворення боргових вимог в інвестиції шляхом обміну їх на акції відповідного підприємства); "бай-бека" (викуп боржником власних боргових зобов'язань); а також скорочення тягаря старого боргу може бути досягнуто за рахунок списання частини боргу, або за рахунок зменшення розмірів процентних платежів.

Сумарний внутрішній борг нашого уряду охоплює усі кредитні угоди, що впродовж кількох років були укладені і гарантовані ним, передусім угоди з НБУ, інші позички та зобов'язання уряду перед підприємствами і населенням, враховуючи й боргові зобов'язання колишнього СРСР. Проте незадовільні приватизаційні процеси, недонадходження податкових платежів до бюджету призвели до зростання вартості запозичень. Крім цього інвесторами виступали також і нерезиденти тому державний внутрішній борг набував тенденції до трансформації у зовнішній. Наприкінці 1998 року Уряд зіткнувся із серйозними труднощами щодо погашення боргових зобов'язань за якими настав термін погашення. Тому в Україні було започатковано комплекс заходів щодо скорочення темпів приросту державного боргу, конверсійних процедур та продовження середнього терміну погашення державних боргових зобов'язань шляхом проведення реструктуризації державного боргу України. Зокрема для зменшення тиску на видаткову частину держбюджету було здійснено конверсію облігацій державної внутрішньої позики. Це дозволило продовжити строк повернення погашених коштів, зменшивши тиск виплат в 1998-1999 роках. Піком реструктуризації державного боргу України вважається 2000 рік. Саме в цей період була найреальніша загроза того, що кредитори пред'являть вимоги щодо дострокової виплати всієї суми боргу за невиконання зобов'язань за позиками, що б призвело до дефолту. Та на той час було успішно здійснено реструктуризацію зовнішнього комерційного боргу на суму близько 2,2 млрд. дол. США. З іншого боку, Міністерство фінансів України, на підставі Закону України від 20 квітня 2000 року "Про реструктуризацію боргових зобов'язань Кабінету Міністрів України перед Національним банком України", провело реструктуризацію боргових зобов'язань перед центральним банком. Згідно цього Закону було реструктуризовано заборгованість за кредитами Національного банку України, отриманими для фінансування дефіциту Державного бюджету України у 1994-1996 роках [7]. Одночасно реструктуризації підлягали державні цінні папери, випущені в 1998-2000 роках з терміном погашення в 2000-2004 роках.

Загалом, можна визначити що реструктуризація державного боргу України відбувалась шляхом реалізації конверсійних заходів, трансформування зовнішнього державного боргу у внутрішній, списання частини боргу у вигляді відсотків за кредитами НБУ.

Проте необхідно розуміти, що всі ці заходи можуть бути успішними за умови дотримання ряду поточних та стратегічно важливих умов: бездефіцитність державного бюджету; прозорість здійснення запозичень на стадіях їх залучення, використання та погашення; налагодження приватизаційних процесів, здійснення незалежного фінансового контролю з боку Рахункової палати та інформування

широких мас населення про результати ефективності використання залучених коштів. Запорукою цього є належне правове забезпечення в сфері формування, управління та обслуговування державного боргу.

Значним кроком у визначення напрямків боргової політики держави, є положення Бюджетного кодексу України. Проте проблема правового регулювання державного боргу визначається як спеціальна, тобто такою, що вимагає спеціального нормативно-правового акту – Закону про державний борг України. Тому як висновок, пропонується визначення ряду аспектів, котрі вимагають чіткого правового (законодавчого) регулювання в контексті проблем реструктуризації державного боргу, а відтак визначають напрями подальших досліджень:

- Закріплення в законі поняття державного внутрішнього боргу, в якому зазначити, що державний внутрішній борг України не включає борг місцевих органів влади та державних підприємств, а також те, що виплати по державному внутрішньому боргу повинні здійснюватись в національній валюті України;
- Закріплення вимоги щодо необхідності визначення щорічної структури державного боргу України в спеціальному законі;
- Визначення правового статусу суб'єктів відносин, що виникають з приводу формування, обслуговування та управління державним боргом, зокрема закріпити положення про те, що зміна умов угод про державне запозичення, в тому числі реструктуризація здійснюється Кабінетом Міністрів України через Міністерство фінансів України;
- Визначення допустимих розмірів залучення позичкових коштів, вартості обслуговування (дохідності) залучених позик та граничного розміру величини державного боргу;
- Визначення поняття, умов та засад проведення реструктуризації державного боргу: конверсії, списання державного боргу тощо та визначення обставин, за яких можливо (необхідно) вдаватись до реструктуризації;
- Оскільки при реструктуризації боргових зобов'язань змінюються первинні умови договору, то це передбачає неодержання чи несвоєчасне одержання позичальником відповідної суми позики та відсотків у визначений період часу. Тому тут доречно також і говорити про захист прав позичальників при застосуванні механізму реструктуризації державного внутрішнього боргу та компенсаційні заходи;
- Визначити державний контроль за станом та управлінням державного боргу за Рахунковою палатою України;
- Закріпити принципи гласності та публічності у відносинах в сфері державного боргу.

-
1. Конституція (Основний Закон) України. Прийнята на другій сесії Верховної Ради України 28 червня 1996 року // Відомості Верховної Ради України. – 1996. – №30. – Ст.249
 2. Бюджетний кодекс України, прийнятий Верховною Радою України 21 червня 2001 р. // Урядовий кур'єр – №131 – 25 липня 2001р.

3. Закон України від 18 червня 1991 року "Про цінні папери і фондову біржу" // Відомості Верховної Ради України. – 1991. – №38. – С.508; 1992. – №47. – С.645; 1995. – №14. – С.90, 93; 1996. – №4. – С.185; 1997. – №45. – С.285.
4. Закон України від 16 вересня 1992 року "Про Державний внутрішній борг" // Відомості Верховної Ради України 1992. – №41. – С.1346-1347
5. Закон України від 21 листопада 1996року №537 "Про державні гарантії відновлення заощаджень громадян України" // Урядовий кур'єр. – 1997 р. – №25. – 11 лютого.
6. Закон України від 23 січня 1997 року "Про структуру державного внутрішнього боргу України за станом на 1 січня 1996 року та 1997 рік" // Офіційний вісник України 1997. – №7-8. – С.5.
7. Закон України від 20 квітня 2000 року №1697-III "Про реструктуризацію боргових зобов'язань Кабінету Міністрів України перед Національним банком України" //Відомості Верховної Ради 2000, №31, ст.248 (Із змінами, внесеними згідно із Законом №2120-III від 07.12.2000, ВВР, 2001, №2-3, ст.10
8. А. Вавилов Государственный долг: уроки кризиса и принципы управления. – Институт финансовых исследований. – Москва, 2001. – 302 с.
9. Державні фінанси: теорія і практика перехідного періоду в Центральній Європі. За редакцією Ю. Немеца, Г. Райта. – Київ: "Основи". – 1998. – 542 с.
10. І.Заверуха Правові засади та особливості управління державним боргом України // Вісник Львівського університету. Серія юридична. Випуск 35. – Львів, 2000. – с.240-250
11. В.Козюк Державний борг. – Тернопіль: Вид-во "Карт-бланш", 2002. – 238с.
12. Степаненко В.О., Бондарук Т.Г. Проблеми утворення та обслуговування державного внутрішнього боргу // Фінанси України. – №4. – 1998. – С.5-11.

LEGAL ISSUES OF RESTRUCTURING STATE INTERNAL DEBT OF UKRAINE

I. Zaveruha

*Ivan Franko National University of Lviv
Universytetska Str., 1, 79000 Lviv, Ukraine*

The lacunas of operating legislation on State internal debt are revealed in the article in the course of defining such concepts as: State internal debt and its structure; contents of administering State internal debt; restructuring State debt and its forms; restructuring State internal debt of Ukraine; principles of restructuring, underlying the law on State debt of Ukraine.

Key words: State internal debt, State borrowings, restructuring of State debt.

Стаття надійшла до редколегії 14.04.2003

Підписана до друку 30.10.2003

ПРАВОВІ ЗАСАДИ ДІЯЛЬНОСТІ БАНКІВСЬКОГО СЕКТОРУ УКРАЇНИ

О. Орлюк

*Київський національний університет імені Тараса Шевченка
вул. Володимирська, 60, 01033, м.Київ, Україна*

У статті досліджуються питання організації Банківської системи України та правового забезпечення діяльності банківських установ. Характеризуються види банківських установ, що можуть створюватися за законодавством України. В ретроспективному аспекті аналізуються проблеми функціонування комерційних банків, шляхи вдосконалення та можливі напрями розвитку банківського сектору.

Ключові слова: банк, банківська система, Національний банк України, комерційний банк.

Актуальність обраної теми є безперечною, оскільки глобальний характер сучасних фінансів, їх значення для формування національної економіки та її стабільного функціонування набувають чимраз більшого значення, і відповідно, дослідження закономірностей фінансової і банківської систем та їх еволюції є одним з найважливіших питань фінансів. Фінансові ринки та посередники пов'язані між собою міжнародними телекомунікаційними мережами, що дає змогу здійснювати грошові трансферти та операції відкритого ринку цілодобово. Тому особливого значення набуває гармонізація національного законодавства, що регулює діяльність фінансових і банківських інститутів, яка визначається відповідно до міжнародних стандартів і практики Європейського Співтовариства, оскільки на сучасному етапі на порядку денному країни стоїть продовження процесу входження вітчизняних банків до світової банківської системи.

Дослідженню правовідносин у сфері банківської діяльності в його різних аспектах особливо останніми роками присвячено значне коло науково-теоретичних розробок. В той же час комплексність банківських відносин породжує різноманітні підходи представників окремих галузей права, які акцентують увагу переважно на дослідженні правових режимів банківських операцій або визначенні місця банківського права у правових системах. Зокрема, враховуючи комплексність банківської діяльності як економіко-правової категорії, доцільно згадати дослідження таких учених-економістів: Л. Брю, А.С. Гальчинського, Я.А. Жаліло, А.С. Катрича, Я.П. Квача, М. Клейна, К.Р. Макконнела, Є.А. Мартинюка, Р. Мертон, Ф.С. Мишкіна, О.В. Науменко, С.В. Рудинської, В.Н. Шенаєва.

Дослідженню правового статусу банківських установ приділяли увагу й видатні юристи, зокрема М.М. Агарков, Є.Г. Бровкіна, А.А. Вишневський, А.Ю. Вікулін, Я.А. Гейвандов, А.М. Екмалян, В.Р. Євстигнєєв, Н.Ю. Єрпілева, Л.Г. Єфімова, А.І. Іванов, А.Ю. Іоффе, Є.В. Карманов, В.Л. Кротюк, Л.А. Московкіна, О.М. Олейник, В.П. Поляков, І.П. Прудіус, В.К. Тагірбеков, Г.А. Тосунян, В.М. Усоскін.

Однак, як правило, науковці зупиняються на дослідженні правового статусу окремих банківських установ, у тому числі центрального банку, або правового режиму здійснення банківських операцій. В Україні практично немає юридичних

досліджень, в яких би порушувались питання взаємодії банківських установ як окремих інститутів банківської системи України. Особливо актуальним стає таке дослідження в умовах реформування банківського законодавства України, зумовлене з прийняттям нової редакції Закону України "Про банки і банківську діяльність" 7 грудня 2000 р. Саме розгляд зазначених питань й стане предметом дослідження пропонуваної статті.

Політика, що проводиться парламентом та урядом, зокрема дії, пов'язані зі створенням повноцінної фінансово-кредитної системи, визначенням пріоритетних у цій сфері законодавчих актів, є цілком правомірною і виправданою. Не викликає заперечень той факт, що банки виступають однією з головних ланок інфраструктури ринкової економіки, яку держава використовує для здійснення впливу на економіку. І розпочатий наприкінці 90-х років процес реформування банківської системи України та банківського законодавства також свідчить про необхідність формування самостійної та стабільної грошово-кредитної системи.

В сучасних умовах розвитку національної економіки регулювання банківської діяльності та організація й функціонування банківської системи країни набувають нового змісту. Таке положення нерозривно пов'язане із економічною та правовою природою визначених елементів, оскільки банківська система відноситься до центральних ланок господарського механізму ринкового типу. Тому не випадково процес економічних перетворень в Україні розпочався із швидкого реформування банківських інститутів та банківської системи в цілому.

Економічними засадами формування сучасних банківських систем країн із перехідною економікою стало реформування політичних та соціально-економічних підвалин національного суспільства, впровадження у національні економіки товарно-грошових відносин, заснованих на ринкових засадах, ліквідація державної монополії в галузі фінансів, зростання ролі приватних фінансів у грошово-кредитній сфері тощо. Слід також зазначати створення законодавчих можливостей для заснування та діяльності банків різної форми власності, які наділялися рівними правами. Перед усім йдеться про роль і значення конституцій держав у формуванні національних банківських систем. Оскільки, як вважають фахівці, конституція в умовах ліберально-демократичного режиму не тільки визначає компетенцію вищих державних органів, а й намагається обмежити державну владу та надати універсальному державному примусу більш передбачуваного та мінімально необхідного для досягнення чітко визначених державних цілей характеру. Конституція гарантує конституційні права та свободи, вдосконалює державний механізм, робить його ефективнішим [14, 132].

Так, згідно зі ст.152 Конституції Словенії, Словенія має Центральний банк, що є незалежним у своїх діях і підзвітним Скупщині. Центральний банк засновується згідно із законом. Голова Центрального банку призначається Скупщиною. Відповідно до статті 98 Конституції Чехії, Чеський національний банк є центральним банком держави. Його діяльність передусім спрямована на стабільність грошової одиниці; втручання в його діяльність є можливим тільки на підставі закону. Організація, компетенція та інші деталі визначаються законом. Президент Чеської республіки призначає членів Ради Чеського національного банку.

Щодо пострадянських республік, то банківські системи в них за своїми функціями і завданнями є, як правило, наближеними до європейської моделі. В Україні, Росії, Казахстані, Республіках Молдова і Білорусь, в країнах Балтії

банківські системи очолюють центральні банки, які здійснюють як грошово-кредитну політику, так і організацію банківського регулювання та нагляду. Підтвердженням цього висновку можуть служити норми Конституцій пострадянських країн.

Так, відповідно до ст.99 Конституції України, грошовою одиницею України є гривня. Забезпечення стабільності грошової одиниці є основною функцією центрального банку держави – Національного банку України. Згідно зі ст.100 Конституції України, Рада НБУ розробляє основні засади грошово-кредитної політики та здійснює контроль за її проведенням.

Однак, аналізуючи банківську систему, доцільно акцентувати на банківському секторі, оскільки саме його суб'єкти виступають учасниками банківської діяльності та ринку позичкових капіталів. Комерційні банки, які й становлять основу банківських систем, створювалися у міру розширення процесу індустріалізації в різних країнах. Перші з'явилися в XVII ст., більша їх частина – в другій половині XIX ст., а останні – в XX ст. Спочатку їхньою клієнтурою переважно були підприємства і власники цих підприємств. Деякі з них відразу почали спеціалізуватися на частковій участі, на придбанні випущених підприємствами облігацій або наданні довгострокових позик, рефінансуючи самих себе випуском акцій та облігацій; інші, навпаки, спеціалізувалися на короткострокових кредитах, зокрема на обліку векселів, банківському акцепті та короткострокових кредитах, що фінансувалися з депозитних коштів [5, 147]. Деякі займалися обома видами діяльності одночасно, що призвело більшість з них до банкрутства під час циклічних криз XIX і XX ст.

У пошуках нових сфер діяльності і в зв'язку з захопленням частини їх ринку конкуруючими мережами організацій комерційні банки вийшли, прямо чи через свої філії, на інші ринки, особливого і зовсім іншого характеру. Зазначена диверсифікація їхніх операцій поступово охопила такі галузі як участь у капіталах підприємств (ризиковий капітал) або у фінансуванні органів місцевого управління, або пряма участь в операціях із нерухомістю (придбання для перепродажу), а також лізинг, факторинг, товарний арбітраж (бартерні угоди для підтримки торгівлі з країнами слабо або взагалі неплатоспроможними) і навіть пряме управління нерухомістю через скупку агенцій з продажу нерухомості. Комерційні банки, відтак, поступово стають більш ніж універсальними і захоплюють ринки, які є не суто фінансовими [5, 8]. Недаремно саме комерційні банки відіграють роль стрижневої, базової ланки кредитної системи.

Комерційні банки здійснюють кредитування економіки головню за рахунок тих грошових капіталів, які одержують у вигляді вкладів. За формою власності вони поділяються на: 1) приватні акціонерні; 2) кооперативні; 3) державні [6, 50]. В науці вироблена низка класифікацій, зокрема: 1) за порядком створення (перепрофільовані, новостворені); 2) за характером спеціалізації (універсальні, спеціалізовані); 3) за територією діяльності (регіональні, республіканські, міжнародні); за розміром (великі, середні, малі); 4) за формою власності (загальнодержавні, муніципальні, колективні, приватні, зі стовідсотковою іноземною інвестицією, змішані); 5) за характером відносин (банки-гаранти, банки-кореспонденти, уповноважені); 6) за ступенем впливу (монополісти, аутсайтери); 7) за структурою (багатопрофільні, безфіліальні); за ступенем контролю (контролюючі, контрольовані); 8) за фінансовим станом (стійкі (стабільні), проблемні, кризові, банкрути).

З розвитком банківської справи основна маса банківських капіталів зосередилася в акціонерних банках. Такого поділу дотримується і національне законодавство України. Зокрема, згідно зі ст.6 Закону України "Про банки і банківську діяльність", банки в Україні створюються у формі акціонерного товариства, товариства з обмеженою відповідальністю або кооперативного банку. Державним банком визнається банк, сто відсотків статутного капіталу якого належать державі. Управління таким банком здійснює Кабінет Міністрів України; відповідно, статутний фонд державного банку формується за рахунок коштів Державного бюджету України. В Україні, як уже зазначалося, крім НБУ до банківської системи входить лише два державних банки – Ощадний банк України і Укресімбанк. На відміну від деяких країн, зокрема РФ, де і досі залишається нерівність комерційних та державних банків у встановленні додаткових пільг при здійсненні діяльності, вітчизняне законодавство не розрізняє правовий режим діяльності банківських установ залежно від організаційно-правової форми або форми власності.

Порядок реєстрації банківських установ визначається як на рівні положень, закріплених Законом України "Про банки і банківську діяльність" у редакції від 7 грудня 2000 р., так і на рівні актів, прийнятих Національним банком України в межах своєї компетенції [7].

Чинне законодавство, зокрема Закон України "Про місцеве самоврядування", містить право органів місцевого самоврядування у межах законодавства створювати комунальні банки. С. Карманов, досліджуючи банківську систему України, запропонував визначати комунальний банк як особливу юридичну особу, яка має спеціальну правоздатність, є комунальною власністю територіальної громади. Метою створення комунальних банків є сприяння розвитку і банківське обслуговування комунального господарства, місцевих підприємств і організацій, а також індивідуального будівництва, тобто заходів з підвищенням ступенем ризику з позицій звичайної банківської практики [3, 30].

В умовах ринкового господарства розвиток банківської справи характеризується такими важливими особливостями: 1) надвелика концентрація та централізація банківського капіталу; 2) виникнення і зростання банківських монополій; 3) зміцнення банківського кредиту, збільшення його строків; 4) вихід банків за рамки виключно кредитних операцій та зрощування банківського капіталу із промисловим [2].

Заходи, що здійснюються в межах державного управління (зокрема, обов'язкове ліцензування банківської діяльності; підпорядкування банків спільним правилам та нормам, що регулюють проведення банківських операцій; здійснення нагляду за банками з боку центробанку або іншого уповноваженого органу в межах встановлених повноважень; встановлення для банків економічних нормативів, статистичної та бухгалтерської звітності; встановлення режиму банківської таємниці тощо), спрямовані на забезпечення стабільності кредитно-фінансової системи держави в цілому і банківської системи зокрема. Можна вважати, що такі заходи спрямовані забезпечити задоволення публічних інтересів у сфері банківської діяльності [9].

В Україні банківський сектор у 90-х роках неодноразово перебував у скрутному становищі, що пояснювалося, передусім, несприятливими економічними умовами. Спостерігалось функціонування великої кількості фінансових посередників, що

також не сприяло економічній безпеці держави. Крім того, відбувався відтік вітчизняного капіталу [10, 37]. Економічній безпеці комерційних банків в Україні загрожували такі чинники, як цілеспрямований підрив їхньої ділової репутації; недосконалість у підборі кадрів; недостатність власних коштів; надання фіктивної інформації клієнтами; використання фальшивих векселів, цінних паперів і гарантійних листів; неповернення виданих кредитів, правова неврегульованість цього напрямку банківської діяльності, а також недосконала оцінка кредитних ризиків; відсутність банків даних про недобросовісних позичальників; маніпулювання з кредитними картками, банкоматами; втрата ділової інформації; недосконалість структур забезпечення внутрішньої і зовнішньої безпеки банківських установ тощо.

До недоліків можна відносити і нестабільність банківського законодавства, а також наявність до 1999 р. лише одного спеціального закону в сфері банківської діяльності. Зокрема, у науковій літературі неодноразово висловлювалася пропозиція прийняти Банківський кодекс, що, на наш погляд, не є доцільним, виходячи з постійного динамічного розвитку банківської діяльності [8, 76-79]. До 2000 р. в Україні не було й закону про банківську таємницю. Виходячи з цього, вітчизняні банки повинні були надавати інформацію про свою діяльність у 28 різних інстанцій, що певною мірою знижувало рівень їхньої економічної безпеки. Водночас банки не мали можливості зробити від державних структур належну інформацію про розкрадання грошових коштів у великих розмірах, виявлення фальшивих грошових знаків, недобросовісних клієнтів, що також явно не сприяло підвищенню ступеня економічної безпеки. У кредитному портфелі українських банків частка прострочених відсотків і пролонгованих кредитів досить велика [11, 40-41].

Звичайно, ці негативні наслідки останнім часом значною мірою були подолані, політика банків переорієнтована із отримання надприбутків до проведення якісного маркетингу та менеджменту для підвищення рівня залучення капіталів у банківську сферу. В цілому, незважаючи на численні проблеми, банки стають надійнішими – з 2000 р. вага "поганих" кредитів знизилася в кредитному портфелі вітчизняних банків від 20% до 18-19%. Страхові резерви покривають майже 80% усього сумнівного кредитного портфеля.

Також було змінено підхід НБУ до розподілу банків за рівнем капіталу. Згідно з Інструкцією про порядок регулювання діяльності банків в Україні від 28.08.2001 р. для забезпечення їхньої реальної капіталізації всі банки поділяються за рівнем достатності капіталу на: добре капіталізовані; достатньо капіталізовані; недокапіталізовані; значно недокапіталізовані; критично недокапіталізовані. Комісія НБУ з питань нагляду і регулювання діяльності банків рішенням від 29 січня 2002 р. розподілила (умовно) діючі в Україні банки на чотири групи залежно від їхніх чистих активів (загальні активи за мінусом сформованих резервів по активних операціях). На рівні законодавства закріплено також поняття системоутворюючого банку, зобов'язання якого становлять не менш як 10% від загальних зобов'язань банківської системи.

У 2001 р. директор Фінансової консультаційної служби регіонів Європи та Середньої Азії Світового банку Лайош Бокрош, характеризуючи фінансовий сектор України, відзначав, що банківській системі країни притаманні, зокрема, такі особливості: більшість банків перебуває в приватних руках, багато з них неплатоспроможні або неліквідні; вибіркове оздоровлення з різними результатами; якість портфеля залишається низькою, поліпшення майже не відбувається; низька

якість обслуговування як корпоративних, так і роздрібних клієнтів; поліпшення регулювання й нагляду не підкріплюється належним застосуванням на практиці контролю й регулятивних актів; роздрібнення й монополізація внутрішніх ринків; фінансові труднощі у не зовсім життєздатній реальній економіці [1].

В той же час не можна стверджувати, що всі представники Світового банку стоять на зазначеній позиції. Багато фахівців зазначають, що не можна аналізувати стан банківської системи України, ґрунтуючись на показниках банківських систем розвинених систем. Україна, як і більшість пострадянських країн, має певні особливості в організації економіки (не слід плутати із національними особливостями). Крім того, минуло не так багато часу для нормального розвитку банківської системи (у 1991 р. вона почала формуватися як незалежна, однак гіперінфляція 1993 – 1994 р. помітно позначилася на становленні кредитно-фінансових інститутів, як і криза 1998р.).

Отже, негативні чинники, які притаманні банківській системі України, слід брати до уваги із врахуванням певних причин. Тим більше, що і за статичними даними, і за аналітичними висновками, банківська система України, починаючи з 2000 р. поступово збільшує обсяги банківських операцій, намагаючись при цьому здійснити декілька завдань: наростити активи, залучити більше депозитів, підвищувати рівень банківських посередницьких операцій і при цьому залишатися стабільною організаційною структурою для клієнтів. Разом з тим обсяги активів (не більше як \$ 20 млрд) і капітал (\$ 1, 5 млрд) української банківської системи залишаються незначними для обслуговування достатньо великої промислово розвинутої економіки із 48-мільйонним населенням.

У дослідженнях стану фінансового сектора України, що проводилися Світовим банком за підсумками 2001 р., його експерти відзначали, що створення більшого і ефективнішого банківського сектора повинно стати головним пріоритетним завданням в наступні 3 – 5 років [12]. Зауважимо, що сьогодні вітчизняний ринок фінансових послуг досяг того рівня, що низка інститутів пропонує практично ідентичний їх набір. І виділитися зможе той, хто запропонує або більш вигідні ставки (що є досить проблематичним), або використовуватиме нестандартні маркетингові ходи. Зокрема, столичні банки не можуть далі знижувати рентабельність бізнесу, а починають віддавати перевагу маркетинговим стратегіям. Це складне завдання, оскільки на український ринок виходять російські та іноземні банки, у яких маркетингові технології більш розвинені. Це стимулює наших фінансистів удосконалювати свою стратегію. Цілком можливо, що у недалекому майбутньому відбудеться укрупнення банківських структур і перерозподіл ринку [13].

Отже, доходимо таких висновків. По-перше, банківська система, виступаючи ключовою ланкою ринкової економіки країни, здійснює різнобічний вплив на життєдіяльність суспільства в цілому і забезпечує механізм міжгалузевого та міжрегіонального перерозподілу грошового капіталу, а також виступає головною ланкою розрахункового та платіжного механізму господарської системи країни.

По-друге, стабільне функціонування банківської системи створює оптимальні можливості для стабільного розвитку економіки держави. Розвиток банківської системи України повинен ґрунтуватись на стабільності, фінансовій стійкості кожного банку, підвищенні ефективності їхніх діяльності, наданні широкого спектра і високої якості послуг у сфері банківської діяльності, а також високій довірі вкладників і кредиторів до банківського сектору.

По-третє, протягом останніх двох років відбуваються зміни банківської системи за складовою якістю. Зокрема, наприкінці 2002 р. був створений перший кооперативний банк з місцевим статусом. Фахівці вважають, що у 2003 р. в Україні поряд з діючими банківськими асоціаціями будуть засновані й перші банківські об'єднання, що спеціалізуюватимуться безпосередньо в сфері банківської діяльності.

По-четверте, нові умови і якісно новий характер взаємодії елементів банківської системи, реформування організації діяльності Національного банку України як її центральної ланки, створення та вдосконалення системи банківського регулювання й банківського нагляду, що відповідають сучасним вимогам і забезпечують стабільне функціонування національної економіки, а також проблеми, пов'язані з правовим забезпеченням діяльності банківських установ, роблять цю тему перспективною для подальшого наукового дослідження і мають велике значення для практичного впровадження.

1. Бокрош Л. Розвиток фінансового сектора України. Нова стратегія реформ. – Україна, фінансовий сектор: Нова стратегія реформ. – 2001. – червень.
2. Зазначені особливості неодноразово підкреслювалися в юридичній літературі. Див.: Банки и банковские операции: Учебник для вузов /Под ред. Е.Ф. Жукова. – М.: Банки и биржи, ЮНИТИ, 1997. – С.10; Банковское дело: Учебник / Под ред. В.И. Колесникова, Л.П. Кроливецкой. – 3-е изд. – М.: Финансы и статистика, 1997. – С.14.
3. Карманов Є. Правові аспекти реструктуризації банківської системи України //Право України. – 2001. – №4. – С. 30.
4. Лебедев В.А. Финансовое право: Учебник. Золотые страницы финансового права России. Т.2. – М.: Статут, – 2000. Т.2– С. 147.
5. Матук Ж. Финансовые системы Франции и других стран / Под общ. ред. проф. Л.П. Павловой). –М.: АО "Финстатинформ", 1994. –Т. 1. Банки. Книга 2.
6. Паламарчук В.О., Бойченко О.К. Банківська діяльність за умов перехідної економіки: економіко-правові аспекти //Фінанси України. – 1998. – №3. – С. 50.
7. Постанова НБУ №375 від 31.08.2001 "Про затвердження Положення про порядок створення і державної реєстрації банків, відкриття їх філій, представництв, відділень" (зареєстровано в Міністерстві юстиції України 24 жовтня 2001 р. за №906/6097).
8. Посікіра Р. Банківське законодавство: поняття, стан, перспективи //Право України. – 1998. – №7. – С. 76– 79.
9. Публічні інтереси в даному випадку тлумачаться як суспільні, без задоволення яких не можна, з одного боку, реалізувати приватні інтереси, а з іншого – забезпечити цілісність, стійкість та нормальний розвиток організацій, держав, націй, соціальних верств, держави в цілому /Ю.А. Тихомиров. Публичное право. – М. – С.54–55; *Туском Ж.* Міжнародне право: /Пер. з фр. – К.: Арт Ек, 1998. – С.139.
10. Якщо з 1991 по 1997 рр. в Україну надійшло 1,3 млрд дол іноземних інвестицій, то нелегальний витік капіталу за кордон оцінюється у 20 млрд дол // Проблеми економічної безпеки в Україні: Аналітична доповідь. – К., березень 1997 р. Український центр економічних і політичних досліджень. – С.37.
11. Так, станом на 1 січня 1997 р. несплачена в строк заборгованість становила 417 млн грн. Несплачені в строк відсотки за позичками банків зросли за 1996 р. на 40,2% і вимірювалися 586 млн грн.. //Проблеми економічної безпеки в Україні: Аналітична доповідь. – К., березень 1997 р. Український центр економічних і політичних досліджень. – С.40–41.

12. Ukraine: The Financial Sector and The Economy: The New Policy Agenda. 2001 / The World Bank., 2002.
13. Репутація і імідж є основним аргументом на користь торговельної марки, в тому числі і банку. Найефективнішим інструментом формування репутації та торговельної марки є PR. Банк приділяє велику увагу розміщенню різноманітної інформації щодо його діяльності, участі у фінансових рейтингах, співробітництву із СМІ. Див.: Ксенз Л. Банкиры делают брэнд // Деловая столица. – №38 (72). – 23.09.2002. – С.30.
14. Шевчук С. Основи конституційної юриспруденції. – К.: Український центр правничих студій, 2001. – С.132.

LEGAL PRINCIPLES OF BANKING SECTOR ACTIVITY IN UKRAINE

H. Orlyuk

*Taras Shevchenko National University of Kyiv
Volodymyrs'ka Str., 60, UA-01033, Kiev, Ukraine*

The questions of the organization of Ukraine's Banking System and legal guaranteeing of banking institutions' activity are analysed in this article. The kinds of the banking institutions, which may be established according to the Ukrainian legislation, are characterized. The problems of commercial banks' activity, the ways of the improvement and possible directions of the development of banking sector are investigated in retrospective aspect.

Key words: bank, banking system, National Bank of Ukraine, commercial bank.

Стаття надійшла до редколегії 2.04.2003

Підписана до друку 30.10.2003

ОПЕРАТИВНА САМОСТІЙНІСТЬ СУБ'ЄКТІВ ФІНАНСОВО-ПРАВОВИХ ВІДНОСИН ЯК ОДНА ІЗ ОЗНАК МЕТОДУ ФІНАНСОВО-ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ

В. Косаняк

*Львівський національний університет імені Івана Франка,
бул. Університетська, 1 79000 Львів, Україна.
E-mail: kosanyak@email.lviv.ua*

У статті показано видозміну методу правового регулювання фінансового права у зв'язку із переходом до ринкових методів регулювання фінансових відносин; зроблено спробу довести наявність в учасників фінансових правовідносин права оперативної самостійності як однієї з ознак методу фінансово-правового регулювання; відображено способи та межі реалізації цього права.

Ключові слова: метод правового регулювання – метод фінансово-правового регулювання – ознаки методу фінансово-правового регулювання – право оперативної самостійності суб'єктів фінансово-правових відносин.

Одним із важливих критеріїв виокремлення фінансового права як самостійної галузі права, поряд з предметом, традиційно вважається метод правового регулювання відповідного виду суспільних відносин [1, с.29; 2, с.20-21; 3, с.47]. Характеризуючи метод фінансово-правового регулювання, зауважимо, що ця складна проблема й досі залишається дискусійною. Не вдаючись у полеміку щодо застосування у фінансовому праві єдиного для всіх галузей публічного права методу правового регулювання, одного специфічного методу владних приписів чи декількох методів при одному основному, ми приєднуємось до висловленої у юридичній літературі більшістю вчених точки зору, що **фінансовому праву, як й іншим публічним галузям права, наприклад, адміністративному, властивий метод державно-владних приписів** (метод субординації або, як його ще називають, адміністративний метод). За своїм змістом ці приписи стосуються порядку і розмірів обов'язкових платежів до бюджетів та державних цільових фондів, порядку використання державних грошових засобів і т.п. Такий метод сприяє своєчасному і повному надходженню засобів у розпорядження держави, їх використанню за цільовим призначенням відповідно до фінансових планів, дотримання режиму фінансової дисципліни.

Одну з ознак методу фінансово-правового регулювання вбачають у тому, що обсяг прав і обов'язків учасників фінансово-правових відносин, як і адміністративних, точно визначається державою, але, на відміну від них, **учасники фінансово-правових відносин позбавлені права оперативної самостійності**: сторони цих відносин не можуть самі вирішувати питання про об'єм своїх прав і обов'язків, оскільки вони точно визначені нормами права. І як доказ відмінності методу владних приписів, який застосовується у фінансовому праві, від подібного методу, що його використовують в адміністративному праві, автори підручників традиційно наводять приклади правових норм щодо характеру і порядку застосування відповідно фінансових санкцій і адміністративних стягнень [1, с.29; 2, с.20-21; 3, с.47].

Проаналізувавши статті Кодексу України про адміністративні правопорушення [4, с.1122], якими встановлюється адміністративна відповідальність за різноманітні правопорушення, види стягнень, передбачених ними, а також порядок їх застосування, можна констатувати, що у випадку притягнення до адміністративної відповідальності орган чи посадова особа, уповноважені застосовувати заходи адміністративного стягнення за вчинене адміністративне правопорушення, можуть: застосувати або тільки основне, або основне і додаткове стягнення (ч.2 ст.25 КпАП); з двох альтернативних видів стягнення вибрати одне за своїм вибором; призначаючи стягнення, яке відносно визначене (наприклад, штраф у розмірі від п'яти до десяти неоподатковуваних мінімумів доходів громадян), встановити конкретну міру відповідальності.

Важливо звернути увагу також і на ті статті, зміст яких спочатку обумовлює необхідність соціологічного способу їх тлумачення і відповідно до цього розсуд суб'єктів правозастосування у правоохоронній сфері. Тут відзначимо ст.33 КпАП, згідно з якою при накладенні стягнення враховуються характер вчиненого правопорушення, особа правопорушника, ступінь його вини, майновий стан, обставини, що пом'якшують і обтяжують відповідальність. У цьому плані привертає також увагу і ст.21 КпАП, відповідно до якої особа, яка вчинила адміністративне правопорушення, може бути звільнена від адміністративної відповідальності з передачею матеріалів на розгляд товариського суду, громадської організації або трудового колективу, якщо з урахуванням вчиненого правопорушення до неї доцільно застосувати захід громадського впливу. Наявність такої доцільності також визначає орган чи посадова особа, уповноважені застосовувати заходи адміністративного стягнення. Врешті-решт, у випадку незначного адміністративного правопорушення орган (посадова особа), уповноважений вирішувати справу, взагалі може звільнити порушника від адміністративної відповідальності й обмежитись усним зауваженням (ст.22 КпАП). Якщо проаналізувати зміст наведених вище статей КпАП, які регламентують порядок накладення адміністративних стягнень, то привертають до себе увагу такі оцінні поняття, як "характер вчиненого правопорушення", "особа правопорушника", "ступінь його вини", "майновий стан", "обставини, що пом'якшують і обтяжують відповідальність", "якщо з урахуванням вчиненого правопорушення до нього доцільно застосувати", "при малозначності вчиненого адміністративного правопорушення". Як бачимо, при притягненні до адміністративної відповідальності і накладенні адміністративних стягнень досить широко використовується адміністративний розсуд.

Цього не скажеш про форму викладу і порядок застосування фінансових санкцій. Розвиток фінансового законодавства, яким регламентується це питання, пішов по іншому шляху розвитку. Відповідно до ст.16 і 17 Закону України "Про порядок погашення зобов'язань платників податків перед бюджетами та державними цільовими фондами" [5] фінансові санкції за порушення податкового законодавства (штраф і пеня) абсолютно визначені; альтернативні санкції відсутні; за одне і те ж правопорушення застосовується тільки одна санкція, додаткові санкції не застосовуються, хоча при одночасному вчиненні декількох правопорушень можливим є застосування двох і більше санкцій (штрафу і пені, наприклад); фінансові санкції застосовуються незалежно від причин, з яких сталося заниження платником суми податку, іншого платежу; для застосування фінансових санкцій не має значення і наявність умислу у діях відповідних працівників підприємства, установи, організації чи громадянина-платника; зазначена відповідальність настає і в

тому разі, якщо порушення сталося через помилкове застосування законодавства про оподаткування, недбалість, недосвідченість чи розрахункову помилку (за одним єдиним винятком щодо сплати податку на прибуток), тобто при застосуванні фінансових санкцій не беруться до уваги пом'якшуючі й обтяжуючі обставини; нарешті, можливість звільнення платника податків від відповідальності з огляду на малозначність правопорушення відсутня.

Отже, наведений приклад підтверджує, що у фінансових правовідносинах їхні учасники правом оперативної самостійності, **як правило**, не наділяються, що пояснюється особливостями регульованих цією галуззю права фінансових відносин і специфікою застосовуваного при цьому державною методу правового регулювання.

Розкриваючи специфіку методу фінансово-правового регулювання – методу владних приписів – і аналізуючи таку його ознаку, як розподіл прав і обов'язків суб'єктів фінансових правовідносин, ступінь визначеності цих прав і обов'язків, міру "автономності" дій вказаних суб'єктів, Л.К. Воронова констатує, що, оскільки фінансові правовідносини виникають тільки на основі нормативно-правових актів, то обсяг прав і обов'язків учасників цих відносин, як і в адміністративному праві, точно встановлюється державою, проте на відміну від адміністративних правовідносин, учасники фінансово-правових відносин "позбавлені права оперативної самостійності" [1, с.29; 2, с.20-21]. Цієї ж думки дотримується і П.С. Пацурківський [3, с.47]. Однак нам би хотілось звернути увагу на деякі винятки із цього загального правила. Ще Ю.А. Ровінський звертав увагу на різний ступінь прояву владного характеру методу правового регулювання, що відрізняє фінансове право від інших галузей [6, с.135-139].

У фінансовому праві, як і в адміністративному, суб'єкти правозастосування також наділені правом вчиняти дії на власний розсуд, **правом оперативної самостійності**.

Як важливий і обов'язковий елемент ефективного управління державними справами адміністративний розсуд віддавна є предметом науки про державу й управління. Проблема розсуду правозастосовуючого суб'єкта досить давно привертає увагу вчених-юристів [7, с.284; 8, с.42], особливо адміністративістів [9, с.49; 10, с.72-81; с.11, с.143] і процесуалістів [12, с.67-72; 13, с.7; 14, с.25-26; 15, с.28-29], які по-різному розуміють сам термін "розсуд", неоднозначно оцінюють його як у теоретичній, так і в прикладній площинах. У фінансовому ж праві проблема розсуду розглядається дещо ширше, крізь призму реалізації учасниками фінансових правовідносин права оперативної самостійності.

Під **правом оперативної самостійності** ми розуміємо визначену у межах законодавства певний ступінь свободи суб'єкта фінансового права діяти на власний розсуд з метою прийняття оптимального рішення.

Право оперативної самостійності є ширшим за "право на адміністративний розсуд", оскільки може реалізовуватись як у правозастосовчій, так і правотворчій діяльності, як органами державної влади і місцевого самоврядування, так й іншими суб'єктами фінансових правовідносин (підприємствами, установами, організаціями, громадянами) у процесі реалізації ними норм фінансового права.

У радянській, а згодом і в українській юридичній літературі проблема меж оперативної самостійності учасників фінансових правовідносин при застосуванні норм фінансового права, по суті, не розглядалась.

Із розширенням сфери застосування ринкових методів регулювання економіки дедалі частіше натрапляємо на випадки наділення дискреційними повноваженнями органів виконавчої влади у сфері фінансових відносин. Так Указом Президента України від 23 червня 1999 р. №714/99 "Про списання з суб'єктів підприємницької діяльності сум штрафних та фінансових санкцій" [16] тимчасовим комісіям з питань забезпечення своєчасності сплати податків, внесення інших обов'язкових платежів та ефективного використання коштів, утвореним відповідно до Указу Президента України від 28 лютого 1997 р. №187/97 "Про заходи щодо забезпечення наповнення до бюджету та посилення фінансово-бюджетної дисципліни" [17] в Автономній Республіці Крим, областях, містах Києві і Севастополі [18] було надано право списати з платників податків – суб'єктів підприємницької діяльності **з урахуванням їхнього фінансового становища та характеру порушень** суми штрафних та фінансових санкцій, нарахованих за несвочасну сплату податків і зборів (обов'язкових платежів), неподаткових платежів, суми пені, на них нараховані, що належали до сплати до 1 січня 1999 р. і не сплачені станом на 1 травня 1999 р. до бюджетів та державних цільових фондів. Однак важливо необхідно підкреслити, що своє право списати з платників податків – суб'єктів підприємницької діяльності суми вказаних штрафних та фінансових санкцій тимчасові комісії з питань забезпечення своєчасності сплати податків реалізовували на власний розсуд з урахуванням лише фінансового становища та характеру порушень цих платників податків. Тому ми не можемо погодитись із категоричним твердженням П.С. Пацурківського про те, що "обсяг прав і обов'язків суб'єктів фінансових правовідносин **до найменших нюансів** встановлюється державою, причому ці суб'єкти **повністю** позбавлені права оперативної самостійності, як це має місце, наприклад, в учасників адміністративно-правових відносин" [3, с.47].

В умовах утвердження ринкових відносин в Україні і дедалі ширшого використання ринкових методів управління економікою розширення сфери розсуду у фінансових правовідносинах і наділення їхніх учасників правом оперативної самостійності видається закономірним явищем з огляду на загальну тенденцію поєднання публічних і приватних начал у правовому регулюванні економічних відносин ринкового господарства. Яскравим свідченням цього є положення Закону України "Про порядок погашення зобов'язань платників податків перед бюджетами та державними цільовими фондами" [5] щодо узгодження сум податкового зобов'язання, податкового компромісу, розстрочення і відстрочення податкових зобов'язань тощо.

Право оперативної самостійності у фінансовому праві може реалізовуватися по-різному.

По-перше, право оперативної самостійності може виражатися **у наданні суб'єкту фінансового права права на його розсуд оцінювати юридичні факти**. Наприклад, згідно з ч.2 ст.6 Декрету Кабінету Міністрів України "Про прибутковий податок з громадян", сукупний оподатковуваний доход додатково зменшується на суму, що не перевищує за кожний повний місяць, протягом якого одержано доход, встановленого чинним законодавством розміру неоподаткованого мінімуму одному з батьків (опікунів, піклувальників) на кожну дитину віком до 16 років, якщо місячний сукупний оподатковуваний доход не перевищує розміру десяти мінімальних місячних заробітних плат, встановленого чинним законодавством. Довідки про наявність дітей подаються громадянами за місцем їхньої основної роботи (служби, навчання) до виплати їм заробітної плати за першу половину січня, а в разі зміни

кількості утриманців – не пізніше як до 15 числа наступного місяця після такої зміни. При обчисленні податку податковими органами такі довідки подаються їм одночасно з декларацією про одержані доходи [20, с.77].

Як бачимо, умови виникнення суб'єктивного права платника податку на пільги та їх розмір визначені у самій статті. Обов'язок же компетентного органу чи уповноваженої особи полягає *лише у встановленні факту наявності підстав, в оцінці доказів, що свідчать про наявність цього факту, який дає підстави для надання податкових пільг.*

Ще один приклад. Згідно із підпунктом 5.2.7. п.5.2. ст.5 Закону України "Про порядок погашення зобов'язань платників податків перед бюджетами та державними цільовими фондами" працівник податкового органу, який уповноважений розглядати скаргу платника податків у межах адміністративної апеляційної процедури, має право пропонувати такому платнику податків компромісне рішення спору, яке полягає у задоволенні частини скарги платника податків під його зобов'язання погодитися з рештою податкових зобов'язань, нарахованих контролюючим органом. Підставою для прийняття рішення щодо податкового компромісу є наявність у податкового органу *таких наявних фактів та доказів по суті скарги платника податків, які дають підстави вважати, що запропонований податковий компроміс приведе до більш швидкого та/або більш повного погашення податкового зобов'язання порівняно з результатами, які можуть бути отримані внаслідок передання такого спору на вирішення суду (господарського суду)* [5].

Другим різновидом права оперативної самостійності можна вважати також надання суб'єкту фінансового права на його розсуд вибирати на основі вільного вибору один із декількох можливих варіантів поведінки, передбачених фінансово-правовою нормою. Так, наприклад, згідно з Законом України "Про систему оподаткування", місцеві податки і збори (обов'язкові платежі), механізм справляння та порядок їх сплати встановлюються сільськими, селищними, міськими радами відповідно до переліку і в межах граничних розмірів ставок, установлених законами України, крім збору за проїзд по території прикордонних областей автотранспорту, що прямує за кордон, який встановлюється обласними радами. При цьому податки і збори (обов'язкові платежі), зазначені у п.2 ч.1 і п.2-4, 13 та 14 ч.2 цієї статті, є обов'язковими для встановлення сільськими, селищними та міськими радами за наявності об'єктів оподаткування або умов, з якими пов'язане запровадження цих податків і зборів [21, с.119]. При встановленні ж усіх інших місцевих податків і зборів відповідні місцеві ради керуються власним розсудом з огляду на наявність об'єктів оподаткування і доцільності їх запровадження.

Необхідно відзначити, що у такий же спосіб правом оперативної самостійності може наділятися й інша сторона фінансового правовідношення в особі юридичних та фізичних осіб. Наприклад, відповідно до ст.3 Указу Президента України від 3 липня 1998 р. №727 "Про спрощену систему оподаткування, обліку та звітності суб'єктів малого підприємництва" (в редакції Указу від 28 червня 1999 р.), суб'єкт підприємницької діяльності – юридична особа, який перейшов на спрощену систему оподаткування, обліку та звітності, самостійно обирає одну з наступних ставок єдиного податку: 6% суми виручки від реалізації продукції (товарів, робіт, послуг) без урахування акцизного збору у разі сплати податку на додану вартість, згідно із Законом України "Про податок на додану вартість", або 10% виручки від реалізації продукції (товарів, робіт, послуг), за винятком акцизного збору, у разі включення податку на додану вартість до складу єдиного податку [22, с.70-73].

Третій різновид права оперативної самостійності полягає у можливості прийняття уповноваженим органом рішення, яке ґрунтується на приписах норм, що регламентують його діяльність, з допомогою загальних формулювань (типу "має право", "встановлює", "визначає" та ін.), за якими немає вичерпного і точного переліку умов, коли він може діяти. При встановленні компетенції органів державного управління законодавство нерідко вживає генеральні норми, які встановлюють лише загальні рамки діяльності органів або містять не цілком визначені поняття: "державні інтереси", "доцільність", " залежно від потреби", "з урахуванням індивідуальних обставин справи" та ін. [23, с.74-78]. Традиційно такі формулювання містяться в нормативних актах, які надають суб'єктам застосування норм фінансового права деяких повноважень, необхідних для виконання покладених на них функцій. Так, відповідно до ст.47 Бюджетного кодексу України Кабінет Міністрів України забезпечує виконання Державного бюджету України. Міністерство фінансів України здійснює загальну організацію та управління виконанням Державного бюджету України, координує діяльність учасників бюджетного процесу з питань виконання бюджету [24].

Аналіз компетенційних норм адміністративного права показує, що у вирішенні організаційних питань органам державного управління надається великий простір діяти на власний розсуд. Як зазначає Д.М. Чечот, організаційні дії регулюються правом лише в своїй основі, а практично здійснюються (форми, способи, строки та ін.) на розсуд відповідних органів [12, с.72]. Загалом погоджуючись із цим твердженням, О.П. Коренев зауважує, що "у багатьох правових положеннях про органи управління визначаються форми і способи вирішення тих чи інших організаційних питань органами управління. Інша річ, що вибір форми і способу вирішення того чи іншого оперативного організаційного питання здійснюється органом на основі вільного розсуду в межах правового положення" [10, с.75-76]. Все це надає відповідним органам право на "дискреційну оцінку", яка не повинна, однак, суперечити правовим нормам, має відповідати їхнім цілям, інтересам держави і громадян. Це ж саме стосується і компетенційних фінансово-правових норм.

До четвертого різновиду права оперативної самостійності відносимо **прийняття уповноваженим органом рішення на основі норм, які містять згущені неконкретні поняття і вирази** (типу "у випадку необхідності", "у виняткових випадках", "виходячи з потреб", "відповідно до обставин" тощо). Суб'єкт застосування фінансово-правової норми сам з'ясовує зміст і призначення загальних понять. Отже, можливість вчиняти дії на власний розсуд обумовлюється самим формулюванням правила норми. Якщо правотворчий орган виражається недостатньо зрозуміло, то єдиним практичним виходом із цієї ситуації є розсуд правозастосовчого органу. При цьому це зовсім не означає, що суб'єкт застосування абсолютно вільний у своїх діях. Від нього вимагається таке розуміння цих понять, яке має найбільше поширення у цей момент у тій чи іншій сфері фінансової діяльності.

На підтвердження існування цього виду права оперативної самостійності наведемо приклади. Так, згідно з ч.2 ст.15 Бюджетного кодексу України, Кабінет Міністрів України може брати позики в межах, дозволених Законом про Державний бюджет України. Запозичення не використовуються для забезпечення фінансовими ресурсами поточних видатків держави **за винятком випадків, коли це необхідно для збереження загальної економічної рівноваги** [24]. Відповідно до ч.3 ст.23 Кодексу, якщо в процесі виконання бюджету **зміна обставин** вимагає менших асигнувань головним розпорядникам бюджетних коштів, Міністр фінансів України (керівник

місцевого фінансового органу) приймає рішення про приведення у відповідність бюджетного призначення Державного бюджету України (місцевого бюджету) [24].

З наведених прикладів видно, що суб'єктам застосування норм фінансового права надається можливість вчиняти дії на власний розсуд частково тому, що правотворчий орган увів поняття, які не піддаються точному визначенню (формулюванню) ("випадки, коли це необхідно для збереження загальної економічної рівноваги"), частково ж тому, що правотворчий орган не дає конкретних ознак того чи іншого поняття ("зміна обставин").

Цей вид права оперативної самостійності в принципі є найменше бажаним, і користування ним слід допускати лише в окремих випадках.

Нарешті, п'ятий різновид права оперативної самостійності виражається у наділенні суб'єкта застосування правом виключної компетенції. Уповноважений орган "у порядку винятку", "у виняткових випадках" на свій розсуд приймає у справі рішення. Наприклад, відповідно до ч.2 ст.3 Бюджетного кодексу України, "бюджетний період для всіх бюджетів, передбачених цим Кодексом, складає один календарний рік, який починається 1 січня кожного року і закінчується 31 грудня того ж року" [24]. Водночас ч.3 ст.3 Кодексу говорить про те, що "відповідно до Конституції України, бюджетний період Державного бюджету України **за особливих обставин** може бути іншим, ніж передбачено ч.2 цієї статті" [24]. При цьому "особливими обставинами, за яких Державний бюджет України може бути прийнято на інший, ніж передбачено частиною 2 цієї статті, бюджетний період", Кодекс визнає: 1) оголошення стану війни; 2) оголошення надзвичайного стану на всій території України чи її частині; 3) необхідність усунення великомасштабних наслідків стихійного лиха або природної чи техногенної катастрофи; 4) *інші обставини, визнані Верховною Радою України особливими*" (ч.4 ст.3 Бюджетного кодексу України) [24].

У перелічених та подібних до них випадках компетентний орган у межах наданих йому повноважень винятково на власний розсуд приймає у справі те чи інше рішення. Зацікавлені органи та інші особи не мають матеріального права на обов'язкове задоволення яких-небудь вимог. Вони лише можуть звертатися до компетентного органу з відповідним клопотанням.

Такими, на нашу думку, є різновиди права оперативної самостійності у правотворчій і правозастосовчій практиці фінансової діяльності державних органів та органів місцевого самоврядування при виданні ними нормативно-правових актів та прийнятті рішень з індивідуальних справ.

Надання суб'єктам реалізації фінансово-правових норм права оперативної самостійності має певне позитивне значення, скільки надає їм можливість диференційовано підходити до вирішення конкретних фінансових справ, що дає змогу найоптимальніше й найефективніше втілювати правила норм у життя. Однак гнучкість норм фінансового права має свої межі, виходити за межі яких суб'єкт реалізації права не повинен. Зокрема, у фінансовому праві правозастосовчий орган не може бути абсолютно вільним у своїх діях. Реалізація права оперативної самостійності у вирішенні фінансових справ можлива лише за умови дотримання певних вимог.

По-перше, *право оперативної самостійності завжди повинно здійснюватись у межах закону*. Ця вимога має конституційну основу: згідно з ч.1 ст.19 Конституції України правовий порядок в Україні ґрунтується на засадах, відповідно до яких ніхто

не може бути примушений робити те, що не передбачено законодавством [25, с.141]. Стосовно державних органів та органів місцевого самоврядування така вимога ґрунтується на положенні Конституції України, відповідно до якого органи державної влади зобов'язані діяти лише на підставі, в межах повноважень та у спосіб, що передбачені Конституцією та законами України (ч.2 ст.19) [25, с.141]. Щодо фізичних осіб, то вона ґрунтується на приписах ч.1 ст.68 Конституції України, згідно з якою кожен зобов'язаний неухильно дотримуватись Конституції України та законів України, не посягати на права і свободи, честь і гідність інших людей [25, с.141].

Свобода у виборі варіантів поведінки і прийнятті рішення тією чи іншою мірою обмежена правовою регламентацією відносин, які виникають у процесі фінансової діяльності, що традиційно виражається шляхом застосування словосполучення "у межах, дозволених законом", "на умовах, передбачених законом", "в установленому законом порядку" та ін.). Так, згідно з ч.2 ст.15 Бюджетного кодексу України, Кабінет Міністрів України може брати позики **в межах, дозволених Законом про Державний бюджет України** [24]. Відповідно до ч.1 ст.16 Кодексу право на здійснення внутрішніх та зовнішніх запозичень **у межах і на умовах, передбачених Законом про Державний бюджет України**, належить державі в особі Міністра фінансів України [24].

Згідно з ч.1 ст.17 Бюджетного кодексу України Кабінет Міністрів України в особі Міністра фінансів України, Рада Міністрів Автономної Республіки Крим в особі Міністра фінансів Автономної Республіки Крим та органи місцевого самоврядування в особі керівників їх виконавчих органів можуть надавати гарантії щодо виконання боргових зобов'язань суб'єктам права **виключно у межах повноважень, встановлених Законом України про Державний бюджет України чи рішенням про місцевий бюджет** [24]. Крім цього, додаткові межі таких повноважень встановлені самим Бюджетним кодексом, відповідно до ч.2 ст.17 якого вказані гарантії надаються лише на умовах платності, строковості, майнового забезпечення та зустрічних гарантій, отриманих від інших суб'єктів [24].

Закон України "Про державну податкову службу в Україні" у п.5 ст.11 надає органам державної податкової служби право зупиняти операції платників податків, інших платежів на рахунках в установах банків, інших фінансово-кредитних установах, за винятком операцій щодо сплати податків, інших платежів у разі:

- відмови у проведенні документальної перевірки чи недопущення посадових осіб органів державної податкової служби для обстеження приміщень, що використовуються для одержання доходів або пов'язані з утриманням інших об'єктів оподаткування незалежно від їхнього місцезнаходження, обладнання, електронних контрольно-касових апаратів, комп'ютерних систем, що застосовуються для розрахунків за готівку із споживачами, вагокасових комплексів, систем та засобів штрихового кодування;
- неподання органам державної податкової служби та їхнім посадовим особам бухгалтерських звітів, балансів, податкових декларацій (розрахунків), декларацій про валютні цінності, звітів про застосування електронних контрольно-касових апаратів, комп'ютерних систем та інших документів, пов'язаних з обчисленням і сплатою податків, інших платежів;
- непред'явлення свідоцтв про державну реєстрацію суб'єктів підприємницької діяльності, спеціальних дозволів (ліцензій, патентів тощо)

на її здійснення, сертифікатів відповідності електронних контрольно-касових апаратів, комп'ютерних систем;

- порушення підприємством, установою, організацією, громадянином – суб'єктом підприємницької діяльності встановленого законом порядку реєстрації в органі державної податкової служби як платників податків, відсутності обліку об'єктів оподаткування або коли існує реальна загроза витрачання коштів чи відчуження майна, вилучення яких у встановленому законом порядку є єдиним засобом відшкодування збитків, завданих державі, у зв'язку з неплатоспроможністю юридичної особи, що перевіряється [26, с.84].

Отже, Законом встановлено конкретний та вичерпний перелік випадків, коли органи державної податкової служби мають право зупиняти операції платників податків на їхніх рахунках. Закон не передбачає інших підстав для зупинення операцій платників податків у банківських установах органами державної податкової служби і не делегує жодним іншим органам державної влади повноважень для встановлення додаткових підстав для зупинення операцій платників податків у банківських установах. Положенням про зупинення операцій платників податків на рахунках в установах банків, інших фінансово-кредитних установах, затвердженим Наказом ДПА України від 23 квітня 1998 року №191 (zareєстрований в Мінюсті України 23 вересня 1998 року за №593/3033) [27], було детально регламентовано лише процедурний порядок реалізації наданого органам державної податкової служби права зупиняти операції платників податків.

Натомість Президент України своїм Указом від 4 березня 1998 року №167/98 "Про заходи щодо підвищення відповідальності за розрахунками з бюджетами та державними цільовими фондами" запровадив правову норму, згідно з якою в разі непогашення платником податкової заборгованості протягом п'яти робочих днів від дня її виникнення органами державної податкової служби мають право на шостий робочий день приймати рішення про припинення операцій на всіх рахунках у банківських установах (за винятком основного) (ст.8) [28]. Відтак, Президент України запровадив ще одну додаткову підставу для зупинення операцій платників податків у банківських установах органами державної податкової служби.

Не вдаючись у полеміку щодо доцільності та своєчасності надання органам державної податкової служби такого права, треба зазначити, що органи державної податкової служби, діючи відповідно до вимог згаданого вище Указу Президента №167/99, у той же час порушували Конституцію України та Закон України "Про державну податкову службу". Зокрема, відповідно до Конституції України, органи державної влади зобов'язані діяти лише на підставі, в межах повноважень та у спосіб, що передбачені Конституцією та законами України (ч.2 ст.19) [25, с.141].

Згідно із ст.11 Закону України "Про державну податкову службу в Україні" органи державної податкової служби мають право зупиняти операції платників податків, інших платежів на рахунках в установах банків, інших фінансово-кредитних установах (за винятком операцій щодо сплати податків, інших платежів) **"в установленому законом порядку"** і у випадках прямо передбачених цим законом [26, с.84]. Закон не передбачає такої підстави для зупинення операцій платників податків у банківських установах органами державної податкової служби як непогашена податкова заборгованість платника податків протягом п'яти робочих днів від дня її виникнення.

Беручи до уваги вищенаведені аргументи, фахівці роблять правильний висновок, що органи державної податкової служби, зупиняючи операції платників податків на їхніх рахунках у банківських установах за непогашення податкової заборгованості протягом п'яти робочих днів від дня її виникнення, порушували Конституцію України та Закон України "Про державну податкову службу в Україні", а відтак у випадку звернення до суду такого платника податків при вирішенні спору він повинен був керуватися Конституцією і вказаним Законом, а не Указом Президента. Правильність такого висновку підтверджується Пленумом Верховного суду України, який у своїй Постанові від 1 листопада 1996 року №9 "Про застосування Конституції України при здійсненні правосуддя" зазначив, що суд безпосередньо застосовує Конституцію України у разі, "коли укази Президента України, які внаслідок їх нормативно-правового характеру підлягають застосуванню судами при вирішенні конкретних судових справ, суперечать Конституції України (підпункт 4 п.2)". Крім того, згідно з Постановою "якщо при розгляді справи буде встановлено, що нормативно-правовий акт, який підлягає застосуванню, не відповідає чи суперечить законові, суд зобов'язаний застосувати закон, який регулює ці правовідносини" (ч.2 п.5).

По-друге, право оперативної самостійності завжди повинно застосовуватись відповідно до інтересів суспільства. Воно має бути використано з метою найбільш ефективного, доцільного й оптимального застосування фінансово-правових норм, здійснення фінансової діяльності в інтересах громадян, їхніх територіальних громад, держави загалом. Наприклад, Кабінет Міністрів України 25 вересня 1999 р. видав Розпорядження №1004-р "Щодо обґрунтованості причин перевищення терміну повернення валютної виручки за контрактами", яким були надані пільги щодо строків повернення валютної виручки за зовнішньоекономічними контрактами окремим приватним структурам. Причому вказані пільги були надані без належного вивчення й обґрунтування, що створювало переваги окремим суб'єктам підприємницької діяльності, а також призводило до втрат державного бюджету. Внаслідок цього Президент України своїм Указом від 11 жовтня 1999 р. №1316/99 вказане Розпорядження Кабінету Міністрів України скасував.

По-третє, акт, прийнятий на основі права оперативної самостійності, повинен мати ту ж мету, для досягнення якої правотворчий орган дав суб'єкту застосування повноваження діяти на власний розсуд. Так, згідно з ч.3 ст.15 Бюджетного кодексу України Міністр фінансів України *з метою економії коштів та ефективності їх використання* має право вибрати кредитора, вид позики і валюту запозичення [24]. Отже, наділяючи Міністра фінансів правом оперативної самостійності, стаття одночасно вказує, для досягнення яких цілей це право надається – економія коштів та ефективність їх використання.

Отже, якщо в нормі вказана мета, але не вказані способи її досягнення, то суб'єкт застосування зобов'язаний діяти на власний розсуд відповідно до цієї мети. Мета правотворчого органу і мета суб'єкта застосування повинні бути єдиними. Якщо ж орган на основі права оперативної самостійності приймає акт, зміст якого не відповідає меті правотворчого органу, то такий акт визнається недійсним.

По-четверте, акт застосування фінансово-правової норми, прийнятий на основі права оперативної самостійності, повинен містити вмотивовані аргументи, які спонукали орган чи посадову особу скористатися правом оперативної самостійності. Обов'язок обґрунтування в акті необхідності застосування норми на основі права

оперативної самостійності є важливою гарантією від можливих зловживань правозастосовчого органу.

Загалом, гарантіями від зловживань при вирішенні фінансових справ на основі права оперативної самостійності є:

- чітка правова регламентація правозастосовчої діяльності суб'єктів фінансового права;
- контроль органів фінансового контролю за правозастосовчою діяльністю суб'єктів фінансового права з точки зору не тільки її законності, а й доцільності;
- право на оскарження рішень і дій правозастосовчих органів та їхніх посадових осіб до вищого у порядку підлеглості органу або безпосередньо до суду;
- відповідальність посадових осіб за перевищення влади і зловживання службовим становищем.

-
1. Воронова Л.К. Предмет, метод і система фінансового права // Фінансове право (За законодавством України): Навч. посібник / За ред. Воронової Л.К., Бекерської Д.А. – К.: Вентурі, 1995.
 2. Воронова Л.К. Предмет, метод і система фінансового права // Фінансове право: Навч. посібник / За ред. Воронової Л.К. – К.: Вентурі, 1998.
 3. Пацурківський П.С. Предмет, метод та система фінансового права // Фінансове право: Підручник / Алісов Є.О., Воронова Л.К., Кадькаленко С.Т. Керівник авт. колективу і відп. Ред. Воронова Л.К. – 2-ге вид, виправл. і доп. – Харків: Фірма "Консул", 1999.
 4. Відомості Верховної Ради Української РСР. – 1984. – додаток до №51. – Ст.1122.
 5. Закон України від 21 грудня 2000 р. "Про порядок погашення зобов'язань платників податків перед бюджетами та державними цільовими фондами" // Урядовий кур'єр. – 2001 – 21 лют.
 6. Ровинский Е.А. Основные вопросы теории советского финансового права. – М., 1960.
 7. Алексеев С.С. Проблемы теории права. – Свердловск, 1973. – Т.2.
 8. Дюрягин И.Я. Применение норм советского права. – Свердловск, 1973.
 9. Коренев А.П. Толкование и применение норм советского административного права // Советское государство и право. – 1971. – №1.
 10. Коренев А.П. Нормы административного права и их применение. – М.: Юрид. лит., 1978.
 11. Лазарев В.В. Применение советского права. – Казань: Изд-во Казанского ун-та, 1972.
 12. Чечот Д.М. Административна юстиция. – Л.: Изд-во Ленингр.ун-та, 1973.
 13. Дубринный В.А. Деятельность следователя по расследованию преступлений. – Саратов, 1987.
 14. Жалинский А.Э. О соотношении функционального и догматического подходов к уголовному праву // Актуальные проблемы применения уголовного законодательства в деятельности органов внутренних дел. – М., 1987.
 15. Кондратов П.Е. О пределах усмотрения правоприменителя в процессе принятия уголовно-правовых решений // Актуальные проблемы применения уголовного законодательства в деятельности органов внутренних дел. – М., 1987.
 16. Урядовий кур'єр. – 1998. – 30 черв.
 17. Урядовий кур'єр. – 1997. – 6 берез.
 18. Постанова Кабінету Міністрів України від 26 березня 1997 р. №266 "Про тимчасову комісію з питань забезпечення своєчасності сплати податків, зборів, інших

- обов'язкових платежів та ефективного використання бюджетних коштів" // Урядовий кур'єр. – 1997. – 3 квіт.
19. Відомості Верховної Ради України. – 1993. – №10. – Ст.77.
 20. Закон України від 25 червня 1991 р. (в редакції Закону від 18 лютого 1997 р. "Про систему оподаткування" // Відомості Верховної ради України. – 1997. – №16. – Ст.119.
 21. Указ Президента України від 3 липня 1998 р. №727 "Про спрощену систему оподаткування, обліку та звітності суб'єктів малого підприємництва" (в редакції Указу від 28 червня 1999 р.) // Вісник податкової служби України. – 1999. – №44. – С.70-73.
 22. Толди Ф. Об отмене и изменении административных актов // Acta juridica. – 1961. – №1-2.
 23. Бюджетний кодекс України, прийнятий Верховною Радою України 21 червня 2001 р. // Голос України. – 2001. – 24 лип.
 24. Конституція України, прийнята на п'ятій сесії Верховної Ради України 28 червня 1996 р. // Відомості Верховної Ради України. – 1996. – №30. – Ст.141.
 25. Закон України від 4 грудня 1990 р. "Про державну службу в Україні" (в редакції Закону України від 24 грудня 1993 р.) // Відомості Верховної Ради України. – 1994. – №15. – Ст.84.
 26. Положення про зупинення операцій платників податків на рахунках в установах банків, інших фінансово-кредитних установах, затверджене Наказом ДПА України від 23 квітня 1998 р. №191 (зарєєстрований в Мінюсті України 23 вересня 1998 року за №593/3033) // Галицькі контракти. – 1998. – №45.
 27. Указ Президента України від 4 березня 1998 р. №167/98 "Про заходи щодо підвищення відповідальності за розрахунками з бюджетами та державними цільовими фондами" // Урядовий кур'єр. – 1998. – 30 квіт.

OPERATIVE INDEPENDENCE OF FINANCIAL-LEGAL RELATIONS' SUBJECTS AS ONE OF THE FEATURES OF FINANCIAL-LEGAL REGULATION METHOD

V. Kosanyak

*Ivan Franko National University of Lviv
Universytetska Str. 1, UA-79000 Lviv, Ukraine*

The article deals with the issue of modification of legal regulation method in financial law in connection with transition to the market methods of financial relations' regulation; it is attempted to prove the availability of the right of operative independence as one of the features of financial-legal regulation method; the ways and limits of that right realization are elucidated.

Key words: legal regulation method, financial-legal regulation method, features of the financial-legal regulation method, the right of operative independence of financial-legal relations' subjects.

Стаття надійшла до редколегії 28.02.2003
Підписана до друку 30.10.2003

ОСОБЛИВОСТІ ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ ЗБОРІВ ЗА ВИКОРИСТАННЯ ПРИРОДНИХ РЕСУРСІВ

Н. Пришва

*Київський національний університет ім. Тараса Шевченка
вул.Володимирська, 60, 01033, м. Київ, Україна*

У статті дана характеристика зборів за спеціальне використання природних ресурсів. Визначено їхнє місце в складі податкової системи України.

Ключові слова: податок, збір, збір за спеціальне використання природних ресурсів.

Особливе місце серед державних доходів посідають збори за спеціальне використання природних ресурсів, які мають характерні принципові відмінності від інших обов'язкових платежів.

В юридичній науці немає єдиної думки щодо правової природи цього платежу. Збір за спеціальне використання природних ресурсів за своєю суттю є платою, розмір якої прямо залежить від обсягів використаних платником природних ресурсів. У недалекому минулому цей платіж у податковому законодавстві носив назву "плата", а не збір, що точніше відображало його правову та економічну сутність. Учені зазначають, що плата як вид платежу передбачає певну еквівалентність відносин платника з державою. Розмір плати залежить від розміру ресурсів, що використовуються, а надходження плати державі визначається державною власністю на ці ресурси [1, с.11; 2, с.91].

Збір за спеціальне використання природних ресурсів – це узагальнююча назва, що об'єднує в собі кілька ресурсних платежів. Однак законодавець, встановивши такий вид збору, не уточнив його складових.

У податковому законодавстві з посиланням на ст.43 Закону України від 25 червня 1991 р. "Про охорону навколишнього природного середовища", ст.89-91 Лісового кодексу України, ст.29-31 Водного кодексу України, ст.28-30 Кодексу України про надра вказано, що збір за спеціальне використання природних ресурсів об'єднує:

- збір за спеціальне використання водних ресурсів;
- збір за спеціальне використання лісових ресурсів;
- плату за користування надрами.

Однак у ст.43 Закону України від 25 червня 1991 р. "Про охорону навколишнього природного середовища" під назвою "плата за спеціальне використання природних ресурсів" визначаються не види платежів, а закріплюється порядок встановлення нормативів збору.

У Водному, Лісовому кодексах України, Кодексі України про надра мова йде про плату за спеціальне використання відповідно водних, лісових ресурсів та надр. У цих актах законодавець не встановлює збір, а проголошує платний характер саме спеціального використання природних ресурсів, і акцентує на цьому увагу, оскільки загальне використання природних ресурсів в Україні є безоплатним.

На відміну від податкового у бюджетному законодавстві закладено інший підхід до складових збору. В бюджетній класифікації під назвою "Збір за спеціальне використання природних ресурсів" об'єднано ширше коло платежів, які, за

податковим законодавством, є самостійними видами зборів та податків. Це, наприклад, збір за геологорозвідувальні роботи, виконані за рахунок державного бюджету, земельний податок. Крім того, внесено і платежі, які податковим законодавством не розглядаються як обов'язкові – плата за спеціальне використання диких тварин, а також плата за спеціальне використання рибних та інших водних ресурсів.

Нормативно-правові акти, які регламентують справляння зборів за спеціальне використання природних ресурсів балансують між сферами податкового і екологічного права. Це зумовлено з тим, що справляння зазначених платежів відбувається відповідно до вимог податкового законодавства, а нормативи платежів розраховуються виходячи із нормативних актів у сфері екологічного права [3, с.7].

Представники науки екологічного права наполягають на тому, що встановлення та сплата зазначених зборів врегульовані водним законодавством – стосовно зборів за спеціальне використання водних ресурсів, лісовим – в частині встановлення зборів за спеціальне використання лісових ресурсів, законодавством про надра – щодо встановлення зборів за спеціальне використання надр. При цьому досить спірну думку висловлює С. Кузнецова, що "правове регулювання встановлення видів екологічних податкових платежів, їх розподілу між державним бюджетом усіх рівнів при мобілізації коштів частково врегульовані екологічним законодавством, а формування безпосередньої доходної та витратної частини – фінансовим законодавством" [4; 7, с.11].

На інших позиціях стоять представники науки фінансового права. Вони розглядають відносини з приводу встановлення та справляння вказаних зборів у складі предмета регулювання фінансового права [5, с.101-103; 6, с.273-277]. І така точка зору справедлива не тільки з позиції теорії фінансового права, але й відповідає вимогам законодавства.

Збір за спеціальне використання природних ресурсів, відповідно до ст.14 Закону України "Про систему оподаткування", є обов'язковим платежем, складовою податкової системи України [7]. Встановлення податку чи збору – це його своєрідне правове проголошення в Законі України "Про систему оподаткування", в якому закріплюється чіткий перелік цих платежів. Встановлення податку або збору зумовлює можливість їх введення на території держави (для місцевих податків, зборів – на території відповідно села, селища чи міста). Всі податки і збори, які передбачені в ст.14 та 15 Закону України "Про систему оподаткування", вважаються встановленими.

Як зазначається в ч.1 ст.1 Закону України "Про систему оподаткування", встановлення зборів (обов'язкових платежів) здійснюється Верховною Радою України відповідно до даного Закону чи інших законів про оподаткування. Якщо будь-який збір (обов'язковий платіж) запроваджується іншими законами України, він має бути внесеним до Закону України "Про систему оподаткування". Тобто законодавець чітко визначає, що обов'язковий платіж, як складова податкової системи, може бути встановлений тільки законом про оподаткування. Будь-яким іншим законом можна запровадити збір, проте обов'язковим для сплати він стане лише після його встановлення.

Для того щоб сплата конкретного збору стала обов'язком платника, щоб його можна було стягнути в примусовому порядку із недобросовісного платника, збір необхідно не тільки встановити, але й ввести. Введення збору пов'язується із

прийняттям нормативного акта, в якому регламентуються умови, порядок, процедура фактичного справляння платежу [8].

У ч.4 ст.1 Закону України "Про систему оподаткування" закріплено, що строки, механізм справляння та пільги по зборах можуть встановлюватись тільки законом з оподаткування. Однак низка основних елементів збору за спеціальне використання природних ресурсів визначено на сьогодні в постановах Кабінету Міністрів України. Такі повноваження Уряду України передбачені в Лісовому Кодексі України (ст.90), Водному кодексі України (ст.30-31) та ін.

За строками сплати, строками подачі розрахунків збір не відрізняється від інших складових податкової системи України. Вони регулюються фінансово-правовими нормами, а саме нормами податкового права і визначені в ст.4 та 5 Закону України "Про порядок погашення зобов'язань платників податків перед бюджетами та державними цільовими фондами" [9].

Отже, законодавець хоча і включає збір за спеціальне використання природних ресурсів до складу податкової системи, однак застосовує до нього механізм регулювання, що більше відповідає неподатковим платежам. Його основні елементи (ставки, об'єкт, платники) виписані не в податковому законі, а в підзаконних актах.

На правомірності застосування такого порядку регулювання збору наполягають представники органів державної податкової служби України, посиляючись на постанову Верховної Ради України від 24 грудня 1998 р. №363 – XIV "Про застосування нормативно-правових актів з питань оподаткування в Україні", в якій передбачено, що справляння зборів за спеціальне використання природних ресурсів здійснюється в порядку, встановленому Кабінетом Міністрів України відповідно до законів України [10]. Однак не треба забувати і вимоги, встановлені Законом України "Про систему оподаткування", і які не можуть кортуватися постановою Верховної Ради України.

На відміну від України в Російській Федерації всі елементи ресурсних платежів подані в Податковому кодексі РФ (далі – ПК РФ). Російські вчені зазначають, що такий порядок регулювання має і негативні сторони, оскільки не дає можливості враховувати умов використання природних ресурсів залежно від їхнього місця розміщення. Наприклад, у главі 26 ПК РФ в податку на видобуток корисних копалин були об'єднані платежі за користування надрами і відрахування на відтворення мінерально-сировинної бази. Нормами ПК РФ врегульовано справляння цього платежу, визначено його об'єкт, податкову базу, податковий період, строк сплати та ставку, які не враховують ні місця розміщення, ні умов залягання, ні якісних характеристик корисних копалин, що ставить у нерівні умови платників податку [11, с.18].

Зарахування збору до бюджету здійснюється в порядку встановленому Бюджетним кодексом України: в ст.50 врегульовано порядок зарахування збору в частині, що надходить до Державного бюджету, а в ст.78 – стосовно частини, що зараховується до місцевих бюджетів [12].

У Російській Федерації законодавець закріпив, що доходи бюджетів формуються відповідно до бюджетного та податкового законодавства [13, ст.39]. Така норма не допускає наукових дискусій щодо участі в цьому процесі інших галузей законодавства.

Для того щоб з'ясувати, до якої групи належать відносини, які виникають у процесі встановлення та справляння зазначеного збору, необхідно згадати, що саме до предмета правового регулювання фінансового права включено відносини, які виникають з приводу формування бюджету та бюджетних цільових фондів. Відносини стосовно залучення податків, зборів (обов'язкових платежів) до державного та місцевих бюджетів, бюджетних цільових фондів регулюються нормами фінансового права, а саме – нормами правового інституту доходів державного бюджету. І в податковому, і в бюджетному законодавстві збори за спеціальне використання віднесено до податкових платежів.

На відміну від законодавства в теорії фінансового права зазначені збори розглядають у складі неподаткових доходів. Учені підкреслюють, що неподаткові доходи відрізняються між собою конкретними умовами акумуляції коштів у бюджет, проте їх об'єднує одна ознака негативного плану: всі вони не є податками [14, с.44].

М.П. Кучерявенко розглядає збір за спеціальне використання природних ресурсів як неподаткові доходи бюджету і відносить його до групи ресурсних платежів [15, с.273]. Як неподаткові доходи, що випливають з права власності держави, кваліфікує збір В.В. Левкович [16]. Л.А. Давидова, поділяючи неподаткові доходи на підставі сплати, виділяє серед них групу – платежі за використання природних ресурсів і надр [17, с.311-312]. О.Ю. Грачева та Е.Д. Соколова відносять цю групу платежів до групи доходів від використання об'єктів федеральної власності і власності суб'єктів федерації [18, с.66].

В Російській Федерації відповідно до ст.13 ПК РФ, до федеральних податків віднесено – лісовий, водний податки та ін. Російські вчені, не зважаючи на те, що природоохоронні платежі віднесені законодавцем до складу податків, продовжують наполягати на їхньому неподатковому походженні. Називаючи цю групу платежів ресурсними, вони при цьому заперечують їхню належність саме до податків, пояснюючи це тим, що "використання природних ресурсів зумовлює обов'язок здійснити певні платежі державі, рівнозначні тій матеріальній вигоді, яку платник отримує від такого використання" [19, с.83].

Влучним є порівняння Д.М. Щекіна ресурсних платежів з регаліями [19, с.83]. Регалії – це термін, який широко використовувався теоретиками фінансової науки до початку ХХ ст. при класифікації державних доходів, які поділялись, як правило, на домени, регалії, мито та податки. На відміну від інших видів доходів трактування регалій з боку науковців було неоднозначним. І.І. Янжул називав регаліями "такі промислові джерела доходу, якими держава користується переважно чи виключно для себе, не допускаючи приватної конкуренції або значно її обмежуючи" [20, с.116]. І.Х. Озеров під регаліями розумів права приватно-правового характеру, які вилучаються із сфери придбання фізичними особами, і виключно беруться в руки держави і при цьому переслідують в тій чи іншій мірі фіскальну мету" [21, с.44]. Регалія, на думку Д. Львова, – це переважне право казни на виробництво таких промислів, які вилучаються із приватної промисловості і переводяться у виняткове або переважне використання казни [22, с.165].

Однак водночас учені наголошували, що дати точне визначення поняттю "регалія" дуже складно, оскільки воно охоплює різноманітні види державних доходів [20, с.116].

Ресурсні платежі, як і збір за спеціальне використання природних ресурсів не можна обмежити лише поняттям регалії. Частина з таких платежів, наприклад доходи

від використання лісів, історично походить від таких надходжень, як доходи від "державного майна" або "домени" [23, с.183]. Доменами називали нерухоме майно, що належало державі як юридичній особі і приносило їй дохід для задоволення державних потреб (державні землі, ліси) [22, с.100].

Регалії, до яких відносяться ресурсні платежі, мають принципову відмінність від податків, наполягають російські науковці. Якщо при реалізації регалії держава виступає в ролі підприємця-монополіста, пропонуючи товар покупцю на добровільній основі, то при справлянні податку відбувається відчуження власності платника податку на обов'язковій основі та безвідплатно [19, с.82]. Тобто це платежі, які позбавлені такої риси як безвідплатність, що є однією із визначальних при характеристиці податків.

Не беззаперечною є позиція вчених, що "надання права на використання державної власності (природних ресурсів) не може бути визнано послугою публічно-правового характеру" [19, с.83]. До суспільно-правових джерел регалії наближаються в тому відношенні, що вони в багатьох випадках мають примусовий характер, оскільки держава, встановлюючи їх, або повністю унітворює приватну конкуренцію, або значно обмежує її і користується цим для встановлення монопольних цін [20, с.116; 21, с.45].

Доходи, які надходять від регалій не можуть бути віднесені до категорії так званих приватноправових доходів. Їх джерело – промислова діяльність певного характеру, але ця промислова діяльність не має нічого спільного з промисловою приватною діяльністю, оскільки її метою не є отримання доходу [23, с.227].

Будь-який збір як складова податкової системи характеризується такими рисами:

- 1) він має обов'язковий характер, проте на відміну від податків обов'язковість сплати збору настає в результаті вільного вибору платника;
- 2) збір, як і податок, встановлюється виключно Верховною Радою України;
- 3) процедура адміністрування зборів регулюється Законом України "Про порядок погашення зобов'язань платників податків перед бюджетами та державними цільовими фондами";
- 4) збір є безповоротним платежем (але не безвідплатним, як податки);
- 5) збір є цільовим платежем. Його сплата пов'язана із спеціальною метою та спеціальними інтересами платника.

Збору за спеціальне використання природних ресурсів, крім перелічених, притаманна і така риса як компенсаційний (відплатний) характер. Особливість цієї риси полягає в тому, що збір є не частковою, а повною компенсацією за використанні природні ресурси. Розмір сплаченого платником збору є еквівалентним обсягу використаних ним природних ресурсів. Інші збори, як правило, сплачуються в зв'язку із здійсненням на користь платника юридично значущих дій або наданням йому певних прав. У цьому випадку збір не є платою і його розмір не відповідає сумі витрат завданих державним органам унаслідок із наданням платнику певних прав чи здійснення на його користь певних дій.

Особливий механізм правового регулювання та специфіка прояву окремих рис, дають можливість збір за спеціальне використання природних ресурсів відокремити від інших зборів та виділити в окрему групу обов'язкових платежів. Відтак норми, якими врегульовано відносини щодо справляння зазначених зборів доцільно

розглядати як самостійний фінансово-правовий інститут, що входить до складного правового інституту державних доходів.

З метою однозначного застосування законодавства про збір за спеціальне використання природних ресурсів необхідно:

- 1) усунути колізію між нормами податкового та бюджетного законодавства щодо визначення складових збору;
- 2) основні елементи збору (суб'єкти, об'єкти тощо) повинні бути врегульовані в податкових законах відповідно до вимог податкового законодавства.

-
1. Податкова система України: Підручник / За ред. В.М.Федосова. – К.: Либідь, 1994. – 464с.
 2. Опарін В.М. Фінанси (загальна теорія): Навч. посібник. – К.: 1999. – 164 с.
 3. Онищенко В. Платежі за використання природних ресурсів як складова екологічного та податкового права // Вісник державної податкової служби України. – 2000. – №10. – С.7-9.
 4. Кузнєцова С.В. Правове забезпечення фінансування у сфері охорони навколишнього природного середовища: Автореф. дис. канд. юрид. наук. – К., 2000. – 20 с.
 5. Фінансове право: Навч. посібник. – К.: Вен турі, 1995.
 6. Фінансове право: Підручник/ Відп. ред. Л.К.Воронова. – Харків.: Консул, 1998.
 7. Закон України "Про систему оподаткування" (в ред. від 18.02.1997 р.) // Відом. Верхов. Ради України. – 1997. – №16. – Ст.119.
 8. Брызгалін А., Зарипов В. Комментарий основных положений Налогового кодекса Российской Федерации // Хозяйство и право. – 1999. – №1. – С.3-19.
 9. Закон України від 21 грудня 2000 р. "Про порядок погашення зобов'язань платників податків перед бюджетами та державними цільовими фондами" // Урядовий кур'єр. – 2001. – №33.
 10. Голос України. – 1999. – 6 січня.
 11. Климов В.П. Ресурсные платежи: практика налогообложения и проблемы // Налоговый вестник. – 2002. – №8. – С.17-19.
 12. Бюджетний кодекс України / Урядовий кур'єр. – 2001. – №131.
 13. Бюджетний кодекс Російської Федерації. – М.: Изд-во НОРМА-ИНФА, 2001. – 160 с.
 14. Цыпкин С.Д. Доходы государственного бюджета СССР. Правовые вопросы. – М.: Юрид. Лит., 1973. – 222 с.
 15. Кучерявенко М.П. Правовой режим неподатковых платежей до бюджету. // Фінансове право: Підручник / Відп. ред. Л.К.Воронова. – Харків: Консул, 1998.
 16. Левкович В.В. Класифікація неподаткових доходів в Україні // Держава і право. Щорічник наук. праць молодих вчених. – К.: Ін Юре, 1999. – Вип. 2. – С.168-173.
 17. Давыдова Л.А. Правовое регулирование неналоговых доходов государства. //Финансовое право. Учебник / Отв.ред. Н.И.Химичева. – М.: Изд-во БЕК, 1997.
 18. Грачева Е.Ю., Соколова Э.Д. Финансовое право России. – М., 1997.
 19. Шекин Д.М. Регалии как доходные источники бюджета // Вестник Московского университета. Серия 11. Право. – №4. – 2001. – С.79-86.
 20. Янжул И.И. Основные начала финансовой науки. Учение о государственных доходах. – СПб, 1890. – 532 с
 21. Озеров И.Х. Основы финансовой науки. Выпуск II. Учение об обыкновенных доходах. – М.: Типография Г.И. Простакова, 1905. – 504 с.
 22. Львов Д. Курс финансового права. – Казань: Типография Императорского ун-та, 1887. – 521 с.

23. Берендтс Э.Н. Русское финансовое право. Лекции, читаемые в Императорском Училище Правоведения. – СПб, 1914. – 455 с.

**THE PECULIARITIES OF THE LEGAL REGULATION
OF FEES FOR NATURAL RESOURCES USAGE**

N. Pryshva

*Taras Shevchenko National University of Kyiv
Volodimirska Str. 60, UA-01033, Kyiv Ukraine*

The article deals with characteristics of levies for natural resources special usage. The place of the fees for using natural resources in the tax system of Ukraine is defined.

Key words: tax, levy, levy for natural resources special usage.

Стаття надійшла до редколегії 13.03.2003
Підписана до друку 30.10.2003

ЦИВІЛЬНЕ, ПІДПРИЄМНИЦЬКЕ ТА ЦИВІЛЬНО-ПРОЦЕСУАЛЬНЕ ПРАВО

ПРОБЛЕМНІ ПИТАННЯ ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ ДІЯЛЬНОСТІ АКЦІОНЕРНИХ ТОВАРИСТВ

О. Яворська

*Львівський національний університет імені Івана Франка
вул. Університетська, 1, 79000 Львів, Україна*

Стаття присвячена актуальним проблемам діяльності акціонерних товариств. Розглянуті питання доцільності встановлення статутних обмежень на обіг акцій ЗАТ. Досліджується проблема "права на відмову" акціонера, який голосував "проти" окремих рішень АТ. Обґрунтовано необхідність закріпити за власниками привілейованих акцій право голосу з окремих питань діяльності АТ.

Ключові слова: акціонерне товариство, акція, акціонер, дивіденди.

Дослідження проблем правового регулювання діяльності акціонерних товариств у сучасних умовах надзвичайно актуальні. З моменту прийняття в 1991 р. Закону України "Про господарські товариства" минуло понад десять років. За цей період виникло чимало проблем практичного та теоретичного значення. Багатогранна діяльність акціонерних товариств, як суб'єктів підприємницької діяльності, на сьогодні врегульована численними підзаконними нормативними актами, які приймаються в переважній більшості Державною комісією з цінних паперів та фондового ринку (ДКЦПФР). Ці акти регулюють окремі питання діяльності АТ, здебільшого, які пов'язані з емісією акцій. Постала гостра проблема в розробці і прийнятті єдиного кодифікованого нормативного акта, який би комплексно регулював діяльність АТ.

Правовий статус акціонерних товариств охоплює питання, пов'язані з їхнім створенням, взаємовідносинами між засновниками, функціонуванням та компетенцією органів управління, правами акціонерів щодо управління справами АТ та правами на одержання дивідендів, правами власності на акції, емісією акцій та їхнім обігом на фондовому ринку. На даний час Кабінетом Міністрів України розроблено проект Закону "Про акціонерні товариства". В проекті враховано більшість проблемних питань діяльності АТ. Звичайно, Закон "Про господарські товариства" ще значно відстає від потреб детального врегулювання статусу АТ, проте проект Закону попри гостру необхідність в його прийнятті, так і залишається проектом.

Дослідженню окремих питань діяльності АТ присвячені наукові розробки вчених-цивілістів: Кашаніної Т.В. "Хозяйственные товарищества и общества: правовое регулирование внутрифирменной деятельности"; Спасібо-Фатєєвої І.В. "Акционерные общества: корпоративные правоотношения"; питання власності АТ та права власності акціонерів досліджувалися у колективних працях: під ред.

Шевченко Я.М. "Проблеми вдосконалення правового регулювання права приватної власності", під ред. Дзери О.В., Кузнецової Н.С. "Право власності в Україні". Не втрачають своєї актуальності і наукові дослідження класиків цивілістичної науки: Агарпова М.М. "Учение о ценных бумагах", Шершеневича Г.Ф. "Учебник торгового права" та інші.

У пропонованій статті досліджуються проблеми, пов'язані з обігом акцій закритих акціонерних товариств, правом АТ на викуп власних акцій та необхідність захисту інтересів акціонерів, зокрема тих, які володіють дрібними пакетами акцій, обґрунтовується необхідність законодавчого закріплення прав на управління справами АТ власників привілейованих акцій з окремих питань діяльності АТ, які істотно впливають на статус таких акціонерів.

Акціонерні товариства – одна з організаційно-правових форм юридичних осіб. Їхній правовий статус визначається передусім Законом України "Про господарські товариства" [1], Законом України "Про цінні папери та фондову біржу" [2], численними підзаконними нормативними актами, які регулюють окремі питання створення та діяльності АТ (наприклад, збільшення чи зменшення розміру статутного фонду, скликання та проведення загальних зборів, реєстрації права власності на акції тощо).

Згідно із ст.24 Закону "Про господарські товариства", акціонерним визнається товариство, яке має статутний фонд, поділений на визначену кількість акцій рівної номінальної вартості і несе відповідальність за зобов'язаннями тільки майном товариства.

Закон "Про акціонерні товариства" ФРН акціонерними визнає товариства, які наділені власною правосуб'єктністю. За зобов'язаннями товариства перед кредиторами відповідає лише майно товариства. Акціонерне товариство має розбитий на акції основний капітал. Закон "Про торгові товариства" Франції визначає акціонерне товариство як товариство, капітал якого розбитий на акції і яке засновується учасниками, що відповідають за збитки в межах їхніх вкладів. Кількість учасників не може бути менше ніж сім осіб.

За законодавством Росії (закон "Про акціонерні товариства"), Польщі (Kodex spolek hund'lowuh) акціонерне товариство може бути створене однією особою або складатися з однієї особи у випадку придбання одним акціонером усіх акцій товариства.

Акціонерні товариства в Україні, як і в інших колишніх союзних республіках створювалися у специфічний спосіб – на базі державного майна (уже сформованого, існуючого). Тому чинне законодавство певною мірою відображає специфіку правового статусу АТ, створених у процесі приватизації державного майна, тоді як світовій практиці відомий протилежний спосіб утворення АТ – шляхом ініціативи низу. Підписка на акції – це спосіб залучення капіталу.

Аналізуючи особливості правового статусу акціонерних товариств слід виходити з таких базових принципів:

- 1) акціонерне товариство є самостійним суб'єктом правовідносин – юридичною особою;
- 2) акціонерне товариство несе перед кредиторами виключно майнову відповідальність у межах належного йому майна;

- 3) для АТ характерним є статутний капітал, поділений на частки, що іменуються акціями.

У світовій практиці і згідно з чинним законодавством України відомі два способи утворення акціонерних товариств: 1) шляхом публічної підписки на акції (відкриті АТ); 2) шляхом розповсюдження акцій серед засновників або серед наперед визначеного кола осіб без елемента публічності (акціонерні товариства закритого типу). Фактично лише за ознакою публічності в розміщенні акцій відкриті АТ відрізняються від ЗАТ. Статус ВАТ чи ЗАТ у рамках єдиної організаційно-правової форми – акціонерне товариство – визначає специфіку реалізації акціонерами своїх прав. Власне правовий статус акціонерних товариств визначається не стільки актами законодавства, скільки положеннями статутів окремих АТ. Статут є єдиним установчим документом АТ. Установчий договір відіграє лише допоміжну функцію, оскільки регулює взаємовідносини між засновниками на стадії утворення АТ. Тому багато питань діяльності АТ мають бути врегульовані саме у статуті. Статут – локальний нормативний акт, який приймається в порядку законодавчо визначеної процедури.

Особливості правового статусу ЗАТ, особливості обігу акцій, що належать самому товариству та його акціонерам, – це питання, які повинні регулюватися саме положеннями статуту.

Для права європейських країн (Німеччини, Франції) характерними є імперативний підхід щодо заборони на публічне розміщення акцій ЗАТ, а диспозитивними нормами визначаються права акціонерів розпоряджатися належними їм акціями.

За браком прямих законодавчих вказівок постає питання про правомірність включення до статутних документів певних обмежень щодо вільного продажу акцій акціонерами закритого АТ. Державна комісія з цінних паперів та фондового ринку України підтримує позицію, що статутами ЗАТ можуть передбачатися положення про переважне право акціонерів та самого АТ на придбання акцій акціонера, який вирішив продати свої акції (тобто вийти із ЗАТ). В таких ситуаціях можливим є застосування положень ст.114 чинного ЦК України про право привілесвої купівлі частки в спільній власності. Проте власність ЗАТ не є спільною власністю. Це власність конкретної юридичної особи, а відносини між ЗАТ і акціонерами носять зобов'язальний, а не речовий характер. Концепція ЗАТ полягає в тому, що його акції не можуть вільно продаватися, тому певні обмеження мають бути встановлені. Наприклад, можливість обмеження прав на передачу акцій встановлюється законодавством США, Японії, Німеччини, Франції. Згідно із торговим кодексом Японії, акціонер ЗАТ може передати свої акції іншим (стороннім) особам, якщо в статуті ЗАТ не передбачено згоди директорів на таку передачу. Згідно із Переглянутим типовим законом США про підприємницьку корпорацію, акціонер ЗАТ, який бажає продати належні йому акції: 1) повинен спершу запропонувати їх компанії; 2) зобов'язати компанію чи інших акціонерів придбати обмежені в обігу акції; 3) сама компанія може становити пряму статутну заборону продавати акції певним особам.

Законом "Про акціонерні товариства" РФ передбачає право переважної купівлі акції самим ЗАТ чи іншими його акціонерами. Але за такого рівня правового регулювання (така ж процедура пропонується і в проекті Закону України "Про

акціонерні товариства") не досягається гарантія закритості товариства. Право привілеєвої купівлі стосується тільки пропозиції продажу акції. У разі дарування, спадкування та інших цивільних правочинів таке право не може бути реалізоване. Тому з метою обґрунтування закритості АТ, особливо в тих випадках, коли товариство працює стабільно прибутково і певні сторонні сили прагнуть встановити контроль над його діяльністю, ЗАТ повинно мати законодавчі гарантії обмеження прав акціонерів на передачу акції будь-яким способом будь-яким стороннім особам. З позиції акціонера такі обмеження на вільний обіг належних йому акцій не можуть розглядатися як ущемлення інтересів його як власника, оскільки, набуваючи акції ЗАТ, акціонер відразу ж має змогу оцінити всі інвестиційні ризики.

Проект Закону "Про акціонерні товариства" [3] передбачає, що статутом ЗАТ може бути встановлено переважне право акціонерів чи самого товариства на придбання акцій цього товариства, опціонів, які пропонуються їх власником до продажу третій особі за ціною пропозиції.

Статут ЗАТ може передбачати обов'язкову пропозицію про продаж товариству акцій особами, що стали власниками акцій внаслідок правонаступництва (в порядку спадкування) чи на підставі інших угод, крім купівлі-продажу (дарування, міни).

Акція – різноплановий вид цінного паперу. Вона посвідчує право на частку у статутному фонді АТ (тому і розцінюється як пайовий цінний папір), право на участь в управлінні справами емітента та право на отримання дивідендів. Сукупність цих прав і набуло узагальнену назву – корпоративні права.

Оскільки акція специфічний вид майна, на яке може бути звернено стягнення за боргами акціонера, то, водночас, – накладення арешту на акції не означає автоматичного позбавлення всіх інших прав, що нею посвідчується.

Порядок накладення арешту на цінні папери (затверджений Постановою Кабінету Міністрів України від 22.09.1999 р.) [4] передбачає, що іменні цінні папери у документарній формі обмежуються в обігу шляхом їхнього блокування реєстроутримувачем на особовому рахунку власника невідкладно після одержання копії постанови державного виконавця. Тобто припиняється реєстрація переходу права власності на іменні цінні папери. Цінні папери, випущені у бездокументарній формі та знерухомлені цінні папери, на які накладено арешт, обмежуються в обігу шляхом здійснення облікової операції на підставі копії постанови державного виконавця. Отже, обмежується лише право вільного розпорядження акціями як особливим видом майна. Такі обмеження до винесення рішення судом не ведуть до позбавлення права власності на акції чи до позбавлення права на участь в управлінні справами АТ.

Акціонерами можуть бути і неповнолітні особи. Право на участь в управлінні справами АТ, згідно з роз'ясненням ДКЦПФР, неповнолітні віком до 15 років реалізують через осіб, які за законом представляють їхні інтереси (батьки, усиновителі, опікуни), неповнолітні віком від 15 до 18 років мають право на участь у загальних зборах за письмовою згодою осіб, які представляють їхні інтереси (батьки, усиновителі і піклувальники). Згода має бути оформлена письмово. Справжність підпису законних представників посвідчується нотаріально або завіряється за місцем роботи чи за місцем проживання законних представників.

Чинне законодавство України надає право голосу власникам простих акцій.

Природа акціонерного товариства як об'єднання капіталів приводить до того, що реальна влада належить все ж таки тим акціонерам, які володіють значним пакетом акцій. Отже, є актуальною проблема захисту інтересів дрібних акціонерів. Законодавство різних країн встановлює певні гарантії інтересів дрібних акціонерів. Так, згідно з Законом РФ "Про акціонерні товариства", у випадку скупки контрольного пакету голосуючих акцій (30 і більше відсотків) однією особою інші акціонери мають право вимагати викупу належних їм акцій за справедливою ціною. Доцільним є встановлення саме на законодавчому рівні права дрібних акціонерів на "відмову". Тобто у випадку голосування "проти" певних рішень загальних зборів дрібний акціонер повинен мати право, а, відповідно, АТ зобов'язане викупити його акції.

Обов'язковий викуп може мати місце на вимогу акціонера, якщо він голосував проти:

- 1) реорганізації товариства чи зміни його типу;
- 2) укладення товариством значних угод.

Типовою ілюстрацією фактично грубого порушення (ігнорування) інтересів дрібних акціонерів є ситуація з проведенням загальних зборів ВАТ "Х". Згідно з вимогами ст.43 Закону "Про господарські товариства" було опубліковане повідомлення про проведення загальних зборів ВАТ "Х" 04.04.2001, порядок денний яких передбачав, серед інших питань, прийняття нової редакції статуту та переобрання органів управління товариством. Збори розпочали свою роботу після проведення реєстрації акціонерів (за даними реєстрації на зборах були присутні акціонери, які володіли понад 69% акцій). На зборах була висловлена пропозиція про оголошення перерви для узгодження з акціонерами положень статуту на термін не більше як один місяць. Після перерви з дотриманням всіх формальних процедур збори продовжили роботу згідно із порядком денним. Але протягом місяця акції були перерозподілені контрольний пакет опинився в руках одного акціонера – компанії "У", яка фактично і провела всі вигідні їй рішення. Звичайно, дрібні акціонери знаючі фактичний стан речей, голосували проти. Однак їхні голоси фактично і юридично не впливали на прийняті рішення.

Отже, законодавець не може встановлювати жодних прямих обмежень щодо вільного обігу акцій, а проте для дрібних акціонерів мають бути передбачені певні гарантії захисту, хоча б у формі закріплення "права на відмову".

Чинним законодавством України передбачено випуск і розміщення "безголосих" привілейованих акцій. Привілейовані акції дають власникові переважне право на одержання дивідендів, на пріоритетну участь у розподілі майна АТ у разі його ліквідації, але власники таких акцій не мають права брати участь в управлінні АТ, якщо інше не передбачено його статутом. Хоча норма має диспозитивний характер, практично жоден статут не дає право голосу власнику привілейованої акції.

За проектом Закону "Про акціонерні товариства", акціонерам – власникам привілейованих акцій певного типу – надається право голосу при вирішенні таких питань:

- реорганізація товариства, яка передбачає конвертацію привілейованих акцій цього типу в привілейовані акції іншого типу, прості акції або інші цінні папери;

- внесення змін чи доповнень до статуту товариства, що передбачають обмеження прав акціонерів – власників цього типу привілейованих акцій;
- внесення змін чи доповнень до статуту товариства, що передбачають розміщення за рішенням наглядової ради або загальних зборів певного типу привілейованих акцій, власники яких матимуть переваги в черговості отримання дивідендів чи виплат у разі ліквідації або збільшення обсягу прав акціонерів – власників розміщених типів привілейованих акцій, які мають переваги в черговості отримання дивідендів чи виплат у разі ліквідації.

Право на дивіденди належить кожному акціонеру. Розмір дивідендів власників простих акцій залежить від результатів фінансово-господарської діяльності АТ; розмір дивідендів за привілейованими акціями фіксований, наперед відомий і не залежить від результатів діяльності АТ. Порядок виплати дивідендів визначається статутом АТ (ст.9 Закону "Про цінні папери та фондову біржу"). Праву на отримання дивідендів кореспондує обов'язок АТ їх виплачувати. Однак відносини з виплати дивідендів виникають після оголошення їх виплати. Рішення про затвердження річних результатів діяльності АТ, порядку розподілу прибутку, строку та порядку виплати дивідендів приймається виключно загальними зборами АТ (ст.41 Закону "Про господарські товариства"). Тому право на виплату дивідендів і обов'язок АТ їх виплатити виникають з моменту винесення відповідного рішення загальними зборами. Будь-які вимоги акціонерів про виплату окрім зазначеного механізму є безпідставними.

Згідно із ст.32 Закону "Про господарські товариства", акціонерне товариство має право викупити належні акціонеру акції за рахунок сум, що перевищують статутний фонд, для їх наступного перепродажу, розповсюдження серед своїх працівників або анулювання. Редакція ст.32 самоочевидно є недосконалою, оскільки акціонер фактично зобов'язаний виконати рішення загальних зборів про викуп належних йому акцій навіть і в тому випадку, коли голосував "проти". Викуп акцій, що належать акціонерам повинен здійснюватися виключно за згоди кожного акціонера. Зокрема, рішення загальних зборів про викуп стосовно тих акціонерів, які голосували "проти", фактично означає примусове позбавлення права власності.

За період дії Закону "Про господарські товариства" нагромадилось чимало проблем правового регулювання діяльності акціонерних товариств. На часі прийняття окремого Закону "Про акціонерні товариства", який би комплексно регулював порядок утворення, функціонування та припинення діяльності АТ.

-
1. Закон України від 19 вересня 1991 р. "Про господарські товариства" // Відомості Верховної Ради України. –1991. -№49. –ст.682.
 2. Закон України від 18 червня 1991 р. "Про цінні папери і фондову біржу" // Відомості Верховної Ради України. –1991. -№38. –ст.508.
 3. Проект Закону України "Про акціонерні товариства".
 4. Постанова Кабінету Міністрів України від 22 вересня 1999 р. Про затвердження Порядку накладення арешту на цінні папери.

TASK ISSUES OF LEGAL REGULATION OF JOINT-STOCK COMPANIES ACTIVITY

O. Yavorska

*Ivan Franko National University of Lviv
Universytetska Str.1, UA-79000 Lviv, Ukraine*

The article deals with the urgent issues of the joint-stock companies activity. The questions of expediency of statute limitations on the circulation of the closed joint-stock companies shares are analysed. The problem of the shareholder's "right of disagree" who voted against some decisions of joint-stock companies is investigated. The necessity of providing preference shareholders with the right to vote on certain questions of joint-stock companies activity is substantiated.

Key words: joint-stock company, share, shareholder, dividends.

Стаття надійшла до редколегії 9.04.2003

Підписана до друку 30.10.2003

ЗАХИСТ ПРАВ ІНТЕЛЕКТУАЛЬНОЇ ВЛАСНОСТІ, ЯКІ ЗДІЙСНЮЮТЬСЯ У ВИГЛЯДІ ІНОЗЕМНОЇ ІНВЕСТИЦІЇ

В. Коссак

*Львівський національний університет імені Івана Франка
вул. Університетська, 1, 79000, Львів, Україна*

Стаття присвячена актуальному питанню упорядкування процедури здійснення іноземних інвестицій у вигляді прав інтелектуальної власності. В умовах переходу до ринкової економіки актуальне значення має забезпечення розвитку пріоритетних напрямів економіки та концентрації фінансово-економічних та інтелектуальних ресурсів. У вирішенні цих завдань важливе місце посідають іноземні інвестиції у вигляді інтелектуальної власності. Вони мають бути виражені у конвертованій валюті, згідно із законами (процедурами) країни інвестора або міжнародними звичаями, а також підтверджені експертною оцінкою в Україні. Однак через специфіку результатів інтелектуальної діяльності їхня оцінка викликає певні труднощі і в різних країнах здійснюється неоднаково. Тому в законодавстві доцільно передбачати порядок, згідно з яким вартість інтелектуальної власності визначити за процедурами та законодавством держави, яка приймає інвестиції, зокрема України.

Ключові слова: інвестиція, право інтелектуальної власності, здійснення іноземної інвестиції у вигляді прав інтелектуальної власності.

Відповідно до Закону України від 16 січня 2003 р. "Про пріоритетні напрями інноваційної діяльності в Україні" [1], актуальне значення має сприяння виконанню робіт, спрямованих на реалізацію відповідних пріоритетних напрямів та концентрації на них фінансово-економічних та інтелектуальних ресурсів. У вирішенні цих завдань важливе місце посідають іноземні інвестиції.

Відповідно до законодавства України, іноземні інвестиції можуть виступати у вигляді будь-яких прав інтелектуальної власності, вартість яких у конвертованій валюті підтверджена згідно із законами (процедурами) країни інвестора або міжнародними торговельними звичаями, а також підтверджена експертною оцінкою в Україні, включаючи легалізовані на території України авторські права, права на винаходи, промислові зразки, корисні моделі, знаки для товарів і послуг, "ноу-хау" тощо. Визнання права авторів творів науки, літератури та мистецтва "інтелектуальною власністю" дало змогу створити юридичні умови для переходу прав на ці твори до інших осіб, аналогічно до придбання права власності на річ [2, с.188]. Суб'єкт права інтелектуальної власності на свій розсуд визначає межі, форми, засоби та порядок використання інтелектуальної цінності [3, с.61].

Поняття інтелектуальної власності містить у собі результати творчої діяльності у вигляді духовної і науково-технічної творчості. Перша охоплює літературу, науку, мистецтво, виконавську майстерність акторів, звукозапис, радіо, телебачення та інші види творчої діяльності гуманітарного характеру. До результатів науково-технічної творчості належать винаходи в усіх галузях людської діяльності, корисні моделі, промислові зразки для товарів і послуг, знаки обслуговування, фірменні назви і комерційні позначення, інформаційна продукція, селекційні дослідження тощо. Отже, це такі результати науково-технічної творчості, які можна використовувати

будь-яким способом, що не суперечить законові, у господарській діяльності – в промисловості, сільськогосподарському виробництві та ін.

Із загального поняття інтелектуальної власності міжнародно-правові документи виділяють окремо *промислову власність*, до якої належать винаходи, корисні моделі, промислові зразки або корисні моделі, фабричні або товарні знаки, знаки обслуговування. Інші об'єкти інтелектуальної власності, які залишилися за межами поняття промислової власності, становлять групу результатів творчої діяльності, що охороняється авторським правом. Ця група не набула своєї спеціальної назви.

Отже, всі результати творчої діяльності з точки зору цивільно-правової охорони поділяються на дві групи: одна охороняється авторським правом, інша – правом промислової власності (патентним правом) та іншими нормативними актами. Однак усі результати творчої діяльності чинним законодавством визнані товаром і можуть бути об'єктом будь-яких цивільних правочинів.

Важливо підкреслити, що закони про інтелектуальну власність в Україні не послідовні у своїх методологічних вихідних позиціях – одні проголошують результати інтелектуальної діяльності об'єктами права власності (законодавство про промислову власність), інші – лише виключне право на використання цих результатів (авторське право і суміжні права). Чинні закони про інтелектуальну власність України не охоплюють і не можуть охопити всю гаму цивільних відносин, що складаються в процесі створення і використання результатів інтелектуальної діяльності. Зокрема, необхідні закони про авторські договори та порядок їх укладення. Більш повного правового забезпечення потребує управління майновими правами авторів на спільній основі.

Потребує істотного доповнення законодавство про промислову власність. Дотепер не вирішена на законодавчому рівні проблема правової охорони наукових відкриттів. Це ж стосується й питання про правову охорону на рівні закону нерозкритої інформації, в тому числі "ноу-хау" [4, с.211]. Вирішення зазначених проблем сприятиме також удосконаленню інвестиційного законодавства.

Необхідно звернути увагу на неоднаковий правовий режим різних видів інтелектуальної власності. Зокрема, об'єктами авторського права визнаються твори літератури, науки та мистецтва, які є результатом творчої діяльності та втілені в будь-яку об'єктивну форму. Щодо майнового виразу авторських прав існують також різні підходи. Здебільшого, в континентальній системі права майнове право визначається як виключне право на використання у будь-якій формі з метою одержання прибутку. При цьому законодавство України подає перелік окремих майнових прав, розкриваючи їхній зміст. Серед них право на публічне виконання, на розповсюдження творів та ін. Отже, використання будь-якого з передбачених законодавством майнових авторських прав шляхом вкладення в об'єкти інвестиційної діяльності можна вважати одним із видів іноземних інвестицій.

Одна з головних ознак промислової власності полягає у тому, що їхньому власникові надається юридична монополія на відповідний об'єкт. Використання об'єкта іншими особами без дозволу уповноваженої особи є правопорушенням. У цьому аспекті значну роль у міжнародному економічному співробітництві відіграє передання за договором прав на використання об'єктів промислової власності. Особи, яким належать такі об'єкти, надають їх іншим користувачам у вигляді повної уступки прав (за договором купівлі-продажу) або тимчасового надання права користування (за ліцензійним договором). При цьому до відносин сторін

застосовуються й норми зобов'язального права про укладення договору, його виконання, відповідальність та інше, а також вироблені судовою практикою правила визначення прав і обов'язків сторін. Предметом угоди є передання права на використання промислової власності за певну плату.

Стосовно інвестиційної діяльності, то жоден із названих договорів не може застосовуватись. Передані права на використання промислової власності мають майновий вираз. Проте особам, яким належать об'єкти промислової власності, їхня вартість не оплачується. Права промислової власності повинні бути вкладені в об'єкти інвестиційної діяльності. Прибуток (дохід) від цієї діяльності, а не від використання безпосередньо об'єкта промислової власності, одержує власник (іноземний інвестор).

Іноземною інвестицією можуть вважатися лише права інтелектуальної власності, вартість яких підтверджена згідно із законами (процедурами) країни інвестора або міжнародними торговельними звичаями, а також експертною оцінкою в Україні, включаючи легалізовані авторські права, права на винаходи, корисні моделі, знаки для товарів і послуг, промислові зразки, "ноу-хау" та ін., які вкладені в об'єкти інвестиційної діяльності.

Права інтелектуальної власності як вид іноземної інвестиції повинні бути чітко визначені. Об'єкт інтелектуальної власності підлягає правовій охороні як у країні інвестора, так і в країні, що приймає інвестицію. Іноземні інвестиції у вигляді майнових прав на об'єкти інтелектуальної власності здійснюються по-різному. Майнові права на об'єкт інтелектуальної власності можуть бути інвестиційним внеском як при створенні юридичної особи, так і для зареєстрованої. Вони можуть бути у всіх видах створюваних підприємств з іноземними інвестиціями – як з участю українського учасника, так і тих, які повністю належать іноземному інвестору. Але якщо у другому випадку це залежить від волі самого іноземного інвестора, то в першому потрібна згода інших учасників. Крім того, законодавство України про іноземні інвестиції, як уже зазначалося, висуває спеціальну вимогу до іноземної інвестиції у вигляді прав інтелектуальної власності, а саме: їхня вартість повинна бути підтверджена згідно із законами (процедурами) країни інвестора або міжнародними торговельними звичаями у конвертованій валюті, а також експертною оцінкою в Україні.

Можливість здійснення іноземної інвестиції у вигляді прав на інтелектуальну власність залежить також від організаційно-правової форми підприємства з іноземними інвестиціями. Наприклад, здійснення інвестиції в статутний фонд товариства з обмеженою відповідальністю можливе у вигляді будь-яких прав інтелектуальної власності. Проте в акціонерному товаристві такі внески можуть здійснювати акціонери-засновники. Інші акціонери, як правило, мають право придбати акції за гроші (якщо інше не передбачено статутом або дозволом керівних органів акціонерного товариства).

Внесення у статутний фонд прав на використання результатів інтелектуальної діяльності повинно оформлятися договором про переуступку патенту або ліцензійним договором чи договором про передання "ноу-хау". Учасник договору – власник патенту або "ноу-хау" – самостійно визначає межі поступки свого права. Але не можна погодитися з твердженням, що зобов'язання укласти в майбутньому угоду про переуступку патенту, ліцензійний договір або договір про передання "ноу-хау" повинно бути передбачено в установчому договорі [5, с.18]. Питання, пов'язані із

здійсненням інвестицій у вигляді прав інтелектуальної власності, повинні вирішуватись одночасно з укладенням інвестиційного договору (в даному випадку – установчого договору) і враховувати як вимоги інвестиційного законодавства, так і законодавства, яке регулює правовий режим інтелектуальної власності.

В цьому контексті важливого значення набуває питання здійснення кваліфікованої патентно-ліцензійної політики, яка недооцінюється іноземними інвесторами та іншими учасниками інвестиційної діяльності. Група експертів ООН, дослідивши понад 20 інститутів у чотирьох країнах СНД, назвала однією з актуальних проблем крадіжку інтелектуальної власності [6, с.24-25]. Особливого значення питання патентно-ліцензійного забезпечення набувають при здійсненні міжнародного науково-технічного співробітництва та зовнішньоекономічних зв'язків [7, с.19-22], інноваційної і підприємницької діяльності, в рамках яких об'єкти інтелектуальної власності можуть бути основою науково-технічної, правової і комерційної діяльності спільних підприємств, а також майновим внеском організації – засновника в статутний фонд створюваних нею підприємств і організацій. В цих випадках патентування і ліцензування забезпечують правову основу для найвигіднішої комерційної реалізації інтелектуальної власності [8, с.32]. Зазначене повністю стосується інвестиційної діяльності. Винаходи та інші об'єкти інтелектуальної власності, вкладені як іноземні інвестиції, підлягають правовій охороні крім інвестиційного законодавства також законами, що регулюють здійснення прав інтелектуальної власності.

Закон "Про режим іноземного інвестування", перелічуючи права інтелектуальної власності, не встановлює їх вичерпного переліку. Тому іноземною інвестицією можуть бути будь-які об'єкти інтелектуальної власності, які визнаються такими та охороняються законодавством України. Звичайно, права на кожний з цих об'єктів мають різний зміст, строк дії, що істотно впливає на їхнє практичне здійснення, проте всі вони можуть здійснюватися у вигляді інвестицій.

Це питання необхідно розглядати і під іншим кутом зору. Як уже зазначалося, права інтелектуальної власності можуть мати грошову оцінку. Законодавство про іноземні інвестиції України прямо вимагає, щоб вартість прав інтелектуальної власності була підтверджена згідно із законами (процедурами) країни інвестора або міжнародними торговельними звичаями. Ця вимога поширюється на здійснення іноземних інвестицій у будь-якій формі. Але права на інтелектуальну власність у вигляді промислової власності в інших державах звичайно передаються двома способами: за договором купівлі-продажу охоронного документа або тимчасового надання права користування за ліцензійним договором. Як у першому, так і у другому випадках власник права промислової власності надає свої права іншій стороні за винагороду. Один з основних обов'язків ліцензіата (покупця) полягає у виплаті винагороди. Комерційними положеннями контракту визначаються вид, розмір і строки виплати винагороди, а інколи – і рівень продажних цін на продукцією за ліцензією. Використовуються дві основні форми винагороди: разова оплата всієї вартості ліцензії (паушальний платіж) та поточні відрахування від обсягу виробництва або продажу продукції у розмірі погоджених ставок (роялті). Нерідко вони комбінуються з іншими формами оплати, зокрема, гарантованою сплатою певних сум [9, с.509].

З другого боку, через специфіку результатів інтелектуальної діяльності, їхня оцінка становить певні труднощі і у різних країнах здійснюється неоднаково. Такі

труднощі простежувались під час оцінки польських інвестицій у вигляді інтелектуальної власності. Зокрема, за допомогою дипломатичних служб Республіки Польща в Україні та посольства України в Польщі довелося з'ясувати чинний у названій країні державний порядок оцінки інтелектуальної власності [10]. Крім того, оцінка здійснюється, як правило, у національній валюті певної країни, яка не завжди визнається Національним банком України за конвертовану, – адже законодавство України про іноземні інвестиції вимагає, щоб вартість прав інтелектуальної власності була виражена у конвертованій валюті. У зв'язку з цим, мабуть, доцільніше вартість інтелектуальної власності визначати за процедурами та законодавством держави, яка приймає іноземні інвестиції, зокрема України.

Внесення інвестиції у вигляді прав інтелектуальної власності необхідно відрізнити від імпорту товарів, що містять об'єкти права інтелектуальної власності. Їх можна визначити як предмети матеріального світу, в яких знайшли об'єктивне вираження результати творчої діяльності або засоби індивідуалізації учасників цивільного обороту, на які протягом певного строку поширюється правова охорона за законодавством України та міжнародними договорами [11, с.36]. Порядок ввезення таких товарів регулюється Положенням про порядок реєстрації та переміщення через митний кордон України товарів, що містять об'єкти інтелектуальної власності затвердженим постановою Кабінету Міністрів України від 28 квітня 2001 року [12]. Водночас інвестиція може здійснюватися у вигляді майна, яке містить об'єкти права інтелектуальної власності. У цьому випадку таке майно не є товаром в зовнішньоекономічному аспекті. Речі, що вносяться як інвестиція і містять об'єкти інтелектуальної власності, підлягають правовій охороні в Україні відповідно до законодавства про інтелектуальну власність і міжнародних договорів. Крім того в інвестиційному договорі необхідно передбачати порядок передачі прав на об'єкти інтелектуальної власності.

Упорядкування процедури здійснення іноземних інвестицій у вигляді прав інтелектуальної власності сприятиме розвитку науково-технічного прогресу і ставлення економічного потенціалу на основі передових технологій.

-
1. Урядовий кур'єр. – 2003. – 19 лютого.
 2. Мусияка В. Духовное производство и интеллектуальная
 3. собственность // Развитие национальной государственности союзной республики на современном этапе. – К., 1990. – С.188.
 4. Мироненко Н. Щодо питання про інтелектуальну власність // Проблеми підготовки нового Цивільного кодексу України. – К., 1993. – С.61.
 5. Підпригора О. Проблеми розвитку законодавства України про інтелектуальну власність // Концепція розвитку законодавства України. – К., 1996. – С.211.
 6. Ем В., Козлова Н. Исполнение обязательств, возникающих из учредительного договора // Хозяйство и право. – 1994. – №2. – С.18.
 7. Bramdwayn S., Diamont S. Turning science into money in former Soviet Republics. Law in transition. EBRP. – London, 1994. – P.24-25.
 8. Красильников В., Леонов И., Матвеева Т. Патентно-лицензионное обеспечение внешнеэкономической деятельности вузов // Патенты и лицензии. – М., 1991. – №10. – С.19-22.
 9. Матвеева Т. Патентная система и коммерческая реализация интеллектуальной собственности // Вестник Санкт-Петербург, ун-та. – 1995. – Вып.4. – С.32.

10. Гражданское и торговое право капиталистических государств / Под ред. Е.Васильева. – М.: Междунар. отношения, 1993. – С.509.
11. Пукальський Ю. Структура польських інвестицій змінюється на краще // Галицькі контракти. – 1994. – №35.
12. Гроніна О. Правові аспекти визначення кола товарів, що містять об'єкти інтелектуальної власності, у митному законодавстві // Право України. – 2003. – №1. – С.36
13. Офіційний вісник України. – 2001. – №18. – Т.2. – Ст.829.

PROTECTION OF INTELLECTUAL PROPERTY RIGHTS REALIZED IN THE FORM OF FOREIGN INVESTMENTS

V. Kossak

*Ivan Franko national University of Lviv
Universytetska Str.1, UA-79000 Lviv, Ukraine.*

The article deals with the urgent issue of improving the procedure of foreign investments realization in the form of intellectual property rights. In the conditions of market economy formation the providing of priority economy fields improvement as well as financial-economic and intellectual resources concentration is of great importance. Foreign investments in the form of intellectual property are of great value in the process of solving these problems. They shall be represented in the convertible currency in accordance with investor's country laws (procedures) or international traditions and acknowledged by expert's estimation in Ukraine. However, the specificity of intellectual activity results makes difficulties in their estimation which is different in different countries. Therefore, it is advisable to provide legislatively the rule under which the value of intellectual property shall be estimated according to the procedures and laws of the State accepting the investments, in particular Ukraine.

Key words: investment, intellectual property law, realization of foreign investments in the form of intellectual property rights.

Стаття надійшла до редколегії 27.02.2003
Підписана до друку 30.10.2003

ПРОБЛЕМА ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ ЮРИДИЧНИХ ОСІБ, ЗАСНОВАНИХ НА ДЕРЖАВНІЙ ВЛАСНОСТІ

Л. Винар

*Львівський національний університет імені Івана Франка,
вул. Університетська, 1, 79000 Львів, Україна
тел. (0322) 74-03-80 e-mail: L_wynar@yahoo.com*

У статті розглядаються проблеми, пов'язані з відповідальністю юридичних осіб, заснованих на державній власності. Автор дає своє бачення правових форм участі держави в цивільних відносинах та її субсидіарної відповідальності за зобов'язаннями створених нею юридичних осіб. Аналізується законодавство в сфері майнової відповідальності юридичних осіб, заснованих на державній власності, та дані пропозиції щодо його вдосконалення.

Ключові слова: юридична особа, державна власність, відповідальність.

Світовий економічний розвиток виявив, що в умовах ускладнення господарсько-економічних відносин, науково-технічної революції, глобальних соціальних проблем неможливим стає функціонування на практиці у чистому вигляді ні ринкового механізму, ні суцільно одержавленій економічній системі. Ринок і державне регулювання економічних відносин, приватні і публічні відносини не протиставляються, а ведеться пошук оптимальних засобів їхньої взаємодії в системі економіки.

Держава є власником певного майна, виражає інтереси суспільства і як учасник цивільних відносин діє на рівних правах з іншими учасниками цих відносин. Важливого значення при цьому набуває визначення правових форм участі держави у цивільних відносинах. У новому Цивільному кодексі України вказано, що держава може створювати юридичні особи публічного права, а також юридичні особи приватного права, брати участь в їхній діяльності на загальних підставах, якщо інше не встановлене законом. Держава також бере участь у цивільних відносинах в формі загальнодержавної скарбниці (казни) [1].

Юридична особа, як певний новий юридичний центр, що має цивільну правоздатність, відокремлений від фізичних осіб, які входять до її складу, відома праву ще з часів римського права і використовується в правових системах усіх країн світу.

У пропонованій статті зроблено спробу детальніше розглянути проблему самостійної майнової відповідальності юридичної особи, а саме відповідальності юридичних осіб, заснованих на державній власності.

Для вирішення цієї проблеми висуваються та мають бути виконані важливі наукові та практичні завдання. Важливо з'ясувати та визначити в законодавстві відповідальність держави (казни) в особі засновників, органів, що здійснюють управління діяльністю юридичної особи, заснованої на державній власності.

Розв'язання цієї проблеми започатковано у дослідженнях Братуся С., Венедіктова А., Грібанова В., Брагінського М., Вітрянського В., Кравчука В. та інших вчених – цивілістів.

Проте невирішеними залишаються питання, які саме органи повинні нести відповідальність у випадку настання субсидіарної відповідальності держави (казни) за зобов'язаннями заснованих нею юридичних осіб.

З'ясуванню цих та інших питань присвячено цю статтю.

Ознака самостійної майнової відповідальності тісно пов'язана з ознакою майнової відокремленості юридичної особи. Самостійна майнова відповідальність є тією важливою ознакою, наявність чи відсутність якої в певній організації є показником наявності чи відсутності її майнової відокремленості. Майнова відокремленість юридичної особи полягає, по-перше, у відокремленості від засновника юридичної особи, по-друге, у відокремленості від майна інших осіб [2, 39]. Ступінь цієї майнової відокремленості може бути різним [3, 4]. Так за юридичними особами, заснованими на державній власності, майно закріплюється на праві повного господарського відання або праві оперативного управління, а власником майна є держава. Майно, яке закріплюється за юридичною особою, повинно бути відокремлене не лише фізично, але й юридично. Правовою формою відокремлення майна є установчі документи, в яких визначається розмір, джерела формування майна, його правовий режим.

Відповідно до Закону України "Про власність", юридичним особам майно може належати на підставі одного з трьох правових режимів: праві власності, праві повного господарського відання, праві оперативного управління [4]. Доцільність збереження в законодавстві України двох останніх правових інститутів тепер широко обговорюється. Не вдаючись до глибшого дослідження та розкриття цієї проблеми в нашій статті, зазначимо лише, що багато вчених, зокрема О. Вінник, А. Довгерт, В. Селіванов, Я. Шевченко, вважають, що право повного господарського відання і оперативного управління – штучні конструкції, від яких потрібно відмовитись, визнавши всіх юридичних осіб суб'єктами права власності на належне їм майно [5, 5-25]. Така ідея закладена і в новому Цивільному кодексі України.

Висловлюються також пропозиції щодо збереження цих правових інститутів поряд з правом власності. Так Г. Пронська не погоджується з пропозицією відмовитися від інституту права повного господарського відання та оперативного управління, що є правовим титулом майнових прав підприємств (організацій) – не власників свого майна. Авторка вважає, що це досить чіткий механізм узгодження прав власника з господарською самостійністю організації, якій це майно передане в експлуатацію для досягнення мети власника. Безумовно тут можливі певні вдосконалення. Проте в сутності свій цей інститут має бути збережений, тим більше, що замінити його поки нічим [6, 10]. Окремі вчені взагалі пропонують відмовитись від права власності і закріпити лише одне похідне від нього речове право підприємств, визначивши його як право господарського відання [7, 54-57]. О. Дзера послідовно обстоює ідею заміни права повного господарського відання правом довірного управління державним майном [8, 95-96].

Наявність відокремленого майна є необхідною передумовою самостійної майнової відповідальності юридичної особи за зобов'язаннями, в які вона вступає. Самостійна майнова відповідальність означає, що кожна юридична особа за своїми зобов'язаннями відповідає закріпленим за нею майном, на яке, відповідно до закону, може бути звернено стягнення. При цьому щодо до юридичних осіб, заснованих на державній власності, то на сьогодні чинна норма Цивільного кодексу, а саме ст.33,

встановлює загальне правило: держава не відповідає за зобов'язаннями державних організацій з невеликим уточненням, а саме, – за винятком випадків, встановлених у законі [9]. На наш погляд, ця норма обґрунтовано повинна зайняти своє місце у новому Цивільному кодексі.

Як зазначає С. Братусь, самостійна майнова відповідальність юридичної особи не означає, що вона є виключною відповідальністю, тобто, що жодні інші особи не повинні і не можуть додатково відповідати за її борги, наявність самостійної відповідальності у юридичної особи означає, що вимоги стосовно її боргів повинні бути пред'явлені перш за все самій юридичній особі: юридична особа є першопочатковим "адресатом відповідальності". Однак в силу закону чи статуту додаткова відповідальність за борги юридичної особи може бути покладена і на інших осіб; юридична особа – це не "стеля", не гранична межа відповідальності [10, 92]. Такої ж позиції дотримуються Д. Генкін та А. Венедіктов. А. Венедіктов вказує на те, що за загальним правилом юридичні особи самостійно відповідають за свої борги, проте з цього не можна робити висновок, що самостійна майнова відповідальність юридичної особи завжди є обмеженою (тобто виключною) її відповідальністю [11, 75-76].

На наш погляд, додаткова відповідальність це не виняток з загального правила, а додаткова гарантія виконання зобов'язань юридичної особи, оскільки первинним суб'єктом відповідальності в усіх випадках є саме вона. Додаткова, або субсидіарна відповідальність, є правовою формою, яка гарантує забезпечення інтересу кредитора в виконанні за зобов'язанням чи відшкодування шкоди. Суть її полягає в тому, що в разі неможливості задоволення вимог кредитора основним боржником, то до відповідальності поряд з ним залучаються й інші особи.

Оскільки нашою метою є розгляд проблеми відповідальності юридичних осіб, заснованих саме на державній власності і за якими майно закріплено на праві оперативного управління, то зазначимо, що в зв'язку з цільовим призначенням майна і обмеженим характером права оперативного управління державні установи не несуть роздільної з власником майна юридичної особи відповідальності. В новому Цивільному кодексі доцільно вказати, що державні установи можуть діяти в цивільному обігу від власного імені як юридичні особи та від імені казни. Якщо державна установа діє від імені казни, то в такому випадку настає безпосередня відповідальність казни. Якщо ж державна установа виступає від свого імені, то тоді казна несе субсидіарну відповідальність за її зобов'язаннями при недостатності в розпорядженні установи грошових коштів. Державні установи, що є юридичними особами, відповідають за своїми зобов'язаннями лише наявними в її розпорядженні грошовими коштами і на їхні основні фонди не може бути звернено стягнення кредиторів. У випадку недостатності коштів у державної установи субсидіарну відповідальність несе власник її майна. Потрібно також відзначити, що сьогодні державні установи часто володіють двома різними речовими правами щодо певних видів майна: правом оперативного управління, як правило, щодо основних фондів та іншого майна і правом самостійного розпорядження щодо доходів, набутих від власної господарської діяльності та майна, придбаного за рахунок цих доходів.

У юридичній літературі висловлюється два різних погляди стосовно того, що може бути об'єктом стягнення за боргами установи. На думку В. Вітрянського і А. Грінкевіча, відповідальність установ за їхніми зобов'язаннями наставатиме тільки в межах грошових коштів, які передбачені певними кошторисами на цілі, для

досягнення яких установа і вступала в цивільно-правові зобов'язання. В разі їх недостатності для задоволення вимог кредиторів субсидіарну відповідальність буде нести казна, тобто власник [12, с.30; 13, с.78-79]. М. Брагінський і К. Ярошенко, навпаки, вважають, що додатковим щодо грошових коштів об'єктом стягнення повинні бути "доходи від різноманітної діяльності установ, а також придбане за рахунок цих доходів майно" [14; 15, с.90]. Як видається, виходячи зі змісту ст.32, 39 чинного Цивільного кодексу, в яких мова йде про грошові кошти, що знаходяться в розпорядженні установи, а також, враховуючи, що установи є публічними некомерційними організаціями, які фінансово залежать від засновника, потрібно визнати, що відповідальність установ обмежується лише грошовими коштами, виділеним власником для їх нормального функціонування. У випадку недостатності цих коштів для задоволення претензій кредиторів власник повинен нести субсидіарну відповідальність.

Казенному підприємству, як і установі, майно належить на праві оперативного управління. Проте право оперативного управління казенного підприємства суттєво відрізняється від права оперативного управління, наданого установі. Власник майна, закріпленого за казенним підприємством, дає згоду на укладення казенним підприємством угод, пов'язаних з відчуженням або розпорядженням іншим способом будь-якого майна, як нерухомого, так і рухомого, що знаходиться на балансі підприємства. Порядок розподілення доходів, одержаних казенним підприємством, також визначається власником. Ці особливі повноваження власника майна казенного підприємства зумовили його субсидіарну відповідальність за зобов'язаннями казенного підприємства.

На відміну від субсидіарної відповідальності казни (власника) за зобов'язаннями установ, відповідальність казни (власника) за зобов'язаннями казенного підприємства настає у разі недостатності не тільки грошових коштів, але й майна для задоволення вимог кредиторів. Проте для того, щоб з'ясувати реальну достатність чи недостатність майна для задоволення вимог кредиторів, на думку К. Трофимова, можна тільки в результаті його розпродажу, що, як правило, буває у випадку банкрутства [15, 56]. Оскільки за зобов'язаннями підприємства встановлено субсидіарну відповідальність власника – держави, то стосовно казенного підприємства не може бути порушена справа про банкрутство. Тому видається, що встановлення субсидіарної відповідальності казни (власника) за зобов'язаннями казенних підприємств вже в разі недостатності грошових коштів, а не в разі недостатності майна більше б відповідало потребам цивільного обігу та гарантувало б захист майнових прав кредиторів.

У практичній діяльності постійно виникають проблемні питання пов'язані з недостатньою регламентацією у законодавстві відповідальності юридичних осіб, за якими майно закріплено на праві оперативного управління, зокрема, установ та казенних підприємств, а також відповідальності їхніх власників, встановленої законодавством у зв'язку з обмеженою відповідальністю установ і казенних підприємств за своїми зобов'язаннями. Згідно частини третьої статті 32 чинного Цивільного кодексу юридична особа, що фінансується власником, і за якою майно закріплено на праві оперативного управління (установа), відповідає за зобов'язаннями коштами, які є в її розпорядженні. У разі їх недостатності, відповідальність за її зобов'язаннями несе власник відповідного майна [9].

У пункті 3 статті 39 Закону України "Про підприємства в Україні" передбачено, що казенне підприємство відповідає за своїми зобов'язаннями коштами та іншим майном, що є у його розпорядженні, крім основних фондів. При недостатності у казенного підприємства таких коштів та майна відповідальність за його зобов'язаннями також несе власник [16].

Згідно з пунктом 3 статті 39 Закону "Про власність" державна установа (організація) відповідає за своїми зобов'язаннями коштами, що є в її розпорядженні. При недостатності у державної установи (організації) коштів відповідальність за її зобов'язаннями несе власник [4]. Таким чином у відповідності до вищевикладених норм, у разі недостатності в установи чи казенного підприємства, коштів або майна, відповідальність повинен нести власник майна. Суб'єктом права загальнодержавної власності згідно з пунктом 1 статті 32 Закону України "Про власність" є держава в особі Верховної Ради України [4]. Однак, зазначену у наведених законодавчих нормах відповідальність не персоніфіковано в особі певного органу чи органів. Відповідальність органів, зокрема тих, що уповноважені управляти державним майном, за зобов'язаннями казенних підприємств і організацій, що мають статус юридичної особи, законом не передбачена. Як виняток, можна лише навести положення, що міститься в статті 5 Закону України "Про господарську діяльність у Збройних Силах України", згідно з якою у разі недостатності коштів у військової частини як суб'єкта господарської діяльності відповідальність за її зобов'язаннями несе Міністерство оборони України [17]. Проте і в даному випадку не визначено порядку (правового механізму), відповідно до якого назване міністерство має нести таку відповідальність хоча частиною другою статті 33 чинного Цивільного кодексу визначено, що умови і порядок відпустку коштів на покриття заборгованості установ та інших державних організацій, що перебувають на державному бюджеті, якщо ця заборгованість не може бути покрита за рахунок їх кошторису, встановлюються законодавством [9]. Що ж до казенних підприємств, які не перебувають на державному бюджеті, то законодавство не містить норм, на підставі яких визначався б порядок відповідальності їхнього власника.

Викладені проблеми законодавчого регулювання ще більше поглибилися внаслідок запровадження казначейської форми виконання державного бюджету [18]. За такої форми виконання державного бюджету банківські рахунки державних установ було закрито і фінансування їх витрат здійснюється з бюджетних рахунків органів Державного казначейства України, відкритих на ім'я цих органів у банківських установах, визначених Кабінетом Міністрів України і Національним банком України. Сукупність бюджетних рахунків органів Державного казначейства України становить єдиний казначейський рахунок. Для обліку витрат державних установ на їх ім'я в органах Державного казначейства України відкриваються реєстраційні рахунки.

Складається ситуація, за якої державні установи не мають самостійного права вибору на відкриття рахунків в установах банків, за винятком тих випадків, коли державна установа отримує доходи від надання платних послуг, виконання робіт, реалізації продукції чи іншої діяльності, яка здійснюється нею з підстав, передбачених законодавством. Правовий режим використання відповідних коштів залежить від засад, на яких державною установою організовано реалізацію продукції, виконання робіт чи надання послуг. Якщо такі кошти отримані не на засадах господарського розрахунку, вони мають назву позабюджетних, враховуються на

реєстраційних рахунках в органах Державного казначейства України і підлягають використанню за цільовим призначенням згідно з єдиним кошторисом доходів та видатків державної установи.

В умовах розширення договірних відносин між учасниками цивільного обігу постає потреба визначення в законодавстві правових форм участі держави у відносинах щодо відповідальності за зобов'язаннями створених нею юридичних осіб – установ і казенних підприємств та стосовно відшкодування, відповідно до закону, шкоди, завданої юридичним та фізичним особам незаконними діями державних органів.

Це можна здійснити шляхом зазначення в законодавчому порядку, що в разі недостатності в юридичної особи, заснованої на державній власності, зокрема установи, коштів, відповідальність за її зобов'язаннями несе казна, в особі органів, що заснували юридичну особу.

Що стосується казенних підприємств, то важливо в законі вказати, що у випадку недостатності у казенного підприємства коштів відповідальність за його зобов'язаннями несе казна в особі органу, уповноваженого управляти казенним підприємством.

Альтернативним шляхом вирішення проблеми відповідальності за зобов'язаннями юридичних осіб заснованих на державній власності може бути установчий акт або статут юридичної особи. В законодавчому порядку необхідно прийняти норму, яка б встановлювала обов'язок зазначати в установчому акті чи статуті, на локальному рівні, субсидіарну відповідальність засновника юридичної особи, органу, який здійснює управління за зобов'язаннями юридичної особи заснованої на державній власності.

Для реалізації положень про відповідальність необхідно також визначити в законодавстві правовий механізм застосування цієї відповідальності.

Вважаємо, що в новому Цивільному кодексі або в окремому законі потрібно визначити загальні принципи створення та функціонування юридичних осіб заснованих на державній власності, їх правовий статус, правовий режим майна, умови відповідальності, класифікацію цих осіб та регламентувати їхню участь у цивільному обігу.

-
1. Цивільний кодекс України. Прийнятий Верховною Радою України 16.01.2003р.
 2. Кравчук В. Соціально-правова природа юридичної особи // Автореф. канд. дис. – Львів, 2000.
 3. Грибанов В. Юридические лица. – М.: Изд-во Моск. ун-та, 1961. – С.4.
 4. Закон України "Про власність" від 07.02.1991 // Відомості Верховної Ради України. – 1991. №20. – С.249.
 5. Трансформування відносин власності (Матеріали "круглого столу"). – Право України. – 1997. – №2. – С.5-25.
 6. Пронська Г. Стосовно деяких запропонованих новацій у праві власності в Україні // Право України. – 1997. – №2. – С.10.
 7. Зинченко С., Лапач В., Газарьян Б. Вещные права предприятий // Хозяйство и право. – 1995. – №5. – С.54-67.

8. Дзера О. Деякі питання формування інституту права власності в період ринкових реформ в Україні // Економіко-правові проблеми трансформування відносин власності в Україні. – К.: Манускрипт, 1997. – С.95-96.
9. Цивільний кодекс УРСР від 18.07.1963.
10. Братусь С. Субъекты гражданского права. – М.: Изд-во Моск. ун-та, 1950. – С.92.
11. Венедиктов А. Государственные юридические лица в СССР // Советское государство и право. – 1940. – №10. – С.75-76.
12. Витрянский В. Черты юридического лица // Экономика и жизнь. – 1995. – №8. – С.30.
13. Гринкевич А. Гражданско-правовая ответственность казны // Хозяйство и право. – 1996. – №4. – С.78-79.
14. Брагинский М., Ярошенко К. Граждане (физические лица). Юридические лица (Комментарий ГК РФ) // Хозяйство и право. – 1995. – №2. – С.15; Комментарий части первой Гражданского кодекса РФ для предпринимателей. – С.90.
15. Трофимов К. Ликвидация юридических лиц: вопросы имущественной ответственности // Хозяйство и право. – 1995. – №9. – С.56.
16. Закон України "Про підприємства в Україні" від 27.03.1991 // Відомості Верховної Ради України. – 1991. – №24. – С.272.
17. Закон України "Про господарську діяльність в Збройних Силах України" від 21.09.1999 // Відомості Верховної Ради України/ – 1999. – №48. – С.408.
18. Постанова Кабінету Міністрів України і Національного банку України від 14.01.1997 // Офіційний вісник України. – 1997. – №5. – С.69.

RESPONSIBILITY OF LEGAL ENTITIES FOUNDED ON STATE PROPERTY

L. Vynar

*Ivan Franko National University of Lviv,
Universytetska Str. 1, UA-79000 Lviv, Ukraine,
tel. (0322) 74-03-80 E-mail: L_vynar@yahoo.com*

The problems connected with the responsibility of legal entities founded on State property are examined in this article. The author gives his own point of view of legal forms of State's participation in civil relations and its subsidiary responsibility for obligations of State-founded legal entities. The legislation in the sphere of material responsibility of State-founded legal entities is analysed, the ways of its improvement are proposed.

Key words: legal entity, state property, responsibility.

Стаття надійшла до редколегії 21.03.2003

Підписана до друку 30.10.2003

ЗМІСТ ДОГОВОРУ ПОСТАВКИ ПРОДУКЦІЇ ДЛЯ ДЕРЖАВНИХ ПОТРЕБ

М. Колонтирська

*Рівненський державний гуманітарний університет,
вул. Остафова, 29, 33000 м. Рівне, Україна
тел. (0362) 26-95-91*

У статті даний перелік істотних умов договору, без закріплення яких він не вважатиметься укладеним. Умови визначені на підставі умов договору поставки, різновидом якого є договір поставки продукції для державних потреб, з урахуванням особливостей, притаманних лише йому. Запропоновано приблизну структуру договору, відповідно до якої сторони можуть розробляти тексти державних контрактів.

Ключові слова: істотні умови, предмет договору, строк, ціна, структура договору.

Відповідно до Закону України "Про поставки продукції для державних потреб", формування, розміщення й виконання замовлень держави на поставку товарів, виконання робіт, надання послуг для задоволення державних потреб у суб'єктів господарської діяльності України здійснюються на договірній (контрактній) основі [1].

Однак поставка продукції для державних потреб є відносно новим інститутом цивільного права України, оскільки за умов адміністративно-командної системи управління економікою спеціальних нормативних актів, які б регулювали порядок забезпечення державних потреб, не було. І у новому законодавстві України чітко не визначено зміст даного договору, тобто сукупність умов, необхідних для визнання його укладеним.

Важливо також відмітити, що ця тема є недостатньо розвинутою у наукових публікаціях, головна увага науковців присвячується аналізу договору поставки, а договір поставки продукції для державних потреб, як його різновид детально не досліджувався.

Відтак є потреба чітко визначити зміст державного контракту та виявити його приблизну структуру, яка може бути орієнтиром під час укладення договорів поставки продукції для державних потреб.

Отже, відповідно до ст.153 ЦК України, договір вважається укладеним, коли між сторонами у потрібній у належних випадках формі, досягнуто згоди по всіх істотних умовах.

Істотні умови договору – це ті умови, визнані такими, згідно з законом, або необхідні для договорів певного виду, а також усі ті умови, щодо яких за заявою однієї із сторін повинно бути досягнуто згоди.

А проте зауважимо, що законодавством України поняття істотні умови договору поставки продукції для державних потреб чітко не визначене. Разом з тим в ч.2 ст.152 ЦК України зафіксовано, що зміст договору, який укладається на підставі державного замовлення, повинен йому відповідати.

Державне замовлення, відповідно до ст.1 Закону України "Про поставки продукції для державних потреб", – це засіб державного регулювання економіки

шляхом формування на договірній (контрактній) основі складу та обсягів продукції, необхідної для державних потреб, розміщення державних контрактів на її поставку (закупівлю) серед підприємств, організації та інших суб'єктів господарської діяльності України всіх форм власності.

Отже, з цього визначення випливає, що зміст договору поставки продукції для державних потреб повинен містити в собі умови про асортимент та кількість продукції, а ці умови є необхідними складовими предмета договору.

Предмет договору поставки продукції для державних потреб – це загальна кількість продукції, яка поставлятиметься протягом визначеного періоду на підставі державного замовлення. Певний вид продукції, яка поставлятиметься за договором, є його об'єктом. Відтак, у договорі поставки продукції для державних потреб сторони, визначаючи предмет, передусім повинні чітко сформулювати його об'єкт.

Об'єкт даного договору визначає Закон України "Про закупівлю товарів, робіт і послуг за державні кошти", який регулює порядок проведення конкурсу на визначення виконавця державного замовлення й порядок укладення державного контракту, і ст.1 якого вказує, що предметом договору є товари – продукція будь-якого виду та призначення, у тому числі сировина, вироби, устаткування, технології, предмети у твердому, рідкому газоподібному станах, включаючи електроенергію, а також послуги, пов'язані з поставкою товарів, якщо їхня вартість не перевищує вартості самих товарів [1, Ст.148].

Обов'язковим елементом предмета договору поставки є номенклатура (асортимент) продукції. Асортимент – це конкретизація товарів за видами, моделями, групами та ін. Термін *асортимент*, як правило, використовується стосовно споживчих товарів (продуктів харчування, одягу й інше), а тому у договорі поставки продукції для державних потреб доцільніше використовувати рівнозначні йому терміни *номенклатура* або ж *склад* продукції.

Номенклатура (асортимент) продукції поділяється на *групову* й *розгорнуту*. *Групова номенклатура* – це співвідношення певних груп продукції визначеного роду, кожна з яких поділяється на окремі види (марки, позиції та ін.). *Розгорнута номенклатура* – детальніша характеристика продукції, що входить до групової номенклатури. Ця характеристика зазначається за моделями, розмірами. Наприклад, за груповою номенклатурою, згідно з договором поставки продукції для державних потреб, мають бути поставлені автомобілі, в той же час у цьому договорі необхідно обов'язково зазначити ще й розгорнуту номенклатуру, а саме: автомобіль ВАЗ-2108, заводський номер... та ін.

Номенклатура як істотна умова договору, матиме важливе значення при його виконанні, – адже за загальним правилом, визначеним ст.247 Цивільного кодексу України, поставка товарів одного найменування в більшій кількості, ніж передбачено договором, зараховується в покриття недопоставки товарів інших найменувань, що входять у той самий асортимент, і підлягає поновленню, крім випадків, коли така поставка здійснена за попередньою письмовою згодою покупця.

Поряд з об'єктом у договорі поставки продукції для державних потреб обов'язково має бути зафіксовано і кількість продукції. Кількість продукції, яка поставлятиметься за даним договором, визначається за угодою сторін, проте в межах державного замовлення, оскільки саме у ньому визначають потреби держави у певній кількості продукції.

Іншою істотною умовою договору, яка має бути визначена у договорі і яка характеризує предмет поставки, є якість продукції.

Якість як показник продукції досліджувалась багатьма науковцями, зокрема В.В. Луць визначив її як "сукупність властивостей і характеристик, які відображають рівень новизни, надійності, довговічності, економічності продукції і зумовлюють її здатність задовольняти відповідно до свого призначення потреби споживачів" [2, с.89].

Проте зауважимо, що в тексті договору не обов'язково зазначати усі характеристики якості продукції – достатньо лише зробити посилання на певні нормативні документи, які встановлюють ці умови і пройшли державну реєстрацію (державні стандарти України; галузеві стандарти; стандарти науково-технічних та інженерних товариств і спілок; технічні умови або стандарти підприємств).

Окрім обов'язкової фіксації нормативних документів, що зазначають умови якості, для її підтвердження, у договорі необхідно передбачити й обов'язок виконавця надати сертифікат відповідності – документ, який підтверджує, що продукція відповідає вимогам конкретного стандарту чи іншого нормативного документа, визначеного законодавством.

До того ж, можна передбачити обов'язок постачальника засвідчити якість продукції відповідними документами, які передаються разом із продукцією. Роль цих документів надзвичайно велика, – адже на їхній підставі – покупець перевіряє якість продукції. Поставщик, у своєму чергою, несе відповідальність за поставку продукції належної якості, у разі виявлення розбіжностей між дійсною якістю і даними, що містяться у вказаних документах. Окрім того, до їх складу часто входить технічна документація, яка має інструкційний характер, пояснюючи порядок експлуатації й користування продукцією. Ці документи можуть бути найрізноманітнішими, наприклад: постачальник обладнання повинен передати замовнику паспорт на нього, інструкцію щодо монтування, перелік комплектуючих, карту змазування та ін.

Важливою складовою якості продукції, яку необхідно обумовлювати в договорі, є її комплектність. Поставка комплектної продукції – це поставка усіх необхідних складових виробу. Комплектність поставки має надзвичайно важливе значення в разі поставки устаткування, машин, – адже недопоставка одного із складових частин виробу призводить до неможливості користування ним. У договорі також може бути передбачено поставку продукції з додатковими до комплекту виробами чи без окремих, не потрібних покупцеві виробів, що входять до комплекту.

Наступною умовою договору, яка забезпечує якість продукції, це тара чи упаковка. Тара – це засоби зберігання та перевезення продукції, призначеної для багаторазового використання. У договорі необхідно передбачити обов'язок повернути постачальнику багатооборотну тару й засоби пакування, в яких надійшов товар. Упаковка – це засоби одноразового використання при зберіганні та перевезенні товару і вона, як правило, не повертається.

Істотною умовою, без якої договір вважатиметься неукладеним, є строк, оскільки державне замовлення передбачає поставку продукції, необхідної для забезпечення державних потреб у певний період часу.

В літературі строки поставки поділяють на загальні й окремі. Загальний строк – це відрізок часу, протягом якого постачальник повинен здійснити поставку усієї

передбаченої договором продукції. А окремі строки – це строки поставки окремих частин продукції.

Укладаючи договір поставки продукції для державних потреб, сторони повинні врахувати, що загальний строк цього договору має свої особливості, пов'язані з коштами, якими здійснюється оплата продукції. Так ст.1 Закону України "Про поставки продукції для державних потреб" передбачено, що поставки продукції для державних потреб забезпечуються за рахунок коштів Державного бюджету України та інших джерел фінансування, які залучаються до цього. І оскільки Державний бюджет формується лише на наступний поточний рік, тому й обсяги коштів для закупівлі зазначеної продукції передбачаються в Законі про Державний бюджет України лише на поточний рік.

Позиція законодавця щодо загального строку договору поставки продукції для державних потреб відображена й у листі Міністерства економіки та з питань європейської інтеграції України від 29.01.2002 року №19-36/136 "Щодо укладання договорів на закупівлю, за рахунок державних коштів, на період, що перевищує один рік", а саме: "...укладення договорів, виконання яких фінансується за рахунок бюджетних коштів, здійснюється... на підставі бюджетних призначень, що встановлюються Законом України про Державний бюджет чи рішенням про місцевий бюджет на відповідний рік. Виходячи з цього, укладення договору про закупівлю, фінансування якого планується у послідовних бюджетних роках, відповідно до бюджетного законодавства є неправомірним" [3, с.26].

Отже, договір на поставку продукції для державних потреб може бути укладений на строк не більше календарного року, оскільки за рахунок державних коштів, може бути оплачена лише та продукція, яка поставлена протягом року.

В межах цього загального строку, сторони вправі самостійно встановлювати окремі строки поставки. Ці строки називають ще періодами поставки. Щодо періодів поставки, то новий Цивільний кодекс України передбачає: якщо строки поставки окремих партій товарів (періоди поставки) у договорі не визначено, товари мають поставлятися рівномірними партіями щомісячно, оскільки інше не впливає із закону, інших правових актів, звичаїв ділового обороту або суті зобов'язання.

Поряд із визначенням періодів поставки в договорі може бути встановлено і графік поставки (декадний, піврічний тощо).

Надзвичайно важливою умовою договору поставки продукції для державних потреб, як і усіх оплатних договорів є ціна. Ціна – це певна грошова сума, яка сплачується замовником за одержану продукцію. Насамперед, – це загальна вартість продукції, що підлягає поставці. Проте, ціна може включати і додаткові витрати постачальника на страхування, перевезення, маркування, пакування товару й ін.

У договорі поставки продукції для державних потреб ціна визначається за домовленістю сторін, відповідно до витрат на державне замовлення і тендерних пропозицій переможця конкурсу. Проте на деякі види товарів, що мають вирішальне соціальне значення, а також на продукцію підприємств, що займають монопольне становище на ринку, в Україні встановлено державне регулювання цін. А тому, під час поставки такої продукції (цукру, лікарських засобів, алкогольних напоїв, тютюнових виробів та ін.) сторони обов'язково повинні враховувати встановлені межі цін на неї.

Крім вищезазначених умов, сторони повинні передбачити у договорі й механізм передачі продукції замовнику. Ця умова договору має надзвичайно важливе значення, – адже від неї залежить момент виникнення права власності на продукцію, ризик її випадкової загибелі та місце виконання зобов'язання.

Умови поставки за договором поставки продукції для державних потреб визначаються за домовленістю сторін. Ці умови можуть передбачати як обов'язок виконавця лише передати продукцію з власних складів, а наступне транспортування, ризики пов'язані з цим, та усі витрати покладаються на замовника, або як обов'язок виконавця самостійно поставити продукцію, або ж обов'язок відвантажити продукцію певним видом транспорту.

Сторони у договорі поставки продукції для державних потреб повинні передбачати й умови розрахунків за поставлену продукцію.

Ця умова договору є надзвичайно важливою для постачальників, особливо, якщо врахувати недоліки фінансування з державного бюджету, в тому числі і на поставку продукції для державних потреб. У зв'язку з цим ст.2 Закону України "Про поставки продукції для державних потреб" передбачає, що державні замовники гарантують виконавцям державного замовлення від імені держави оплату продукції, яка поставляється для державних потреб, а Кабінет Міністрів України виступає гарантом виконання зобов'язань державних замовників.

До умов, які можуть зазначатися у договорі поставки продукції для державних потреб за домовленістю сторін, відносимо:

- а) види пільг, які можуть надаватися виконавцям;
- б) порядок розгляду взаємних претензій і санкцій за порушення умов договору;
- в) порядок припинення договору як на вимогу замовника, так і виконавця;
- г) умови продовження термінів поставки, проте в межах загального строку поставки;
- д) принципи перегляду ціни та інше.

Розглянувши істотні умови договору поставки продукції для державних потреб, можна окреслити його приблизну структуру. Важливо зауважити, що законодавець не пропонує типової форми цього договору, а надає сторонам можливість вільно визначати його зміст.

Відповідно до звичаїв ділового обороту, будь-який договір умовно поділяють на три частини: вступну, основну та заключну.

Вступна частина договору поставки продукції для державних потреб складається з реквізитів договору та його преамбули. Реквізитами договору є назва, дата й місце його укладення.

Назва договору вказує на юридичну сутність документа. Проте, укладаючи договір, необхідно пам'ятати, що сутність договору впливає не з його назви, а зі змісту. Тому, якщо назва договору не відповідатиме його змісту, ця назва не матиме жодного значення.

Дата укладення договору поставки продукції для державних потреб є його важливим реквізитом, – адже, відповідно до ст.34 Закону України "Про закупівлю товарів, робіт і послуг за державні кошти", договір про закупівлю набирає чинності з моменту його підписання замовником та виконавцем.

Місце укладення договору поставки продукції для державних потреб фіксує місце акценту пропозиції укласти договір.

У преамбулі зазначається повне та скорочене фірмове найменування контрагентів, а також скорочена назва сторін за договором (наприклад, "Замовник", "Постачальник", із тим, щоб надалі у тексті договору не наводити повну назву сторін). Детально вказуються назви посад осіб, які підписують договір, а також їхні прізвища, імена та по батькові. Крім того, обов'язково зазначається назва документа, з якого випливають повноваження посадової особи на підписання договору. Такими документами є статут, положення, довіреність та ін.

Основна частина договору повинна містити такі розділи: предмет договору, строки поставки; ціну та порядок розрахунків; умови та періоди поставки; права та обов'язки сторін; відповідальність за невиконання чи неналежне виконання зобов'язань; обставини, які звільняють сторони від відповідальності за невиконання договору (форс-мажорні обставини); порядок вирішення спорів; порядок внесення змін та розірвання договору.

В заключній частині договору звичайно зазначаються, юридичні і фактичні адреси сторін, номери державного реєстру суб'єкта підприємницької діяльності та платника податків, банківські реквізити, підписи уповноважених осіб із відбитками печатки чи довіреністю на особу, що підписала договір. Окрім того, до договору необхідно додати копію ліцензії на право здійснення певних видів діяльності (при поставці продукції, яка підлягає ліцензуванню).

Відтак, зробимо висновок, що, укладаючи договір поставки продукції для державних потреб, сторони самостійні у визначенні його умов. Проте, враховуючи вимоги законодавства, і те, що договір поставки продукції для державних потреб виступає різновидом договору поставки, він повинен містити такі обов'язкові істотні умови: кількість, номенклатуру, якість, строк, ціну. Проте ці умови мають відображати специфіку поставки для задоволення державних потреб і враховувати порядок формування, розміщення та фінансування державного замовлення.

Водночас важливо зауважити, що пропонуване дослідження не вважаємо завершеним, і проблема забезпечення державних потреб залишається актуальною. А тому, подальші дослідження у даному напрямку стосуватимуться аналізу виконання договору поставки продукції для державних потреб.

-
1. Відомості Верховної Ради України. – 1996. – №3. – ст.9.
 2. Цивільне право України: Підручник у двох книгах. Книга 2. За редакцією О.В. Дзери та Н.С.Кузнецової. – Київ: Юрінком Інтер, 2002. -640с.
 3. Вісник державних закупівель, 2002. 05. 15.

**ESSENCE OF CONTRACT OF GOODS DELIVERY
FOR PUBLIC NEEDS**

M. Kolontyrska

*Rivne State Humanitarian University
Ostafova Str. 29, UA-33000 Rivne, Ukraine,
tel. (0362) 26-95-91*

The article contains the list of essential terms of the contract, which is considered unconcluded if these terms are not satisfied. These terms are determined on the basis of essential terms of goods delivery contract, since the contract for the delivery of goods for public needs is a variant of the former. The peculiarities of this kind of contracts are taken into account; approximate contract structure is suggested according to which the parties can elaborate the texts of State contracts.

Key words: essential conditions, contract object, date, price, contract structure.

Стаття надійшла до редколегії 25.03.2003

Підписана до друку 30.10.2003

ЗМІНА УМОВ ТА РОЗІРВАННЯ КРЕДИТНОГО ДОГОВОРУ: ДЕЯКІ НЕДОЛІКИ ЗАКОНОДАВЧОГО РЕГУЛЮВАННЯ

С. Лепех

*Львівський національний університет імені Івана Франка
вул. Університетська, 1, 79000 Львів, Україна*

У статті аналізуються можливості зміни умов та припинення дії кредитного договору, зумовлені свободою договору як принципу регулювання цивільних правовідносин. Увагу приділено законодавчому та договірному регулюванню умови про плату за кредит, а саме – зміні розміру відсоткової ставки. Пропонується поновому врегулювати це питання у кредитному законодавстві. Пропонується також розв'язання проблеми поворотності грошових коштів у випадку порушення позичальником свого зобов'язання по сплаті частинами боргу без попереднього розірвання кредитного договору шляхом звернення стягнення відразу на предмет застави в цілому, а не по частинах.

Ключові слова: кредитний договір, кредитне законодавство, зміна, розірвання, відсоткова ставка, застава

Стійкість цивільного обігу забезпечується точним дотриманням сторонами умов домовленості. Однак свобода договору як один із основних принципів цивілістичних відносин створює можливість за взаємною згодою погодити будь-які положення, що не суперечать закону, в тому числі щодо їх зміни чи припинення. Потреба змінити умови договору може виникати і у випадках, не передбачених законом чи договором. З метою забезпечення впевненості сторін у непорушності їхніх зобов'язань ст.162 Цивільного кодексу УРСР 1963 року забороняє односторонню відмову від виконання зобов'язань або односторонню зміну умов договору, за винятком випадків, передбачених законодавчими актами. Дискусійні питання, пов'язані із зміною умов та розірванням договорів у цілому, досліджувались М.І. Брагінським, В.В. Вітрянським [1, с.433-447], В.М. Коссаком [2, с.145-146].

Для кредитного договору зміна його умов є об'єктивно актуальним явищем, оскільки плата за кредит безпосередньо залежить від попиту та пропозиції, реальність виконання позичальником зобов'язань – від стану його кредитоспроможності. Зрештою, потреба у кредиті може і відпасти. Найчастіше випадки зміни стосуються такої умови як плата за кредит. Положення про можливість зміни плати за кредит в разі зміни облікової ставки НБУ містяться у переважній більшості кредитних договорів різних банків. За відсутності згоди позичальника на сплату відсотків за новою ставкою його зобов'язують за умовами договору повернути кошти. Така умова договору суперечить ст.162 Цивільного кодексу УРСР 1963 року, оскільки закріплює право банку змінювати відсоткову ставку за кредитну послугу фактично в односторонньому порядку, згода позичальника має формальний характер. Саме такі ситуації призводять до виникнення судових спорів.

З метою уникнення спорів у кредитних угодах іноді закладають таке положення: "В разі зміни облікової ставки НБУ банк має право в односторонньому порядку змінити відсоткову ставку за кредит". Спірною є думка, що прийняття позичальником такої умови є наперед його згодою на підвищення чи зниження

відсоткової ставки. Суперечливість такого підходу полягає у тому, що згідно із ст.162 ЦК УРСР застосування права на односторонню зміну умов договору допускається у випадках, передбачених законом, але не домовленістю сторін. Однак із вступом в дію нового Цивільного кодексу України концептуальний підхід до вирішення цього питання законодавцем зміниться, оскільки цей нормативний акт у ст.525 аналогічно до Цивільного кодексу Російської Федерації передбачає, що одностороння відмова від зобов'язання або зміна його умов не допускається, якщо інше не встановлено договором або законом.

Отже, допускатиметься можливість закладати в кредитний договір умову про односторонню зміну відсоткової ставки в разі зміни облікової ставки НБУ. Незважаючи на судові спори на практиці і наукові дискусії з цього приводу, банки закладають цю умову в кредитних договорах, сподіваючись на те, що відсоток звернень до суду буде незначним, а решта позичальників все ж таки змушені будуть погодитись у зв'язку із потребою кредитних ресурсів.

З матеріалів банківської практики випливає, що кредитна політика банку базується більш на попиті та пропозиції, відповідно і на депозитних відсотках, процесах інфляції у країні, і відсоткова ставка за кредитну послугу, як правило, набагато перевищує облікову ставку НБУ. Оскільки лише між банками – юридичними особами можливе кредитування за цією ставкою, а відділення від імені юридичної особи не уповноважені на цю операцію, то вони фактично опиняються на місцях більш прив'язаними до інфляційних процесів у державі. Щодо короткострокових кредитів (до одного року) можливим є приблизне прогнозування інфляційних процесів, але стосовно кредитів, виданих на значні терміни, кредитний ризик стає занадто великим і банки продовжуватимуть закладати таку умову в договір.

Керуючись принципом розумності і справедливості, закон повинен з цього приводу встановити деякі межі свободи договору. Щоб вирішити окреслене дискусійне питання, пропонується для визначення розміру відсотків як плати за послугу і права банку на їх зміну запозичити практику нарахування орендної плати з урахуванням індексу інфляції.

Згідно з пунктом 13 Методики розрахунку і порядку використання плати за оренду державного майна, затвердженої постановою КМУ від 04.10.1995 року (зі змінами станом на 16.11.2002 року), розмір орендної плати за кожний наступний місяць визначається шляхом коригування розміру місячної орендної плати за попередній місяць на індекс інфляції за поточний місяць. Державний комітет статистики України щомісяця публікує в "Урядовому кур'єрі" індекс інфляції за минулий місяць. Однак, враховуючи те, що орендна плата сплачується до 15 числа наступного місяця за минулий місяць, а плата за кредит вноситься в кінці поточного місяця, то для цих відносин доведеться застосовувати індекс інфляції за попередній місяць.

Отже, пропонується в кредитне законодавство включити норму: "Щодо кредитних договорів, укладених на строк, не більше року (включно), забороняється зміна умови про плату шляхом збільшення відсоткової ставки. Щодо кредитних договорів, укладених на строк, більше одного року, починаючи з другого року, кредитодавець в односторонньому порядку має право розмір відсоткової ставки за кожний наступний місяць визначати із врахуванням індексу інфляції за попередній місяць. Про відсутність у кредитодавця такого права повинно бути зазначено у

кредитному договорі. Сторони за взаємною згодою мають право змінювати розмір відсоткової ставки з інших підстав. Якщо позичальник не згоден на таку зміну з підстав інших, ніж індекс інфляції, то кредитодавець не має права вимагати дострокового повернення коштів".

Кредитне законодавство не містить обмежень щодо зміни й будь-яких інших умов договору, вимагаючи для цього взаємної згоди сторін, вираженої у такій же формі, як і сам договір. Однак відсутність у законі випадків, коли у сторони виникало б право односторонньої зміни умов договору, зокрема, і за допомогою суду, підкреслює деяку декларативність та упушення чітких підстав застосування п.5 ч.1 ст.6 ЦК УРСР, за яким зміна правовідносин чи їх припинення розглядається як спосіб захисту цивільних прав. Єдине, що презюмується, це порушення контрагентом виконання свого зобов'язання. У кожному конкретному випадку суд має право визначати, чи є достатньою підставою для зміни або розірвання вчинене правопорушення. Для кредитування такими можуть бути нецільове використання кредиту, прострочення погашення банком чергових платежів, відсутність забезпечення (наприклад, у товарно-матеріальних цінностях, що підлягають періодичному поновленню).

В той же час закон навіть не містить вимоги щодо суттєвості таких порушень. Важливо також звернути увагу на такий вагомий недолік судової практики, як відсутність вказівки в самих судових рішеннях на правові наслідки примусового розірвання кредитних договорів, хоч іноді це вкрай необхідно (наприклад, справа №1/314-9/166 Львівського господарського суду).

Запозичення досвіду російського законодавства і введення у Цивільний кодекс України від 16.01.2003 року норм щодо зміни та розірвання умов договору, без сумніву, є необхідним. Специфіка кредитного договору і вагомість для економіки явища, опосередкованого ним, зобов'язує законодавця передбачити й окремі підстави для зміни умов чи розірвання власне цієї угоди.

Зважаючи на оцінювальний характер поняття "невиконання зобов'язань", на доцільність включення в конкретні кредитні угоди особливих умов їх розірвання вказує судова практика. 21.06.2000 року АКБ "Укрсоцбанк" звернувся з позовом до Я.І. про розірвання кредитного договору (справа №2-378/2001 місцевого суду Франківського району м.Львова). Банк уклав цей договір строком на 10 років з Я.І. згідно з Положенням про споживче кредитування працівників системи Укрсоцбанку, відповідно до п.13 якого при звільненні з роботи позичальника за власним бажанням без поважних причин, за згодою сторін та з ініціативи власника або уповноваженого ним органу залишок заборгованості повертається достроково. В разі відсутності у позичальника можливості достроково повернути кредит на залишок заборгованості оформляється додаткова угода про повернення кредиту на загальних умовах. Звільнившись за власним бажанням з роботи, Я.І. відмовився повертати решту кредиту або оформляти додаткову угоду, яка б передбачала не пільгові знижені, а звичайні відсотки. Рішенням місцевого суду Франківського району м.Львова від 11.05.2001 року в позові банку було відмовлено.

Таке вирішення питання видається неправомірним. Вимога згаданого вище Положення щодо повернення залишку заборгованості за пільговим кредитом у разі звільнення працівника є цілком правомірною і має імперативний характер, як і норма про можливість укладення додаткової угоди. Невиконання цих вимог слід розцінювати як невиконання зобов'язання за угодою і кваліфікувати як достатню

підставу для розірвання кредитного договору, а зазначення в договорі будь-якої підстави розірвання домовленості є виявом принципу свободи договору. В той же час ця судова справа підкреслює доцільність внесення до умов договору детального переліку підстав його розірвання, передбачених та непередбачених законом, і уточнення законом такого права сторін на визначення підстав розірвання, не передбачених законом.

З достроковим розірванням договору і функціонуванням забезпечувальних зобов'язань як акцесорних пов'язана цікава ситуація, яка неоднозначно вирішується на практиці. Специфіка виконання зобов'язання позичальником по сплаті частинами основного боргу та відсотків зумовлює спори, які виникають, коли боржник, наприклад, сплачував декілька місяців платежі, а потім не сплачує декілька чергових платежів. Керуючись загальним строком дії договору, не відмежовуючи від нього строків виконання окремих зобов'язань, нотаріуси відмовляють у вчиненні виконавчого напису щодо звернення стягнення на заставлене майно, мотивуючи тим, що строк виконання зобов'язання ще не настав. Зауважимо, що, керуючись ст.1 закону України "Про заставу", кредитодавець набуває права звертати стягнення на заставлене майно в частині, пропорційно до частки невиконаного зобов'язання.

Практика вказує, що кредитодавець, опинившись у такій ситуації, як правило, звертається до суду про розірвання кредитного договору. Так рішенням господарського суду м.Києва від 23.12.1999 року за позовом банку був розірваний кредитний договір за підставою неналежного виконання підприємством договірних зобов'язань щодо сплати відсотків (справа №14/445 господарського суду м.Києва). Однак, звернувшись до нотаріуса з таким рішенням з вимогою про вчинення виконавчого напису щодо звернення на заставлене майно, банк отримав відмову, мотивовану тим, що із розірванням основного договору припинився і договір застави. Така відмова нотаріуса є цілком правомірною. Згодом банк звернувся до суду з позовом про звернення стягнення на заставлене майно. Після неодноразових судових розглядів і рішень різного рівня судових інстанцій Вищий господарський суд України 30.05.2000 року ухвалив рішення про задоволення вимог банку саме шляхом звернення стягнення на заставлене майно (справа №6/22 Вищого господарського суду України). Таке рішення, на нашу думку, не відповідає закону з таких міркувань. Невиконання обов'язку по сплаті відсотків протягом кількох чергових термінів справді може бути підставою для дострокового розірвання кредитного договору, проте правовим наслідком реалізації такого права зобов'язання за кредитним договором припиняється і винна сторона притягується до відповідальності у формі відшкодування збитків та стягнення неустойки. Однак із припиненням основного, забезпеченого заставою зобов'язання відповідно до ст.28 закону України "Про заставу" припиняється і право застави. Отже, кредитодавець, розірвавши кредитний договір, втрачає право застави, тому Вищий господарський суд постановив рішення, що не відповідає національному законодавству.

Якщо позичальник повернув уже частину боргу, а потім припиняє платежі, закон надає кредитодавцю право або розірвати кредитний договір, втративши право застави, і відшкодувати завдані збитки в загальному порядку, або звернути стягнення на заставлене майно в частині невиконаного зобов'язання, або дочекатись закінчення терміну дії усього договору і тоді звертати стягнення на заставлене майно в цілому. Такий механізм захисту прав кредитодавця потребує вдосконалення, а саме

надання йому можливості звертати стягнення на заставлене майно в цілому, а не в частині достроково в разі істотного порушення умов договору позичальником.

Пропонується для вирішення подібних спірних ситуацій внести до кредитного законодавства таку норму: "Якщо позичальник не сплатив трьох чергових платежів (основного боргу і (або) відсотків), то кредитодавець має право вимагати дострокового повернення кредитних коштів, нарахованих відсотків та неустойки шляхом звернення стягнення на заставлене майно в цілому, якщо договором не передбачено інше".

-
1. Брагинский М.И., Витрянский В.В. Договорное право. Кн. первая. Общ. положения. – М.: Статут, 2001. – С.433-447.
 2. Коссак В.М. Розірвання, зміна і припинення договорів // Матеріали УІІ регіональної науково-практичної конференції "Проблеми державотворення і захисту прав людини в Україні". – Л, 2002. – С.145-146.

THE CONDITIONS ALTERATION IN CREDIT CONTRACT AND ITS DISSOLUTION: SOME DEFECTS IN LEGISLATIVE REGULATION

S. Lepeh

*Ivan Franko National University of Lviv,
Universytetska Str.1, UA-79000 Lviv, Ukraine*

The article deals with possibilities of the conditions alteration in the credit contract and its dissolution caused by the freedom of contract principle in civil legal relations regulation. The legislative and contractual regulation of the condition of payment for credit usage, in particular the alteration of interest rate condition is emphasized. The new regulation of this issue in credit legislation is suggested. The problem of money repayment without previous credit contract dissolution in case of violating the obligation of the borrower to return the credit in parts is suggested to be solved by recovering money from the whole object of the gage at once instead of recovering it in parts.

Key words: credit contract, credit legislation, alteration, dissolution, interest rate, gage.

Стаття надійшла до редколегії 17.03.2003
Підписана до друку 30.10.2003

СТОРОНИ ДОГОВОРУ СУБПІДРЯДУ НА КАПІТАЛЬНЕ БУДІВНИЦТВО

С. Сеник

*Львівський національний університет імені Івана Франка
вул. Університетська, 1, 79000, Львів, Україна*

Стаття присвячена аналізу суб'єктного складу договору субпідряду на капітальне будівництво. Досліджується проблема участі фізичних осіб, у тому числі суб'єктів підприємницької діяльності, як сторони-підрядчика у договорі будівельного підряду. Відстоюється і обґрунтовується необхідність закріплення на законодавчому рівні правомірності укладення договору субпідряду на капітальне будівництво фізичними особами.

Ключові слова: договір субпідряду на капітальне будівництво, підрядчик, генпідрядчик, субпідрядчик.

Перехід від адміністративно-планового методу ведення господарства України до ринкових відносин зумовлює необхідність зміни і нормативно-правової законодавчої бази в частині регулювання відносин договору будівельного підряду. Відтак дослідження цієї теми є актуальне, оскільки на сьогодні змінилися правові підстави укладення договору будівельного підряду.

Це питання досліджувалось такими вченими – цивілістами як М. Брагінський, О. Красавчиков, Д. Мейер, Ю. Толстой, Г. Шершеневич та ін.

Пропонована стаття присвячена аналізу суб'єктного складу договору субпідряду на капітальне будівництво.

Одними із найпоширеніших у господарській практиці правовідносинами є підрядні, які включають в себе і договір субпідряду в капітальному будівництві.

Згідно із ст.354 ЦК України договір підряду на капітальне будівництво укладається замовником з однією, двома і більше будівельними організаціями, які вправі як генеральний підрядчик на підставі договору субпідряду доручити виконання окремих комплексів робіт спеціалізованим організаціям. Отже, якщо із договору будівельного підряду не випливає обов'язок підрядчика виконати обумовлену роботу *особисто*, підрядчик вправі залучити до виконання робіт інших осіб, уклавши з ними договір субпідряду. Укладаючи договір субпідряду, підрядчик набуває статусу генерального підрядчика, а спеціалізована організація – статусу субпідрядчика.

Така складна структура договірних зв'язків є настільки характерна підряду, що деколи саме в цьому і вбачають його індивідуалізовану ознаку. Так Д. Мейер у свій час вважав підрядом договір, за яким підрядчик не зобов'язується сам виконувати роботу, а передбачає, що вона буде виконана через посередництво інших осіб, і що робота самого підрядчика переважно не та, яка обумовлюється за підрядом, а полягає тільки у посередництві між особою, яка укладає підряд, і робітниками, які виконують роботу. Так укладається підряд на будівництво споруди; сам підрядчик не бере участі в будівництві, а він тільки наймає робітників, наглядає за ними – словом тільки керує операцією" [1, с.654]

Г. Шершеневич висловлював думку, що договір субпідряду "займає середнє місце між особистим наймом і поставкою" [2, с.483]. Водночас він вбачав і відмінності між ними, які полягали в тому, що "підрядчик самостійно складає план досягнення мети, яку йому вказує його контрагент: "підрядчику дають тільки завдання – побудувати міст, будинок..., але сам спосіб виконання завдання покладається на його особисте вирішення... Підрядчик залучає необхідну робочу силу, стає посередником між робітниками і своїм контрагентом" [2, с.483]

Позиція обох вчених щодо генерального підрядчика зводиться лише до виконання ним посередницької функції між замовником і субпідрядчиком, тим самим йому надається статус посередника.

Дослідження Д. Мейера, Г. Шершеневича та інших учених-цивілістів цього періоду були актуальними стосовно тогочасних економічних умов і засад укладення підрядних договорів.

За умов планової економіки вченими-цивілістами обґрунтовувалася правомірність законодавчої заборони для фізичних осіб бути підрядчиком. У тих економічних та ідеологічних умовах іншої позиції бути не могло.

Економічні умови в сучасний період зазнали істотних змін: від повного знищення приватної ініціативи і повернення до адміністративних методів управління економікою до відродження і законодавчого визнання приватної власності та переходу економіки на ринкові засади функціонування.

Зауважимо, що міжнародна практика підтверджує ефективність у певних випадках, зокрема під час будівництва масштабних об'єктів, залучення спеціальної фігури "інженера". Так Міжнародними умовами договору про будівництво 1977 року передбачена участь інженера від імені замовника. При цьому інженер у рамках, визначених у договорі, вправі давати обов'язкові для підрядника вказівки, наслідки яких несе замовник. Спеціально наголошено, що роботи повинні відповідати вимогам інженера. Відповідно, вказівки і розпорядження підрядчику має право надавати лише інженер, який вправі вносити будь-які зміни у форму, якість і об'єм виконуваних робіт або будь-яку їхню частину, що, на думку інженера, є необхідними. [3, с.189]

Заслуговує на увагу і рекомендація, яка міститься в Міжнародних умовах договору про будівництво, виділяти у договорах ситуації, які потребують спеціального схвалення цих дій інженера замовником [3, с.193]

На генеральних підрядах передусім спеціалізуються потужні будівельні організації. Вони беруть на себе виконання зобов'язань, які пов'язані з будівництвом. Їхні функції можуть полягати: в організації, забезпеченні і веденні робіт одночасно на декількох будівельних майданчиках; в одержанні, аналізі і використанні економічної, управлінської та іншої інформації, пов'язаної з будівельною сферою; у залученні до виконання робіт менш потужних спеціалізованих будівельних організацій та ін.

На сьогодні у зв'язку з невідповідністю одних нормативних актів іншим на практиці постає проблема щодо правомірності укладення фізичними особами, в тому числі суб'єктами підприємницької діяльності, договору субпідряду на капітальне будівництво.

Виходячи з положень ст.353, 354 ЦК України, підрядчиком може бути винятково юридична особа. Аналогічна норма містилася і в Законі України від 6 квітня 2000

року "Про майнову відповідальність за порушення умов договору підяду (контракту) про виконання робіт на будівництво об'єктів" (дію якого зупинено на 2003 рік згідно із Законом України "Про Державний бюджет України на 2003 рік"), яка встановлювала, що підрядчиком можуть бути юридичні особи будь-якої форми власності.

Протилежна позиція міститься в п.2.7 Положення про підрядні контракти у будівництві України (цей підзаконний нормативний акт має рекомендаційний характер), згідно з якими підрядчиками можуть бути юридичні і фізичні особи, які одержали у встановленому законом порядку право (ліцензію) на здійснення будівельної діяльності, або посередницькі, управлінські, консультаційні та інші подібні структури, що підбирають безпосередніх виконавців, укладають з ними контракти, координують їхню діяльність, забезпечують здачу об'єктів в експлуатацію.

Вбачається, що на практиці слід було б керуватися другою позицією. Проте і у вказане Положення слід було б внести зміни щодо можливості участі у договорі будівельного підяду фізичної особи як сторони-підрядчика.

Аналізуючи вищенаведені положення, доходимо висновку, що така неоднозначність законодавця відносно цієї норми зумовлена необхідністю спеціальних знань та навиків і з використанням спеціального обладнання підрядчиком. Проте все це, напевно, не суперечило б можливості укладення договору будівельного підяду фізичною особою, в тому числі суб'єктом підприємницької діяльності. Адже про одержання фізичною особою доходу юридична особа-замовник має повідомити податковим органам. Сама ж фізична особа у наступному за звітним роком зобов'язана також подати податкову декларацію про доходи і здійснити встановлені законом податкові платежі.

Крім того, обов'язковому ліцензуванню згідно із Законом України від 1 червня 2000 року "Про ліцензування певних видів господарської діяльності" (із змінами і доповненнями), підлягає лише така будівельна діяльність, як вишукувальні та проектні роботи для будівництва, зведення несучих та огорожуючих конструкцій, будівництво та монтаж інженерних і транспортних мереж.

Постає питання лише щодо "систематичності" такої діяльності. У Законі України від 7 лютого 1991 року "Про підприємництво" на нього не можна знайти чіткої відповіді. Однак у Декреті Кабінету Міністрів від 17 березня 1993 року "Про податок на промисел" зазначено, що платниками податку на промисел є громадяни України, іноземні громадяни та особи без громадянства як ті, що мають, так і ті, що не мають постійного місця проживання в Україні, якщо вони не зареєстровані як суб'єкти підприємницької діяльності і здійснюють *несистематичний, не більше як чотири рази* протягом календарного року, продаж вироблених, перероблених та куплених продукції, речей, товарів. Отже, зазначений податок на промисел стягується за умови вчинення громадянином певних дій від двох до чотирьох разів. А тому, до громадян, які вчиняють подібні дії більше, ніж чотири рази на рік, мають застосовуватися відповідні норми законодавства про підприємництво.

Хоча на сьогодні чинним на території України є Цивільний кодекс 1963 року, проте його норми не відповідають сучасному життю. Цей Кодекс був прийнятий в той час, коли порядок укладення вказаного договору, права і обов'язки сторін та інше детально регламентувалось імперативними нормами обширного законодавства про капітальне будівництво. При цьому першочергова увага приділялась плановим

передумовам таких договорів, з якими вони були нерозривно пов'язані і які визначали їхній головний зміст. Як вказував з цього приводу О. Красавчіков, ...система генерального підяду – це цивільно-правова форма господарських відносин між замовником і генеральним підрядчиком і відносин виробничого кооперування останнього з іншими підрядчиками при здійсненні *планового* будівництва підрядним способом [4, с.201]

Істотні зміни, які відбуваються в соціально-економічній сфері країни, вносять суттєві корективи у взаємовідносини між замовниками на будівництво об'єктів, генеральними підрядчиками, які відповідають за виконання всього комплексу робіт, передбачених замовленням та субпідрядчиками, котрі залучаються як треті особи (ст.164 ЦК України) для виконання цих робіт. Об'єм будівельних робіт, виконуваних за рахунок бюджетних коштів, особливо у сфері житлового будівництва, значно скоротився.

Інвестиційні вкладення в галузі капітального будівництва мають здебільшого недержавний характер. Більшість підприємств будівельної індустрії вийшли з-під опіки держави. Отже, у зазначеній сфері явно переважають приватні відносини, які потребують адекватного правового регулювання.

Проте і у наш час не слід категорично заперечувати і повністю відкидати можливість планового будівництва. План посідає певне місце, яке визначається джерелами фінансування і формою власності. Договір підяду на капітальне будівництво може бути і плановим (якщо об'єкт має споруджуватися за рахунок коштів державного бюджету).

Підрядні правовідносини у сфері капітального будівництва за власним своїм характером часто виникають з приводу масштабних і особливо складних робіт. Відтак вони передбачають широку участь у них третіх осіб. Такими третіми особами, тобто субпідрядчиками, найчастіше залучаються спеціалізовані фірми і організації. Невеликі будівельні організації ведуть, як правило, вузькоспеціалізовані роботи і спеціалізуються на будівництві об'єктів певного типу (житлові будинки, дороги, комунікаційні системи). Спеціалізація і визначає той об'єм роботи, який генпідрядчик може доручити менш потужній (субпідрядній) організації. Здебільшого, генпідрядчик має можливість вибирати субпідрядчиків. Такий підхід є проявом конкурентних відносин у сфері будівельних відносин. Мета діяльності субпідрядних організацій не така глобальна, як у генпідрядчика. Об'єм доходів і оборотних коштів значно нижчий. Тому субпідрядчика передусім цікавить не сам об'єкт в цілому, а тільки та його частина, яка виступає предметом його спеціалізації, його головним видом діяльності.

Аналізуючи положення нормативних актів, що стосуються договору будівельного підяду, у тому числі субпідрядних відносин у капітальному будівництві, ми бачимо, що багато з них є неможливими для застосування. Перехід від адміністративно-планового методу ведення господарства України до ринкових відносин зумовлює необхідність зміни і нормативно-правової бази в частині регулювання відносин з договору будівельного підяду.

Завдяки цьому знайшли своє вирішення чимало проблемних питань, які виникають з приводу учасників підрядних правовідносин, у нормах нового Цивільного кодексу України. Їхня диспозитивність дає змогу не тільки юридичним, а й фізичним особам виступати стороною – підрядчиком у договорі будівельного підяду. Згідно із ст.857 нового Цивільного кодексу України підрядник має право,

якщо інше не встановлено договором, залучити до виконання роботи інших осіб (субпідрядників), залишаючись відповідальним перед замовником за результат їхньої роботи. У цьому випадку підрядник виступає перед замовником як генеральний підрядник, а перед субпідрядником – як замовник.

Оскільки за новим Кодексом юридичні особи будуть наділятися загальною правоздатністю, то в принципі вони зможуть займатися і будь-якою підприємницькою діяльністю, а тим самим і виступати як підрядчик.

Стосовно фізичних осіб, у тому числі фізичних осіб, суб'єктів підприємницької діяльності, із тексту згаданої статті нового Цивільного кодексу не впливає, що їм забороняється укладати договір будівельного підряду. Звичайно, вони матимуть право виступати як сторона – підрядчик, лише будучи повністю дієздатними, в тому числі і в результаті емансипації.

Отже, у новому Цивільному кодексі України пропонується комплексно врегулювати відносини з будівельного підряду і виділити їх як самостійний інститут договірних прав.

-
1. Мейер Д.И. Русское гражданское право. – М.: Статут, 2000.
 2. Шершеневич Г.Ф. Курс гражданского права. – Тула: Автограф. 2001.
 3. Международное частное право: Сборник нормативных материалов и документов // Сост. М.Ю.Ерпылеева. – М.
 4. Советское гражданское право // Под ред. Красавчикова О.А. – М. Высшая школа, 1985. – Т.2.

PARTIES TO THE SUBCONTRACT OF CAPITAL CONSTRUCTION

S. Senyk

*Ivan Franko Natoinal University of Lviv
Universytetska 1 str., UA-79000 Lviv, Ukraine*

The article deals with subjective composition of the capital construction subcontract. The issue of physical person's participation including entrepreneur's participation as contractor in the construction contract is investigated. The necessity of legislative provision of the lawfulness of the capital construction subcontract concluding with physical persons is argued and substantiated.

Key words: subcontract of capital construction, constructor, general constructor, sub-constructor.

Стаття надійшла до редколегії 14.04.2003
Підписана до друку 30.10.2003

КАТЕГОРІЯ "ДІЛОВА РЕПУТАЦІЯ" В ЦИВІЛЬНОМУ ПРАВІ

О. Ярешко

*Запорізький державний університет,
вул. Жуковського, 66, 69000, Запоріжжя, Україна,
тел. (0612) 64-28-21, e-mail: urist@msat.zp.ua*

Стаття присвячена проблемам визначення та застосування юристами категорії "ділова репутація". Зазначимо, що цей вид нематеріального активу відомий економістам, які оцінюють його на практиці за встановленою схемою оцінки "гудвілу". Існує позитивна та негативна ділова репутація. Однак увагу юристів найбільш привертає саме позитивна ділова репутація – адже саме через неї виникають численні спори в суді.

Ключові слова: репутація, ділова репутація.

З розбудовою демократичного суспільства в Україні, сьогодні також спостерігається інтенсивний розвиток ділового обороту – громадяни та підприємства розвивають власний діловий потенціал, налагоджують економічні та організаційні зв'язки з національними та міжнародними організаціями, суб'єктами підприємницької діяльності. І не менш актуальною сучасною проблемою для українського суспільства є заохочення та висока оцінка соціально – значущої діяльності, напрацювань громадян та підприємств у сфері ділового обігу.

Метою статті є визначення поняття та основних характеристик цінності, що є нерідким об'єктом посягання та відповідного цивільно-правового захисту – ділової репутації.

Право на ділову репутацію та право на захист цього нематеріального права гарантується діючим цивільним законодавством і проголошується в новому Цивільному кодексі України. А проте ні діюче, ні майбутнє законодавство не дає чіткого визначення такої категорії, як "ділова репутація", що й призводить до численних помилок у правозастосовній та у судовій діяльності, і викликає гострі дискусії в теорії цивільного та господарського права. Відтак, актуальність цієї проблеми – незаперечна надзвичайно, і в перспективі поняття ділової репутації та її основні ознаки повинні бути встановлені на законодавчому рівні і, що найважливіше, в Цивільному кодексі України.

Беззаперечною є істина, що репутація особи певною мірою залежить від неї самої, формується вона на ґрунті її поведінки та ставленні до пріоритетів, життєвих цінностей та інтересів інших людей, суспільства та держави. Іншими словами, людина, дбаючи про свою репутацію, узгоджує власні потреби з суспільними пріоритетами, а відтак і суспільство цінує її добре ім'я, та потреби, оцінює її вчинки. Репутація людини формується і шляхом сприйняття іншими людьми її зовнішнього вигляду, що буває джерелом важливої інформації не тільки про її смаки та звички, але й про внутрішню сутність людини.

Залежно від зазначених чинників, репутація може бути позитивною чи негативною, і має досить мінливий характер, зумовлений інформацією, на якій вона ґрунтується. Зауважимо, що на відміну від таких понять як "честь" та "гідність", які, на нашу думку, притаманні лише громадянинові, фізичній особі, така якість як

"ділова репутація" притаманна як фізичній, так і юридичній особі. Це положення підтверджується ст. 7 Цивільного кодексу України 1963 р., де встановлюється право на захист ділової репутації як громадянина, так і організації.

Словник іншомовних слів трактує репутацію як "усталену думку про певну особу, групу, колектив" [1]. Натомість близьке за значенням слово "престиж" той же словник подає як "авторитет, вплив, повагу, якими хто – небудь користується" [2].

В одному синонімічному ряді зі словом "репутація" знаходимо такі його відповідники, як "реноме, імідж, слава" [3]. Натомість слово "престиж", поряд з його синонімами – "авторитетність, вага, вплив" [4] – розміщено у словниковій статті з заголовним словом "авторитет".

Отож можна дійти висновку, що сучасні словники розрізняють репутацію і престиж як явища хоч і споріднені, проте відмінні, причому репутація становить, очевидно, більш динамічну категорію. І якщо престиж вимірюється суспільною вагою особи, її здатністю здійснювати прямий чи опосередкований вплив на прийняття рішень, його наявність завжди визначається певним рівнем позитивної оцінки, то репутація може відбивати (чи на ній може позначитися) увесь спектр громадської думки, у тому числі явно негативне ставлення сторонніх осіб.

В юридичній літературі приділяється чимраз більша увага дослідженню загального явища ділової репутації і визначенню відповідного щодо нього поняття та встановленню її сутності. Зокрема, Р.О. Стефанчук вважає, що під "репутацією" слід розуміти "усталену оцінку фізичної чи юридичної особи, що ґрунтується на наявній інформації про її позитивні та негативні суспільно значимі діяння (поведінку), що відома оточуючим, і в силу цього відображена у суспільній свідомості як думка про особу з точки зору моралі суспільства чи соціальної групи" [5].

Визначення ділової репутації дає і О.А. Дюжева, на думку якої, ділова репутація – це "суспільна думка, яка склалася щодо професійних достоїнств і недоліків особи (громадянина чи організації)" [6].

Цікаву думку з приводу визначення поняття "ділова репутація" висловлює Н.М. Малєйна, яка розуміє під цим явищем сукупність якостей та оцінок, "з якими їх носій асоціюється в очах своїх контрагентів, клієнтів, споживачів, колег по роботі, прихильників (для шоу – бізнесу), виборців (для виборних посад) та персоналікуються серед інших професіоналів у цій галузі" [7].

Згідно зі ст. 2 Закону України "Про банки і банківську діяльність", ділова репутація – це сукупність підтвердженої інформації про особу, що дає можливість зробити висновок про професійні та управлінські здібності такої особи, порядність та відповідність її діяльності вимогам закону.

Вже з наведених характеристик ділової репутації, що подаються у вищезгаданому нормативному акті та різними вченими, можна дійти висновку, що ділова репутація являє собою окремий різновид репутації взагалі і відображає думку суспільства про якості (позитивні чи негативні) колективу, організації, підприємства та установи, конкретної фізичної особи в сфері ділового обігу, в тому числі і сфері підприємництва. Видається, що ділова репутація притаманна не усім суб'єктам цивільного права, а лише тим особам, що здійснюють суспільно значущу діяльність. Не можуть мати ділову репутацію пенсіонери, що не працюють, інваліди, які не мають фізичної можливості займатися якою – небудь справою, домогосподарки та

інші особи, судити про ділові якості та суспільну корисність діяльності яких просто неможливо за їх відсутністю.

Часто наявність ділової репутації, її вагомість та обсяг встановити немає змоги -, адже кожний правосуб'єкт має власний погляд на властиву йому ділову репутацію. Такі проблеми можна було б вирішувати набагато легше, якби експертна оцінка цієї категорії проводилася заздалегідь, що передбачено, наприклад, чинним законодавством України в процесі приватизації державних підприємств. Відповідно до наказу Фонду державного майна та Державного комітету з питань науки і технологій "Про затвердження Порядку експертної оцінки нематеріальних активів" від 27.05.1995 р. №969/97, у разі створення акціонерного товариства комісія з приватизації (корпоратизації) зобов'язана прийняти рішення щодо експертної оцінки нематеріальних активів, у тому числі не відображених в балансі підприємства. До таких нематеріальних активів належить і ділова репутація (гудвіл) – комплекс заходів, спрямованих на збільшення прибутку підприємств без відповідного збільшення активних операцій, включаючи використання кращих управлінських здібностей, домінуючу позицію на ринку продукції (робіт, послуг), нові технології. Крім того, зазначається, що під час приватизації експертній оцінці підлягає лише позитивна ділова репутація.

Наведене нормативне положення є досить спірним для юриста, – адже в даному нормативному акті такі терміни як "ділова репутація" та "гудвіл" вживаються як синоніми. Отож, є привід більш ґрунтовно розглянути поняття "гудвілу" і вживання цього терміна як синоніму до досліджуваного нами поняття "ділова репутація".

Зазначимо, що найперший судовий прецедент, пов'язаний з визначенням та оцінкою гудвілу (ділової репутації) виник в Англії у 1620 р. ("Брод проти Джоліфа"). Крамар Брод, який купив у Джоліфа його справу, заплатив йому вартість товарів та надбавку за гарантію того, що продавець не переїжджатиме на нове місце. Однак продавець переїхав, продовжуючи справу на іншому місці, що суперечило умовам угоди. Справа розглядалася в суді і суд прийняв рішення на користь позивача. Угода була розірвана. Основним предметом розгляду став гудвіл (ділова репутація) проданої справи, котрий на думку позивача, був втрачений, оскільки прихильність покупців змінилася з одного місцезнаходження на інше. Фактично продавець "забрав місцезнаходження" крамниці разом з собою. Було визнано, що місцезнаходження є чинником, що впливає на гудвіл.

Два століття по тому, у 1810 році, місцезнаходження й надалі вважалось головним чинником, що визначає гудвіл. І лише через рік під час розгляду однієї справи визначення гудвілу було суттєво розширено і воно стало нагадувати те визначення, яким оперуємо ми сьогодні.

Справа "Чертон проти Дугласа" вважається головним прецедентом, де використовувалося визначення гудвілу (ділової репутації), яке стало вживатися під час розгляду наступних справ у суді. В цій справі, віцеканцлер суду Вуд зауважив, що було б надто обмежено вважати, що гудвіл – це лише вірогідність того, що дійсні клієнти надалі звертатимуться за звичною адресою, і зазначив, що під гудвілом слід розуміти будь – яку реальну перевагу, яку набула та примножила фірма в процесі своєї діяльності і так може бути пов'язана з місцем, де вона здійснювала свою діяльність, або з назвою фірми, чи з будь – яким іншим елементом, що приносить прибуток фірмі.

З часом, у багатьох судових справах Англії посилялися на таке визначення гудвілу: "Гудвіл уявляє собою перевагу чи користь, накопичену підприємством окрім вартості основного капіталу, запасів та використаної в процесі діяльності нерухомості, що виражається в наданих підприємству перевагах з боку постійних чи звичних клієнтів, та пов'язана з популярністю чи високою професійною репутацією, солідністю, пунктуальністю, чи з іншими випадковими обставинами чи потребами, або навіть давніми упередженнями та забобонами" [8].

Зауважимо, що для юриста України поняття гудвілу також не є новим. Закон України "Про оподаткування прибутку підприємств" від 28.12.1994 р. дає йому чітке визначення, а саме: під гудвілом розуміється нематеріальний актив, вартість якого визначається як різниця між балансовою вартістю активів підприємства та його звичайною вартістю, як цілісного майнового комплексу, що виникає внаслідок використання кращих управлінських якостей, домінуючої позиції на ринку товарів (робіт, послуг), нових технологій тощо.

Англо-російський економічний словник змістовно визначає характеристики гудвілу, серед яких зазначені:

- 1) умовна вартість ділових зв'язків підприємства, грошова оцінка капіталу, якого неможливо досягнути – престиж, досвід ділових зв'язків, стабільна клієнтура;
- 2) грошова оцінка очікуваного перевищення прибутку підприємства, що купується;
- 3) різниця між ціною підприємства в цілому та ціною його реального основного капіталу;
- 4) доброзичливість, прихильність клієнтури;
- 5) різниця між купівельною вартістю підприємства та його балансовою вартістю [9]".

Купуючи працююче підприємство з багатолітніми діловими зв'язками, широко розрекламованою діяльністю та стабільними ринками збуту (що дає змогу новому володільцю упродовж тривалого часу не турбуватися про рекламу та налагодження нових зв'язків), покупець змушений та є готовий заплатити відповідну ціну за підприємство, яке купує.

Прибутковою покупкою слід також вважати ще навіть не розрекламовану та не дуже відому серед споживачів фірму, якщо вона має штат, укомплектований високопрофесійними, висококваліфікованими спеціалістами. За такі переваги також слід платити. І це теж є ділова репутація фірми (гудвіл).

Фахівці, які займаються експертною оцінкою гудвілу (діловою репутації), та вчені – практики, що розробляють методичні та наукові роз'яснення з приводу оцінки ділової репутації (гудвілу), наголошують, що реально оцінити гудвіл (ділову репутацію) фірми можливо лише під час приватизації підприємства, як цілісного майнового комплексу, а також під час акту купівлі – продажу підприємства в цілому або його частини. Для відображення суми гудвілу в бухгалтерському обліку необхідно, по – перше, щоб підприємство було придбане (зміна власника), а, по – друге, щоб на дату придбання існувала різниця між фактичною вартістю придбання чистих активів та їхньою справедливою (оцінною, ринковою) вартістю. Отож, гудвіл стає об'єктом бухгалтерського обліку тільки на момент здійснення продажу (перетворення) підприємства в цілому або його частини.

Як уже зазначалось, професійні, ділові якості можуть оцінюватися контрагентами як позитивно, так і негативно. Відповідно ділова репутація, яка склалася у фірми, чи громадянина може бути як позитивною, так і негативною. У випадку, якщо на дату придбання вартість придбання (вартість, за якою чисті активи фактично придбані покупцем) перевищує їх справедливую (оцінну, ринкову) вартість, ми маємо справу з позитивним гудвілом (діловою репутацією). У цьому випадку покупець, придбаваючи чисті активи, сплачує за них суму, більшу ніж сума, в яку їх оцінено. Позитивний гудвіл (ділова репутація) відображається у бухгалтерському обліку як нематеріальний актив. Облік позитивного гудвілу ведеться на субрахунок 126 "Гудвіл" рахунка 12 Нематеріальні активи". Відображений на субрахунок 126 гудвіл (ділова репутація) у бухгалтерському обліку підлягає амортизації. Так, відповідно до пункту 10 Положень (стандартів) бухгалтерського обліку 19, первісна (балансова) вартість гудвілу зменшується щомісячним рівномірним нарахуванням амортизації протягом терміну його корисного використання, але не більше як 20 років. Термін корисного використання гудвілу встановлюється підприємством самостійно з урахуванням:

- терміну діяльності підприємства, що прогнозується;
- положень нормативно – правових актів або контрактів, що впливають на термін корисного використання;
- змін попиту на продукцію (роботи, послуги) підприємства та інших факторів, що впливають на термін корисного використання гудвілу.

Під час придбання може скластися і протилежна ситуація: на дату придбання справедлива (оцінна, ринкова) вартість чистих активів перевищує вартість, фактично сплачену за них покупцем. У цьому випадку маємо негативний гудвіл, який свідчить про регресну ділову репутацію підприємства, що продається. Отож покупець у цьому випадку фактично придбає підприємство зі знижкою (за ціною нижчою, ніж підприємство було оцінене до продажу), оскільки через негативну ділову репутацію підприємства розраховувати на економічні вигоди в майбутньому не доводиться. Облік негативного гудвілу ведеться на субрахунок 19 "Негативний гудвіл".

Визнавши наявність позитивної та негативної ділової репутації (гудвілу) зазначимо, що для юриста особливий інтерес зосереджується саме на позитивній діловій репутації. Адже саме з приводу неї виникають суперечки щодо поваги, оцінки, порушення, зменшення та відшкодування збитків. Навіть при усій наявності переваг від придбання "розкрученої" фірми чи підприємства, завжди виникає прагматичне запитання: а яка вартість цих переваг? Адже не кожний покупець готовий без зайвих торгів заплатити запрошувану продавцем суму, яку від нього просять. Цю ціну потрібно обґрунтувати, щоб цей покупець був впевнений у реальній компенсації витрат, яких він зазнає.

На завершення перелічимо чинники, які, на нашу думку, повинні обов'язково враховуватися при визначенні поняття "ділова репутація" і є її складовими:

- особиста репутація керівників і працівників, що здійснюють контакти з суб'єктами зовнішнього середовища підприємства;
- досягнення в галузі організації ринку підприємства (ефективна реклама, успішне просування товарів і стимулювання збуту);

- висока кваліфікація і талант персоналу у фінансовій сфері, виробничій галузі, наукових дослідженнях і розробках, маркетингу, продажах, сервісному обслуговуванні;
- кваліфікація і прояв особистих якостей персоналу або власників у таких галузях, як організація роботи персоналу, менеджмент, стосунки з клієнтами, відмінності і переваги у використовуваних методах організації діяльності підприємства;
- наявність клієнтури, прихильність покупців до торгової марки, що зумовлено конкурентноспроможністю продукції, досягнутої завдяки дії великої кількості причин;
- подолання стартових труднощів, бар'єрів входження в ринок;
- сприятливий моральний клімат у колективі;
- досягнутий ефект синергії, одержуваний від поєднання в єдине ціле окремих складових виробництва – капіталу, праці, землі, інформації.

1. Словник іншомовних слів. – К.: Довіра, 2000. – С.801.
2. Там само. – С.759.
3. Словник синонімів української мови: У 2т. – К.: Наук. думка, 2001. – Т 2. – С.522.
4. Словник синонімів української мови: У 2т. – К.: Наук. думка, 2001. – Т 1. – С.216.
5. Стефанчук Р.О. Захист честі, гідності та ділової репутації в цивільному праві. – К.: Науковий світ, 2001.
6. Дюжева О.А. Гражданское право. – М.: БЕК, 2000. – С.733.
7. Малеина Н.М. Защита чести, достоинства и деловой репутации // Законодательство и экономика. – 1993. – №24. – С.18.
8. Ричард Э. Келли, Гленн М. Десмонд. Руководство по оценке бизнеса.-М.: Издание Российского общества оценщиков, 1998. – С.160.
9. Англо – русский экономический словарь.-М.: Русский словарь, 1977. – С.143.

THE CATEGORY "BUSINESS REPUTATION" IN CIVIL LAW

O. Yareshko

*Zaporizhzhya State University,
Zhukovs'kogo Str., 66, UA-69000, Zaporizhzhya, Ukraine,
tel.(0612)64-28-21, e-mail: urist@msat.zp.ua*

This article deals with problems of determination and application of the category "business reputation" by lawyers. The author points out that this non-material asset is known to economists and they can even assess it by means of goodwill assessment scheme. There are positive and negative business reputations. But lawyers are interested in the positive business reputation most of all since this very reputation produces a lot of court disputes.

Key words: reputation, business reputation.

Стаття надійшла до редколегії 26.02.2003
Підписана до друку 30.10.2003

СУДОВО-ПСИХОЛОГІЧНА ЕКСПЕРТИЗА (ІСТОРИКО-ПРАВОВИЙ АСПЕКТ)

Р. Лемик

*Львівський національний університет імені Івана Франка
вул. Університетська, 1, 79000 Львів, Україна*

Юридична психологія – це доволі молода наука, що є похідною загальної психології, має свій предмет та метод, а також систему. Це дає підстави вважати її окремою галуззю знань. Пропонована стаття присвячена питанням судово-психологічної експертизи як складової системи науки юридичної психології. Розвивалася вона паралельно з розвитком наукового знання, що зумовлено природою судової експертизи, внутрішнім змістом, місцем у системі інших наук, функціями та іншими обставинами.

Ключові слова: судово-психологічна експертиза, експерт, спеціальні знання, юридична психологія.

Судово-психологічна експертиза – це інститут юридичної психології, що, як правило, застосовується в цивільному, кримінальному і, рідше, в адміністративному провадженні, тобто у справах, підвідомчих суду. Суддя, не володіючи спеціальними знаннями з психології, залучає до участі в справі фахівця у даній науці. Це дає можливість порівняти висновок експерта з іншими доказами у справі і прийняти законне й обґрунтоване рішення, а відтак забезпечити мету правосуддя.

Експерт – фахівець у галузі психології – проводить експертизу на підставі відповідних процесуальних документів, що приймаються судом, і в ході дослідження застосовує методи, які були розроблені та апробовані, а також продовжують вдосконалюватися в процесі розвитку психологічної експертизи.

Становлення судово-психологічної експертизи пов'язано, по-перше, з розвитком експертизи як засобу доказування і, по-друге, з розвитком психологічної науки. Раніше судово-психологічна експертиза розглядалася як частина психіатричного дослідження чи як особливий вид у судово-психіатричній експертизі (у зв'язку з частковим збігом предмета психології і психіатрії та недостатньою самостійністю психології на певному етапі її розвитку), чи як специфічне педагогічне дослідження [1, с.17-18].

Процес розвитку судово-психологічної експертизи як самостійного виду судово-експертного дослідження умовно поділяють на чотири етапи. Перший етап – ранній – припадає на кінець XVIII ст. – першу половину XIX ст. Це період перших спроб пов'язати психологію з юриспруденцією.

У цей час встановлюється зв'язок законів з індивідуальними особливостями людини, вивчаються етапи допиту обвинувачених і свідків. Аналізується питання психологічних аспектів показань свідка. К. Лаватера започатковує вчення про фізіономіку, суть якого полягає в бажанні визначити психічний стан і психічний тип людини за фізіологічними особливостями будови обличчя. Це послужило основою для розвитку психогностики – застосування психологічної діагностики в судовій практиці.

Очевидно, деякі теорії цього періоду були хибними. Так, наприклад, австрійський лікар і анатом Ф. Галь започатковує основи френології. На його думку, розвиток окремих ділянок кори головного мозку людини впливає на форму її черепа, вивчення якого дасть змогу діагностувати здібності особистості. Лікар навіть розробив своєрідну карту головного мозку, де за кожну якість людини відповідала певна ділянка мозку.

Другий етап процесу розвитку практичної психології припадає на середину й кінець XIX ст.

Засновник антропологічної школи Ч. Ломброзо висуває теорію вродженого злочинця. Згідно з цією теорією в людини є атавістичні риси, що спонукають до скоєння нею злочину. Це ще одна хибна теорія, що не витримала перевірки часом. Проте вона мала й позитивний наслідок: у кримінології вперше починають визнавати самостійним об'єктом вивчення особи правопорушника. До того ж ця теорія започаткувала інститут словесного портрету.

Науковим опонентом Ч. Ломброзо виступає Е. Дюркгейм – представник соціологічної школи, який до причин, що спонукають злочинця скоїти злочин, відносить лише соціальні мотиви.

У 1898 р. Ганс Грос видає першу книжку "Кримінальна психологія". Отже, юридична психологія оформлюється як наука.

На допомогу спостереженню приходять експериментальний метод дослідження. Зокрема, В. Вунд поряд з інтроспекцією застосовує експериментальний фізіологічний метод. Він паралельно досліджує діючі стимули й психічні переживання.

Англійський лікар і фізіолог В. Карпентер розвиває тезу про підсвідому роботу мозку, що послужила поштовхом для дослідження проблеми впливу психічних реакцій на фізіологічні функції організму. Гельм Гольц вперше долає розрив між сенсорними та інтелектуальними елементами пізнавального процесу. Німецький вчений Г. Фехнер закладає початки психофізики. У своїй праці "Елементи психофізики" він припускає детермінізм психічних явищ, що може бути виражений математично.

На цьому етапі вперше починають говорити про судову психологію як науку. Про це свідчать роботи Д. Дриля "Психофізичні типи в їх співвідношенні зі злочинністю і її різновидами (окрема психологія злочинності)", "Злочинність і злочинці (кримінально-психологічні етюди)".

Досягнення експериментальної психології починають використовувати і в судовій практиці (зокрема, В.М. Бехтерев та його учень А.Л. Щеглов). Зростає кількість наукових публікацій, відкриваються лабораторії, головне завдання яких – вивчення психології правопорушника, розробка практичних способів застосування наукових знань у галузі психології.

Третій етап припадає на кінець XIX ст. – першу половину XX ст. Психологія вже стає самостійною наукою. На цей час стрімко зростає зацікавлення експериментальною психологією. Зароджується новий вид експертного дослідження – судово-психологічна експертиза, зроблені перші кроки її використання для потреб правосуддя. Спроби проведення судово-психологічної експертизи належать К. Марбе, В. Штерну, Ж. Варендонку, А. Біне. Незважаючи на те, що одна з праць К. Марбе мала назву "Психолог як експерт в кримінальному і цивільному процесі", судово-експертне дослідження проводиться лише в кримінальних справах.

У 1902 р. В. Штерн застосовує експеримент для дослідження достовірності показань свідків і приходять до висновку, що показання не є на 100% достовірними, оскільки наявний фактор суб'єктивного сприйняття.

Оскільки більша частина території України перебувала на той час у складі Російської імперії, то здобутки російських та українських вчених у галузі емпіричної психології з кінця XIX ст. до 30-х років XX ст. тісно переплелися. В Росії спроба провести судово-психологічну експертизу в кримінальній справі була зроблена ще в 1883 р. Однак лише у 20-30-х роках XX ст. судово-психологічну експертизу поступово почали застосовувати в судочинстві. У 1907 р. на підставі досліджень західноєвропейських учених О. Єлістратов та О. Завадський видають книжку "До питання про достовірність показань свідків (досліди А.Біне і В.Штерна)". У Харкові в 1929 р. виходить праця О. Брусіловського "Судово-психологічна експертиза. Її предмет, методика і межі". В ній вміщено найповніший аналіз перших дослідів судово-психологічної експертизи. В Москві, Санкт-Петербурзі, Харкові, інших містах відкриваються спеціалізовані кабінети і лабораторії. Головна увага приділяється вивченню й аналізу психіки осіб, що підозрюються у скоєні злочину, та свідків.

Активне захоплення судово-психологічною експертизою на ранніх етапах її формування в дечому навіть перебільшує роль судово-експертного дослідження. Вважалося, наприклад, що експерт-психолог не лише має право, але й повинен витіснити ту чи іншу сторону в процесі шляхом встановлення в судово-психологічному дослідженні наявності чи відсутності її вини. Окрім цього, розвиток психологічної науки, так само як і судово-психологічної експертизи, відставав від вимог юридичної практики. Це відображалося на якості і науковій обґрунтованості судово-психологічних досліджень. У зв'язку з цим деякі юристи оголошують судово-психологічну експертизу діяльністю "non grata" і вважають недопустимим її використання в судовій практиці як такої, що ґрунтується на ненауковому, суб'єктивістському підході. У призупиненні розвитку судово-психологічної експертизи не останню роль відіграли також ідеологічні та політичні чинники. Заперечення самої психології, а разом з нею і психологічної експертизи як "буржуазної" (тобто ворожої) науки призвело до повного її занепаду в частині наукових розробок і досягнень [2, с.6].

Четвертий етап – з 60-х років XX ст. до наших днів – це період відродження судово-психологічної експертизи. У 1968 р. прийнято Постанову Пленуму Верховного Суду СРСР "Про внесення доповнень до Постанови Пленуму Верховного Суду СРСР №6 від 3 липня 1963 р. "Про судову практику у справах про злочини неповнолітніх", що офіційно визнає судово-психологічну експертизу засобом доказування, підтверджуючи доцільність залучення до судового процесу спеціаліста в галузі психології як експерта у справах про злочини неповнолітніх з метою визначення здатності неповнолітніх, які мають ознаки розумової відсталості, повністю усвідомлювати значення своїх дій і керувати ними. А в 1980 р. Прокуратура СРСР розробила і прийняла методологічний лист – "Призначення і проведення судово-психологічної експертизи", що послужив нормативною базою для активнішого залучення такого виду дослідження в кримінальному процесі.

Значні досягнення у галузі юридичної психології утворюють її право на самостійне існування як науки, що має своїм предметом лише її властиві закономірності. Якщо загальна психологія – наука про психіку – вивчає загальні

закономірності душевної діяльності людини, то окремі психологічні дисципліни (педагогічна, медична, інженерна, авіаційна психологія) мають свої особливі завдання, вивчаючи закономірності людської психіки, пов'язані з участю людини в тій чи іншій спеціальній галузі суспільної практики.

Юридична психологія – наука, що вивчає психічні явища, пов'язані з участю людини в судочинстві, закономірності людської психіки при здійсненні провадження у справі і виконання різного роду функцій в судовому процесі.

Завдання цієї науки – дослідження джерел та засобів формування і напряду психічної діяльності учасників судового процесу, вивчення і використання психічних закономірностей з метою найбільш успішного вирішення завдань судочинства [3, с.3].

Судово-психологічна експертиза, з одного боку, є окремим інститутом юридичної психології, а з іншого – входить у систему засобів доказування в судовому процесі України.

Чимало вчених, як юристів, так і психологів, присвячують цій темі свої наукові розробки. Зокрема, праці В. Гончаренка, О. Ратінова, М. Коченова, А. Шляхова, М. Костицького, В. Мельника, К. Юдельсона розкривають широкі можливості застосування спеціальних психологічних знань у кримінальному процесі України. Поряд з цим судово-психологічна експертиза в цивільному процесі залишається все ще не дослідженою. Серед учених розробкою цієї теми займаються М. Костицький, Т. Сахнова, Т. Лілуашвілі. Така недостатність теоретичних і методологічних розробок у поєднанні з невідповідністю суддів і відсутністю спеціалізованих лабораторій для проведення цього виду дослідження несправедливо витісняє судово-психологічну експертизу із засобів доказування. Це, очевидно, в свою чергу відбивається на рівні доказування сторонами у справі своїх позицій, а також впливає на всебічність, повноту і об'єктивність розгляду судом обставин справи, а отже, і на обґрунтованість судового рішення.

Можливо, недостатнє поширення застосування спеціальних знань у цивільному процесі порівняно з кримінальним процесом пов'язане також і з нормативним регулюванням цього питання. Адже Кримінально – процесуальний кодекс України (далі КПК) визначає перелік справ, у яких проведення судової експертизи є обов'язковим, тоді як Цивільний процесуальний кодекс пропонує проводити судово-психіатричне експертне дослідження тільки у справах про визнання особи недієздатною (ст.258 КПК). Що стосується психологічної експертизи, то доцільність її проведення у справі законодавець покладає виключно на ініціативу сторін чи суду.

Цивільні справи порівняно з кримінальними, на перший погляд, мають "м'якший" характер. Немає суспільно небезпечного діяння, а є лише правопорушення чи загроза його вчинення в майбутньому, або ж лише таке припущення. Однак ця обставина не означає, що психологічні чинники, наявні тут, не є суттєві, а їх виявлення і врахування менш важливі для встановлення істини у справі.

Якщо спробуємо глибше проаналізувати юридичну природу ряду категорій цивільних справ, то можна побачити, що без встановлення певних обставин психологічного аспекту суду буває досить складно, а часом і неможливо здійснити правосуддя. Інша річ, що психологічні завдання тут більш витончені, потребують детальнішої диференціації у постановці і вирішенні, а отже, і витонченішого,

"ювелірного" психологічного інструменту. Є підстави стверджувати, що таким інструментом може бути судово-психологічна експертиза.

-
1. Костицкий М.В. Судебно-психологическая экспертиза в гражданском процессе. – Львов: Весник Львов.ун-та. Сер.юрид.-1983. – Вып.22.
 2. Сахнова Т.В. Основы судебно-психологической экспертизы по гражданским делам: Учеб. пособ. – М.: Юрист, 1997. – 136с.
 3. Ратинов А.Р. Советская судебная психология. – Мю: Знание, 1967. – 31с.

FORENSIC PSYCHOLOGICAL EXPERTISE (HISTORICO-LEGAL ASPECTS)

R. Lemyk

*Ivan Franko National University of Lviv,
Universytetska Str. 1, UA-79000 Lviv, Ukraine*

Legal psychology is rather a young science deriving from general psychology, having its object and method as well as a system. It gives the reasons for considering legal psychology as a separate field of knowledge. The article is devoted to the issues of forensic psychological expertise as a component of legal psychology science system. It was developed simultaneously with the development of scientific knowledge being conditioned by the nature of forensic expertise, its internal substance, place in the system of other sciences, functions and other circumstances.

Key words: forensic psychological expertise, expert, special knowledge, legal psychology.

Стаття надійшла до редколегії 31.03.2003
Підписана до друку 30.10.2003

ОКРЕМІ ПИТАННЯ КОДИФІКАЦІЇ НОРМ МІЖНАРОДНОГО ЦИВІЛЬНОГО ПРОЦЕСУ В СУЧАСНИХ ІНОЗЕМНИХ ДЕРЖАВАХ

Л. Фединяк

*Львівський національний університет імені Івана Франка,
вул. Університетська, 1, 79000 Львів, Україна
тел. (0322) 96-41-24*

Стаття присвячена деяким питанням кодифікації норм міжнародного цивільного процесу в сучасних іноземних державах. Аналізується законодавство держав-учасниць СНД, держав "сім'ї континентального права", "сім'ї загального права", латиноамериканських держав та держав Африки. Звернено увагу на особливості кодифікаційного процесу в цих державах.

Ключові слова: "іноземний елемент", кодифікація, міжнародний цивільний процес, підсудність, приватне право.

Дослідження питань кодифікації норм міжнародного цивільного процесу у сучасних державах набуває дедалі більшої актуальності. Адже саме сьогодні, в час формування нового законодавства України, як ніколи необхідні знання правотворчого досвіду іноземних держав. Його вивчення допоможе Україні обрати правильний шлях у формуванні законодавства з міжнародного цивільного процесу, а також зручно і доцільно кодифікувати норми цієї правової сфери.

Деякими питаннями кодифікації норм міжнародного цивільного процесу свого часу займалися як вітчизняні, так і зарубіжні вчені. Зокрема, привертають увагу праці В. Кисіля, Л. Лунца, Н. Маришевої, Н. Шебанової [1-4]. Проте вони не містять єдиного описового дослідження питань кодифікації норм міжнародного цивільного процесу сучасних держав. Мета пропонованої статті – узагальнити кодифікаційний досвід сучасних держав (у тому числі й новоутворених) з зазначених питань, проаналізувавши їх законодавство.

Аналіз законодавчих актів держав СНД свідчить про те, що норми цивільного процесуального законодавства, які застосовують до вирішення спорів з "іноземним елементом", містяться переважно у галузевих нормативно-правових актах, правонаступниками яких ці держави себе визнали. Наприклад, у Російській Федерації чинними є Основи цивільного судочинства Союзу РСР та союзних республік від 31 травня 1991 р. та Цивільний процесуальний кодекс РРФСР 1965 р. в редакції Федерального закону від 25 липня 2002 р. Останній розділ Цивільного процесуального кодексу РРФСР регулює цивільні процесуальні права іноземних громадян, осіб без громадянства, іноземних підприємств й організацій (ст.433, 434); визначення підсудності судам РРФСР цивільних справ по спорах за участю іноземних громадян, осіб без громадянства, іноземних підприємств та організацій, а також по спорах, в яких хоч би одна зі сторін проживає за кордоном (ст.434¹); порядок заявлення позовів до іноземних держав і юрисдикцію стосовно акредитованих дипломатичних представників іноземних держав (ст.435); виконання доручень іноземних судів; порядок звернення з дорученнями до іноземних судів (ст.436); виконання рішень іноземних судів та арбітражів (ст.437), порядок

застосування міжнародних договорів з цивільного процесу на території Російської Федерації (ст.438). Чинними у Російській Федерації є Указ Президії Верховної Ради СРСР "Про визнання і виконання в СРСР рішень іноземних судів і арбітражів" та постанова вказаного органу "Про заходи по виконанню міжнародних договорів СРСР про правову допомогу у цивільних, сімейних та кримінальних справах", прийняті 21 червня 1988 р.

Поступово приймаються нові нормативно-правові акти. Сьогодні Конституція Російської Федерації має норми про гарантії цією державою своїм громадянам захисту і заступництва за її межами; про права та обов'язки іноземних громадян і осіб без громадянства у Російській Федерації.

Прийняті Основи законодавства Російської Федерації про нотаріат 1993 р., де перелічено нотаріальні дії, які можуть вчиняти консульські установи цієї держави. У цьому акті вирішено також питання про прийняття нотаріусом документів, складених за кордоном; забезпечення доказів для ведення справ у органах інших держав. Норми з міжнародного цивільного процесуального права є і в Законі Російської Федерації "Про міжнародний комерційний арбітраж" від 7 липня 1993 р.: про діяльність арбітражу; визначення складу третейського суду, його компетенції; порядок провадження, визнання та виконання арбітражних рішень. У липні 2002 р. був прийнятий новий Арбітражний процесуальний кодекс Російської Федерації. Глави 31, 32 та 33 цього Кодексу регламентують провадження в справах за участю іноземних осіб та провадження в справах про визнання і виконання рішень іноземних судів та іноземних арбітражних рішень, що є новим порівняно з законодавством колишнього СРСР, а також України сьогодні. Усього в Росії діє близько 50 нормативно-правових актів тільки з питань арбітражного (третейського) розгляду. Переважно усі вони були прийняті, починаючи з 1993 р. Загалом законодавство цієї держави має риси правонаступності стосовно законодавства колишнього СРСР. Водночас створюється власне законодавство [5, с.88]. Така ситуація є характерною майже для усіх інших держав – республік колишнього СРСР.

У багатьох державах "сім'ї континентального права" цивільні процесуальні норми, які застосовують до спорів з "іноземним елементом", містяться в спеціальних законах з міжнародного приватного права. Найновіші кодифікації міжнародного приватного права майже завжди мають значну кількість процесуальних норм. Розділи, які об'єднують ці норми, є, наприклад, у законах з міжнародного приватного права Швейцарії, Угорщини, Чехословаччини, Югославії, Туреччини. У деяких державах хоч і прийняті такі закони, проте цивільні процесуальні норми містяться у галузевих актах, як, наприклад, у Республіці Польща. Найдетальніший із них – Закон з міжнародного приватного права та процесу Швейцарії 1987 р. Він регулює, зокрема, визначення компетенції суду, визнання та виконання рішень судів та інших органів іноземних держав. Окрему главу складають норми про міжнародну арбітражну підсудність. Загалом у цьому Законі процесуальні правила є майже у кожному з його 13 розділів.

В Указі (Декреті-законі) Президії Угорської Народної Республіки №13 "Про міжнародне приватне право" 1979 р. є норми з питань компетенції угорського суду по розгляду позовів, які виникають із правовідносин з "іноземним елементом". Зазначено категорію справ, провадження по яких проводить виключно угорський суд, а також позови, не підсудні йому (гл.IX). Передбачено правила провадження в судах Угорщини, порядок зносин з іноземними судами чи іншими установами з

метою надання правової допомоги чи виконання доручень і надання інформації про угорське право для забезпечення його дії за кордоном (гл.X). У цьому акті передбачено норми про визнання та виконання рішень, винесених іноземними судами; про взаємність щодо визнання та виконання рішень (гл.XI).

Закон з міжнародного приватного права та процесу Чехословаччини 1963 р. (правонаступниками Закону стали Чехія й Словаччина) має детальні правила про юрисдикцію, встановлення змісту іноземного закону (§53), та ін. [6, с.93-104]. Сьогодні норми цього Закону в Чехії доповнив Закон "Про арбітражний розгляд і виконання арбітражних рішень" 1994 р., а в Словаччині – Закон "Про арбітражний розгляд" 1996 р. Виокремлення норм про арбітраж у самостійний акт пояснюється особливостями провадження в арбітражі та значною кількістю норм, необхідних для регулювання питань, з цим пов'язаних. Свідченням цього є структура зазначених Законів.

Закон колишньої СФРЮ "Про вирішення колізій між законом і нормами іноземного права у певних правовідносинах" 1982 р., що з деякими змінами чинний у Хорватії, Словенії, Сербії та Чорногорії, регулює компетенцію судів й інших органів держави у справах з "іноземним елементом", процесуальну дієздатність іноземців, врахування судом факту провадження в іноземному суді по тій же справі, забезпечення сплати іноземцями судових витрат (гл.3); питання визнання та виконання іноземних судових і арбітражних рішень (гл.4) [7].

Частина друга Закону з міжнародного приватного права та процесу Туреччини 1982 р. також має цивільні процесуальні норми (ст.27–45). Закон з міжнародного приватного права ФРН 1986 р. є одним з прикладів уніфікації процесуальних норм, оскільки його проект готувався у зв'язку з трьома іншими проектами законів, прийняття яких зумовлювалося участю ФРН у різних договорах, зокрема, у двох Гаазьких конвенціях (про визнання та виконання рішень про аліменти і про право, застосовуване до аліментних зобов'язань від 2 жовтня 1973 р.). Враховувався також Договір ЄЕС про право, застосовуване до договірних зобов'язань 1980 р. Зазначені проекти законів і Конвенції стали складовою Закону з міжнародного приватного права ФРН.

У деяких державах "сім'ї континентального права" цивільні процесуальні норми, що застосовуються до вирішення спорів з "іноземним елементом", містяться у цивільних процесуальних кодексах. Прикладом таких актів є ЦПК Болгарії (в редакції Закону від 31 березня 1983 р.), ЦПК Республіки Польщі 1964 р. (з наступними змінами та доповненнями). Кодифікація норм у ЦК була використана й у НДР. Водночас існують інші акти, які регулюють питання арбітражного (третейського) розгляду. Наприклад, розгляд цивільних справ третейським судом у Болгарії регулює "Закон про міжнародний комерційний арбітраж" 1988 р.; у Німеччині – Арбітражний закон 1998 р.; у Іспанії – Закон "Арбітраж" від 5 грудня 1988 р. [8, с.191].

У латиноамериканських державах норми міжнародного цивільного процесу є в конституціях, законах про правовий статус іноземців, цивільних процесуальних кодексах, інших актах. Часто це уніфіковані норми, оскільки вони ґрунтуються на положеннях міжнародного договору – Кодексу міжнародного приватного права від 25 листопада 1928 р. (інакше – Кодексу Бустаманте). Проекти кодексів з міжнародного приватного права, які розроблялися з 60-х–70-х років у латиноамериканських державах, також мали цивільні процесуальні норми. Робота

над проектами кодексів зумовлювалася необхідністю усунути прогалини в законодавстві, яке покликане регулювати відносини з "іноземним елементом", запровадити норми-тлумачення, упорядкувати законодавство, встановити ієрархію джерел міжнародного приватного права.

Результатом кодифікаційних робіт став Бразильський кодекс з застосування юридичних норм 1964 р., який, зокрема, має норми про визнання та виконання іноземних судових рішень. Проект закону, що містив норми міжнародного приватного права, було розроблено у Венесуелі 1963 р. й частково модифіковано 1965 р., проте його норми вирішували тільки деякі проблеми міжнародного процесуального права. Тому в 1998 р. у Венесуелі був прийнятий новий Закон "Про міжнародне приватне право", який в останніх главах вичерпно врегулював питання міжнародного цивільного процесу. У 1974 р. Міністерство юстиції Аргентини схвалило проект кодексу, який складався із національного Закону з міжнародного приватного права й Закону з міжнародного процесуального цивільного та торгового права. Відповідно до Закону з міжнародного процесуального цивільного та торгового права передбачено створення й функціонування у системі федеральної юстиції спеціальних судів для розгляду справ за участю "іноземного елемента". Закон регулює питання визнання та виконання судових рішень. Отже, держави Латинської Америки, як і деякі європейські, здійснюють намір перемістити цивільні процесуальні норми, що застосовуються при вирішенні спорів з "іноземним елементом", які традиційно були у цивільних процесуальних кодексах та інших актах, до спеціальних законів з міжнародного приватного права.

Відомо, що у державах "сім'ї загального права" основним джерелом права є прецедент. Але для регулювання процесуальних питань, які виникають при вирішенні спорів з "іноземним елементом", приймаються нормативно-правові акти. Процесуальне законодавство Великобританії, США та інших держав офіційно не кодифіковане, проте по-своєму систематизоване. Наприклад, у Великобританії останні три десятиріччя відзначаються прийняттям чималої кількості нормативних актів у сфері регулювання зазначених питань. Це зумовлено її участю у кількох Гаазьких конвенціях, вступом у "Спільний ринок", необхідністю імплементації у внутрішнє законодавство багатьох актів, прийнятих ЄС. Таким чином, нормативно-правові акти Великобританії значною мірою уніфіковані. Це Закони про визнання судових рішень про розлучення та роздільне проживання подружжя 1971 р., про виконання рішень по аліментах 1972 р., про арбітраж 1975 р. та про докази при здійсненні судочинства в інших юрисдикціях 1975 р. Норми Акта про імунітет держави 1978 р. уніфіковані відповідно до Європейської конвенції про імунітет держави 1972 р.

Надзвичайно складним є цивільне процесуальне законодавство США, оскільки федеральне право та право штатів є досить різноманітними. Джерелами міжнародного цивільного процесуального права цієї держави, як і тих, чії юридичні системи засновані на принципах "загального" права, є закони, підзаконні акти, прецеденти. У Конституції США 1787 р. вказано, що Конституція і закони США, видані на її підставі, а також договори, які укладаються від імені федерації, вважаються вищим правом держави. Суди кожного штату повинні враховувати ці акти, навіть якщо їх законодавством встановлено інші положення (розд. 2 ст. VI). Питання міжнародного цивільного процесу, зокрема норми про визначення процесуальної дієздатності фізичних і юридичних осіб, врегульовані у Федеральних

правилах цивільного процесу для районних судів США 1938 р. та нормативно-правових актах штатів. Як федеральне законодавство, так і законодавство штатів визначає підвідомчість та підсудність справ, у тому числі за участю іноземних держав, їх громадян чи підданих, якщо позов заявляють у США. Звід законів, який періодично видається у цій державі з 1926 р., регулює й актуальне для неї питання так званої "конкуруючої юрисдикції", тобто допустимості розгляду деяких видів позовів судами штатів чи федерації за вибором позивача (розд.28 §1441–1444). Загалом цивільне процесуальне законодавство США через федеративний устрій більше, ніж законодавство інших держав, потребує уніфікації. Нею займається Американський інститут права з 1923 р. та Національна конференція уповноважених зі створення єдиних законів. Наприклад, Американський інститут права з 1923 р. сприяє кодифікації нормативних актів. Хоч ці збірники формально не мають юридичної сили, проте вони є авторитетним джерелом для суддів, які здійснюють правосуддя.

Національна конференція уповноважених зі створення єдиних законів, що діє при Конгресі США з 1892 р., залучає до роботи з уніфікації законодавства представників різних штатів. Ця конференція розробляє акти та рекомендує штатам розглянути їх та затвердити. Завдяки цій інституції набули поширення: єдині правила про докази, про рішення за позовами про визнання, про суддівську обізнаність у сфері іноземного права, про колізійні питання в цивільному процесі та ін. Міжнародні комерційні спори регулює Закон про арбітраж США, яким керуються комерційні арбітражі цієї держави. Головна арбітражна установа США – Американська арбітражна асоціація у своїй діяльності використовує Регламент комерційного арбітражу доповнений "Додатковими процедурами міжнародного комерційного арбітражу" [9, с.72].

Прецеденти у цивільному судочинстві мають менше значення, ніж законодавство, проте недооцінювати їх не можна. За загальним правилом, рішення, прийняті судами одного штату, не можуть бути прецедентами у інших. Водночас прецеденти враховуються у інших штатах, коли мова йде про застосування законів стосовно підсудності цивільних справ.

Цивільні процесуальні закони США, зокрема перший ЦПК штату Нью-Йорк 1848 р., вплинули на формування законодавства Англії, Індії, Шрі-Ланки, інших держав, що використовували "загальне" право.

Цивільне процесуальне законодавство держав Африки формувалося під впливом правових джерел їх метрополій. Оскільки у цих державах приймають Закони (кодекси) з певних питань (наприклад, про правове регулювання іноземних інвестицій), у них передбачають, зокрема, норми про арбітражний (третейський) розгляд.

Отже, з проаналізованого сучасного законодавства іноземних держав з міжнародного цивільного процесу можна зробити висновок, що кожна держава переважно обирає той спосіб кодифікації, який є характерним для держав тієї правової сім'ї, до якої вона належить. Разом з тим безпосередній вплив на кодифікаційні процеси у сучасних державах має правотворчий досвід інших держав, а також участь тієї чи іншої держави у міжнародних договорах, які містять норми міжнародного цивільного процесу.

1. Кисиль В.И. Правовая реформа в СССР и некоторые аспекты международного частного права // Советское государство и право. – 1990. – №1. – С.98-104.
2. Кисиль В.И. Міжнародне приватне право: питання кодифікації. – К.: Україна, 2000. – 430 с.
3. Лунц Л.А., Марышева Н.И. Курс международного частного права: Международный гражданский процесс. – М.: Юрид. лит., 1976. – 263 с.
4. Шебанова Н.А. Проблемы кодификации законодательства по международному частному праву в странах Латинской Америки // Проблемы современного международного частного права: Сб. обзоров / Отв. ред. М.М. Богуславский. – М.: Юрид.лит., 1988. – С.118-129.
5. Комаров О. Міжнародний комерційний арбітраж в Російській Федерації // Право України. – 1998. – №5. – С.87-93.
6. Бюллетень чехословацкого права. – 1985. –31-2. – С.92-107.
7. Служебни лист. – 1982. №43. – Ст.525.
8. Шишкін В. Про третейський суд Іспанії // Збірник рішень та арбітражної практики Вищого арбітражного суду України. – 1997. – №1. – С.191-193.
9. Пучинский В.К. Гражданский процесс США. – М.: Наука, 1979. – 93 с.

SOME ISSUES OF INTERNATIONAL CIVIL PROCEDURE CODIFICATION IN CONTEMPORARY FOREIGN STATES

L. Fedynyak

*Ivan Franko National University of Lviv,
Universitetska Str.1, UA-79000 Lviv, Ukraine
tel. (0322) 96-41-24*

The article is devoted to some issues of codification of international civil procedure law rules in contemporary foreign States. Legislations of member-States of CIS, continental and common law States, Latin-American and African States are analysed. Attention is paid to peculiarities of codification process within those States.

Key words: "foreign element", codification, international civil procedure, jurisdiction, private law.

Стаття надійшла до редколегії 27.03.2003
Підписана до друку 30.10.2003

ПОШИРЕННЯ НЕПРАВДИВИХ ВІДОМОСТЕЙ ЯК ПІДСТАВА ВИНИКНЕННЯ ПРАВА НА ЗАХИСТ ВІД НЕДОБРОСОВІСНОЇ ІНФОРМАЦІЇ

Н. Якібчук

*Львівський національний університет ім. Івана Франка
вул. Університетська 1, 79000, м.Львів, Україна*

Стаття присвячена проблемам законодавчого регулювання предмета поширення відомостей, що не відповідають дійсності. Значна увага приділена питанню, яка саме інформація вважається такою, що не відповідає дійсності, та/чи завдає шкоди інтересам особи. Внесені і обґрунтовані пропозиції щодо вдосконалення правового регулювання цього поняття та його практичного застосування.

Ключові слова: інформація, відомості, що не відповідають дійсності, поширення.

У практиці розгляду судами позовів про захист честі, гідності і ділової репутації постала проблема, яка, на нашу думку, має значне теоретичне і практичне значення, а саме: проблема тлумачення і практичного застосування судами поняття "поширення відомостей, що не відповідають дійсності", яке вжите в ст.7 ЦК України. Ця норма фактично містить опис складу цивільного правопорушення, яке тягне відповідальність у вигляді обов'язку спростування таких відомостей і відшкодування майнової і моральної (немайнової) шкоди, завданої їх поширенням, якщо такі відомості ганьблять честь і гідність громадянина чи ділову репутацію громадянина або організації.

Згідно з ст.7 ЦК України, "громадяни або організації, **відносно яких поширені відомості**, що не відповідають дійсності і завдають шкоди їхнім інтересам, честі, гідності або діловій репутації, вправі поряд із спростуванням таких відомостей вимагати відшкодування майнової і моральної (немайнової) шкоди, завданої їх поширенням".

Відтак, у вжитому в цьому випадку законодавцем формулюванні термін "відомості" пов'язаний з громадянином та організацією як потенційними позивачами та словосполученням "відносно яких поширені". Звідси маємо поняття "відомості, поширені відносно громадянина або організації".

Практика судового розгляду відповідної категорії справ свідчить, що суди досить часто тлумачать це поняття максимально широко в контексті ст.7 ЦК, і під відомостями, поширеними відносно позивачів, розуміють будь-яку інформацію, яка так чи інакше торкається позивача або зачіпає його інтереси.

Цьому сприяє частково і те, що ні в постанові Пленуму Верховного Суду №7 від 28 вересня 1990 р. з наступними змінами і доповненнями "Про застосування судами законодавства, що регулює захист честі, гідності і ділової репутації громадян та організацій" [1], ні в узагальненнях практики Верховного Суду щодо розгляду справ за позовами до засобів масової інформації про захист честі, гідності і ділової репутації саме цей аспект застосування ст.7 ЦК не висвітлено. Постанова Пленуму Верховного Суду досить детально роз'яснює, що саме слід вважати "поширенням" відомостей, які саме ознаки дають підставу говорити про "приниження відомостями честі і гідності" особи; кого можна вважати належними позивачами і відповідачами за цими позовами тощо. Проте питання, яке коло відомостей підпадає під

формулювання "відомості відносно громадянина або організації" залишається відкритим [2].

Утім, таке формулювання несе в собі велике функціональне навантаження, оскільки поряд з іншими згаданими поняттями саме воно формує об'єктивну сторону цивільного правопорушення, передбаченого ст.7 ЦК України.

Видається, що розширене тлумачення в контексті ст.7 ЦК України поняття "відомостей відносно особи" є неправильним у суто правовому розумінні. Саме до такого висновку приводить системний порівняльний аналіз різних законів, які підлягають застосуванню в таких випадках. У ст.7 ЦК відповідне поняття викладене як "відомості відносно громадянина або організації". У ч.4 ст.32 Конституції України норма, що подібна за змістом до норми ч.3 ст.7 ЦК, сформульована з використанням вже дещо іншої термінологічної формули: "Кожному гарантується судовий захист права спростувати недостовірну інформацію про себе і членів своєї сім'ї та права вимагати вилучення будь-якої інформації, а також право на відшкодування матеріальної і моральної шкоди, завданої збиранням, зберіганням, використанням та поширенням такої недостовірної інформації".

Тобто тут предмет правопорушення, що обговорюється, визначено більш вузько – як **"інформація про особу"**. Аналогічне формулювання вжите в ст.37 Закону України "Про друковані засоби масової інформації в Україні", яка визначає підстави виникнення у громадян, юридичних осіб і державних органів права вимоги від редакції друкованого засобу масової інформації публікації відповідного спростування. Згідно з текстом цієї норми, таке саме право виникає у перелічених осіб щодо спростування "поширених про них відомостей, що не відповідають дійсності або принижують їх честь і гідність". Тут знову-таки можна вичленили формулу "відомості, поширені про особу". При цьому дозволимо собі нагадати зміст п.2 Постанови Пленуму Верховного суду України від 1 листопада 1996 р. №9 "Про застосування Конституції України при здійсненні правосуддя" [3], де котрий раз підкреслюється, що Конституція є нормативним актом найвищої юридичної сили і прямої дії і "суди при розгляді конкретних справ мають оцінювати зміст будь-якого закону... з точки зору його відповідності Конституції і в усіх необхідних випадках застосовувати Конституцію як акт прямої дії".

Відтак маємо два розбіжних визначення одного і того ж поняття у Конституції України та Цивільному кодексі України. Притім суди, розглядаючи відповідні спори, мають виходити з визначення, даного Конституцією України. Отже, у даному разі слід вважати, що підставою відповідальності засобів масової інформації (в складі інших підстав) є поширення відомостей безпосередньо "про особу", а не відомостей "відносно громадянина або організації".

На перший погляд, видається, що це лише незначна термінологічна розбіжність. Однак ця розбіжність має принциповий характер. Це стає зрозуміло, якщо звернутись до Закону України "Про інформацію", який у ст.18 дає класифікацію видів інформації, де, зокрема, виділяється як самостійний вид інформації "інформація про особу" [4]. А в наступних статтях цей закон дає окремі визначення кожного із згаданих у ст.18 видів інформації. Класифікація ця далека від довершеності, проте вона є чинною, і в ній інформація про особу посідає відокремлене місце і, відповідно, визначається певним правовим поняттям, що має самостійне змістове навантаження.

Інформація інших видів, зокрема правова, соціологічна, так, як вона визначена в Законі "Про інформацію", також може стосуватись особи і тому підпадати під

формулу "інформація відносно особи". Але вона, за наведеною в законі класифікацією, не належить до такого виду інформації, як "інформація про особу".

Якщо дотримуватись ст.32 Конституції, то поширення інформації, що не є "інформацією про особу" в точному правовому значенні цього поняття, не може слугувати підставою для позову про відшкодування шкоди.

Ця ситуація є конкретним прикладом того, як штучно може бути обмежена судова практика завдяки перебуванню в полоні солідної за віком ст.7 Цивільного кодексу України.

Новий тлумачний словник української мови визначає відомості як "певні факти, дані про кого–, що – небудь, інформація".

Змістом цих відомостей має бути протиправна, аморальна поведінка (дія чи бездіяльність) особи: вкрав, привласнив, вчинив замах, використав у своїх інтересах, вчинив службовий підлог, відмовився від дитини, написав анонімку тощо.

Ставлення журналіста до певних обставин, вживання епітетів на зразок "некваліфікований адвокат", "жорстокий батько", "недбалий господар" – не може спростовуватись у суді. Проте подібні епітети можуть трактуватись як образа, тобто кримінально-каране діяння.

Як зазначає Верховний Суд України у Правових позиціях щодо розгляду судами окремих категорій цивільних справ, "до відомостей, що порочать особу і можуть спростовуватись в передбаченому ст.7 ЦК порядку, слід відносити ті, які принижують честь, гідність і ділову репутацію громадянина або організації перед громадськістю чи окремими громадянами з точки зору додержання законів, загальновизнаних правил співжиття, принципів людської моралі і не відповідають дійсності або неправдиво викладені" [5].

У практиці українських судів значною проблемою є визначення достовірності та вірогідності інформації як категорій, що впливають на встановлення факту правопорушення чи його відсутності. Судам необхідно враховувати, що для задоволення позову до засобу масової інформації про захист честі, гідності та ділової репутації має бути доведено наявність неправдивої інформації, а також відомостей, що порочать честь і гідність позивача. Досить показовою є справа, що була предметом судового розгляду в Франківському суді м.Львова. Так, Б. звернувся з позовом до редакції газети "Молода Галичина" і Д. про спростування неправдивих відомостей та стягнення моральної шкоди, посилаючись на те, що Д. дав газеті інтерв'ю, в якому навів неправдиві, принижуючі його честь, гідність і ділову репутацію як керівника підприємства та кандидата в депутати міської Ради, відомості напередодні виборів у депутати місцевих Рад.

Згідно з п.2 ст.37 Закону України "Про вибори депутатів місцевих Рад та сільських, селищних, міських голів", передвиборні плакати ("агітки") не повинні містити неправдивих даних щодо особи кандидата в депутати і не повинні носити елементи комерційної реклами.

Суд установив, що позивач у своїх агітках вказав неправдиві дані про займану ним посаду, назву підприємства та його місцезнаходження, які помістив у районі знаходження аналогічного за профілем виробництва підприємства, яким керував Д., що також був кандидатом у депутати міськради, про що він (Д.) заявив в інтерв'ю газеті. Оскільки поширені відповідачами відомості були поширені в прийнятній формі, суд підставно відмовив у позовних вимогах, з чим погодилась судова колегія,

залишаючи рішення Франківського райсуду без зміни, а касаційну скаргу позивача без задоволення [6].

Розглядаючи окремі справи суди часто не враховують згаданих вище положень закону, а в постановлених рішеннях не завжди зазначають, у чому саме полягало опороочення честі і гідності позивача, якими саме неправомірними діями воно було здійснене.

Так Радянський районний суд м.Києва частково задовольнив позов КП "Київський метрополітен" до АТЗТ "Видавництво "Київські відомості", визнавши таким, що не відповідає дійсності, завдає шкоди інтересам позивача та принижує честь і його ділову репутацію надруковане повідомлення про те, що багато станцій столичного метрополітену, всупереч усім світовим канонам побудовані без урахування пасажиропотоку на перспективу а саме: мають лише один вихід, недостатній розмір вестибюлів глибоких станцій та невелику кількість ескалаторів.

Судова колегія Київського міського суду підставно не погодилася з висновком районного суду, оскільки поширена про Київський метрополітен інформація не містить у собі відомостей, які ганьблять позивача. Якщо погодитись із висновком районного суду, то в подібних випадках будь-яку критику технічних рішень народногосподарських об'єктів слід визнати протиправною [7]. Поняття "недостовірна інформація" застосовується в частині 3 ст. 32 Конституції України: "Кожному гарантується судовий захист права спростовувати недостовірну інформацію...". В той же час, в інших законодавчих актах такого поняття немає.

Допускається іноді й досить широке трактування судами поняття "неправдива інформація", коли в рішеннях не наводяться переконливі дані, в чому саме полягає неправдива інформація, яку моральну шкоду заподіяно позивачеві, в якому розмірі вона підлягає компенсації.

Наприклад, Нікопольський міський суд Дніпропетровської області задовольнив позов Л. до газети "Нікопольська правда" про захист честі, гідності та ділової репутації, зобов'язав редакцію газети вибачитись перед ним за публікацію статті "За вибір зі здоровим глуздом" та постановив рішення про стягнення з редакції на користь позивача 3 тис. грн. в якості компенсації моральної шкоди. Цей спір виник у зв'язку з публікацією у газеті повідомлення про те, що: "...у Верховну Раду від нашого округу реально претендують Д., Л. та Б. Як не важко виборцю, а вибір робити треба. Саме від цього вибору залежить припинення приватизації (в її нинішньому розгнужданому вигляді) до повного економічного обґрунтування. Це головне питання, з яким не справився Л." (автор. – він був депутатом ще до проведення цих виборів). У цитованому повідомленні не вбачається провини редакції газети або кореспондента. В рішенні суду не наведено і переконливих доказів того, що повідомлення порочить честь та гідність позивача і що йому заподіяно моральну шкоду в розмірі 3 тис. грн.

Судова колегія Дніпропетровського обласного суду скасувала зазначене рішення і направила справу на новий розгляд, після чого Нікопольський міський суд постановив ухвалу про залишення позову без розгляду [8].

Закони України, що регулюють інформаційні відносини і право на інформацію, використовують поняття "інформація, що не відповідає дійсності" та "інформація, що викладена неправдиво". За своїм філологічним змістом ці поняття близькі. Однак поняття "недостовірна інформація" за змістовим навантаженням є ширшим, ніж поняття "інформація, що не відповідає дійсності", бо не має елементу категоричності

й вміщує в себе приховане посилення на її суб'єктивну оцінку з боку розповсюджувача. Законодавчо визнано, що інтенсивність інтелектуальної праці, її нерегульована тривалість за умови жорсткої регламентації редакційного і технологічного циклу підготовки та випуску видань та програм, постійне морально-психологічне навантаження і напруженість, виконання службових обов'язків і реалізація творчих планів у стресових ситуаціях, професійна творча діяльність в екстремальних умовах, наявність об'єктивних і суб'єктивних труднощів та перешкод у добуванні інформації тощо, є специфічними рисами та умовами діяльності журналістів (ч.1 ст.12 Закону України "Про державну підтримку засобів масової інформації та соціальний захист журналістів" [9]). Зазначені умови праці створюють реальну можливість помилки в формулюванні та поданні інформації ЗМІ про органи влади, самоврядування, публічних і посадових осіб. Тому, видається, що під час розгляду справ за позовами до засобів масової інформації у зв'язку з їхньою діяльністю суди мають застосовувати конституційну термінологію як таку, що найбільш вдало враховує об'єктивні особливості інформаційної діяльності засобів масової інформації та журналістів.

Термін "вірогідність" застосовується в ч.1 ст.5 Закону України "Про інформацію", де вказано, що "Основними принципами інформаційних відносин є:... об'єктивність, вірогідність інформації...".

За своїм семантичним значенням поняття "достовірний", "вірогідний" виражають оцінку факту з погляду суб'єкта, в даному випадку журналіста чи засобу масової інформації. Оцінка будь-якого факту як достовірного або недостовірного залежить від багатьох чинників, у тому числі від фахової підготовки, досвіду, компетенції редактора, журналіста, від наявності часу для обробки інформації, пошуку додаткових джерел тощо. Тому інформація, яку журналіст чи редактор сприймали та оцінювали на час виходу засобу масової інформації як достовірну, може згодом виявитися частково або повністю неправдивою, оманливою [10]. Це, безумовно, рішуче впливає на визначення судом міри вини і, відповідно, – на рівень відповідальності журналіста та засобу масової інформації. Поняття "достовірність" і "вірогідність" дуже близькі за змістом і можуть тлумачитися як "достойний віри", "віри гідний". Однак, на думку фахівців, поняття "вірогідність" має в собі приховане значення "можливість", тоді як "достовірність" такого значення не має, тобто є більш категоричним.

Щодо поняття "об'єктивність", то воно характеризується поданням засобами масової інформації максимальної кількості суджень про певну подію або факт. У той же час, зрозуміло, що можливість такого подання суттєво обмежена умовами роботи журналістів.

Характерним прикладом оцінки достовірності, вірогідності та об'єктивності інформації журналіста щодо дій органу влади є рішення Європейського суду у справі "*Торгейрсон проти Ісландії*". Європейський суд, зокрема, зазначив у своєму рішенні: "Можна використовувати те, що говорять люди. Або навіть чутки. Аби були ці чутки настільки схожі та численні, щоб їх не можна було вважати брехнею" [11].

Практичне значення викладеного полягає в можливості визначення таких особливостей, що повинні враховуватись під час розгляду такої категорії справ:

- 1) специфіка та умови діяльності журналістів, визначені ст.12 Закону України "Про державну підтримку засобів масової інформації та соціальний захист журналістів", передбачають допустимість підготовки ними матеріалів щодо

- діяльності органів влади, місцевого самоврядування, їхніх посадових та службових осіб у межах "достовірності", а не "відповідності дійсності";
- 2) зазначені чинники зумовлюють також і міру об'єктивності інформації, межі якої в подібних випадках значно ширші, ніж у звичайному її розумінні;
 - 3) із змісту норм ст.29 (ч.1, п.10) Закону України "Про друковані засоби масової інформації (пресу) в Україні", ст.38 (ч.1, п."ж") Закону України "Про телебачення і радіомовлення" випливає, що ЗМІ можуть публікувати зазначений вище авторський матеріал журналіста, оцінюючи його в межах "вірогідності".

1. Матеріали науково – практичної конференції "Судова практика у справах за позовами до ЗМІ". – К – 1999. – 13-14 трав.-с.-46 (Виступ О. Жуковської.)
2. Постанова Пленуму Верховного Суду України "Про застосування Конституції України при здійсненні правосуддя" від 1 листопада 1996 р.№9. – Постанови Пленуму Верховного Суду України (1995-1998). Правові позиції щодо розгляду судами окремих категорій цивільних справ. -К.: Юрінком Інтер, 1998.
3. Закон України "Про інформацію" від 2 жовтня 1992року. – ВВР. –1992-№48 – ст.650.
4. Правові позиції щодо розгляду судами окремих категорій цивільних справ.. – Постанови Пленуму Верховного Суду України (1995-1998). Правові позиції щодо розгляду судами окремих категорій цивільних справ. -К. – Юрінком Інтер, 1998.
5. Узагальнення практики розгляду судами Львівської області цивільних справ за позовами до ЗМІ (журналістів) та за позовами останніх в 1999р.
6. Вирішення судами справ за позовами до засобів масової інформації. – Вісник Верховного Суду України – 2000р. – 34(20).-с.-16.
7. Вирішення судами справ за позовами до засобів масової інформації. – Вісник Верховного Суду України – 2000р. – 34(20).-с.-17.
8. Закон України "Про державну підтримку засобів масової інформації і соціальний захист журналістів" від 23 вересня 1997 року. ВВР – 1997 – №50, ст.302.
9. М. Полудьонний, О. Терлецький. Цивільно – правова відповідальність ЗМІ і журналістів у зв'язку з їхньою професійною діяльністю// Українське право. – №2. – 1999. – С.108.
10. Практика Європейського Суду з прав людини. Рішення. Коментарі -К.-1999.

FALSE INFORMATION DISSEMINATION AS GROUND FOR EMERGENCE OF THE RIGHT OF RELIEF FROM BAD FAITH INFORMATION

N. Yakibchuk

*Ivan Franko National University of Lviv
Universytetska Str. 1, UA-79000 Lviv, Ukraine*

The article deals with the issue of legal regulation of the object of the false information dissemination. The question of qualifying the information to be false and/or harmful for the person is emphasized. The suggestions about the legal regulation involvement of this question are made and substantiated.

Key words: information, false information, dissemination.

Стаття надійшла до редколегії 4.04.2003
Підписана до друку 30.10.2003

СФЕРА ЗАСТОСУВАННЯ ДАВНОСТІ ПРИМУСОВОГО ВИКОНАННЯ ДОБРОВІЛЬНО НЕВИКОНАНОГО ОБОВ'ЯЗКУ

В. Цікало

*Львівський національний університет імені Івана Франка,
бул.Університетська, 1, 79000 Львів, Україна*

Стаття присвячена проблемі сфери застосування давності примусового виконання добровільно невиконаного обов'язку. Давність примусового виконання добровільно невиконаного обов'язку застосовується до вимог про примусове виконання рішень про захист матеріальних цивільних прав. Давність примусового виконання добровільно невиконаного обов'язку поширюється на вимоги про примусове виконання рішень про присудження та частини перетворювальних рішень. Перелік вимог, на які не поширюється давність примусового виконання, повинен збігатися з переліком вимог, на які не поширюється позовна давність.

Ключові слова: давність, примусове виконання, рішення про захист

Із реформуванням законодавства України про виконавче провадження постала проблема сфери застосування давності примусового виконання добровільно невиконаного обов'язку.

Для вирішення цієї проблеми передусім необхідно окреслити коло рішень про захист цивільних прав та інтересів, що підлягають примусовому виконанню, а також встановити на вимоги про примусове виконання яких із них поширюється давність пред'явлення виконавчого документа до виконання (ст.22 Закону України "Про виконавче провадження").

Розв'язання зазначеної проблеми започатковано у публікаціях і дослідженнях В.І. Тertiшнікова, Р.В. Тertiшнікова, М.Й. Штефана, Є.Г. Пушкара, В.І. Комарова, Д.М. Притики, В.С. Щербини, І.Б. Морозової та інших вчених.

Разом з тим нерозв'язаним залишається питання про те, які саме рішення про захист цивільних прав та інтересів можуть бути примусово виконані, а які з них не пред'являються для примусового виконання. Немає однозначної позиції щодо доцільності визначення переліку вимог, яких не стосується давність примусового виконання добровільно невиконаного обов'язку.

З'ясуванню цих та інших питань присвячено дану статтю.

Процес примусового виконання рішень про захист цивільних прав може розпочатися лише з ініціативи стягувача або його представника, прокурора у випадках представництва інтерсів громадянина або держави в суді. Матеріальне цивільне право, що підлягає здійсненню в примусовому порядку, ще до моменту звернення з вимогою про примусове виконання рішення про його захист, може в порядку правонаступництва перейти до іншої особи. Ця інша особа – правонаступник стягувача, відповідно до ч.2 ст.11 Закону України "Про виконавче провадження", не вважається стягувачем. Стягувач – це фізична або юридична особа, на користь якої чи в інтересах якої видано виконавчий документ. У ч.4 цієї ж статті передбачено можливість проведення заміни стягувача його правонаступником лише при вступі останнього у виконавче провадження. На момент звернення до суду із заявою про

примусове виконання рішення виконавче провадження ще не є розпочатим. Позбавлення правонаступника стягувача права на захист суперечило б природі цього права.

На мій погляд, після переходу цивільного права, яке підлягає примусовому здійсненню, до правонаступника він повинен набувати правового статусу стягувача, незалежно від того, розпочалось виконавче провадження чи ні. Тому пропоную перше речення ч.2 ст.11 Закону України "Про виконавче провадження" доповнити словами: "...а також її правонаступник". Отож примусове виконання може бути розпочатим також з ініціативи правонаступника стягувача.

Згідно з п.3.1. Інструкції про проведення виконавчих дій, затвердженій наказом Міністерства юстиції України від 15 грудня 1999 року №74/5, з такою ініціативою може також виступити суд щодо справ про: стягнення аліментів, відшкодування збитків, завданих злочином, відшкодування шкоди, заподіяної каліцтвом чи іншим ушкодженням здоров'я або втратою годувальника, стягнення грошових сум з посадових осіб, винних у незаконному звільненні чи переведенні працівників, та ін.

На думку В.І.Тертишнікова та Р.В.Тертишнікова "ініціатором порушення виконавчого провадження можуть бути інші органи і посадові особи, які за законом можуть приймати рішення, що підлягають виконанню" [1, с.30]. Напевно, висловлена думка стосується тих випадків, коли відповідний орган чи посадова особа приймають рішення в інтересах держави, якщо вона виступає суб'єктом публічних правовідносин. Наприклад, постанови, винесені органами (посадовими особами), уповноваженими законом розглядати справи про адміністративні правопорушення. Разом з тим, відповідно до закону, рішення, що підлягають примусовому виконанню можуть приймати, наприклад, комісії з трудових спорів або третейські суди. Однак це не означає, що названі органи можуть ініціювати примусове виконання прийнятих ними рішень.

Якщо винесено рішення про захист цивільного права, незалежно від того, хто є його носієм, ініціатором примусового виконання може виступати лише носій цього права, а не орган, яким винесено рішення. Це пояснюється диспозитивністю у здійсненні цивільних прав. Особи здійснюють належні їм цивільні права вільно, на власний розсуд (ч.1 ст.12 нового ЦК України). Лише від волевиявлення суб'єкта цивільного права залежить його реалізація, в тому числі, і в примусовому порядку. Носій матеріального цивільного права, на користь якого винесено рішення про захист, може і не бути зацікавленим у його примусовому здійсненні. Особі, цивільне право якої порушено, достатнім може виявитися сам факт винесення рішення на її користь. Чи звертати його до примусового виконання— вона вирішує сама. Тому порушення виконавчого провадження не повинно відбуватися з ініціативи інших суб'єктів (навіть суду), яких носій цивільного права не уповноважував на звернення з вимогою про примусове виконання.

Подібну позицію зайняло Львівське обласне управління юстиції у своєму листі, який адресований головам місцевих судів Львівської області. У листі констатується, що суди області безпосередньо скеровують на виконання до відділів державної виконавчої служби виконавчі документи за всіма категоріями цивільних справ. Разом з тим, відповідно до вимог ст.348 Цивільного процесуального кодексу України, за кожним рішенням, яке набрало законної сили або допущено до негайного виконання, за заявою особи, на користь якої постановлено рішення, видається один виконавчий лист. У зв'язку з цим виконавчий лист може бути видано лише за наявності

письмової заяви зацікавленої сторони. Згідно з вимогами п.3.1. Інструкції про проведення виконавчих дій, державний виконавець відкриває виконавче провадження при безпосередньому надходженні із судів виконавчих документів лише щодо окремих категорій справ, передбачених у цьому пункті. В інших випадках державний виконавець має підстави відкрити виконавче провадження виключно за заявою стягувача (його представника) або за заявою прокурора. У разі надходження безпосередньо із суду виконавчого документа, який не входить у відповідний перелік, державний виконавець вправі повернути такий виконавчий документ на адресу суду, не відкриваючи виконавчого провадження [2].

Як видається, положення п.3.1. Інструкції про проведення виконавчих дій в частині визначення переліку цивільних справ, рішення по яких можуть виконуватися примусово з ініціативи суду, не відповідає диспозитивності у здійсненні цивільних прав, а також вимогам ст.18 Закону України "Про виконавче провадження" та ст.348 ЦПК України. У ст.18 Закону України "Про виконавче провадження" передбачено відкриття виконавчого провадження лише за заявою стягувача або його представника, прокурора у випадках представництва інтересів громадянина або держави в суді та в інших передбачених законом випадках. Інструкція про проведення виконавчих дій не є законом, а тому не може передбачати таких випадків. Крім того, ст.348 ЦПК України, згідно з якою виконавчий лист видається лише за заявою особи, на користь якої постановлено рішення, не передбачає жодних винятків із цього правила. Іншими словами, видача виконавчого листа за рішеннями, що передбачені у переліку Міністерства юстиції України (п.3.1. Інструкції про проведення виконавчих дій), теж має відбуватися винятково на підставі заяви заінтересованої сторони. Тому пропоную вилучити із п.3.1. Інструкції про проведення виконавчих дій четвертий абзац, в якому передбачено цей перелік. Виконавче провадження не повинно розпочинатися з ініціативи органу, який прийняв рішення про захист цивільного права. Воно може ініціюватися лише носієм такого права, або уповноваженою ним особою.

Без пред'явлення вимоги про примусове виконання рішення про захист не може бути відкрито виконавче провадження і прийнято до виконання виконавчий документ. Ця вимога, відповідно до ст.18 Закону України "Про виконавче провадження", оформляється у вигляді заяви. Закон не регламентує форми та змісту такої заяви. Однак, на думку авторів навчального посібника "Виконання судових рішень", "заява, яка подається на примусове виконання рішення має бути письмовою і містити зміст заявленого клопотання" [3, с.67]. Ця позиція дотримується і на практиці. Державні виконавці вимагають, щоб стягувачі подавали письмово оформлені заяви із зазначенням вимоги про примусове виконання рішення. Так, вимагаючи відкриття виконавчих проваджень з виконання рішень судів, стягувачі звертаються до відділів Державної виконавчої служби з письмовими заявами [4; 5; 6]. До заяви про відкриття виконавчого провадження, тобто про примусове виконання добровільно невиконаного обов'язку, стягувач зобов'язаний додати виконавчий документ, що підлягає виконанню (п.1 ст.18 Закону України "Про виконавче провадження").

Заяви– вимоги про примусове виконання рішень про захист цивільних прав можуть бути пред'явлені органів примусового виконання лише в межах строків, встановлених у ст.21 Закону України "Про виконавче провадження". Цією статтею встановлено строки давності примусового виконання добровільно невиконаного

обов'язку. Отже, *давність примусового виконання добровільно невиконаного обов'язку застосовується до вимог про примусове виконання рішень про захист матеріальних цивільних прав.*

Перелік рішень, що підлягають виконанню Державною виконавчою службою встановлено у ст.3 Закону України "Про виконавче провадження". Звернення з вимогами про їх примусове виконання можливе в межах строків пред'явлення виконавчого документа до виконання. Давність примусового виконання добровільно невиконаного обов'язку поширюється на вимоги про примусове виконання:

- рішень, ухвал і постанов судів у цивільних справах;
- вироків, ухвал і постанов судів у кримінальних справах у частині майнових стягнень (давність примусового виконання добровільно невиконаного обов'язку не застосовується до "...вироків суду в частині конфіскації майна і накладення штрафу як засобів кримінального покарання, оскільки їх виконання можливе в межах давності виконання обвинувальних вироків" [7, с.530]);
- мирових угод, затверджених судом;
- рішень, ухвал, постанов господарських судів;
- виконавчих написів нотаріусів;
- рішень третейських судів;
- рішень комісій по трудових спорах;
- рішень іноземних судів і арбітражів у передбачених законом випадках;
- рішень Європейського Суду з прав людини з урахуванням особливостей, передбачених Законом України "Про виконання рішень Європейського Суду з прав людини";
- рішень державних органів, прийнятих з питань володіння і користування культовими будівлями та майном;
- рішень Антимонопольного комітету України та його територіальних відділень у передбачених законом випадках;
- рішень інших органів державної влади, якщо за законом їх виконання покладено на Державну виконавчу службу.

До рішень інших державних органів, що підлягають примусовому виконанню, належать, наприклад, рішення органів виконавчої влади з питань земельних ресурсів. Ці органи, відповідно до ст.158 Земельного кодексу України, можуть приймати рішення у спорах щодо земельних сервітутів. У разі невиконання таких рішень добровільно вони можуть бути пред'явлені для примусового виконання до державної виконавчої служби.

Проте, не всі із перелічених вище рішень про захист підлягають примусовому виконанню. Наприклад, за способом захисту рішення, зокрема судові, прийнято поділяти на три види:

- рішення про присудження;
- рішення про визнання;
- перетворювальні рішення.

Рішенням про присудження боржник– відповідач зобов'язується до примусового здійснення добровільно невиконаного ним обов'язку, яке полягає у вчиненні певних дій або утриманні від їх учинення на користь кредитора. Типовими прикладами рішень про присудження є рішення про стягнення аліментів, про виселення із жилих

приміщень, про відшкодування збитків або моральної шкоди, про усунення перешкод у користуванні майном та ін. "Характерною особливістю таких рішень є їх здатність бути виконаними в примусовому порядку" [8, с.8].

У рішенні про визнання суд або інший орган, організація чи особа підтверджує наявність або відсутність між сторонами спору певних правовідносин, в існуванні яких у них виник сумнів. Залежно від мети, яка досягається із постановленням рішень про визнання, вони поділяються на позитивні і негативні. Рішення, які спрямовані на підтвердження наявності певних правовідносин між сторонами спору (наприклад, про визнання права власності на житло) називаються позитивними. Якщо ж у рішенні підтверджується відсутність певних правовідносин між сторонами спору (наприклад, про визнання договору недійсним), таке рішення визнається негативним. "Характерною особливістю рішень про визнання, – як стверджує професор Є.Г. Пушкар, – є те, що вони ніколи не вимагають примусового виконання, а захист права здійснюється безпосередньо рішенням" [8, с.8]. Із набранням законної сили рішенням про визнання захист є таким, що вже відбувся. Від протилежної сторони не вимагається вчинення якихось дій або утримання від них. "Такі акти не слід розглядати як підстави виконання" [9, с.430].

Перетворювальні рішення покликані перетворити наявні між сторонами спору правовідносини, в існуванні яких у них немає сумнівів. Залежно від мети постановлення таких рішень вони поділяються на:

- 1) рішення, спрямовані на зміну правовідносин (наприклад, про виділ частки із спільного майна);
- 2) рішення, спрямовані на припинення правовідносин (наприклад, про розірвання договору).

Ті перетворювальні рішення, реалізація яких залежить від подальшої поведінки (вчинення певних дій чи утримання від них) протилежної сторони можуть бути примусово виконані. Наприклад, виділ частки із спільного майна одному із співвласників, як правило, неможливий без певних активних дій або, навпаки, утримання від них, інших учасників спільної часткової власності. Якщо ж вони не вчиняють дій щодо виділу частки, або ж перешкоджають у цьому, рішення про виділ буде виконано примусово. Стосовно реалізації таких перетворювальних рішень як, наприклад, про розірвання шлюбу чи визнання особи такою, що втратила право користуватися жилим приміщенням, то вони не потребують примусового виконання.

Треба погодитись з Є.В. Васьковським, на думку якого існують рішення, що не потребують примусового виконання: "такими є рішення по установчих (про визнання) та багатьох перетворювальних позовах" [10, с.191]. В таких випадках "...фактично йдеться не про виконання, а про реалізацію рішення суду, оскільки реалізуються всі рішення, а виконуються не всі" [11, с.169].

Отже, примусовому виконанню підлягають усі рішення про присудження та частина перетворювальних рішень, за якими на одну із сторін покладається обов'язок вчинити певну дію чи утриматися від її вчинення. Саме з таких рішень може виникнути вимога про їх примусове виконання. Давність примусового виконання добровільно невиконаного обов'язку відтак поширюється на вимоги про примусове виконання рішень про присудження та частини перетворювальних рішень.

У Законі України "Про виконавче провадження" не встановлено переліку вимог, на які не поширюється давність примусового виконання добровільно невиконаного

обов'язку. З цього можна зробити висновок, що рішення стосовно вимог, до яких не застосовується позовна давність, теж можуть бути пред'явлені до примусового виконання лише в межах строків, встановлених ст.21 Закону України "Про виконавче провадження". Отже, право на захист цивільних матеріальних прав, навіть якщо на вимоги, що виникають з цих прав, не поширюється позовна давність, все ж має часову межу. Такою межею є давність примусового виконання добровільно невиконаного обов'язку. Як видається, така позиція законодавця є помилковою.

Давність примусового виконання добровільно невиконаного обов'язку, як і позовна давність, має своїм безпосереднім предметом впливу один із елементів права на захист. Разом з тим з її настанням право на захист не може бути реалізовано взагалі, як і зі спливом позовної давності. Передбачені законом матеріально-правові вимоги вилучені із сфери дії позовної давності для того, щоб цивільні права, з яких ці вимоги виникають, могли бути захищені в будь-який час. Встановлення для них часової межі у вигляді давності примусового виконання добровільно невиконаного обов'язку є непослідовним і невиправданим.

З тих же міркувань, з яких на певні матеріально-правові вимоги не поширюється позовна давність, на них не повинна поширюватись і давність примусового виконання добровільно невиконаного обов'язку. Тому пропоную доповнити Закон України "Про виконавче провадження" новою статтею, де передбачити перелік вимог, на які не поширюється давність примусового виконання добровільно невиконаного обов'язку. Цей перелік вимог повинен збігатися з переліком вимог, на які не поширюється позовна давність.

На підставі цього дослідження можна дійти до певних висновків.

Виконавче провадження може ініціюватися лише носієм матеріального цивільного права та інтересу або уповноваженою ним особою. Давність примусового виконання добровільно невиконаного обов'язку застосовується до вимог про примусове виконання рішень про захист матеріальних цивільних прав та інтересів. Вона поширюється на вимоги про примусове виконання лише рішень про присудження та частини перетворювальних рішень. Доцільним є встановити перелік вимог, на які не поширюється давність примусового виконання. Він повинен збігатися з переліком вимог, на які не поширюється позовна давність.

-
1. Закон Украины об исполнительном производстве: научно-практический комментарий / Тертышников В.И., Тертышников Р.В.—Харьков: Консум,2000.-128с.
 2. Лист Львівського обласного управління юстиції головам місцевих судів Львівської області від 20.11.2001 р. №05-07/ 642 // Архів Львівського обласного управління юстиції
 3. Штефан М.Й. та ін. Виконання судових рішень: Навч. посіб.—К.: Юрінком Інтер,2001.-320с.
 4. Виконавче провадження №314 2001 р. // Архів відділу Державної виконавчої служби Личаківського районного управління юстиції у м.Львові
 5. Виконавче провадження №490 2001 р. // Архів відділу Державної виконавчої служби Личаківського районного управління юстиції у м.Львові
 6. Виконавче провадження №544 2001 р. // Архів відділу Державної виконавчої служби Личаківського районного управління юстиції у м.Львові

7. Штефан М.Й. Цивільний процес: Підручник для юрид. спеціальностей вищих закладів освіти.–К.: Ін Юре,1997.–608с.
8. Пушкар Є.Г. Провадження в суді першої інстанції. Позовне провадження. Тексти лекцій для студентів юридичного факультету.–Львів: Юрид.фак-т Львів.ун-ту ім. Івана Франка,1998.-51с.
9. Цивільне процесуальне право України: Підручник для юрид. вузів і фак. / За ред. В.В. Комарова.-Харків: Право,1999.-592с.
10. Морозова И.Б. Некоторые проблемы исполнительного производства / материалы Всероссийской конференции "Государство и право на рубеже веков".–М.,2001.
11. Притика Д.М., Тітов М.І., Щербина В.С. та ін. Арбітражний процес: Навч. посіб.-Харків: Консум,2000.-Ч.ІІ.-416с.

THE APPLICATION OF NEGATIVE PRESCRIPTION FOR COMPULSORY FULFILMENT OF THE OBLIGATION UNFULFILLED VOLUNTARILY

V. Tsikalo

*Ivan Franko National University of Lviv
Universytetska Str. 1, UA-79000 Lviv Ukraine*

The article is devoted to the issue of negative prescription application for the compulsory fulfilment of the obligation, which is not fulfilled voluntarily. The negative prescription for the compulsory fulfilment of obligation unfulfilled voluntarily is applied to the claims of compulsory execution of judgements for the protection of material civil rights. The negative prescription for the compulsory fulfilment of obligation unfulfilled voluntarily embraces the claims of compulsory execution of award judgements and some part of converting judgements. The list of claims to which the negative prescription for the compulsory fulfilment is inapplicable shall coincide with the list of claims to which there is no limitation of action.

Key words: negative prescription, compulsory fulfilment, judgements for protection.

Стаття надійшла до редколегії 27.02.2003

Підписана до друку 30.10.2003

ПРАВОВІ ЗАХОДИ ЗАОХОЧЕННЯ МІЖНАРОДНОЇ ТЕХНІЧНОЇ ДОПОМОГИ

М. Михайлів

*Львівський національний університет імені Івана Франка,
вул. Університетська, 1, 79000 Львів, Україна
тел. (0322) 96-47-60*

У статті аналізуються правові заходи заохочення міжнародної технічної допомоги, показано, що вдосконалення заходів заохочення посідає значне місце в механізмі правового регулювання відносин щодо залучення міжнародної технічної допомоги. Вміле використання досвіду, знань у сфері міжнародної технічної допомоги, розвиток нових технологій, приплив технічної і фінансової допомоги та створення сприятливих умов у сфері заходів заохочення залучення сприятиме стабілізації і швидкому розвитку економіки, здійсненню нових реформ і перетворень.

Ключові слова: міжнародна технічна допомога, донор, реципієнт, заходи заохочення, звільнення від оподаткування та сплати мита.

Важливу роль у залученні міжнародної технічної допомоги відіграють правові заходи заохочення. Неоднозначно вони висвітлюються як в літературі, так і в законодавстві. Наголошується навіть на доцільності виділення "заохочувальних" правовідносин. На думку Г. Знаменського, у рамках цих правовідносин необхідно застосовувати заходи заохочення економічного характеру та інший позитивний правовий вплив. [1] Відтак вдосконалення заходів заохочення посідає значне місце в механізмі правового регулювання відносин щодо залучення міжнародної технічної допомоги.

Залучення міжнародної технічної допомоги сприятиме розвитку економіки України, підвищенню технічного та якісного рівня виробництва, підвищенню наукового потенціалу, ліквідації існуючих диспропорцій і дефіцитів на ринку України.

Система міжнародного заохочення залучення міжнародної технічної допомоги практикується в зарубіжних країнах уже протягом тривалого часу. В нашій країні тільки починають запроваджувати певні заохочення та стимули, які мають своє закріплення тільки в міжнародних договорах про надання міжнародної технічної допомоги та в листах митних та податкових служб. З метою врегулювання цих питань український законодавець підготував проект Закону України "Про внесення змін до Закону України "Про податок на додану вартість", де передбачив звільнення від податку міжнародної технічної допомоги, яка безоплатно надається донором реципієнту. Такі пільги також законодавець закріплює і в проекті Закону України "Про міжнародну технічну допомогу". На жаль, на сьогодні не має чинного нормативного акта на рівні закону, який би вирішив ці питання та сприяв залученню міжнародної технічної допомоги.

З метою розробки механізму звільнення від оподаткування та сплати мита, зборів та тарифів, який відображений у договорах про надання міжнародної технічної допомоги Україні, необхідно:

- 1) щоб виконавець програми надання міжнародної технічної допомоги Україні та реципієнт, визначений в рамках відповідної програми, мали легальний статус в Україні;
- 2) передбачити в міжнародних договорах положення про надання пільг у галузі зборів та мита.

Виконавцями робіт у рамках надання міжнародної технічної допомоги Україні в більшості випадків є іноземні суб'єкти. Винятком є лише ситуації, коли для надання міжнародної технічної допомоги створюються і реєструються в Україні спеціальні неприбуткові організації.

У постанові Кабінету Міністрів України "Про створення єдиної системи залучення, використання та моніторингу міжнародної технічної допомоги" міститься визначення виконавця, зокрема: виконавець – це будь-яка особа (резидент або нерезидент), що має письмову угоду з донором або уповноваженою донором особою та забезпечує реалізацію проекту (програми). Подібне визначення дається і в проекті Закону України "Про міжнародну технічну допомогу". А проте ні проект, ні постанова не конкретизує, хто ж саме може бути виконавцем. Законодавством також передбачено лише порядок акредитації виконавців юридичних осіб – нерезидентів. Щодо інших виконавців, то ні постанова, ні проект закону не врегульовує цього питання, тобто створюється прогалина в законодавстві.

Щоб вести облік виконавців, які працюють у рамках програм міжнародної технічної допомоги, тобто для легалізації іноземних організацій, було запропоновано процедуру акредитації. За своїм змістом ця процедура є своєрідним аналогом акредитації іноземних представництв та організацій в Україні. Важливо пам'ятати, що цей різновид акредитації потребує попередньої реєстрації програми (проекту), в рамках якої має намір працювати відповідна іноземна організація. Це, зокрема, підкреслюється як постановою, так і в проекті закону, а саме зазначається, що підставою для акредитації виконавців є державна реєстрація проектів (програм) міжнародної технічної допомоги. Тобто лише після включення програми (проекту) до Державного реєстру проектів (програм) міжнародної технічної допомоги у порядку, встановленому Кабінетом Міністрів України, проводиться акредитація виконавця.

Конкретний порядок акредитації виконавців програм визначається постановою Кабінету Міністрів України "Про створення єдиної системи залучення, використання та моніторингу міжнародної технічної допомоги", де зазначено, що до Міністерства економіки та з питань європейської інтеграції документи, необхідні для акредитації виконавця, подаються мовою оригіналів з обов'язковим офіційним перекладом українською мовою. Розглянувши подані документи, Міністерство економіки та з питань європейської інтеграції приймає рішення щодо акредитації виконавця, яка підтверджується свідоцтвом про акредитацію виконавця проекту міжнародної технічної допомоги, що видається на термін дії договору (контракту) або проекту (програми).

Складніша ситуація з розробкою універсального механізму звільнення учасників виконання програм міжнародної технічної допомоги від сплати ввізного мита, податку на додану вартість, податку з доходів та інших податків та платежів.

Найбільш "демократичний і конструктивний" підхід у підтвердженні пільг, визначених договорами про надання міжнародної технічної допомоги, пропонує Митний кодекс України. Стаття 67 цього Кодексу стверджує, що "митні пільги для

міжнародних, міжурядових організацій та представництв іноземних держав при них, а також для персоналу цих організацій і представництв та членів сімей персоналу визначаються відповідними міжнародними угодами України. Крім того, міжнародним неурядовим організаціям, іноземним підприємствам, організаціям та їхнім представництвам, а також іноземним співробітникам цих підприємств, організацій і представництв та членам їхніх сімей митні пільги можуть надаватись законами України. Використання предметів, щодо яких надано пільги стосовно обкладення митом в інших цілях, ніж ті, у зв'язку з якими було надано такі пільги, без дозволу митних органів України тягне за собою накладення штрафу на громадян і на службових осіб – від ста до двохсот відсотків суми мита, не сплаченого у зв'язку з наданням пільг".[2]

Законодавством визначений механізм оподаткування прибутку окремих підприємств та організацій, які беруть участь у виконанні програм міжнародної технічної допомоги. Зокрема у ст.4 Закону України "Про оподаткування прибутку підприємств" зазначено, що під час обрахунку прибутку з валового доходу виключаються кошти або майно, що надходять у вигляді міжнародної технічної допомоги, яка надається іншими державами відповідно до міжнародних угод, що набрали чинності у встановленому законодавством порядку. І далі зазначається, що "звільняється від оподаткування прибуток підприємств, отриманий за рахунок міжнародної технічної допомоги, яка надається на безоплатній та безповоротній основі для подальшої експлуатації та зняття енергоблоків Чорнобильської АЕС з експлуатації, перетворення об'єкта "Укриття" на екологічно безпечну систему та забезпечення соціального захисту персоналу Чорнобильської АЕС і населення міста Славутич". [3]

Як бачимо, норми цього Закону, які регулюють одне і те ж правове явище – надання міжнародної технічної допомоги – не відзначаються послідовністю. Деякою мірою відбувається дублювання окремих нормативних положень. Як уже згадувалось, проблема полягає у вибірковій ратифікації Верховною Радою України міжнародних угод про надання Україні міжнародної технічної допомоги. До того ж дається взнаки відсутність повноцінного закону про міжнародну технічну допомогу.

Механізм звільнення від оподаткування учасників надання міжнародної допомоги в частині податку на прибуток передбачає також і штрафні санкції за неналежне виконання. В Законі сказано, що "у разі порушення цільового використання міжнародної технічної допомоги одержувач її зобов'язаний збільшити податкові зобов'язання, а також сплатити пеню, нараховану на суму отриманих пільг, виходячи з 120 відсотків облікової ставки Національного банку України, що діяла на день збільшення зобов'язань у встановленому законом порядку".

Гірше виглядає ситуація із звільненням міжнародної технічної допомоги від податку на додану вартість. Закон України "Про податок на додану вартість" також визначає подвійний підхід у визначенні таких пільг, оскільки в ньому чітко не передбачено звільнення міжнародної технічної допомоги від оподаткування. Однак замість посилення на міжнародні договори діє лише загальне положення про звільнення від оподаткування міжнародної технічної допомоги, яка може бути віднесена до категорії благодійництва. З такої позиції виходять податкові органи, які своїми внутрішніми актами, прирівнюючи категорію міжнародної технічної допомоги до благодійництва, звільняють її від оподаткування.

Закон конкретизує, що звільняються від оподаткування операції з "безоплатної передачі товарів (робіт, послуг), у тому числі при їх ввезенні (пересиланні) на митну територію України, закладам науки, фізкультури і спорту, що утримуються за рахунок бюджетів; закладам дошкільної, початкової, середньої, професійно-технічної та вищої освіти, закладам охорони здоров'я, культури; релігійним, благодійним організаціям, зареєстрованим у порядку, встановленому законодавством, а також операції з безоплатної передачі таких товарів (робіт, послуг) набувачам (суб'єктам) благодійної допомоги відповідно до законодавства України".

Під безоплатною допомогою Закон розуміє надання товарів (робіт, послуг) набувачам благодійної допомоги без будь-якої грошової, матеріальної або інших видів компенсацій благодійній організації такими отримувачами або іншими особами, пов'язаними з ними. Порушення правила "безоплатності" прирівнюється до навмисного ухилення від оподаткування. Правила маркування та порядок розподілу товарів, отриманих як благодійна допомога, а також контролю за цільовим розподілом благодійної допомоги у вигляді конкретно наданих послуг або виконаних робіт встановлюються Кабінетом Міністрів України.

Закон встановлює окремі винятки. Зокрема, не підлягають звільненню від оподаткування операції з подання благодійної допомоги у вигляді товарів (робіт, послуг), оподаткованих акцизним збором, цінних паперів, нематеріальних активів та товарів (робіт, послуг), призначених для використання у підприємницькій діяльності, перелік яких визначається Кабінетом Міністрів України. Зокрема, звільняються від оподаткування в рамках програм технічної допомоги окремі операції, пов'язані із виконанням робіт щодо підготовки до зняття енергоблоків Чорнобильської АЕС з експлуатації та перетворення об'єкта "Укриття" на екологічно безпечну систему. До складу цих операцій входять:

- ввезення (пересилання) на митну територію та закупівлі на митній території України товарів (сировини, матеріалів, устаткування та обладнання);
- виконання робіт та надання послуг, що здійснюються в рамках міжнародної технічної допомоги.

У разі порушення цільового використання зазначених товарів або виконання робіт та надання послуг платник податку зобов'язаний за результатами податкового періоду, на який припадає таке порушення сплатити податки в розмірі податку на додану вартість, що мала бути сплачена в момент ввезення на митну територію України таких товарів або виконання робіт та надання послуг, а також сплатити пеню, нараховану на таку суму виходячи з 120 відсотків облікової ставки Національного банку України, що діяла на день виникнення податкового зобов'язання та за період від дати ввезення таких товарів або виконання робіт і надання послуг до дати збільшення податкових платежів.

Механізм отримання звільнень від податку на додану вартість для такого виду робіт викладено в листі Державної податкової адміністрації України від 26 грудня 1999 року "Про оподаткування податком на додану вартість проектів, які фінансуються Урядом США і безпосередньо пов'язані із зняттям з експлуатації енергоблоків ЧАЕС". Цим листом підтверджено чинність Положення про порядок надання підтверджень щодо звільнення від оподаткування товарів, коштів, послуг та майна, що надходять в Україну за проектами Міжнародної програми ядерної безпеки для здійснення заходів, передбачених Угодою між Урядом України та Урядом США щодо підвищення експлуатаційної безпеки, зниження ступеня ризику експлуатації та

зміцнення систем регулювання цивільних об'єктів в Україні від 25 жовтня 1993 року. Це ж положення передбачає, що право на одержання підтвердження щодо звільнення від оподаткування товарів, коштів, послуг та майна мають українські організації – отримувачі (реципієнти) товарів, коштів, послуг та майна, які безпосередньо уклали контакт з уповноваженою донором організацією (підприємством, установою) – виконавцем програми (проекту). Вирішення питання підтвердження відношення ресурсів, які використовуються для виконання субпідрядів другої ланки в рамках проектів Міжнародної ядерної безпеки, може бути довідка – підтвердження, затверджена в додатках до Положення. Довідку видає спеціальна Агенція при Міністерстві економіки та з питань європейської інтеграції України для всіх вище названих організацій.

На підставі такої довідки державні податкові органи на місцях повинні застосовувати звільнення від оподаткування ПДВ операцій, які виконуються за проектами матеріально-технічної допомоги субпідрядниками другої ланки.

Аналогічні заходи щодо звільнення від сплати ПДВ по Чорнобильському проекту розробила Державна митна служба України. У червні 1999 року було затверджено Інструкцію про порядок контролю митними органами за справлянням під час митного оформлення товарів, увезених (пересланих) на митну територію України, та перерахуванням до бюджету податку на додану вартість. В Інструкції сказано, що на період виконання робіт з підготовки до зняття і зняття енергоблоків Чорнобильської АЕС з експлуатації та перетворення об'єкта "Укриття" на екологічно безпечну систему звільняється від оподаткування ПДВ операції з ввезення (пересилання) на митну територію України товарів (сировини, матеріалів, устаткування та обладнання), які виконуються за кошти міжнародної технічної допомоги, що надається на безоплатній та безповоротній основі. Вищезазначені роботи проводяться з метою подальшої експлуатації, підготовки до зняття та зняття енергоблоків Чорнобильської АЕС з експлуатації, перетворення об'єкта "Укриття" на екологічно безпечну систему та забезпечення соціального захисту персоналу Чорнобильської АЕС і населення міста Славутича. На відміну від попереднього положення Інструкція містить поширення цієї норми на інші програми міжнародної технічної допомоги. В ній підкреслюється, що у разі ввезення на митну територію України товарів у межах міжнародних договорів, належним чином ратифікованих Верховною Радою України, якими передбачено звільнення від оподаткування ПДВ, застосовуються норми міжнародних договорів.

Відповідно до указу Президента України від 23 жовтня 2000 року N1159 "Про Міністерство економіки та з питань європейської інтеграції України", на Міністерство економіки та з питань європейської інтеграції України покладено такі обов'язки:

- 1) забезпечувати разом з іншими центральними органами виконавчої влади реалізацію державної політики у сфері економічного та технічного співробітництва з міжнародними організаціями, іноземними державами, відповідними міждержавними і регіональними організаціями, уповноваженими установами іноземних держав щодо реалізації економічних програм та проектів;
- 2) вносити пропозиції щодо визначення пріоритетних напрямів та організовувати в межах своїх повноважень роботу із залучення в економіку

України іноземних кредитів, іноземних інвестицій, грантів, міжнародної технічної допомоги;

- 3) координувати заходи з розроблення і реалізації програм та проектів міжнародної технічної допомоги;
- 4) проводити їх державну реєстрацію, здійснює моніторинг їх впровадження;
- 5) контролювати додержання умов реалізації таких програм та проектів.

Крім цього, відповідно до постанови Кабінету Міністрів України від 15 лютого 2002 року №153 "Про створення єдиної системи залучення, використання та моніторингу міжнародної технічної допомоги", Міністерство економіки та з питань європейської інтеграції України видає свідоцтво та інші документи, які підтверджують пільги, привілеї та імунітети, визначені законодавством та міжнародними договорами України стосовно персоналу і організацій, що забезпечують реалізацію в Україні програм та проектів міжнародної технічної допомоги, у тому числі податкові, митні та інші пільги щодо обладнання, матеріалів і майна, які надходять у рамках співробітництва.

Сьогодні зроблено спробу законодавчо врегулювати питання пільг щодо оподаткування та митного оформлення. В проекті Закону України "Про міжнародну технічну допомогу" зазначено, що міжнародна технічна допомога, операції з реалізації проектів (програм) міжнародної технічної допомоги звільняються від оподаткування, митних зборів та будь-яких інших зборів відповідно до законів України та міжнародних договорів України, які набрали чинності в установленому порядку.

Майно, призначене для забезпечення реалізації проекту (програми) міжнародної технічної допомоги, власником (розпорядником) якого протягом періоду реалізації цього проекту (програми) є донор, виконавець або інша особа, переміщується через митний кордон України в режимі тимчасового ввезення, якщо це передбачено таким проектом (програмою). Митне оформлення та звільнення від оподаткування міжнародної технічної допомоги, операції з реалізації відповідних проектів (програм), а також митне оформлення майна, що переміщується через митний кордон України в режимі тимчасового ввезення, здійснюється за наявності відповідного підтвердження. Видається воно на підставі державної реєстрації проекту (програми) міжнародної технічної допомоги у порядку, встановленому спеціально уповноваженим органом разом з центральними органами виконавчої влади, які забезпечують здійснення державної податкової і митної політики, державної політики у сфері зовнішніх зносин України.

У разі нецільового використання відчуження зазначеного майна (якщо це не передбачено проектом (програмою) міжнародної технічної допомоги) до закінчення періоду реалізації цього проекту (програми) ввізне мито, податок на додану вартість та інші податки та збори (обов'язкові платежі) справляються в установленому законом порядку.

Отже, у заохоченні міжнародної технічної допомоги важливе місце посідають правові засоби. Вдосконалення організаційно правових засад залучення міжнародної технічної допомоги забезпечить приплив капіталовкладень в економіку України, піднесення всіх галузей виробництва на вищий щабель розвитку, зміцнення наукового потенціалу.

1. Знаменский Г. Хозяйственный механизм и право. – К.: Наук. думка, 1988.-С.103.
2. Митний кодекс України. //Відомості Верховної Ради України.-1995, – №4, – С.28.
3. Закон України "Про оподаткування прибутку підприємств". //Відомості Верховної Ради України.-1997. – №27. – С.181
4. Проект Закону України "Про міжнародну технічну допомогу", поданий для розгляду Верховною Радою України 17 січня 2002 року

LEGAL MEASURES OF ENCOURAGING INTERNATIONAL TECHNICAL ASSISTANCE

M. Mykhailiv

*Ivan Franko National University of Lviv,
Universytetska Str. 1, UA-79000 Lviv, Ukraine,
tel. (0322) 96-47-60*

Legal measures of encouraging international technical assistance are analysed in the article. The process of encouraging measures improvement is shown to take a significant place in the mechanism of legal regulation of relations in the sphere of international technical assistance. The efficient application of the experience and knowledge in the sphere of international technical assistance, the development of new technologies, the receipt of technical and financial assistance and the provision of conditions, necessary for the encouraging processes, will facilitate stabilization and economic recovery, reforming and transformations.

Key words: international technical assistance, donor, recipient, measures of encouraging, taxes and duties exemption.

Стаття надійшла до редколегії 13.03.2003

Підписана до друку 30.10.2003

ПРАВОВЕ РЕГУЛЮВАННЯ ВИКОРИСТАННЯ РЕПРОДУКТИВНИХ ТЕХНОЛОГІЙ В УКРАЇНІ

О. Пунда

*Хмельницький інститут регіонального управління та права,
вул.Театральна, 8, 29000, Хмельницький, Україна
тел. (0382) 76-42-70, e-mail: root@hirup.km.ua*

Стаття присвячена проблемам правового регулювання використання репродуктивних технологій, штучного запліднення та права на донорство. Пропоновано визначення поняття репродуктивних технологій.

Ключові слова: репродуктивні технології, донорство, правове регулювання.

Негативний вплив багатьох чинників техногенного та антропогенного характеру активно відображається на рівні народжуваності в Україні. Соціально-економічні негаразди, побутові незручності, збільшення рівня психологічного навантаження та звичайного фізичного виснаження зумовлюють у своїй сукупності катастрофічне зниження народжуваності у країні. Проблеми у сфері охорони здоров'я, загострення та поширення інфекційних хвороб, пропагування здорового способу життя спричиняють зростання кількості безплідних подружніх пар.

Одним з ефективних засобів подолання проблеми неможливості самостійної реалізації подружжям своєї репродуктивної функції є передбачена законодавством можливість застосування методів штучного запліднення та імплантації ембріона.

Репродуктивні технології покликані забезпечити "штучну", а не природно-властиву окремій людині реалізацію права на материнство та права на батьківство.

Відтак винятково важливого значення набуває необхідність науково-теоретичного аналізу правових засад використання сучасних репродуктивних технологій в Україні.

Наукові дослідження у сфері правового регулювання цих відносин ведуться у декількох напрямках. Одним з найважливіших серед них, безумовно, – це цивілістичний аспект "штучної" реалізації права на материнство та права на батьківство.

Проте, незважаючи на активізацію досліджень у даній сфері, залишаються ще не вирішеними питання поняття *репродуктивних* технологій, змісту та елементів суб'єктивного права особи у сфері застосування репродуктивних методів лікування.

Різноманітним елементом регулювання практичної реалізації репродуктивних методів приділяють увагу вітчизняні та зарубіжні науковці, зокрема З.В. Ромовська, Л.О. Красавчікова, М.М. Малєїна, О.В. Тихоміров, М.О. Ардашева, Т.Д. Гурська, Л. Красицька.

Науково-теоретичний аналіз зазначених проблем сприятиме комплексному підходу до створення можливостей підвищення ефективності використання методів подолання безпліддя.

Репродуктивні методи в Україні почали застосовувати ще з 1987 р., а бурхливий розвиток біології, особливо таких складових цієї науки, як, наприклад, біологія

розвитку (онтогенетика), експериментальна ембріологія, наприклад, у кінці ХХ ст. відкриває нові можливості не природно-біологічного вирішення питання безпліддя.

Діяльність медичних установ (лабораторій), що використовують зазначені репродуктивні методи, регламентується декількома нормативно-правовими актами. Проте коло таких актів досить обмежене, що своєю чергою, зумовлює виникнення низки питань, які й досі залишаються не врегульованими.

Застосування репродуктивних технологій, безумовно, передусім, є різновидом медичної допомоги, проте детальний аналіз структури суспільних відносин у цій сфері дає підставу визначити їх як комплексні. Таким відносинам притаманні певною мірою риси як цивільно-правових, так і сімейно-правових. Залежно від певних елементів та стадій реалізації репродуктивного процесу в дію регулювання відносин вступають, "домінують" певні правові норми.

Розглядаючи цю проблему з точки зору реалізації особою своїх прав на батьківство або на материнство (залежно від статі), ми пропонуємо виокремити два практичних способи їх утілення. Перший з них – це природно-біологічний спосіб, що здебільшого жодному правовому регламентуванню не підлягає. Другий – це штучно-біологічний спосіб (репродуктивні технології), який повинен детально регламентуватися на законодавчому рівні для забезпечення захисту інтересів учасників, що вступили у відносини з метою практичного застосування цього способу подолання безпліддя. Об'єктом права на батьківство, материнство є особливі немайнові блага властиві суб'єктам сімейного права – подружжю. Елементи зазначених прав входять до змісту особистого немайнового права на життя (права, що забезпечує природне існування фізичної особи).

Проте за своїм змістом право на батьківство та материнство регламентовані у Сімейному кодексі України відзначаються певними особливостями, пов'язаними з характером шлюбних відносин.

Дружина має право на материнство – визначає ч.1 ст.49 СК України, відповідне право на батьківство для чоловіка передбачене ч.1 ст.50 СК України.

Хоча на законодавчому рівні не визначено зміст поняття *материнства та батьківства*, проте тлумачення цих правових категорій знаходимо у наукових працях вчених-юристів. Так, юридичний словник 1974 року визначав материнство як становище жінки в зв'язку з народженням, утриманням та вихованням дитини, а батьківство – як факт походження дитини від певного чоловіка [4, с.38, с.380].

Подібне тлумачення містилось у юридичному словнику 1987 року [1, с.380]. Сучасна правова теорія під зазначеними правовими станами розуміє не тільки соціальні якості суб'єктів-носіїв, а органічну єдність соціальних, правових та психологічних характеристик. Так, материнство у праві тлумачиться як біосоціально-психологічно-правовий стан жінки, а батьківство – соціально-правовий стан чоловіка, зареєстрованого батьком дитини, що пов'язаний насамперед з наявністю між батьком і дитиною біологічного (кровного) споріднення [3, с.595; 2, с.201]. Зазначене комплексне розуміння дозволяє виділити одну "системоутворюючу" рису, властиву праву на материнство та батьківство – це наявність біологічного (кровного споріднення) між матір'ю або батьком та дитиною. Тобто центральним елементом змісту цих прав є можливість реалізації біологічної репродуктивності функції організму жінки або чоловіка.

Безумовно, батьківство та материнство є відповідним станом носія певного права – дружини або чоловіка – материнство та батьківство є результатом здійснення особистого немайнового права на материнство та батьківство. Відтак можна стверджувати, що право на батьківство та материнство є біологічними правами особи.

На це вказують й інші елементи зазначених прав, визначені у ст.ст.49,50 СК України. Наприклад, небажання чоловіка мати дитину або нездатність його до зачаття дитини та, відповідно, відмова дружини від народження дитини або нездатність до її народження можуть бути причинами розірвання шлюбу (ч.2 ст.49, ч.2. ст.50 СК України). Тобто, біологічна ознака організму чоловіка або жінки (їхня репродуктивна властивість) впливає не тільки на можливість здійснення цих особистих прав, але й на можливість констатувати фактичну наявність або відсутність таких прав.

Безпосередньо у законодавстві України до правових норм, що регламентують порядок реалізації репродуктивних технологій належать положення ст.20 Основ законодавства України про охорону здоров'я (збереження генофонду народу України); ст.47 (трансплантація органів та інших анатомічних матеріалів); ст.48 (штучне запліднення та імплантація ембріона); наказ Міністерства охорони здоров'я України "Про затвердження Умов та порядку застосування штучного запліднення та імплантації ембріона (ембріонів) та методів їх проведення" від 4 лютого 1997 р.; Закон України "Про трансплантацію органів та інших анатомічних матеріалів людини" від 16 липня 1999 р.; Національна програма "Планування сім'ї", затверджена Кабінетом Міністрів України 1995 р.

Можливість використання репродуктивних методів реалізації права на батьківство або материнство була зазначена у ст.56 Кодексу про шлюб та сім'ю України (оспорювання батьківства материнства).

Сімейний кодекс України у главі 12 передбачає правові наслідки застосування штучного запліднення та імплантації зародка (визначення походження дитини), зокрема, встановлюючи правила визначення походження дитини від батька, матері при штучному заплідненні та імплантації зародка (ст.123 СК України), та правило про неможливість оспорювання батьківства батьком дитини, якщо він дав згоду на штучне запліднення своєї дитини (ч.5, ст.136 СК України), а також аналогічне правило у випадку виникнення спору про материнство (ч.2, ст.139 СК України).

Зазначені законодавчі акти створюють правові засади реалізації права на:

- 1) застосування штучного запліднення (метод інсемінації жінок спермою чоловіка (донора);
- 2) імплантацію ембріона (ембріонів) – метод екстракорпорального запліднення;
- 3) трансплантацію статевих залоз.

Якщо право на застосування штучного запліднення і право на імплантацію ембріона (ембріонів) та відповідні методи їх практичної реалізації більш-менш детально закріплені у нормативно-правових актах, то порядок реалізації права на трансплантацію статевих залоз окремо у законодавстві України не регламентується. Лише Закон України "Про трансплантацію органів та інших анатомічних матеріалів людини" у ст.3 (Сфера дії закону) визначає, що дія Закону не поширюється на відносини з приводу трансплантації статевих залоз, репродуктивних клітин та живих ембріонів.

Загалом, оцінюючи зазначені різновиди прав особи у сфері дії процесів відтворення людини, зауважимо, що їх практична реалізація безпосередньо пов'язана з таким особистим немайновим правом, що забезпечує природне існування фізичної особи, як право на донорство. Цивільно-правової регламентації права на донорство на сьогодні немає, і практична реалізація права на донорство певних анатомічних матеріалів регулюється окремими законодавчими актами (Законом України "Про донорство крові та її компонентів" від 23 червня 1995 р., Постановами Кабінету Міністрів України: "Про затвердження Порядку переробки й зберігання донорської крові та її компонентів, реалізації їх і виготовлення з них препаратів" від 16 червня 1998 р.; "Про затвердження Порядку оплати донорам давання крові та (або) її компонентів" від 25 грудня 1997 р.; "Про затвердження Порядку заготівлі і зберігання власної крові та (або) її компонентів, а також крові та (або) її компонентів, отриманих від інших донорів, за особистий рахунок" від 14 квітня 1997 р.

Проте зазначені нормативно-правові акти регулюють практичне втілення лише права на донорство крові, а вже зазначений Закон України "Про трансплантацію органів та інших анатомічних матеріалів людини", який також розглядає реалізацію права на донорство, зі сфери своєї дії виключає відносини з приводу трансплантації статевих тканин.

Водночас у новому Цивільному кодексі України право на донорство досить вдало розглядається як право бути донором крові, її компонентів, а також органів, інших анатомічних матеріалів та репродуктивних клітин (п.1, ч.1, ст.290).

У майбутньому, виходячи з цієї правової норми, стане можливим створення та вдосконалення механізмів правового регулювання як донорства загалом, так і безпосередньо донорства органів, їх частин або тканин, що мають причетність до процесу застосування репродуктивних технологій. У майбутньому, безумовно, необхідним стане і законодавче визначення самого поняття *репродуктивні технології*.

На цей час запропонуємо їх визначення як сукупність методів та процедур медично-лікувального характеру, що спрямовані на здійснення штучно-біологічного відтворення людини з метою реалізації права на батьківство або материнство.

Оцінюючи правові засади використання репродуктивних технологій, необхідно дати відповідь і на питання про можливість визначення пріоритетності регулювання цих відносин певними законодавчими актами. Відповідь на це питання захована у їх природі. Принциповим є те, що, найперше, це сфера дії приватного інтересу з приводу реалізації особами немайнових прав на отримання нематеріального блага – біологічно-психологічно-соціального стану батьківства або материнства (вважаємо, що виправданим є визначення материнства у праві – як біосоціально-психологічно-правового стану жінки). Ця сфера відносин регулюється нормами сімейного права. У той же час ці відносини прямо пов'язані з реалізацією права особи на донорство, що принципово може здійснюватись як на добровільно-безоплатній, так і на добровільно-оплатній основі. Це – сфера цивільно-правового регулювання.

Поряд з цим, відносинам у сфері використання репродуктивних технологій властиві й елементи публічно-правового інтересу. У першу чергу це пов'язано із збереженням генофонду народу і, врешті-решт, є важливим елементом забезпечення національної безпеки (сукупність кількісних та якісних показників населення активно впливає на внутрішню і зовнішню політику держави).

Підсумовуючи викладене, важливо відзначити, що на сьогодні застосування репродуктивних технологій насамперед є засобом лікувальним, видом медичної допомоги. Це сфера дії антропоохоронних засобів регулювання суспільних відносин.

Результатом порушення прав особи в антропоохоронній сфері є притягнення винного до юридичної відповідальності, зокрема кримінальної: ст.143 (порушення встановленого законом порядку трансплантації органів або тканин людини) та ст.144 (насиленницьке донорство) Кримінального кодексу України.

Підсумовуючи, викладене, зауважимо, що виняткова особливість предмета правового регулювання зазначених відносин з приводу штучно-біологічного відтворення людини потребує комплексного регулювання: визначаючи походження дитини, необхідно керуватися нормами сімейного права; укладаючи договори про надання послуг із застосування конкретних методів, що становлять репродуктивні технології, використовувати норми зобов'язального права; визначаючи підстави, протипоказання, організації процесу відтворення, – норми антропоохоронного законодавства.

-
1. Пергамент А.И. Отцовство //Юридический энциклопедический словарь. – М.: Советская энциклопедия, 1987. –С.302.
 2. Ромовська З.В. Батьківство // Юридика енциклопедія. – К.: Українська енциклопедія імені М.П. Бажана, 2001.-Т.1. – С.201.
 3. Ромовська З.В. Материнство// Юридика енциклопедія. – К.: Українська енциклопедія імені М.П. Бажана, 2001.Т.3. С.595.
 4. Юридичний словник /За ред. Б.М. Бабія, В.М. Корецького, В.В. Цветкова. – К.: Гол. ред. української радянської енциклопедії Академії наук УРСР. – К., 1974. –С. 38,380.

LEGAL REGULATION OF REPRODUCTIVE TECHNOLOGIES APPLICATION IN UKRAINE

O. Punda

*Khmelnitsky institute of regional management and law
Teatralnaya str., 8, UA-29000, Khmelnytsky, Ukraine
Tel. (0382) 76-42-70 e-mail: root@hirup.km.ua*

This article is devoted to the issues of legal regulation of the reproductive technologies application, artificial insemination and the right to be a donor. The definition of reproductive technologies concept is proposed in the article.

Key words: reproductive technologies, donation, legal regulation.

Стаття надійшла до редколегії 18.03.2003

Підписана до друку 30.10.2003

ТРУДОВЕ ПРАВО ТА ПРАВО СОЦІАЛЬНОГО ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ

СУЧАСНА НАУКА ТРУДОВОГО ПРАВА: ПРОБЛЕМИ РОЗВИТКУ В КОНТЕКСТІ НЕОБХІДНОСТІ РЕФОРМУВАННЯ ТРУДОВОГО ЗАКОНОДАВСТВА

М. Дулик

*Львівський національний університет імені Івана Франка,
вул. Університетська, 1, 79000 Львів, Україна.*

Мета статті визначити проблематику еволюції та становлення науки трудового права в умовах незалежної України, в її взаємозв'язку з реформуванням трудового законодавства. Зроблено спробу виявити основні закономірності та тенденції науки трудового права із застосуванням діалектичного та історичного методів наукового дослідження.

Ключові слова: трудове право, наука трудового права, трудове законодавство.

У сучасних умовах надзвичайно актуальною є *проблема* з'ясування тенденцій та закономірностей розвитку трудового права у контексті взаємозв'язку наукових здобутків цієї галузі та розвитку трудового законодавства України.

Свого часу проблеми становлення та розвитку науки трудового права досліджували З.К. Симорот [1], А.Р. Мацюк [2], В.І. Прокопенко [3] та ін. Однак немає наукових досліджень, предметом яких був би аналіз науки трудового права у пострадянський період. Відтак головне завдання пропонованої статті є з'ясування основних напрямів і тенденцій розвитку науки трудового права в умовах незалежної Української держави.

Кінець ХХ ст. в Україні характеризуються значними як у суспільній, так і економічній сферах. Цілком природним є зростання інтересу до питань історії розвитку нашої держави, у тому числі і до історії економічного розвитку України. Тільки усвідомивши сутність соціально-економічних процесів, що відбувалися в суспільстві, можна з достатнім ступенем ймовірності прогнозувати напрями подальшого його розвитку та обирати адекватні і найефективніші способи, що забезпечуватимуть необхідні умови становлення нового українського суспільства. Тим часом є всі підстави визнати рівень як загальноісторичних досліджень розвитку Української держави і права, так і спеціальних галузевих досліджень недостатнім. Саме наука вітчизняного трудового права є яскравим прикладом справедливості зазначеного твердження.

Значні науково-історичні роботи з проблематики трудового права вийшли майже 50 років тому, і лише це дає підстави для сумніву актуальності проведених досліджень. Практично жоден підручник радянського і пострадянського трудового права, що видавався останніми роками, не приділяє уваги з'ясуванню питань історії науки трудового права чи історії правового регулювання трудових відносин в

Україні. Відповідні розділи містилися тільки у підручниках, які створювалися відомим ученим, зокрема фахівцем у сфері трудового права професором Н.Г. Александровим [4]. Однак останній підручник, що передбачав зазначений розділ, так само був виданий досить давно.

Необхідність дослідження розвитку науки трудового права України зумовлюється тим, що сам по собі більш-менш послідовний виклад історичних фактів не може дати повноти її фактичного стану: є потреба з'ясування усіх причин об'єктивного та суб'єктивного плану наукових поглядів у сфері трудового права.

Чинне нині трудове право склалося переважно в період, коли економічною основою трудових відносин була державна власність. Держава виступала не тільки як орган влади, але як власник, що зумовлювало жорстке правове регулювання трудових відносин.

Формульовані державою норми трудового законодавства передбачали, з одного боку, досить низький (порівняно з країнами з розвинутою ринковою економікою) рівень оплати праці, а з іншого – надмірний рівень соціальних гарантій для працівників. Відповідальність за дотримання цих гарантій держава повністю покладала на організації, які приймали працівників на роботу за трудовим договором.

Вітчизняне трудове законодавство головню розраховано на великі промислові підприємства, хоч застосовується у повному обсязі всіма роботодавцями, які використовують найману працю. Серед нормативних актів, які покликані регулювати трудові відносини, закони України посідають чималу частину. Однак нерідко ці відносини регулюються актами УРСР, СРСР або ж підзаконними нормативно-правовими актами, які викликають сумнів щодо їхньої відповідності Конституції України. До того ж, у правовому регулюванні відносин у сфері праці широко практикується застосування так званої роз'яснювальної практики, тобто листів, інструкцій різноманітних міністерств, відомств та інших державних органів.

З утворенням Української держави, появою та розвитком ринкової економіки, науці трудового права довелося швидко і кардинально змінювати свою спрямованість. Цей процес відбувається повільно і болісно. До цього часу наука трудового права не сформувала основоположних засад своєї галузі.

Таке гальмування розвитку пояснюється головню незацікавленістю політичного керівництва проблемами трудових відносин. Про це свідчить хоча б кількість законопроектів трудового кодексу, які подані на розгляд у комітети Верховної Ради України, і яких є – аж один! [5].

На відміну від інших галузей права, які знайшли свою законодавчу базу останнім десятиріччям, трудове право виявилось у тій групі галузей, для яких розробка нормативної бази пов'язана з подоланням розбіжностей з цілої низки важливих принципів питань у суспільстві і на політичній арені.

Причин такої ситуації декілька. Перша і чи не головна з них – це стан економіки країни з усіма метаморфозами останнього часу, які в ній відбуваються. На все це разом взяте накладаються загальносвітові тенденції економічного розвитку, серед яких на першому місці стоїть глобалізація.

Друга причина – це сукупність соціальних і освітніх (мається на увазі аспекти загальноосвітньої і професійної підготовки, перепідготовки) процесів у суспільстві, які суттєво впливають на розвиток ринку робочої сили.

Третя причина, вплив якої і значення чимраз зростає, – політизація процесу розробки законопроектів, у тому числі проекту майбутнього Трудового кодексу України.

Четвертою причиною можна вважати пасивну роль науки трудового права, яка упродовж тривалого часу не була спроможна усвідомити зміни в трудових відносинах на зовсім новій основі і запропонувати концептуальні напрями для їх регулювання.

З огляду на вказані причини проблем трудового права, а також враховуючи законопроекти, які перебувають на розгляді Верховної Ради України та в процесі розробки їх комітетами, виділимо два основних підходи до предмета науки трудового права:

- 1) внесення допустимих корективів за умови збереження найважливіших положень ("основних цінностей") і структури діючого трудового права;
- 2) втілення впровадження визначальних тенденцій, які склалися в трудових відносинах під впливом формування і розвитку ринкової економіки.

У сучасній науці трудового права її проблематика, як видається, зводиться до таких прямо протилежних підходів:

а) значне розширення сфери регулювання трудовим кодексом окремих аспектів трудових відносин, чи звуження цієї сфери до регулювання лише їх принципових моментів;

б) акцент у співвідношенні в системі "законодавство – колективний договір" в процесі регулювання трудових відносин робиться або на перше, або на друге, від чого залежить і співвідношення імперативних і диспозитивних норм у законодавстві;

в) проголошення певної кількості далекосяжних прав працівників або ж їх частини, в тому числі права на працю, у зв'язку з проблемністю їх реалізації;

г) прийняття під час розробки положень законопроектів за вихідну точку захист працівника від свавілля роботодавця або ж взяття за основу рівність між працівником і роботодавцем в їхніх відносинах;

д) побудова відносин між роботодавцем і представниками працівників у формі консультацій або участь представників працівників в ухваленні рішень роботодавцем;

е) більший чи менший ступінь жосткості чи гнучкості правового регулювання оформлення трудових відносин через трудовий договір (форма трудового договору, строки, порядок зміни умов трудового договору, порядок припинення трудових відносин);

є) допустимість більшої чи меншої безпосередньої участі роботодавця у визначенні умов праці (робочий час, дисципліна праці, в тому числі питання заохочення і покарання працівників);

ж) збереження чи встановлення, стосовно низки категорій працівників (найперше жінок, молодих працівників), пільг в умовах їх найму і праці або відмова від них;

з) більше чи менше врахування особливостей праці окремих категорій працівників;

і) наявність чи відсутність відповідальності за дотримання норм трудового законодавства і контролю за ним;

к) більша чи менша увага до механізму вирішення трудових спорів і механізму відновлення порушених прав.

Цим переліком, ймовірно, не вичерпується вся проблематика науки трудового права, однак, з нашого погляду, він є головним, хоч і не основоположним для науки трудового права на даному етапі.

Головною ж проблемою, яка постає перед наукою трудового права, є створення ефективних механізмів правового регулювання відносин, які виникають у сфері найманої праці. Досягнення цієї мети може бути реалізовано за умови продуктивної роботи у сфері правотворчості нашого законодавця. Робота демократичного парламенту більшою мірою залежить від стану внутрішніх взаємовідносин різноманітних політичних сил і структурних відносин у Верховній Раді України. В таких умовах особливо зростає роль науки трудового права, яка просто зобов'язана розробити теоретичні основи правового регулювання трудових відносин у сучасній Україні, на які могли б, якщо не спиратися, то хоча б орієнтуватися державні органи. Мова йде про те, що наука трудового права повинна вийти із стану "науки для науки" [6] і стати "корисною для суспільства".

Відтак наука трудового права повинна відмовитися від своєї орієнтації на соціалістичну систему господарювання, а поставити своєю метою проведення досліджень, які б вирішили проблему забезпечення відповідного рівня гарантій захисту трудових прав та інтересів працівників, які через об'єктивні обставини змушені продавати свою робочу силу [7].

Слід зазначити, що останніми роками простежувалась розбіжність у напрямках розвитку правотворчості та наукових досліджень у сфері трудового права. Так, якщо правотворча діяльність переважно спрямована на внесення незначних змін в нормативно-правові акти (однак це суттєво не відбивається на реформуванні трудового законодавства), то наукова думка поповнилась низкою досить цікавих фундаментальних досліджень, у яких автори роблять акцент на вирішенні теоретичних питань регулювання трудових відносин [8]. Тобто правотворчість і наукові дослідження розвиваються у різних напрямках: держава "замість використання результатів наукових досліджень при створенні нормативно-правових актів, фактично усуває науку трудового права від виконання своїх основних завдань". А це призводить до недосконалості юридичної техніки та неефективності законодавства.

На нашу думку, правильним видається судження про те, що ефективність закону визначається не лише політичною доцільністю правових норм, але також їх соціально-економічною обґрунтованістю і юридичною чіткістю, чим і повинна займатися наука трудового права.

Отже, в розвитку науки трудового права виявляються такі основні тенденції:

- 1) повільність розвитку науки трудового права;
- 2) невирішеність основоположних проблем трудового права України, таких як поняття, предмет, принципи трудового права;
- 3) полярність підходів та поглядів щодо вирішення більшості проблем трудового права;
- 4) відставання процесу формування трудового законодавства від темпів розвитку науки трудового права;
- 5) значною мірою невідповідність напрямів наукових досліджень спрямованості розвитку суспільних відносин та потребам суспільства.

Водночас, у науковій літературі прогнозуються шляхи подальшого розвитку вітчизняного трудового права у нашій країні; по суті, йдеться про пошук концепції нового українського трудового права, тобто засад нового механізму правового регулювання трудових відносин, який би вимогам ринковим відносинам, що перебувають на стадії формування, і враховував національну специфіку України.

Отже, як висновок, можна констатувати, що проблема сучасної науки трудового права, як видається, полягає у тому, що її становлення та розвиток відбувається дуже повільно і характеризується незначною кількістю фундаментальних праць, присвячених дослідженню трудових правовідносин.

-
1. Симорот З.К. Проблемы укрепления социальной справедливости в трудовых правоотношениях. К.: Наук.думка, 1993.
 2. Мацюк А.Р. Трудовые правоотношения развитого социалистического общества. – К.: Наук.думка, 1984.
 3. Прокопенко В.І. Трудовое право. – К.: Політвидав, 1966
 4. Советское трудовое право: Учебник / Под. ред. Н.Г. Александрова, – М., 1972. – С.43.
 5. Проект Трудового кодексу Народного депутата України Коновалюка В.І. Від 21 травня 2002 року. – див. www.rada.kiev.ua.
 6. С.П. Маврин, Т.И. Штринева. Принципы трудового права. – Реформа трудового законодательства в России. – М., 2001. – С.9.
 7. П.Д. Пилипенко. Проблеми теорії трудового права. – Л., 1999. – С.3.
 8. П.Д. Пилипенко. Проблеми теорії трудового права. – Л., 1999. – С.4.

MODERN SCIENCE OF LABOUR LAW: PROBLEMS OF DEVELOPMENT IN THE CONTEXT OF LABOUR LEGISLATION REFORMING NECESSITY

M. Doolyk

*Ivan Franko National University of Lviv
Universytetska Str., 1, UA-79000 Lviv, Ukraine*

The article is aimed at determining certain problems of the labour law science evolution and formation during the period of Ukraine's independence and the correlation of this science with labour legislation reforming. The attempt to reveal basic regularities and trends of labour law science using dialectical and historical scientific research methods is made.

Key words: labour law, labour law science, labour legislation.

Стаття надійшла до редколегії 24.03.2003

Підписана до друку 30.10.2003

ПРО ПІДГОТОВКУ НОВОГО ТРУДОВОГО КОДЕКСУ

П. Пилипенко

*Львівський національний університет імені Івана Франка
вул. Університетська, 1, 79000, Львів, Україна*

Розглядаються питання, пов'язані із завершенням в Україні кодифікаційних робіт з підготовки нового законодавчого акта у сфері праці. З'ясовуються об'єктивні та суб'єктивні чинники, які зумовлюють необхідність приведення трудового законодавства до умов ринкової економіки. Основною формою головного акта, покликаного для регулювання трудових відносин, пропонується вважати кодекс, як комплексний нормативний документ. Основи законодавства та низку окремих законів на їх виконання не є доречними для унітарної держави. Обґрунтовується доцільність замість Кодексу законів про працю назвати новий кодифікований акт – *Трудовий кодекс*.

Ключові слова: трудове законодавство, кодифікація, трудовий кодекс.

Проблема підготовки і ухвалення нового Трудового кодексу в Україні є однією з досить актуальних, оскільки чинний тепер нормативний акт – Кодекс законів про працю був прийнятий у 1971 році ще за радянських часів, і на сьогодні вже не відповідає вимогам ринкових перетворень.

До цієї проблеми свого часу звертались М.Й. Бару [1, с.38], Н.М. Хуторян та деякі інші вчені [2, с.41-47], які поклали початок дискусії про підготовку нового кодексу. Тому *основною метою цієї статті* є подальше обґрунтування необхідності кодифікації трудового законодавства та вироблення відповідних пропозицій для її успішного здійснення на засадах оптимального забезпечення ефективності правового регулювання трудових відносин найманої праці у ринкових умовах.

Останнім часом в Україні посилено ведуться кодифікаційні роботи у сфері трудового права. Міністерство праці і соціальної політики, на яке покладено обов'язок підготовки нового кодифікованого акту, залучило до цієї справи провідних фахівців, представників наукових кіл, практичних працівників, профспілкових лідерів. Їм доручено розробити та подати на розгляд Верховної Ради України проект цього важливого нормативного акту, який би відповідав найсучаснішим вимогам правового забезпечення трудових відносин ринкової економіки.

Відомо, що будь-яка кодифікація законодавства повинна завершуватися наданням їй форми певного виду нормативного акта. Причому форми цих актів можуть бути найрізноманітніші. Найпоширенішими є Основи законодавства, Кодекс і Закон. Відтак і кодифікація трудового законодавства теж має набути свого вираження у вигляді однієї із цих форм. Тут можливі декілька варіантів.

На сьогодні, як відомо, чинними є Кодекс законів про працю, що виконує роль основного акта у цій сфері, та низка окремих законів. Така практика регулювання трудових відносин склалася симптоматично і, на жаль, не виправдала себе. Вона постійно приводить до виникнення розбіжностей між нормами Кодексу та положеннями деяких із цих законів. Прикладом недоцільності такого підходу до регулювання трудових відносин є хоча б редакція окремих статей Закону "Про

відпустки" та відповідних статей КЗпП, зміни до яких досі не внесено. Зрозуміло, що використання такої схеми для нової кодифікації є неприйнятним.

Беручи до уваги те, що закони з окремих інститутів трудового права все ж мають бути збережені, є інший варіант вирішення проблеми, а саме – прийняття кодифікаційного акта у вигляді Основ законодавства, хоч Основи як самостійна форма законодавчого акта більш притаманна федеративній державі, а Україна є унітарним утворенням. Щоправда, акти такого плану все ж існують і у нас. Зокрема, прийнято Основи законодавства про охорону здоров'я (1992), Основи законодавства України про культуру (1992), а також Основи законодавства України про загальнообов'язкове державне соціальне страхування (1998). Такий варіант передбачає паралельне існування кодифікаційного законодавчого акта, в якому закріплюються вихідні засади правового регулювання праці, та спеціальних законів з окремих інститутів. Такими, зокрема, можуть бути Закони "Про трудовий договір", "Про відпустки", "Про охорону праці", "Про робочий час", "Про оплату праці". Однак подібний підхід до вирішення проблеми суттєво ускладнює структуру самого законодавства про працю, яке стає фактично "двоступеневим" (Основи + спеціальний закон), і вимагатиме при цьому прийняття значної кількості законів та підзаконних актів з окремих інститутів трудового права.

Найоптимальнішим варіантом вважатиметься очевидно прийняття нового кодифікаційного акта у формі Кодексу, де достатньо повно і детально будуть урегульовані всі види трудових відносин і який охоплюватиме норми спеціальних законів та найважливіших підзаконних актів. Одночасно це дасть змогу значно зменшити загальну кількість нормативного матеріалу, що вже тепер закликаються до регулювання праці.

Значною мірою такий варіант вирішення проблеми форми законодавчого акта пов'язаний з концептуальною зміною сфери впливу Кодексу на суспільні відносини. Чинний КЗпП спрямований, зокрема, на регулювання трудових відносин у межах підприємства (юридичної особи – роботодавця) та у межах відносин фізична особа – роботодавець – працівник. Забезпечення КЗпП регламентації окремих елементів відносин, які виникають поза межами підприємства, – судовий розгляд трудових спорів, визначення органів, що здійснюють нагляд та контроль за дотриманням законодавства про працю, окремі аспекти охорони праці не змінює принципової позиції щодо того, що трудові відносини існують лише у вказаних межах. До речі, відповідне обмеження сфери регулювання КЗпП також є однією з об'єктивних умов прийняття таких важливих законодавчих актів, як Закони України "Про колективні договори і угоди", "Про оплату праці", "Про охорону праці", "Про порядок вирішення колективних трудових спорів (конфліктів)". Адже сферою їх регулювання є також відносини між об'єднаннями роботодавців та профспілками чи іншими відповідними представницькими організаціями працівників, їх об'єднаннями (далі – профспілками) на галузевому, регіональному та національному рівнях.

Визначення нового Кодексу як єдиного кодифікаційного акта законодавства України про працю вимагатиме включення до сфери його регулювання не тільки тих відносин, які виникають на рівні підприємства та між фізичними особами, одна з яких є роботодавцем, а інша – працівником, але й відносин між об'єднаннями роботодавців та профспілками з приводу встановлення умов праці. Це дасть можливість включити до нового Кодексу всі положення таких нормативних актів, як Закони України "Про колективні договори і угоди", "Про оплату праці" та "Про

порядок вирішення колективних трудових спорів (конфліктів)", що покликані регулювати відповідні відносини не на рівні підприємства, а на рівні галузі та держави загалом.

Крім цього, важливе значення матиме внесення до нового Кодексу також і частини положень Закону України "Про зайнятість населення" та тих положень Законів України "Про професійні спілки, їх права та гарантії діяльності", "Про організації роботодавців", які визначають становище профспілкових організацій на підприємстві і їхню участь (профспілок та об'єднань роботодавців) у колективно-договірному регулюванні трудових відносин, у тому числі на рівні галузі, регіону та країни в цілому. Окремі положення цих законів, які регулюють внутрішню структуру профспілок та організацій роботодавців, а також ті аспекти їх діяльності, які не пов'язані з трудовими відносинами (наприклад, утворення та реєстрація), повинні залишитись поза сферою нового Кодексу, оскільки вони стосуються інших галузей права.

Поза межами регулювання нового Кодексу зазвичай мають залишитись відносини, врегульовані Законами України "Про державну службу", "Про службу в органах місцевого самоврядування", "Про статус суддів", "Про прокуратуру", "Про наукову і науково-технічну діяльність" тощо, які визначають особливості праці відповідних категорій працівників. Багаторічна практика показує, що ефективність правового регулювання трудових відносин цих працівників досягається саме завдяки ухваленню окремих законів. Важливо, щоб забезпечення трудових відносин працівників цих категорій відбувалося за такою принциповою схемою: основи їх правового статусу у сфері праці визначаються Кодексом, а окремі особливості їхньої трудової діяльності, зумовлені специфікою відносин, встановлюються спеціальними законами, про що має зазначуватись у Кодексі.

Разом з тим новий Кодекс, як це прийнято і тепер, не повинен містити положень, які безпосередньо регулюють працю військовослужбовців, посадових осіб органів внутрішніх справ, осіб, які перебувають у місцях позбавлення волі, та тих, що працюють у домашньому господарстві, хоч це не виключає наявності у ньому норми, а передбачала б використання його положень для регулювання окремих аспектів праці цих осіб за аналогією. Щодо цивільно-правових відносин, то тут не зайвим може бути запозичення досвіду Російської Федерації. Ст.11 Трудового Кодексу РФ передбачає, зокрема, що у тих випадках, коли в судовому порядку встановлено, що договором цивільно-правового характеру фактично регулюються трудові відносини між роботодавцем та працівником, то до них повинні застосовуватися положення трудового законодавства.

Нарешті, ще одна проблема, яка потребує свого вирішення і без якої не можна завершити кодифікаційні роботи. Йдеться про назву нового Кодексу. Адже назва чинного тепер нормативного акта, що регулює трудові відносини в Україні – *Кодекс законів про працю (КЗпП)* не може бути збереженою для найменування нового кодексу, оскільки за такого формулювання вона є логічно невитриманою.

По-перше, поєднання у назві термінів "кодекс" та "законів" є юридично неграмотним, оскільки кодекс вважається однією з можливих форм закону. А тому, словосполучення "кодекс законів" можна прочитати і як "закон кодексів".

По-друге, регулювати за допомогою закону (кодексу) можна суспільні відносини, що виникають між суб'єктами, тобто у нашому варіанті – відносини між роботодавцем і працівником з приводу застосування праці останнього, а не саму

працю. Сам процес праці чи праця як така кодексом (законом) не регулюється. Отже, "кодекс про працю" чи "кодекс праці", як варіанти назви нового кодифікованого акта теж не зовсім прийнятні, хоч вони, зрештою також можуть бути використані.

Відтак найоптимальнішим за назвою може бути – *Трудовий кодекс*.

Слово "труд" на перший погляд є більш російським, аніж українським, і частіше вживаним у нашій мові є все ж слово "праця". Тим не менше, як свідчить словникова література, слово "праця", яке набуло широкого вживання в українській мові не суто українське, а запозичене через польську із чеської. Воно виявляється є і в російській мові, що фіксує відомий словник В. Даля: "Праца – труд, работа, занятие, южн.зап." [3, с.382].

В сучасній українській літературній мові слово "праця" полісемічне, тобто має різні, але певною мірою пов'язані смисли і (або) значення. Найновіший на сьогодні чотири томний "Новий тлумачний словник української мови" на 42000 слів подає аж шість його значень [4, с.667]. Більше того, живій мові властиво не тільки те, що одне слово може мати різні значення, а й те, що різні за звучанням слова можуть бути тотожними або близькими за змістом. Стосовно слова *праця* це слова *труд*, *робота*, меншою мірою – *заняття*, *справа*, *діяльність*. І, що характерно, перші два, на відміну від слова *праця*, не запозичені звідкись, а споконвічно українські. Слово "труд" у давньоруській мові означало "праця, робота, ревність, турбота, страждання, скорбота". У літературній українській мові вживається у значенні наполегливої, старанної праці і праці, що потребує великих зусиль [5, с.292].

Відтак для назви нового кодексу термін *трудовий* може вважатися абсолютно прийнятним. Власне така назва за своїм характером реально відображатиме сутність тих суспільних відносин, які стоять за цим терміном.

Ще одним аргументом на користь використання саме такої назви нового Кодексу може бути і загальноприйнята назва головного інституту цієї галузі, основної підстави для виникнення трудових відносин та форми існування правових відносин – трудового договору. Навряд чи схвально буде сприйнято, наприклад, пропозицію про перейменування *трудового договору* на *договір про працю*, аби добитися співзвучності у термінах: *Кодекс праці* і *договір про працю*. Зауважимо, аналогічна гармонія термінів чітко простежується і у наших найближчих сусідів. Кодифікаційний акт Республіки Польщі має назву *Kodeks pracy*, а для виникнення стосунків праці існує *umowa o prace*. У Російській Федерації – відповідно *Трудовой кодекс* і *трудовой договор*.

Отже, *висновок*, який напрошується в результаті з'ясування проблеми проведення в Україні кодифікаційних робіт у сфері трудового права, полягає в тому, що існують необхідні об'єктивні і суб'єктивні умови для ухвалення нового нормативного акта для регулювання трудових відносин найманої праці. А назва його – *Трудовий кодекс України* видається найоптимальнішою, яка не тільки об'єктивно відображає реальний стан суспільно-трудова відносин, а й буде достатньо зручною у використанні її у правозастосувальній діяльності, в тому числі і у вигляді аббревіатурного скорочення – ТК.

-
1. Бару М. Створимо новий трудовий кодекс // Право України. – 1992. – №10.
 2. До проекту Кодексу України про працю // Право України. – 1998. – №3.

3. Даль В. Толковый словарь живого великорусского языка: В 4т. –2-е изд. – СПб., М., 1882. – Т.3.
4. Новий тлумачний словник української мови у чотирьох томах. – К.: Аконіт, 1999. – Т.3.
5. Словник української мови: В 11т. – К.: Наук. думка, 1979. – Т.10.

TOWARDS THE NEW LABOR CODE

P. Pylypenko

*Ivan Franko national University of Lviv
Universytetska str., 1, UA-79000, Lviv, Ukraine*

The questions concerning the completion of labour law codification in Ukraine are elucidated in the article. The objective and subjective reasons for adjusting labour legislation to market economy are analysed. The main form of the principal act regulating labour relations is proposed to be a 'code' as a comprehensive normative document. 'Fundamentals of legislation' and a set of separate implementing laws are not appropriate legal forms for unitary State. The necessity of changing the name 'Code of Labour Laws' for the name 'Labour Code' is substantiated.

Key words: labour legislation, codification, Labour Code.

Стаття надійшла до редколегії 28.02.2003

Підписана до друку 30.10.2003

ДО ПИТАННЯ ПРО ДЖЕРЕЛА ПРАВА СОЦІАЛЬНОГО ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ

В. Бурак

*Львівський національний університет імені Івана Франка,
вул. Університетська, 1, 79000 Львів, Україна*

У статті розглянуто поняття та види джерел права соціального забезпечення. Дано визначення джерела права соціального забезпечення як нормативно-правових актів, які приймаються компетентними державними та іншими уповноваженими органами для регулювання суспільних відносин, що становлять предмет права соціального забезпечення. Визначені ознаки, за якими джерела права соціального забезпечення відрізняються від джерел інших галузей права.

Ключові слова: джерела права; нормативно-правові акти; особливості джерел права соціального забезпечення.

В умовах реформування законодавства про соціальне забезпечення України необхідними є наукові дослідження загальнотеоретичних засад правового регулювання відносин в соціальному забезпеченні, серед яких важливе місце належить проблемі джерел права соціального забезпечення. Дослідження джерел права соціального забезпечення зумовлене і суто практичними інтересами, оскільки у цій сфері накопичилось чимало проблем, які в основі своїй не сприяють правильному застосуванню чинного трудового законодавства.

Проблему джерел права соціального забезпечення тією чи іншою мірою досліджувалась Андреевим В.С. [1], Мачульською О.Є. [2], Смірноюю М.О. [3] та деякими іншими авторами. В Україні проблема джерел права соціального забезпечення достатньо не вивчена.

Теорія права розглядає поняття джерело права у двох значеннях. Перше значення розкриває причину створення права. Такою причиною є держава, яка наділена владою ухвалювати відповідні рішення у вигляді правових норм для реалізації потреб суспільства і розвитку суспільних відносин.

Друге значення поняття характеризує його юридичну природу. У цьому розумінні під джерелом права розуміють форму виразу державної волі, тому у цьому тлумаченні джерело права часто ототожнюється із формою права.

Найбільшого поширення у юридичній науці набуло розуміння джерела права як офіційна форма зовнішнього виразу правових норм, який засвідчує їхню державну загальнообов'язковість [4, с.109].

Для українського права характерним є те, що головними його джерелами є нормативно-правові акти і нормативно-правові договори.

Джерелами права соціального забезпечення як самостійної галузі права є численні нормативно-правові акти: закони, укази Президента України, постанови Кабінету Міністрів України, різноманітні нормативно-правові акти міністерств і відомств, а також органів місцевого самоврядування, та нормативно-правові договори: міжнародні договори, Генеральні, галузеві і регіональні угоди й колективні договори.

Перш ніж визначити поняття джерела права соціального забезпечення, виділимо особливості, що відрізняють їх з-поміж нормативно-правових актів інших галузей права.

По-перше, в Україні немає єдиного кодифікованого акта, який би врегулював весь комплекс суспільних відносин, що становлять предмет права соціального забезпечення. Це зумовлено об'єктивними причинами. Джерела права соціального забезпечення формуються під впливом низки економічних, соціальних та правових чинників, які визначають їхню правову природу, сутність та особливості формування. Система законодавства у справі соціального забезпечення перебуває у стадії реформування. На сьогодні діюче законодавство характеризується великою нестабільністю. Це своєю чергою призводить до безсистемності і дублювання. У багатьох випадках у різних законах одне і те ж поняття тлумачиться по-різному, що утруднює їх застосування. Як приклад, наведемо, те що система державних допомог регулюється понад сотнею нормативно-правовими актами, які прийняті на різних рівнях. Тому в недалекому майбутньому постане необхідність у прийнятті якщо не єдиного, то декількох кодифікованих актів, які регулюватимуть окремі види соціального забезпечення, а також систему соціального страхування. Очевидно, це повинно бути щось на зразок Соціального кодексу, або Кодексу про соціальне забезпечення.

По-друге, важлива роль серед джерел права соціального забезпечення належить міжнародним актам.

Відповідно до ст.9 конституції України, чинні міжнародні договори, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України, є частиною національного законодавства України. Якщо міжнародним договором України передбачені інші правила, ніж у законі, то застосовуються правила міжнародного договору.

Серед міжнародних документів особливе місце посідає Загальна декларація прав людини, яка у ст.22 передбачила право людини на соціальне забезпечення за допомогою національних зусиль та міжнародного співробітництва й відповідно до структури і ресурсів кожної держави. У розвиток норм Загальної декларації був прийнятий Міжнародний пакт про економічні, соціальні та культурні права.

Держави-учасниці Пакту взяли на себе юридичні обов'язки гарантувати кожному право на соціальне забезпечення, в тому числі право на соціальне страхування, а також забезпечити право кожного на відповідний життєвий рівень для себе і своєї сім'ї, тобто достатнє харчування, одяг і житло.

До цієї групи джерел слід віднести, прийняту Радою Європи Європейську соціальну хартію, яка була переглянута у 1996р. у Страсбурзі.

Відповідно до неї з метою забезпечення ефективного здійснення права на соціальне забезпечення держави зобов'язуються підтримувати систему соціального забезпечення на такому рівні, як це передбачено міжнародною конвенцією Міжнародної організації праці про мінімальні норми соціального забезпечення. Хартія також передбачає обов'язок держав створити систему надання соціальних допомог у випадках, коли громадяни не мають достатніх засобів для існування. Передбачено також право інвалідів на реабілітацію, а також на працевлаштування, право сім'ї на отримання соціальних допомог.

Іншим за значенням джерелом права соціального забезпечення є Конвенція про права дитини. Ця конвенція охоплює весь комплекс прав дитини: цивільних і

соціально-економічних. Нею передбачений також механізм контролю над дотриманням взятих державами на себе зобов'язань. Держави-учасниці цієї Конвенції визнають за кожною дитиною право користуватись соціальним забезпеченням і право на рівень життя, який необхідний для фізичного, розумового, духовного, морального і соціального розвитку. За неповноцінними дітьми визнається право на особливе піклування з боку держави з метою забезпечення їм ефективного доступу до послуг в галузі освіти, професійної підготовки, медичного обслуговування, відновлення здоров'я і в результаті – найповнішого включення такої дитини в соціальне життя.

Велику групу джерел права соціального забезпечення становлять конвенції і рекомендації МОП. Серед них виділяється Конвенція №102 "Про мінімальні норми соціального забезпечення", яка передбачає виплату таких видів допомог:

- у разі хвороби;
- по безробіттю;
- для громадян пенсійного віку;
- у разі вагітності і пологів;
- по інвалідності;
- у разі втрати годувальника.

Серед Конвенцій необхідно також відзначити Конвенцію "Про рівні можливості осіб, які обтяжені сімейними обов'язками", "Про професійну реабілітацію інвалідів" та ін.

Важливе місце серед джерел також займають міждержавні дво – і багатосторонні договори, в яких бере участь Україна. Особливе значення належить Угоді "Про гарантії прав громадян держав-членів СНД в галузі пенсійного забезпечення".

По-третє, зростає роль актів органів місцевого самоврядування, місцевих органів державної виконавчої влади, а також актів, які приймаються на підприємствах, в установах, організаціях. Органи місцевого самоврядування приймають нормативно-правові акти, якими регулюють окремі питання надання субсидій на житлово-комунальні послуги, надання соціальних пільг окремим категоріям населення тощо. Головна мета цих актів – встановити більш високий рівень соціального захисту на територіальному чи виробничому рівнях, а також врегулювати порядок надання окремих видів соціального забезпечення, які фінансуються за рахунок місцевих бюджетів. Зокрема, розпорядженням голови Львівської обласної державної адміністрації від 15 лютого 1999 р. затверджено норми споживання населенням області скрапленого газу, твердого палива, на які нараховується субсидія.

Зростання ролі актів органів місцевого самоврядування, місцевих органів державної виконавчої влади, а також актів, які приймаються на підприємствах, в установах, організаціях серед джерел соціального забезпечення, зумовлено такими причинами:

- розширенням компетенції органів місцевого самоврядування у сфері регулювання відносин у справі соціального забезпечення;
- збільшення кількості виплат по соціальному забезпеченню, що здійснюються за рахунок місцевих бюджетів;
- розширенням компетенції роботодавців стосовно здійснення соціальних виплат за рахунок власних коштів.

По-четверте, особливе місце серед джерел права соціального забезпечення належить актам Міністерства праці і соціальної політики України. Це зумовлено тим, що серед основних його завдань є участь у формуванні та забезпеченні реалізації державної політики у сфері зайнятості, соціального захисту населення, соціального страхування, оплати праці, пенсійного забезпечення і соціального обслуговування населення. Міністерство праці і соціальної політики України є головним органом у системі центральних органів державної виконавчої влади із забезпечення реалізації державної політики у сфері зайнятості, соціального захисту населення, соціального страхування, пенсійного забезпечення і соціального обслуговування населення. Так 22 березня 1995 р. прийнято роз'яснення "Про порядок застосування Списків №1 і 2 виробництв, робіт, професій, посад і показників, що дають право на пенсію за віком на пільгових умовах", яким встановлено особливості застосування цих Списків, у деяких випадках це міністерство приймає акти, яким регулює порядок виплати окремих видів допомог. Так 20 листопада 2000 р. затверджений Порядок надання допомоги по безробіттю, у тому числі одноразової її виплати для організації безробітними підприємницької діяльності.

Відповідно до своєї компетенції, Міністерство праці і соціальної політики у разі потреби має право видавати спільні акти разом з іншими центральними органами виконавчої влади. Як приклад, наведемо Методику обчислення сукупного доходу сім'ї для всіх видів соціальної допомоги, яка затверджена Мінпраці разом з Міністерством фінансів, Міністерством економіки, Державним комітетом у справах сім'ї та молоді і Державним комітетом статистики. Нормативно-правові акти цього міністерства сприяють правильному і однаковому застосуванню законодавства про соціальне забезпечення.

Поряд з цим серед джерел права соціального забезпечення зростає роль і кількість відомчих нормативно-правових актів, які приймаються галузевими органами державного управління.

До актів інших міністерств і відомств відносимо акти Міністерства освіти, Міністерства фінансів, Міністерства охорони здоров'я та інших, які в межах своєї компетенції видають акти про порядок надання окремих видів соціального забезпечення.

По-п'яте, для джерел права соціального забезпечення характерними є акти органів соціального страхування. Це акти, які приймають керівні органи фондів загальнообов'язкового соціального страхування.

Відповідно до Основ законодавства України про загальнообов'язкове державне соціальне страхування, страхові фонди з дотримання вимог законодавства розробляють нормативно-правові акти щодо порядку складання і виконання бюджету, здійснення платежів, проведення бухгалтерського обліку і звітності та інші документи, що стосуються їхньої діяльності. Серед вказаних нормативно-правових актів наведемо інструкції: "Про порядок обчислення і сплати підприємствами, установами, організаціями та громадянами збору на обов'язкове державне пенсійне страхування, інших платежів, а також обліку їх надходження до Пенсійного фонду України" (затвердженої постановою правління Пенсійного фонду України від 19 жовтня 2001р.); "Про порядок перерахування, обліку та витрачання страхових коштів Фонду соціального страхування від нещасних випадків на виробництві та професійних захворювань України" (затверджена правлінням Фонду соціального страхування від нещасних випадків на виробництві та професійних захворювань

України від 20 квітня 2001р.); "Про порядок надходження, обліку та витрачання коштів Фонду соціального страхування з тимчасової втрати працездатності" (затверджена постановою правління Фонду соціального страхування з тимчасової втрати працездатності від 26 червня 2001 р.).

Цими нормативно-правовими актами врегульовано питання реєстрації та обліку платників відповідних страхових зборів, порядок обчислення і строки сплати страхових зборів, порядок притягнення до відповідальності та обчислення сум штрафних санкцій за порушення порядку сплати зборів, а також порядок здійснення контролю за сплатою страхових зборів. Страхові фонди також у межах своєї компетенції приймають акти, якими встановлюють розміри страхових допомог. Низку нормативно-правових актів страхові фонди, зокрема Пенсійний фонд України, приймають разом з Міністерством праці та соціальної політики України.

По-шосте, для джерел права соціального забезпечення характерною є галузева спрямованість. Це зумовлено браком єдиного кодифікованого акта на зразок основ законодавства чи кодексу.

Особливостями джерел права соціального забезпечення є поділ на загальні і спеціальні. До першої групи віднесемо нормативно-правові акти, які регулюють відносини стосовно надання окремих видів соціального забезпечення. Вони регулюють порядок надання різних видів соціального забезпечення для всіх громадян, які цього потребують, або їх окремих категорій. Серед них виділимо загальні закони, які регулюють соціальне забезпечення всіх громадян. До спеціальних джерел права соціального забезпечення віднесемо такі нормативно-правові акти, які регулюють соціальний захист окремих категорій населення. Співіснування в праві соціального забезпечення загальних і спеціальних норм віддзеркалює особливості співвідношення єдності і диференціації правового регулювання відносин соціального забезпечення.

Головна маса джерел права соціального забезпечення регулює лише певну групу відносин, якогось виду соціального забезпечення.

Інша група джерел конкретизує конституційні положення про гарантії забезпечення права громадян на соціальне забезпечення. Мова йде про нормативно-правові акти, які регулюють відносини у галузі соціального страхування.

Кодифікованим актом, який регулює відносини у цій сфері є Основи законодавства України про загальнообов'язкове державне соціальне страхування.

Вони закріпили поняття, види і принципи соціального страхування, визначили суб'єктів цих правовідносин, врегулювали їх правовий статус, а також встановили умови отримання виплат та інших видів забезпечення за загальнообов'язковим державним соціальним страхуванням. У розвиток і для конкретизації положень основ прийняті закони, які регулюють окремі види соціального забезпечення.

Інша група джерел регулює порядок визначення розміру окремих видів забезпечення з тим, щоб реалізувати конституційне положення про забезпечення рівня життя, не нижче від прожиткового мінімуму. Серед них центральне місце належить закону "Про державні соціальні стандарти та державні соціальні гарантії" від 5 жовтня 2000 р. Він регулює види, принципи і порядок визначення соціальних норм і нормативів, на базі яких визначаються рівні мінімальних розмірів пенсійного забезпечення, соціальних допомог, розмірів інших соціальних виплат, що забезпечують рівень життя, не нижчий від прожиткового мінімуму. Положення

даного закону конкретизуються у Законах України "Про мінімальний споживчий бюджет", "Про межу малозабезпеченості", "Про прожитковий мінімум".

По-сьоме, особлива роль серед джерел права соціального забезпечення належить законам про державний бюджет на поточний рік.

Законом України "Про державний бюджет на 2003 рік" Кабінету Міністрів надано право протягом 2003 року збільшувати встановлений законом рівень забезпечення прожиткового мінімум, виходячи з фінансових ресурсів держави [5]. Таке право надавалось і законами про державний бюджет минулих років.

По-восьме, джерела права соціального забезпечення характеризуються значним ступенем диференціації у правовому регулюванні окремих видів соціального забезпечення залежно від попередньої діяльності осіб, яким надається соціальне забезпечення, від суб'єктів, які потребують окремих видів соціального забезпечення. Диференціація джерел права соціального забезпечення зумовлена неоднорідністю відносин, які становлять його предмет, а також суб'єктивним складом. Право соціального забезпечення в умовах переходу до ринкових відносин характеризується дуже складною системою джерел права, що зумовлено характером правового регулювання цієї галузі права [6, с.60]

Характеризуючи джерела права соціального забезпечення не можна обминути рішення Конституційного Суду України. В теорії права немає єдиної думки щодо їхньої правової природи. У той же час необхідно відзначити, що до компетенції Конституційного суду України віднесено прийняття рішень про конституційність законів та інших правових актів Верховної Ради України, актів Президента України, актів Кабінету Міністрів України, правових актів Верховної Ради Автономної Республіки Крим. У тому випадку, коли ці акти або їхні окремі положення визнаються такими, що не відповідають Конституції України, вони оголошуються нечинними і втрачають чинність від дня прийняття рішення про їх неконституційність. До компетенції Конституційного суду віднесено також офіційне тлумачення Конституції і законів України, що сприяє їхньому правильному застосуванню. Саме у цьому аспекті необхідно розглядати рішення Конституційного суду у справі про зону відчуження, у якому він тлумачив поняття "зона відчуження", яке вживається у Законі України "Про статус і соціальний захист громадян, які постраждали внаслідок Чорнобильської катастрофи".

Отже під джерелами права соціального забезпечення слід розуміти зовнішні форми виразу правових норм у вигляді нормативно-правових актів і нормативно-правових договорів, які регулюють суспільні відносини, що становлять предмет права соціального забезпечення.

Джерела права соціального забезпечення класифікують за різними критеріями.:

- 1) за сферою дії нормативно-правові акти поділяємо на централізовані і локальні. До централізованих відносимо закони, угоди, постанови Кабінету Міністрів, нормативно-правові акти міністерств і відомств. До локальних відносимо нормативно-правові акти органів місцевого самоврядування, місцевих органів державної виконавчої влади, а також нормативно-правові акти, які приймаються на підприємствах, в установах, організаціях;
- 2) за видами відносин, які вони регулюють – такі, що регулюють відносини за загальнообов'язковим державним соціальним страхуванням, за пенсійним

забезпеченням, за наданням страхових і державних допомог, за наданням пільг і за соціальним обслуговуванням;

- 3) за суб'єктами, які потребують окремих видів соціального забезпечення – жінки, інваліди, літні люди, ветерани праці, ветерани війни та ін.

Проте найпоширеніший поділ джерел права соціального забезпечення за їхньою юридичною силою на закони і підзаконні нормативно-правові акти. Закони своєю чергою поділяємо на загальні (про державну службу, про статус суддів) і спеціальні (про пенсійне забезпечення, про державну допомогу сім'ям з дітьми). Підзаконні акти своєю чергою поділяються на акти Президента України, Кабінету Міністрів України, відомчі нормативно-правові акти і акти локально-правового характеру.

Джерела права соціального забезпечення класифікують також за видами соціального забезпечення, за організаційно-правовими формами соціального забезпечення та за іншими критеріями.

-
1. Андреев В.С. Право социального обеспечения в СССР. – М., 1987.
 2. Мачульская Е.Е. Право социального обеспечения: Учеб. пособие. – М., 1998.
 3. Смирнова М.О. Источники права социального обеспечения: Автореф. дис... канд. юрид. наук. – М., 1983.
 4. Рабинович П.М. Основи загальної теорії права та держави. Навч. посібник. 5-те вид., зі змінами. Тернопіль: ЛІЛЕЯ, 2002. – С.109.
 5. Закон України "Про державний бюджет України на 2003 рік" від 26 грудня 2002 року // Праця і зарплата: – №2 – 2003.
 6. Див. Мачульская Е.Е., Горбачева Ж.А. Право социального обеспечения. Учебное пособие для ВУЗов. – М.: Книжный мир, 2001. – С.60.

ON THE MATTER OF SOCIAL WELFARE LAW SOURCES

V. Byrak

*Ivan Franko National University of Lviv,
Universytetska Str. 1, UA-79000 Lviv, Ukraine*

The notion and kinds of social welfare law sources are examined in the article. The author defines the social welfare law sources as the normative-legal acts adopted by the competent State and other authorized bodies for the regulation of social relations which form the object of social welfare law. The features distinguishing social welfare law sources from other law fields' sources are defined.

Key words: law sources; normative-legal acts; peculiarities of social welfare law sources.

Стаття надійшла до редколегії 31.03.2003
Підписана до друку 30.10.2003

ОФОРМЛЕННЯ ТРУДОВОГО ДОГОВОРУ: ПРОБЛЕМИ ТЕРМІНОЛОГІЇ ТА ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ

Д. Лещух

*Львівський національний університет імені Івана Франка
вул. Університетська, 1, 79000, Львів, Україна*

У статті досліджується поняття та стадії оформлення трудового договору. Характеризуються поняття фактичного допуску до роботи та наказу про прийняття на роботу. Дані пропозиції щодо усунення виявлених автором недоліків законодавства.

Ключові слова: трудовий договір, укладення трудового договору, оформлення трудового договору

Статтею 24 КЗпП України передбачено, що "укладення трудового договору оформляється наказом чи розпорядженням власника або уповноваженого ним органу про зарахування працівника на роботу". Пленум Верховного суду України у своїй Постанові "Про практику розгляду судами трудових спорів" з приводу цього роз'яснив, що "укладення трудового договору оформляється наказом чи розпорядженням власника підприємства, установи, організації чи уповноваженого ним органу. Фактичний допуск до роботи вважається укладенням трудового договору, незалежно від того, чи було прийняття на роботу належним чином оформлене, якщо робота проводилася за розпорядженням чи з відома власника або уповноваженого ним органу". Тому цілком закономірно постає запитання, що слід розуміти під виразами "укладення трудового договору оформляється наказом" та "незалежно від того, чи було прийняття на роботу належним чином оформлене"?

Неоднозначність трактування згаданих понять у законодавстві та судовій практиці підкреслюють Г.І.Чанишева [2, с.36], Б.С.Стичинський, І.В.Зуб та В.Г.Ротань [3, с.228-229]. Вони відзначають, що на практиці під *оформленням трудового договору* часто помилково розуміють лише видання наказу чи розпорядження власника підприємства, установи, організації чи уповноваженого ним органу.

Тлумачний словник слова *оформити, оформлені* пояснює так:

- 1) надавати чому-небудь певного вигляду, певної форми;
- 2) приймати когось та зараховувати кудись із дотриманням певних формальностей, виконувати певні формальності.

Виходячи із статті 24 КЗпП та роз'яснень Пленуму Верховного суду України, видається, що у виразі "укладення трудового договору оформляється наказом" поняття "оформляється" також розуміється двояко:

- 1) як вказівка власника підприємства, установи, організації або уповноваженого ним органу бухгалтерії, відділу кадрів та іншим організаційним ланкам підприємства про нарахування працівникові заробітної плати, внесення його до штату працівників, роз'яснення правил безпеки праці тощо; тобто "оформлення укладення трудового договору – це наказ власника або ж уповноваженого ним органу про зарахування працівника на роботу";

- 2) вираз із Постанови Пленуму Верховного суду України "Про практику розгляду судами трудових спорів", що "незалежно від того, чи було прийняття на роботу належним чином оформлене", настановляє на розуміння поняття "оформлення" саме як "надання форми трудовому договору, яка вимагається законодавством".

Також неоднозначним є і розуміння обсягу поняття "оформлення трудового договору", оскільки це поняття може в себе включати:

- 1) досягнення угоди між працівником та власником, видання наказу про прийняття на роботу на основі досягнутої угоди, внесення записів до трудової книжки та вчинення інших, передбачених законодавством дій стосовно встановлення трудових відносин між працівником та роботодавцем;
- 2) видання наказу про прийняття на роботу на основі вже укладеного трудового договору, внесення записів до трудової книжки та вчинення роботодавцем інших, передбачених законодавством дій стосовно встановлення трудових відносин між працівником та роботодавцем;
- 3) видання наказу про зарахування працівника на роботу.

З огляду на вищевикладене буде виправданим розмежування двох понять – "оформлення трудового договору" та "оформлення укладення трудового договору". Під "оформленням трудового договору" слід розуміти юридично значущі діяння сторін трудового договору щодо надання йому конститутивної або обраної сторонами форми, яка визнається достатньою законодавством, а також внесення у документи, які мають правове значення для працівника та роботодавця, точних відомостей про трудовий договір відповідно до чинного законодавства і досягнутої угоди, а також у встановлені строки". Під "оформленням укладення трудового договору" (однак тут неможливо використовувати поняття "оформлення укладеного трудового договору", оскільки у більшості випадків укладення трудового договору збігається із виданням наказу роботодавця про зарахування працівника на роботу) слід розуміти видання наказу про зарахування працівника на роботу та внесення роботодавцем у документи, які мають правове значення для працівника, точних відомостей про нього і його роботу відповідно до чинного законодавства вже після досягнення угоди між працівником та роботодавцем (у випадку, якщо доказами укладення трудового договору є лише наказ роботодавця або фактичний початок роботи працівником) або після укладення трудового договору (у випадку, якщо підписувався сторонами письмовий договір).

У сучасній юридичній літературі під поняттям "оформлення" розуміють "оформлення трудового договору" як "внесення власником або уповноваженим ним органом у документи, які мають правове значення для працівника, точних відомостей про нього і його роботу відповідно до чинного законодавства і досягнутої угоди, а також у встановлені строки". Таке розуміння "оформлення трудового договору" видається надто звуженим, оскільки вбачає лише діяльність одного суб'єкта (однієї із сторін трудового договору) – власника або уповноваженого ним органу.

Теорія трудового права та практика застосування трудового законодавства виділяє три юридичні факти, з якими пов'язується момент укладення трудового договору:

- 1) фактичний допуск до роботи;
- 2) видання наказу власника про прийняття на роботу;

- 3) підписання обома сторонами трудового договору у вигляді письмового документа.

Виходячи із вищевказаного, можна стверджувати, що оформлення трудового договору з точки зору чинного законодавства – це надання трудовому договору форми, яка передбачена законодавством як необхідна.

Оскільки необхідними і достатніми формами трудового договору згідно з чинним законодавством, є:

- 1) наказ про прийняття на роботу;
- 2) фактичний початок роботи працівником;
- 3) підписання письмового договору,

то і для оформлення укладення трудового вистачатиме лише вчинення одного із вищезазначених діянь, а саме – видання наказу, підписання обома сторонами письмового договору або фактичний початок роботи працівником.

Такий спрощений підхід законодавця до проблеми оформлення укладення трудового договору видається надто спрощеним, оскільки звільняє роботодавця від обов'язків та відповідальності щодо видання та правильного оформлення наказу про зарахування працівника на роботу, допускає можливість невидання наказу про зарахування на роботу взагалі та затримку видання наказу про зарахування на роботу на необмежений термін. Все це підтверджується та набуває ще більшої проблематичності, з огляду на те, що чинне законодавство не передбачає ні чітко визначеної форми трудового договору для всіх категорій працівників, ні строків оформлення трудового договору, ні, тим більше, відповідальності за недотримання порядку оформлення трудового договору. А це призводить до порушення прав працівника під час заповнення його трудової книжки, призначенні пенсії тощо, а також до порушення фіскальних інтересів держави.

Отож доцільнішим є використання поняття "оформлення укладення трудового договору" у вказаному вище розумінні.

Оскільки оформлення трудового договору – це певний процес, важливим є з'ясування питання про стадії цього процесу.

Передусім мабуть, слід з'ясувати обов'язки працівника і власника або уповноваженого ним органу стосовно оформлення укладення трудового договору. До обов'язків працівника чинне законодавство відносить:

- 1) подання громадянином, з яким укладається трудовий договір паспорта або іншого документа, що посвідчує особу, та трудової книжки, а у випадках, передбачених законодавством, також документа про освіту, про стан здоров'я та інших документів;
- 2) підписання договору у випадках необхідності укладення письмового трудового договору.

До обов'язків власника або уповноваженого ним органу відносять:

- 1) видання наказу про зарахування працівника на роботу та ознайомлення з ним;
- 2) підписання договору у випадках необхідності укладення письмового трудового договору;
- 3) внесення запису до трудової книжки працівника;
- 4) реєстрація трудового договору у випадку його укладення між працівником та фізичною особою.

Ми поділяємо, висловлену у літературі думку про те, що вказаних у трудовому законодавстві обов'язків працівника та власника стосовно оформлення укладення трудового договору недостатньо, а також вважаємо за потрібне впорядкувати процедуру оформлення укладення трудового договору – адже, як і будь-який процес, оформлення треба проводити у певній послідовності з додержанням певних формальних процедур, внесенням точного переліку документів, які оформляються під час укладення трудового договору та у зв'язку з його укладенням. До того ж слід обов'язково встановити відповідальність роботодавця за недотримання правил оформлення укладення трудового договору та порушення строків його проведення.

Виходячи із практики укладення трудових договорів та існуючих пропозицій з приводу удосконалення порядку оформлення укладення трудового договору, виділяємо такі стадії укладення трудового договору:

- 1) подання заяви працівником роботодавцю (усної чи письмової) або подача роботодавцем потенційному працівникові пропозиції про укладення трудового договору та надання працівником всіх передбачених документів, які необхідні для укладення трудового договору; чинне законодавство не бере до уваги змісту письмової заяви про прийняття на роботу при визначенні неточностей у формулюванні умов трудового договору у наказі про зарахування працівника на роботу, а проте письмова заява про прийняття на роботу за умов відсутності обов'язкової письмової форми трудового договору є офертою на укладення трудового договору до роботодавця, у якій висловлюється пропозиція громадянина про укладення трудового договору та його згода на вироблені ним у заяві умови. Відтак вважаємо, що у випадку подання письмової заяви про прийняття на роботу обов'язково має укладатися письмовий трудовий договір між працівником та роботодавцем або наказ про зарахування працівника на роботу має надаватися працівнику для ознайомлення під розписку, оскільки за інших умов неможливо встановити волевиявлення працівника щодо зазначених у наказі роботодавця умов;
- 2) підписання сторонами письмового трудового договору (ця стадія оформлення укладення трудового договору може бути факультативною або обов'язковою, залежно від того чи буде встановлена вимога про обов'язкову письмову форму трудового договору і для яких категорій працівників;
- 3) видання роботодавцем на підставі досягнутої угоди або підписаного трудового договору наказу про зарахування працівника на роботу;
- 4) ознайомлення працівника із наказом про зарахування його на роботу під розписку (обов'язковість такого ознайомлення сьогодні не передбачена КЗпП України, але воно закріплено у Типових правилах внутрішнього трудового розпорядку та Трудовому кодексі РФ); необхідність такого ознайомлення працівника із змістом трудового договору зумовлена численними неточностями, які допускаються під час видання наказів, а також тією обставиною, що саме наказом користуватимуться різноманітні структурні ланки підприємства при вчиненні певних юридично значущих дій щодо працівника (наприклад, на підставі наказу бухгалтерія подасть відомості про працівника до Пенсійного фонду, до Фонду страхування від тимчасової непрацездатності, до Фонду страхування на випадок безробіття); до того ж за умов відсутності обов'язкової письмової форми трудового договору для всіх категорій працівників саме наказом визначаються всі умови трудового договору і встановлення їх без відома і явно вираженої згоди на них

працівника суперечить самій природі договору як "єдиного вольового акту сторін";

- 5) внесення в трудову книжку запису про прийом на роботу, який містить всі необхідні елементи, оформлення трудової книжки працівникам, що влаштовуються на роботу вперше, заповнення особової картки працівника, ознайомлення працівника із записом у трудовій книжці; правильне внесення записів у трудову книжку має велике значення для працівника, оскільки саме це є доказом їхньої кваліфікації, досвіду роботи, тривалості загального, безперервного і спеціального трудового стажу. Поряд із важливістю цього етапу оформлення укладення трудового договору часто допускається несвоєчасне оформлення трудових книжок працівників, які поступають на роботу вперше, не завжди вказується професія працівника, його освіта тощо;
- 6) реєстрація трудового договору із певними категоріями працівників та роботодавців у державних органах та органах місцевого самоврядування.

У законодавстві не встановлені строки, протягом яких повинен бути укладений і правильно оформлений трудовий договір. Це призводить до затримок видання наказу про зарахування працівника на роботу, внесення записів до трудової книжки і, відповідно, до почастішання випадків, коли трудовий договір вважається укладеним у зв'язку із фактичним допущенням працівника до роботи. При цьому роботодавець за таку свою бездіяльність не несе жодної відповідальності ні перед працівником, ні перед державою. Рациональною видається точка зору, висловлена у Проекті Трудового кодексу України (проект народного депутата України В.І. Коновалюка): строк між днем подачі працівником документів, що потрібні для оформлення трудового договору, та днем підписання трудового договору не може перевищувати 15 днів; при фактичному допуску до роботи працівника роботодавець зобов'язаний оформити з ним трудовий договір у письмовій формі не пізніше ніж упродовж трьох днів з моменту фактичного допуску до роботи.

Вважаємо також за необхідне встановити відповідальність роботодавця за неправильне або несвоєчасне оформлення укладення трудового договору, а саме:

- 1) за затримку підписання трудового договору (за недотримання законодавчо встановленого строку на підписання трудового договору після подачі працівником документів, що необхідні для правильного оформлення трудового договору);
- 2) за затримку оформлення трудового договору після фактичного допуску працівника до роботи;
- 3) за затримку видання наказу про зарахування працівника на роботу;
- 4) за затримку внесення запису до трудової книжки та заведення трудової книжки для працівників, що працюють за першим місцем роботи.

-
1. Новий тлумачний словник української мови: В 4т. – К., 2001. – Т.3. – С.168.
 2. Чанишева Г. Значення правильного оформлення трудового договору. – Право України. – 1992. – №7. – С.36.
 3. Стычинский Б.С., Зуб И.В., Ротань В.Г. Научно-практический комментарий к законодательству Украины о труде. В 2т. – Симферополь, 1998. – Т.1. – С. 228-229.
 4. Красавчиков О.А. Юридические факты в советском гражданском праве. – М., 1958. – С.123.

TAKING ON THE STAFF: PROBLEMS OF TERMINOLOGY AND LEGAL REGULATION

D. Leshchukh

*Ivan Franko National University of Lviv,
Universytetska Str. 1, UA-79000 Lviv, Ukraine*

The concept and stages of the process of taking on the staff after employment agreement conclusion are analysed in the article. The notions of actual admission to the employment place and the order of appointment are characterized. The author also proposes several ways of legislation improvement.

Key words: employment agreement, employment agreement conclusion, taking on the staff.

Стаття надійшла до редколегії 20.03.2003

Підписана до друку 30.10.2003

ПРО ПОНЯТТЯ ТА ОСОБЛИВОСТІ СОЦІАЛЬНОГО СТРАХУВАННЯ

С. Синчук

*Львівський національний університет імені Івана Франка,
вул. Університетська, 1, 79000 Львів, Україна.*

У статті розглянуті поняття, правова природа та особливості соціального страхування як інституту права соціального забезпечення. Головна мета соціального страхування – фінансове забезпечення таких соціальних ризиків, як непрацездатність, безробіття, втрата годувальника. Ознаками соціального страхування за правом соціального забезпечення названі: обов'язковість, імперативність, солідарна відповідальність, спеціальні суб'єкти.

Ключові слова: соціальне страхування, особисте страхування, соціальне забезпечення, соціальний ризик.

Утвердження України як правової держави з соціально орієнтованою ринковою економікою створило об'єктивні передумови системного реформування державної системи соціального забезпечення населення та розвитку системи соціального страхування як найважливішої організаційно-правової форми соціального забезпечення за умов ринкових перетворень у суспільстві.

Характерною ознакою соціального страхування є те, що фінансування соціального забезпечення здійснюється за рахунок страхових внесків також існує тісний взаємозв'язок між розмірами страхових внесків та обсягом матеріального забезпечення чи соціальних послуг громадян.

Система соціального страхування склалася в СРСР ще в період непу, проте згодом була деформована, втратила основні ознаки страхових відносин та фактично перетворилась в елемент податкової системи. У 30-х роках вона повністю злилась із Державним бюджетом, що й стало підставою визначення такої форми страхування як соціального забезпечення, яке в соціально-економічній системі централізованого планування було монопольною організаційно-правовою формою соціального захисту і здійснювалось за рахунок Державного бюджету. Страхові внески підприємств не мали страхового характеру та не базувались на оцінці соціальних ризиків. "Одержавлення" соціального страхування було наслідком того, що головним власником засобів виробництва, а отже, роботодавцем, виступала держава, а тому економічна та фінансова відповідальність щодо забезпечення соціальних ризиків покладалась на неї. Закономірним було також об'єднання коштів соціального страхування з Державним бюджетом – створення в такий спосіб єдиної страхової бази для всіх видів ризику.

За сучасних умов в Україні, коли функції власника, роботодавця переходять і до нових суб'єктів (приватних, колективних власників) соціально-трудових відносин, система соціального забезпечення потребує глибокої трансформації в напрямі максимальної відповідності вимогам ринкової економіки. Страхова система соціального забезпечення повинна базуватись на відносинах найманої праці та різних форм власності, на реальній вартості робочої сили. Переорієнтація вже існуючих та поява нових завдань соціальної політики держави зумовлюють якісні та кількісні

зміни у сфері соціального страхування, що своєю чергою потребує нових теоретичних досліджень. Свіжого погляду заслуговують традиційні постулати теорії соціально-страхових відносин.

Актуальність наукових досліджень цієї проблеми також зумовлена прийняттям у кінці 90-х років численних законів про соціальне страхування (Основ законодавства України про загальнообов'язкове державне соціальне страхування та низки спеціальних законів, які врегульовують відносини щодо окремих видів соціального страхування).

Теоретичні основи соціального страхування були предметом дослідження багатьох учених і не лише правознавців.

Свого часу (ще у 20-х роках) соціально-економічні та правові основи соціального страхування як однієї з організаційно-правових форм соціального забезпечення досліджувались у працях таких відомих вчених як Н.А. Вігдорчик, Л.В. Забелін.

Згодом правові проблеми соціального страхування були предметом дослідження вчених – представників радянського періоду розвитку права соціального забезпечення, зокрема, В.С. Андрєєва, К.С. Батигіна, А.Д. Зайкіна (теоретичні основи соціального страхування в СРСР) [1; 2; 3], Є.І. Астрахана (принципи системи соціального страхування робітників і службовців) [4], А.Н. Єгорова (принципи системи соціального страхування колгоспників) [5], І.М. Сироти (правове регулювання соціального страхування членів колгоспів) [6].

Серед сучасних вітчизняних учених окремі проблеми соціального страхування досліджувались у статтях В.М. Андріїва (історія становлення соціального страхування), Н.Б. Болотіної, Я.І. Безуглої (окремі питання теорії соціального страхування) М. Боднарука (деякі аспекти правовідносин загальнообов'язкового державного соціального страхування), Б.С. Стичинського (проблеми удосконалення правового регулювання соціального страхування). Ґрунтовному аналізу правових основ становлення соціального страхування в Україні присвячене дисертаційне дослідження І.О. Гуменюк [7]. Економічні аспекти соціального страхування розглядались у працях Ю.І. Павленка (досвід світових систем соціального страхування для України), Т.А. Федорова (основи соціальної страхової діяльності).

Незважаючи на підвищений інтерес учених до проблем соціального страхування, в Україні (та й, зрештою, в зарубіжній галузевій літературі) до цього часу немає теоретичних обґрунтувань дефініції, правових ознак, юридичного значення, принципів соціального страхування.

Соціальне страхування є різновидом страхових відносин, які становлять предмет фінансового та цивільного права. Разом з тим воно наділено певними особливостями, притаманними йому як інституту права соціального забезпечення. Відтак головною метою цієї статті є визначення правових ознак, а на їхній основі – поняття соціального страхування за правом соціального забезпечення.

Страховий захист у системі соціального забезпечення – це сукупність розподільчих і перерозподільчих відносин з приводу відшкодування збитків та надання допомоги непрацездатним з огляду на фактор соціального ризику.

Соціальні ризики як підстава для соціального забезпечення – це закріплена законодавством та визнана суспільством соціально значущою обставина об'єктивного характеру, з настанням якої громадяни (члени їхніх сімей) можуть втратити тимчасово або назавжди засоби до існування чи потребують додаткового

матеріального забезпечення, проте не можуть самостійно їх уникнути. Соціальними ризиками в системі соціального страхування є: досягнення пенсійного віку; безробіття (часткове безробіття); нещасний випадок на виробництві та професійне захворювання, які спричинили втрату працездатності; хвороба застрахованої особи та випадки, прирівняні до неї; вагітність та пологи; народження дитини; смерть особи.

Зміст страхового захисту в усіх суспільних відносинах у природному, економічному, соціальному, юридичному, міжнародному аспектах досить ґрунтовно розкрили В.Д. Базилевич та К.С. Базилевич [8, с.12-13].

З позицій природних інтересів суспільства та окремих його громадян страхування виникло як засіб збереження благополуччя за настання випадкових, непередбачуваних, а також передбачуваних, але небажаних і таких, яких не можна уникнути, випадків з метою розподілу заподіяних окремим громадянам збитків між багатьма іншими членами суспільства, щоб полегшити тягар потерпілих.

Економічна сторона страхового захисту полягає у створенні такого різновиду людської діяльності, який ґрунтується на акумуляції фінансових засобів з метою відшкодування потерпілим збитків, спричинених настанням шкідливих для здоров'я, та (або) матеріального благополуччя подій, що створює більш сприятливі умови для процесу суспільного відтворення.

У соціальному плані страхування є формою (способом) участі роботодавців, держави та громадян у справі захисту особистих інтересів громадян і створення у такий спосіб умов для забезпечення соціальної та політичної стабільності в суспільстві.

Міжнародний аспект страхового захисту зводиться до усунення національних відмінностей у законодавствах різних країн і уніфікації способів захисту інтересів громадян.

З юридичної точки зору страхування є різновидом цивільно-правових відносин щодо захисту майнових інтересів громадян у разі настання певних, визначених законодавством чи договором подій (страхових випадків) за рахунок грошових фондів, що формуються шляхом сплати фізичними та юридичними особами страхових платежів.

Теоретичні основи соціального страхування були предметом дослідження багатьох учених, і щодо визначення змісту цього поняття суттєвих розбіжностей не має. Це – гарантована державою система заходів щодо забезпечення громадян у старості на випадок захворювання, втрати працездатності, підтримки материнства та дитинства, а також з охорони здоров'я членів суспільства в умовах безоплатної медицини [8, с.66]; одна із основних форм соціального забезпечення, заснована на застосуванні страхового методу, тобто внесення в особливі фонди обов'язкових платежів суб'єктами підприємницької діяльності незалежно від форм власності і видів господарської діяльності та особами найманої праці, які працюють на умовах трудового договору, й використання державою цих коштів для матеріального забезпечення громадян, що втратили працездатність, а також охорони їхнього здоров'я [9, с.260]; це форма організації здійснення застрахованими громадянами права на соціальне забезпечення [10, с.10]; форма соціального захисту економічно активного населення від ризиків, що пов'язані з втратою роботи, працездатності та доходів на основі колективної солідарності відшкодування збитків [11, с.71]; провідна організаційно-правова форма соціального забезпечення, яка гарантує

особам право на соціальне забезпечення і профілактику соціального (страхового) ризику за рахунок страхових коштів [7, с.14] та ін. Термін соціальне страхування пов'язують з проблемою фінансового забезпечення соціальних виплат.

Відтак *соціальне страхування* – це система правовідносин щодо надання матеріального забезпечення та соціальних послуг застрахованим особам (членам їх сімей) у разі настання соціальних страхових випадків у розмірах і порядку, передбачених законами за рахунок грошових фондів, які формуються шляхом сплати страхових платежів роботодавцями та особами, в користь яких здійснюється страхування, а також бюджетних асигнувань.

Базовими правовими джерелами соціального страхування в Україні є Основи законодавства про загальнообов'язкове державне соціальне страхування, Закон України "Про загальнообов'язкове державне соціальне страхування на випадок безробіття" (від 02.03.2000 р.), Закон України "Про загальнообов'язкове державне соціальне страхування у зв'язку з тимчасовою втратою працездатності та витратами, зумовленими народженням та похованням" (від 18.01.2001 р.), Закон України "Про загальнообов'язкове державне соціальне страхування від нещасного випадку на виробництві та професійного захворювання, що зумовили втрату працездатності" (від 23.09.1999 р.), Закон України "Про збір на обов'язкове державне пенсійне страхування" (від 26.06.1997 р.). Саме на часі прийняття законів про медичне соціальне страхування, про державне пенсійне соціальне страхування, про недержавне пенсійне забезпечення.

Як уже зазначалась, соціальне страхування має низку особливостей, які характеризують його правову природу та істотно відрізняють від цивільно-правового особистого страхування. Проаналізуємо їх детальніше.

Соціальне страхування є виключно імперативним за характером: умови та порядок його здійснення передбачені законом і не можуть бути змінені угодою сторін; натомість особисте страхування здійснюється в межах Закону України "Про страхування", проте на підставі договору страхування, який укладається кожною особою окремо, виходячи із її потреб та бажань щодо страхової суми. Обсяг соціальних страхових ризиків є законодавчо встановлений, в той час як в рамках особистого страхування вони визначаються договором.

Соціальне страхування здебільшого здійснюється за принципом обов'язкової участі застрахованих осіб, тоді як особисте страхування, як правило, є добровільним.

Усі зарубіжні держави на ранніх етапах свого розвитку сповідували ідеологію ліберально-ринкових відносин, і система соціального забезпечення розвивалася у рамках приватного страхування чи кас взаємодопомоги. Водночас практичні потреби країн з ліберальною ринковою економікою призвели до створення загальнонаціональних форм соціального захисту, які ґрунтувались на певному усупільненні засобів і їх перерозподілі на потреби осіб, які не мають необхідних джерел доходів [12, с.3]. Доцільність застосування обов'язкової форми соціального страхування ще у 1796 р. обґрунтував англійський вчений Джон Ванкувер [13, с.36].

Необхідність обов'язкової форми соціального страхування зумовлена соціальними ризиками, можливістю настання непрацездатності особи та її важкого матеріального становища. Соціальна держава зобов'язана надати певну підтримку нужденній особі, а щоб не переобтяжувати державний бюджет, вона (держава) передбачила обов'язковість створення спеціальних соціальних фондів, за рахунок

яких здійснюється матеріальне забезпечення непрацездатних осіб за умов настання пенсійних ризиків. Недержавні організаційно-правові форми соціального забезпечення (добровільні чи (і) обов'язкові) можуть використовуватись для підвищення рівня соціального забезпечення понад той, який гарантує державна система обов'язкового соціального страхування.

За чинним законодавством про соціальне забезпечення лише наявність у особи певного страхового періоду є підставою виникнення у неї права на відповідний вид соціальної страхової виплати (пенсії, допомоги) за державною програмою соціального забезпечення.

Принцип обов'язковості страхування осіб взаємопов'язаний із принципом обов'язковості фінансування страховими фондами (установами) витрат на надання матеріального забезпечення та соціальних послуг у обсягах, передбачених законодавством про загальнообов'язкове державне соціальне страхування, та принципом цільового використання коштів загальнообов'язкового соціального страхування.

Страховиками в системі соціального страхування виступають спеціально створені державою некомерційні самоврядні організації – соціальні страхові фонди.

Відповідно до законодавства, страхові соціальні фонди є органами, які здійснюють керівництво та управління окремими видами загальнообов'язкового державного соціального страхування, проводять збір та акумуляцію страхових внесків, контролюють використання коштів, забезпечують фінансування виплат за загальнообов'язковим державним соціальним страхуванням та ін.

За правовою природою страхові соціальні фонди є цільовими, позабюджетними, централізованими страховими фондами; некомерційними самоврядними організаціями, які наділені правами юридичної особи.

Цільовий характер фондів означає, що вони не можуть займатись іншою діяльністю, крім тієї, для якої їх створено, та використовувати свої кошти на цілі, не пов'язані з цією діяльністю.

Кошти соціальних страхових фондів не входять до складу Державного бюджету і використовуються тільки за їхнім прямим призначенням. Вони зараховуються на єдиний централізований рахунок відповідного Фонду в установах банків, визначених Кабінетом Міністрів України для обслуговування коштів Державного бюджету України або спеціалізованого банку, який обслуговує фонди соціального страхування.

Специфіка страхових соціальних фондів визначається їх самоврядним статусом: управління ними здійснюється державою та представниками суб'єктів загальнообов'язкового державного соціального страхування на паритетних засадах; не підпорядкованістю Кабінету Міністрів України та набуттям прав юридичної особи з моменту реєстрації їх статутів, що затверджуються їхніми правліннями.

Страхові соціальні фонди наділені правом нормотворчості: правові акти компетентних органів цих фондів є обов'язковими щодо виконання всіма страхувальниками та застрахованими особами на всій території України.

До соціальних страхових фондів відносяться: Пенсійний фонд України; Фонд соціального страхування від нещасних випадків; Фонд загальнообов'язкового державного соціального страхування на випадок безробіття; Фонд соціального страхування з тимчасової втрати працездатності.

Завдання страхових соціальних фондів впливають з їхнього призначення та природи – здійснювати зобов'язання щодо збору страхових внесків (забезпечувати збирання та акумуляцію коштів) та надання застрахованим особам матеріального забезпечення і соціальних послуг (фінансувати витрати на ці цілі) у разі настання страхових випадків. Кожен з цих Фондів як єдина в Україні спеціалізована установа бере участь у формуванні та реалізації державної політики у сфері конкретного виду загальнообов'язкового державного соціального страхування, а також контролює використання страхових коштів. Залежно від специфіки самого фонду його завдання дещо конкретизується.

Соціальному страхуванню властива деперсоніфікація страхової суми, яка не виступає об'єктом приватної власності застрахованої особи, а тому в разі її смерті чи ненастання страхового випадку використовується іншими учасниками фонду.

Для системи соціального страхування характерна солідарна (колективна) відповідальність за індивідуальні соціальні ризики, яка полягає у перерозподілі грошових ресурсів фондів між учасниками фонду (застрахованими особами) за потребою у випадку настання соціального ризику. У системі особистого страхування страхові суми розподіляються за принципом еквівалентності участі кожного.

Страхове відшкодування в системі соціального страхування є співвідносним середній заробітній платі застрахованої особи та узгоджується з прожитковим мінімумом у державі. На відміну від особистого страхування в системі соціального страхування держава виступає гарантом виконання соціальних грошових зобов'язань страхових фондів – надання матеріального забезпечення чи соціальних послуг.

Наведені аргументи дають підставу стверджувати особливість інституту соціального страхування за правом соціального забезпечення.

У світовій практиці сформувалось три основні моделі організації соціального страхування: централізована, децентралізована та кумулятивна.

Централізована модель являє собою таку систему організації, в якій домінує загальне обов'язкове державне соціальне страхування. Така модель використовується в Україні, Росії, Великобританії, Італії, Скандинавських державах.

Децентралізована модель характеризується перевагою колективного соціального страхування, яке здійснюється в рамках професійних систем у межах підприємств, профспілок, галузей поза рамками державної системи. Воно може бути як обов'язковим, так і добровільним. Ця модель поширена в Японії та США.

Кумулятивна модель є змішаною: державне та колективне соціальне страхування мають приблизно однакове значення. Ця модель використовується у Франції, Швейцарії та Німеччині.

Отже, в результаті з'ясування правової природи соціального страхування, доходимо висновку, що воно, будучи наділеним специфічними ознаками, які не притаманні однойменним інститутам права фінансового та цивільного, виступає гарантом реалізації одного з основних соціальних прав людини – права на соціальне забезпечення.

2. Советское социальное страхование: Учебн. пособие / Под ред. К.С. Батыгина. – М.: Профиздат, 1985. – 368 с.
3. Советское право социального обеспечения: Учебн. пособие / Под ред. А.Д. Зайкина М.: Изд-во Моск. ун-та, 1982. – 263 с.
4. Астрахан Е.И. Принципы пенсионного обеспечения рабочих и служащих. – М.: Госюриздат, 1961. – 127с.
5. Егоров А.Н. Основные принципы советского права социального обеспечения. – М.: М: Изд-во Моск. ун-та, 1984. – 80 с.
6. Сирота И.М. Правовое регулирование социального страхования членов колхозов: Автореф. дис... канд. юрид. наук. – К., 1973. – 26 с.
7. Гуменюк І.О. Правові основи становлення соціального страхування в Україні: – Автореф. дис....канд. юрид. наук. – Харків, 2001. – 19 с.
8. Базилевич В.Д., Базилевич К.С. Страхова справа. – К., 1997.
9. Сирота І.М. Право пенсійного забезпечення в Україні: Курс лекцій. – К., 1998.
10. Мачульская Е.Е. Право социального обеспечения: Учеб. пособие. – М., 1999.
11. Боднарук М. Суб'єкти правовідносин у сфері державного соціального страхування // Підприємництво, господарство і право. – 2001. – №5. – С.71-76
12. Якушев Л.П. К новой теории пенсионных правоотношений? // Пенсия. – 1997. – №9 (12). – С.19-27
13. Вигдорчик Н.А. Теория и практика социального страхования. – Вып.1. Теоретические основы социального страхования. – 3-е изд. – М.: Книга, Петроград, 1923. – 151с.

THE NOTION AND PECULIARITIES OF SOCIAL INSURANCE

S. Sunchyk

*Ivan Franko National University of Lviv
Universytetska Str. 1, UA-79000 Lviv, Ukraine
tel. (0322) 96-47-97*

The article deals with the notion, legal nature, and peculiarities of social insurance as social welfare law institution. The main purpose of social insurance is the financial securing of such social risks as disability, unemployment, and the breadwinner's loss. The author enumerates the features of social insurance under the social welfare law: obligatoriness, peremptoriness, joint responsibility, and special subjects.

Key words: social insurance, personal insurance, social security, social risk.

Стаття надійшла до редколегії 11.03.2003

Підписана до друку 30.10.2003

ПОДІЇ ЯК ПІДСТАВА ПРИПИНЕННЯ ТРУДОВОГО ДОГОВОРУ

Л. Русаль

*Львівський національний університет імені Івана Франка,
вул. Університетська, 1, 79000 Львів, Україна.*

У статті розглянуто поняття, ознаки, система юридичних фактів – подій як підстав припинення трудового договору. Подіями, що зумовлюють припинення трудового договору є: смерть працівника, визнання його безвісно відсутнім чи оголошення його померлим; смерть роботодавця – фізичної особи, визнання його безвісно відсутнім чи оголошення його померлим; закінчення терміну трудового договору; визнання працівника недієздатною особою; невідповідний виконуваний роботі чи займаній посаді стан здоров'я працівника; досягнення найманим працівником граничного віку.

Ключові слова: правоприпиняючі юридичні факти, події, трудовий договір.

Здійснення основних прав людини – головне завдання кожної демократично зорієнтованої держави. І з огляду на європейські інтеграційні процеси наміри України ратифікувати Європейську соціальну хартію особливо актуальними стають проблеми реалізації так званих прав другого покоління, тобто економічних і соціальних прав людини. В системі таких прав вирізняють трудові права особи, реалізація яких дає можливість людині забезпечити гідний рівень існування та розвитку. А тому головним завданням на етапі реформування, зокрема трудового законодавства, бачиться створення максимальних гарантій здійснення права на працю, що безпосередньо пов'язується із виникненням, зміною та припиненням трудових правовідносин.

З'ясуванню проблематики юридичних фактів у трудовому праві присвячені спеціальні наукові дослідження О.В. Барінова "Юридичні факти в радянському трудовому праві", Г.С. Бодерської "Юридичні факти в процесі розвитку трудового правовідношення", П.Д. Пилипенка "Юридичні факти в трудовому праві", Л. Солодовника "Роль юридичних фактів у динаміці правовідносин трудового права", "Способи фіксації юридичних фактів у трудовому праві".

Окремо досліджувалися проблеми, пов'язані із виникненням (О. Гоц, Н. Неумивайченко, В. Процевський, О. Реус), зміною (М. Балюк, Г. Гончарова, Т. Парпан, А. Юшко) та припиненням (О. Гаврилюк, І. Греков, Т. Маркіна, В. Прокопенко, О. Яковлев) трудових правовідносин.

Огляд літератури із проблематики юридичних фактів в трудовому праві ілюструє питому вагу досліджень у сфері виникнення, зміни та припинення трудових правовідносин. І таке співвідношення доводить необхідність окремого аналізу та систематизації саме підстав припинення трудових правовідносин як найважливіших у механізмі гарантій забезпечення трудових прав, у чому і вбачається головне завдання пропонованої статті.

У загальній теорії права та галузевих юридичних науках використовується така правова категорія, як юридичний факт для позначення конкретних обставин [1, с.225], життєвих фактів певного виду і комплексу таких фактів [2, с.212-213], конкретних життєвих ситуацій [3, с.276], фактів об'єктивної дійсності [4, с.77], конкретних соціальних фактів реального життя [5, с.8]. Усі ці визначення пояснюють

юридичний факт як обставину реальної дійсності, з настанням якої правова норма пов'язує рух правовідносин.

За правовими наслідками юридичні факти поділяють на правовстановлюючі, правозмінюючі, правоприпиняючі. Підставами припинення трудового договору є правоприпиняючі юридичні факти. Одні правоприпиняючі юридичні факти виникають як результат волі певних суб'єктів: коли одна із сторін трудового договору чи обидві сторони, чи третя особа, яка не виступає стороною трудового договору, однак відповідно до закону наділена правом вимоги припинити трудовий договір, проявляє таку ініціативу. Традиційно такі юридичні факти називають діями. Інші зумовлюють припинення трудового договору незалежно від волі таких суб'єктів. Ці юридичні факти у загальній теорії та галузевих юридичних науках позначають поняттям події.

Спробуємо проаналізувати юридичні факти – події, які зумовлюють припинення трудового договору.

Досліджуючи правову категорію *подія*, вчені виділяють її основну властивість: природне, об'єктивне походження, незалежно від волі людини [6, с.280; 7, с.165]. Юридичний наслідок настання події виявляється за умови її впливу на процес діяльності людини. Певна подія життя стає юридично значущою тоді, коли перетинаються незалежні, причинно зумовлені процеси: діяльність людини та розвиток природного явища. Надаючи події статусу юридичного факта, законодавець тим самим регулює правовими засобами поведінку людей у ситуації, що настала в результаті вказаної події [8, с.8]

Розуміння події як явища лише природного об'єктивного походження є дещо застарілим, адже загальновідомо, що подією, яка зумовлює динаміку правовідносин того чи іншого виду, можуть бути і такі юридичні факти, які виникають як результат діяльності людини, однак подальший їх розвиток є об'єктивним та не залежить від суб'єктивних чинників. З огляду на це, у загальній теорії права розрізняють *абсолютні* та *відносні події*. Під першими розуміють явища природи, виникнення і розвиток яких не залежить від волі та свідомості людини. Відносні події – явища, викликані діяльністю людини, розвиток яких відбувається незалежно від причин, які їх породили [8, с.169-170]. Для трудового права особливий інтерес привертають відносні події, оскільки більшість юридичних фактів, що зумовлюють динаміку правовідносин, тією чи іншою мірою є пов'язаними з діями людини.

Загальний аналіз положень КЗпП України показав, що на сьогодні немає законодавчого закріплення єдиного переліку подій, що зумовлюють припинення трудового договору. Нерідко вони зовсім не згадуються, хоч і використовуються на практиці, або ж перелічені спеціальним законодавством, що регулює трудові відносини окремих категорій працівників.

На нашу думку, можна виділити такі юридичні факти, які становлять перелік подій, що зумовлюють припинення трудового договору:

- 1) смерть працівника, визнання його безвісно відсутнім чи оголошення його померлим;
- 2) смерть роботодавця – фізичної особи, визнання його безвісно відсутнім чи оголошення його померлим;
- 3) закінчення терміну дії трудового договору;
- 4) визнання працівника недієздатною особою;

- 5) невідповідний виконуваний роботі чи займаній посаді стан здоров'я працівника;
- 6) досягнення працівником граничного віку.

Юридичний факт – смерть працівника або у випадку, коли роботодавцем за трудовим договором виступає фізична особа – смерть роботодавця, не отримав закріплення у КЗпП України. Смерть особи, яка виконує трудові обов'язки, як підставу припинення трудового договору, передбачено спеціальним законодавством. Так положеннями Закону України "Про статус народного депутата" (п.5 ст.4) однією з підстав дострокового припинення повноважень народного депутата, а відтак і трудового договору з ним, передбачено смерть народного депутата.

Цілком очевидним є той факт, що смерть працівника (смерть фізичної особи – роботодавця) є підставою припинення трудового договору з найманим працівником, а тому, як видається, виникає необхідність законодавчого закріплення такого факту. Зауважимо, що п.6 ст.83 Трудового Кодексу Російської Федерації однією із підстав припинення трудового договору передбачає факт смерті працівника чи роботодавця – фізичної особи, а також визнання судом працівника чи роботодавця – фізичної особи померлим чи безвісно відсутнім. Тим більше, що на практиці у випадку смерті працівника припинення трудового договору оформляється наказом, у якому зазначається саме така підстава.

Факт смерті особи (працівника чи роботодавця – фізичної особи), який є підставою припинення трудового договору, визнається (фіксується) органами реєстрації актів цивільного стану на підставі Правил реєстрації актів цивільного стану (затверджених Наказом Міністерства юстиції України від 18 жовтня 2000 року). Документом, який засвідчує смерть відповідної сторони трудового договору, є копія свідоцтва про смерть.

Юридичні факти – визнання особи безвісно відсутньою чи оголошення її померлою, не передбачені КЗпП України як підстава припинення трудового договору, що видається не зовсім обґрунтованим. Незаперечним, звичайно, є той факт, що ці події припиняють будь-які правовідносини, суб'єктом яких була особа, а отже, і трудові в тому числі. Спеціальним законодавством така підстава припинення трудового договору передбачена для державних службовців (п.5 ст.30 Закону України "Про державну службу"), для посадових осіб органів місцевого самоврядування (ст.20 Закону України "Про службу в органах місцевого самоврядування").

Факт безвісної відсутності особи (працівника чи роботодавця – фізичної особи) встановлюється в судовому порядку на підставі цивільного законодавства. Так, відповідно до ст.18 Цивільного кодексу України, громадянин може бути визнаний безвісно відсутнім, якщо протягом одного року в місці його постійного проживання нема відомостей про місце його перебування. Порядок визнання громадянина безвісно відсутнім визначається главою 35 Цивільного процесуального кодексу України. Правовою підставою припинення трудового договору з працівником є рішення суду про визнання особи безвісно відсутньою, яке набуло законної сили.

Безвісно відсутній може бути оголошений померлим, якщо в місці його постійного проживання нема відомостей про місце його перебування протягом трьох років, а якщо він пропав без вісти за обставин, що загрожували смертю або дають підставу припускати його загибель від певного нещасного випадку, – протягом шести місяців. Днем смерті громадянина, оголошеного померлим, вважається день набрання законної сили рішенням суду про оголошення його померлим. Порядок

оголошення громадянина померлим визначається главою 35 Цивільного процесуального кодексу України.

Іншою подією, що зумовлює припинення трудового договору, є сплив терміну дії трудового договору. Ця подія є відносною, оскільки зазначення дії договору чи юридичного факту, з яким пов'язане його закінчення, чи обсягу робіт, який необхідно виконати за договором, залежить від суб'єктивної волі сторін трудового договору. Однак настання цього юридичного факта вже не залежить від волі учасників правовідносин. Варто зауважити, що така подія може зумовити припинення лише строкового трудового договору.

Сам по собі факт спливу терміну трудового договору ще не припиняє автоматично його дії. Строковий трудовий договір вважається припиненим лише за умови, що сторони за взаємною згодою не поновлять його на новий термін. Параграфом 2 ст.36 КЗпП України визначено: "Якщо трудові відносини фактично тривають і жодна із сторін не поставила вимогу про їх припинення, трудовий договір вважається таким, що укладений на невизначений строк (в подальшому працівник може бути звільнений роботодавцем лише на загальних підставах)". З іншого боку, якщо роботодавець вважає за необхідне припинити трудовий договір у зв'язку із закінченням строку дії договору, працівник не в змозі продовжити дію трудового договору. Нез'явлення працівника на роботу на наступний день після спливу строку дії трудового договору свідчить про його волевиявлення припинити трудовий договір.

Зауважимо, що, згідно із ст.39-1 КЗпП України, строковий трудовий договір, переукладений два або декілька разів, вважається таким, який укладено на невизначений строк. Таке правило не поширюється на випадки, коли, відповідно до ст.23 КЗпП України, укладення строкового трудового договору є обов'язковим.

Однією з подій, що зумовлюються припинення трудового договору, є факт визнання працівника непрацездатним, згідно з медичним висновком.

Параграф 2 ст.40 КЗпП України, як підставу припинення трудового договору з ініціативи роботодавця, передбачає виявлену невідповідність працівника займаній посаді або виконуваній роботі внаслідок стану здоров'я, який перешкоджає продовженню такої роботи. Відповідно до п.21 Постанови Пленуму Верховного Суду України "Про практику розгляду трудових спорів", припинення трудового договору на цій підставі можливе, коли це встановлено, на підставі фактичних даних, які підтверджують, що внаслідок стану здоров'я (стійкої втрати працездатності) працівник не може належно виконувати покладених на нього трудових обов'язків чи їх виконання протипоказане стану його здоров'ю, або небезпечне для членів трудового колективу чи громадян, яких він обслуговує. Про невідповідність працівника може свідчити, а відтак може бути підставою для розірвання трудового договору, висновок медико-соціальної експертної комісії, згідно з яким працівника визнано інвалідом і йому рекомендована інша робота, ніж виконувана раніше (або взагалі трудова рекомендація МСЕК не дана).

На перший погляд така підстава є юридичним фактом – дією, оскільки трудовий договір припиняється з ініціативи роботодавця. Однак глибший аналіз свідчить, що фактичною підставою припинення трудового договору є не воля роботодавця, а власне стан здоров'я працівника (незалежний від суб'єктивних чинників юридичний факт), який не дає можливості продовжувати йому виконувати трудові обов'язки. Більше того, коли відповідно до медичного висновку, працівнику протипоказано виконання певної роботи, роботодавець зобов'язаний припинити трудовий договір з

власної ініціативи, навіть якщо працівник погоджується продовжувати працювати. Тим паче, що за п.2 ст.40 КЗпП України, невідповідний стан здоров'я не завжди призводить до припинення трудового договору. Так Верховний Суд України узагальнюючи практику звернув увагу на таку обставину: якщо працівник за станом здоров'я тимчасово не може виконувати роботу, передбачену трудовим договором, і перейти на іншу роботу відмовляється, а також відмовляється пройти медичне обстеження, роботодавець згідно із п.3 ст.40 КЗпП України, може застосувати до нього дисциплінарне стягнення, у тому числі звільнення.

Порівнюючи дві підстави припинення трудового договору – визнання працівника непрацездатним, згідно з медичним висновком та виявлення невідповідності працівника виконуваній роботі внаслідок стану здоров'я, можна вважати, що більш правомірною є перша. Параграф 2 ст.40 КЗпП України в нинішній редакції сформульовано дещо розмито через оцінні поняття, а відтак потребує додаткових роз'яснень Пленуму Верховного Суду України. Зокрема, недостатній стан здоров'я трактується Пленумом, як "стійка втрата працездатності", що, своєю чергою, в законодавстві України позначається поняттям "інвалідність" (яка має бути підтверджена висновком Медико-соціальної експертної комісії). Отже, саме визнання працівника непрацездатним відповідно до медичного висновку є підставою припинення трудового договору з працівником, а тому п.2 ст.40 КЗпП України потребує уточнення.

Різновидом припинення трудового договору за цією підставою є відставка державного службовця, який обіймає посаду першої або другої категорії, за його письмовою заявою внаслідок стану здоров'я, що перешкоджає виконанню службових повноважень (за наявності медичного висновку)

Ще однією подією, що зумовлює припинення трудового договору, є визнання найманого працівника недієздатною особою. У національному законодавстві така підстава передбачена для припинення трудового договору лише для державних службовців, посадових осіб органів місцевого самоврядування. Відповідно до ст.16 Цивільного Кодексу України, громадянин, який внаслідок душевної хвороби або недоумства не в змозі розуміти значення своїх дій або керувати ними, може бути визнаний судом недієздатним в порядку, передбаченому Цивільним процесуальним кодексом України, і над ним встановлюється опіка. Від імені душевнохворого або недоумкуватого, визнаного недієздатним, угоди укладає його опікун. У разі видужання або значного поліпшення стану здоров'я громадянина, визнаного недієздатним, суд поновлює його в дієздатності. Документом, що слугує припиненню трудового договору за цією підставою, є рішення суду, яке набуло чинності.

Підставою припинення трудового договору є також досягнення особою граничного віку. Ця підстава припинення трудового договору є спеціальною, оскільки застосовується не до всіх працівників незалежно від виду виконуваної ними роботи, а лише для тієї категорії, яка передбачена спеціальним законодавством. Порівнюючи поняття граничний вік та пенсійний вік, доходимо висновку, що ці поняття не є тотожними. Пенсійний вік є правовстановлюючим юридичним фактом – подією, який зумовлює виникнення пенсійних правовідносин. Однак досягнення пенсійного віку, відповідно до КЗпП України не є підставою припинення трудового договору. Натомість, граничний вік є правоприпиняючою подією, яка припиняє трудовий договір з окремими категоріями працівників.

Відповідно до ст.23 Закону України "Про державну службу" (від 16.12.1993 р.), граничний вік перебування на державній службі становить 60 років для чоловіків і 55

років для жінок. У разі необхідності керівник державного органу за погодженням з начальником Головного управління державної служби при Кабінеті Міністрів України може продовжити термін перебування на державній службі, але не більше як на п'ять років. Ст.18 Закону України "Про службу в органах місцевого самоврядування" визначає граничний вік перебування в органах місцевого самоврядування – 60 років для чоловіків, 55 – для жінок. Ці обмеження не поширюються на посадових осіб місцевого самоврядування, які обираються на відповідні посади.

Із проведеного дослідження можна стверджувати, що в науці трудового права аналізувалися підстави припинення лише окремих видів трудових правовідносин, а комплексного вивчення таких підстав (у тому числі юридичних фактів-подій) немає. Відтак відсутня систематизація усіх можливих випадків припинення трудових правовідносин, а відповідно і їх законодавчого закріплення як необхідних гарантій здійснення особою свого права на працю.

-
1. Основы теории государства и права / Под ред. А.С. Пиголкина. – М.: Высшая шк., 1988. – 335 с.
 2. Александров Н.Г. Право и законность в период развернутого строительства коммунизма. – М.: Госюриздат. – 272 с.
 3. Фаткуллин Ф.Н. Проблемы государства и права. – Казань: Изд. – Казан. ун-та, 1987. – 336 с.
 4. Зайкин А.Д. Советское право социального обеспечения. – М.: Изд. – Моск. ун-та, 1982. – 263 с.
 5. Сташків Б.І. Юридичні факти в праві соціального забезпечення: Автореф. дис....канд.. юрд. наук / Національний університет імені Тараса Шевченка. – К., 1997. – 19 с.
 6. Голунский С.А., Строгович М.С. Теория государства и права. – М.: Юрид. лит-ра, 1940. – 304 с.
 7. Александров Н.Г. Законность и правоотношения в советском обществе. – С.: Госюриздат, 1955. – 176 с.
 8. Крассавчиков О.А. Юридические факты в советском гражданском праве. – М.: Госюриздат, 1958. – 184 с.

EVENTS AS GROUNDS FOR LABOUR CONTRACT TERMINATION

L. Rusal'

*Ivan Franko National University of Lviv
Universytetska Str. 1, UA-79000 Lviv, Ukraine
tel. (0322) 96-47-97*

The article deals with the notion, features, system of juridical facts–events as grounds for labour contract termination. The events causing labour contract termination include: death of the employee, recognizing him missing or declaring him deceased; death of a physical person–employer, recognizing him missing or declaring him deceased; expiration of labour contract; incapability of an employee; incongruous state of the employee's health; reaching of retiring age.

Key-words: divestitive juridical facts, events, labour contract.

Стаття надійшла до редколегії 26.03.2003
Підписана до друку 30.10.2003

ЗЕМЕЛЬНЕ ТА АГРАРНЕ ПРАВО

ЗЕМЕЛЬНИЙ КОДЕКС УКРАЇНИ МІГ БИ БУТИ КРАЩИМ

Н. Титова

*Львівський національний університет імені Івана Франка,
вул. Університетська, 1, 79000 Львів, Україна*

Стаття присвячена аналізу нового Земельного кодексу України. Зокрема, дослідженню проблем, пов'язаних із реалізацією його норм на практиці. У статті запропоновано реальні шляхи їх вирішення, а також внесено конкретні пропозиції щодо удосконалення земельного законодавства України.

Ключові слова: Земельний кодекс України, земельні відносини, земельні права громадян.

25 жовтня 2001 року довгоочікуваний Земельний кодекс України [1] начебто був прийнятий. "Начебто" – тому, що було це зроблено з грубим порушенням передбаченої процедури його обговорення і голосування у Верховній Раді. Не було організовано ознайомлення з його проектом тих осіб (передусім селянства), яких він найперше стосується. Здебільшого не мали можливості всебічно проаналізувати проект такого значущого кодексу і юридичні наукові та навчальні заклади України. Нарешті, робоча група з розробки проекту Земельного кодексу України складалася переважно з чиновників Держкомзему і лише два з двох юристів. Жоден з докторів юридичних наук професорів земельно-правової і аграрно-правової спеціалізації до цієї групи не увійшов. А слід було заздалегідь організувати широкопредставницьку робочу групу спеціалістів з числа народних депутатів, науковців, практиків, які б спочатку розробили концепцію сучасного Земельного кодексу України, його систему та структуру, згодом – назви і послідовність розділів і, нарешті, їх змістове наповнення. Все це мало б ґрунтуватися на попередньому ретельному вивченні відповідної наукової та науково-практичної юридичної літератури українських та інших авторів. Лише за цієї умови Кодекс мав би міцне наукове підґрунтя. Все це – тривіальні вимоги і в кожній правовій державі вони аксіомно виконуються. На превеликий жаль, у нас це не так. Дивна для цивілізованої держави ситуація: в Україні є потужний науковий потенціал в сфері земельного, аграрного та екологічного права, захищається чимало докторських та кандидатських дисертацій, видаються монографічні дослідження з цих галузей права, вноситься чимало слушних конкретних пропозицій щодо вдосконалення законодавства, проте все це не було задіяно Верховною Радою. Навіть ті пропозиції, які за власною авторською ініціативою надсилались до Ради стосовно Земельного кодексу, здебільшого не знаходили з її боку жодного відгуку. Видається, було б доцільним і законодавчо плідним, якби відповідні комітети Верховної Ради мали постійні науково-творчі зв'язки з науковцями. Коли в основу законодавства покладено не наука, а політичні прагнення певних правлячих кіл, то закони ухвалюються з допомогою фізичної бійки в сесійній залі і сумнівним голосуванням за її межами. Так сталося і з Земельним

кодексом України. Пригадаймо, скільки було галасу щодо необхідності його найскорішого прийняття! Які неймовірні панацейні надії покладалися на введення приватної власності на землі! Кодекс прийнято і все стихло. Майже немає об'ємних публікацій про нього. А на практиці змін на краще, особливо у сільському господарстві обмаль. В цьому вина, звичайно, не лише Земельного кодексу, а і хибність, а іноді і просто незаконність окремих положень Указів Президента з земельної та аграрної реформ, адміністративна практика їх запровадження.

Стосовно самого Земельного кодексу України 2001 року, то, на мою думку, головним і дуже вагомим позитивом його є глибока і послідовна скерованість на земельно-правову, а не цивільно-правову концепцію регулювання земельних відносин. Адже йдеться про унікально особливий суспільно цінний об'єкт правових відносин – землі, які, на відміну від майнових об'єктів, у Конституції України названо "основним національним багатством, що перебуває під особливою охороною держави" (ст.14). Цим зумовлений їх специфічний правовий режим [2]. Закріплення земельних відносин, у тому числі і відносин власності на землі, Земельним кодексом є об'єктивно обґрунтованим.

Окрім цього, до позитивних ознак ЗК України можна віднести і такі конкретні його положення:

- 1) розширення змісту кодексу за рахунок надання йому пріоритетного характеру серед природноресурсових кодексів (Водного, Лісового, Про надра) та значна екологізація його норм;
- 2) введення до Земельного, а не Цивільного кодексу більшості норм з відносин власності на землі та закріплення інституту приватної земельної власності; уточнення форм власності на землі;
- 3) визнання пріоритетності правового режиму земель сільськогосподарського призначення;
- 4) раціональними є норми про те, що землі сільськогосподарського призначення не можуть передаватися у власність іноземним громадянам, особам без громадянства, іноземним юридичним особам та іноземним державам (ст.22, п.4);
- 5) юридичне визнання ґрунтів "об'єктом особливої охорони" (ст.168), що потребує їх посиленого пріоритетного режиму і посиленої правової охорони, а також виділення в окрему категорію "особливо цінних земель" (ст.150);
- 6) введення низки нових правових інститутів: земельного сервітуту (гл.16), обмеження прав на землю (гл.18), гарантій прав на землю (розд. V), консервації земель (гл.28), моніторингу земель (гл.33), економічного стимулювання раціонального використання та охорони земель (гл.35) та ін.;
- 7) новелізація норм стосовно селянського (фермерського) господарства, починаючи із зміни назви господарства на "фермерське господарство", а також стосовно суб'єктного складу господарства, земельних відносин у ньому;
- 8) зміна правового статусу особистих підсобних господарств, зокрема зняття з них "підсобного" вторинного" значення;
- 9) значне посилення категорії охоронних норм (розд. VI), надання їм якісно нових сучасних підходів до охорони земель.

Водночас Земельний кодекс має багато істотних недоліків, юридичних огріхів, що значною мірою пов'язано із характером його підготовки та прийняття.

Зокрема, вражає безсистемність кодексу, яка виявляється в багатьох аспектах. Наведемо лише деякі з них.

Як загальне правило, кодекс повинен мати чітко виділені дві частини: загальну та особливу. У Земельному кодексі 2001 року виділена лише "Загальна частина", а особлива частина не зазначена. Якщо ж особлива частина з яких-небудь причин не мала виділятися (гірший за перший варіант), то замість терміна "Загальна частина" слід було вжити термін "Загальні положення".

Непослідовним є розміщення окремих розділів і глав. Наприклад, у кодексі спочатку (розд. I) йдеться про детальні повноваження різних державних органів у галузі земельних відносин і лише потім (у розд. II) названо об'єкт цих відносин, склад та цільове призначення земель.

Чітким епіцентром Кодексу повинні мали б бути земельні права громадян України. Про них розкидано і неповно говориться в ЗК, тоді як цьому питанню слід було б присвятити окремий розділ або хоч б окрему главу Земельного кодексу. Разом з тим, у Кодексі знайшлося місце для окремої глави і детальної (7 статей) окремої глави, присвяченої добросусідству (врегульовано навіть "наслідки проникнення на земельну ділянку гілок і коренів дерев" – ст.105). Громадяни як суб'єкти права власності на землю називаються серед інших суб'єктів (ст.80), до речі, це робиться після визначення об'єкта права власності (повинно бути навпаки: суб'єкт завжди ставиться на перше місце). Стаття 81 називається "право власності на землю громадян", а фактично в ній йдеться не про базові засади цього права, а лише про підстави його виникнення.

Права всіх власників земельних ділянок зосереджено в ст.90. Але, по-перше, права різних категорій власників, а саме – громадян, юридичних осіб, територіальних громад, держави – є істотно різними, а отже, їх слід було регламентувати окремо, а, по-друге, окрім перелічених у ст.90 прав стосовно громадян, є ще й багато інших прав (на заставу земельної ділянки, проведення на ній меліоративних робіт, спорудження ставків та інших водойм, дарування та міни земельної ділянки, на одержання доходів від її використання, на спадкування¹ земельної ділянки тощо).

На відміну від вичерпного переліку прав власників земельних ділянок ст.93 Земельного кодексу передбачає можливість "встановлення і інших обов'язків власників земельних ділянок", що не відповідає кореспондуючому принципу їх співвідношення.

У Кодексі чимало прогалин. Найразючішою з них, окрім відносин стосовно використання успадкованих земельних ділянок, є відсутність регламентації земельних відносин у сільськогосподарських кооперативах. Про цей різновид земельних суб'єктів у Кодексі взагалі не згадується. Можна припустити, що вони включені до категорії сільськогосподарських підприємств, про які йдеться в ст.28. Проте, по-перше, відносити сільськогосподарські кооперативи до підприємств не безсумнівно, а, по-друге, і що головне, ці аграрні землевикористувачі набувають у сучасних умовах господарювання на селі неабиякого значення, а тому земельні

¹ Спадкування земельних ділянок в ЗК України системно взагалі не врегульовано. Можна припустити, що ці відносини будуть закріплені в Цивільному кодексі України. Проте, йдеться про один з видів права користування земельною ділянкою, а ці відносини регулюються Земельним кодексом.

відносини в них (особливо відносини власності) повинні бути системно врегульовані в Земельному кодексі.

17 липня 1997 р. прийнято спеціальний Закон України "Про сільськогосподарську кооперацію" [3]. У ст.22 Закону дано лише вихідне положення стосовно земель кооперативу і зазначається, що "земельні відносини в кооперативі регулюються Земельним кодексом України". Як уже зазначалося, кодекс цього не зробив, спеціальних законів про земельні відносини в сільськогосподарських кооперативах не існує. Отже, дуже важлива проблема залишається невирішеною, що негативно позначається на практиці. А проте не лише фермерські господарства (земельні відносини у яких, хоча і не безсумнівно, однак врегульовано Земельним кодексом), але й не менш значущі суб'єкти з використання земель сільськогосподарського призначення – кооперативи (особливо виробничі) гостро потребують того, щоби Земельний кодекс України був доповнений спеціальними статтями стосовно земельних відносин у сільськогосподарських кооперативах.

Земельним кодексом надзвичайно розширено функції центрального органу виконавчої влади з питань земельних ресурсів. Тепер Держкомзем має право "розроблення економічного і правового механізму регулювання земельних відносин"; "здійснення міжнародного співробітництва у галузі земельних відносин" (ст.15). А це – функції Верховної Ради і Кабінету Міністрів України.

Встановлена ст.20 можливість зміни цільового призначення земель "органами виконавчої влади або органами місцевого самоврядування" є неприпустимо загрозливою і може призвести до "полегшеного" порядку переведення цінних земель у менш цінні. Стосовно земель сільськогосподарського призначення всі зміни їх цільового призначення повинні відбуватися лише за рішенням Верховної Ради.

Проголошена Земельним кодексом можливість існування приватної власності на землі природно-заповідного фонду, оздоровчого і рекреаційного призначення, а також землі лісового і водного фондів вже тепер, без встановлення спеціальних правил та механізму приватизації, державного контролю за її проведенням, фактично призводить до грубих зловживань у цій важливій сфері земельних і екологічних відносин, що згубно позначається і далі позначатиметься на безцінному суспільному і національному багатстві України.

Неповно врегульована Земельним кодексом відповідальність за його порушення.

Нарешті, є декілька концептуальних проблем, які потребують їх обговорення та законодавчого вирішення.

Перша з них полягає у необхідності введення до всіх кодексів, у тому числі і Земельного, розділів стосовно понятійного (термінологічного) апарату. Слід відзначити, що останніми роками у більшості законів України є розділи, підрозділи або окремі статті, присвячені визначенню базових (ключових) понять, що значно збагачує ці закони, полегшує застосування їхніх норм. Чомусь це важливе правило не переноситься на кодекси.

Юридичній термінології Земельного кодексу слід надати більшої повноти та визначеності. При цьому треба мати на увазі два різновиди цієї визначеності: 1) введення до кодексу окремого (першого) розділу, який би називався "Основні поняття та терміни" і 2) визначення спеціальних понять у подальшому змісті кодексу.

У зазначеному розділі доцільно, зокрема, дати визначення таких юридично різних понять, як земля, землі, земельні ділянки, ґрунти. В Земельному кодексі вони

вживаються не завжди адекватно їхньому юридичному змісту. У цьому розділі важливо подати і визначення таких основних (генеральних) понять, як "земельні відносини", "раціональне використання земель"; "суб'єкти земельних відносин"; "об'єкти земельних відносин".

З цих ключових базових понять у Земельному кодексі є лише визначення поняття земельних відносин (ст.2), і то зроблено це з неповним розкриттям його змісту. Адже земельні відносини це – не лише відносини "щодо володіння користування і розпорядження землею", а ще й відносини з приводу розподілу, раціонального використання, охорони земель; управління в галузі використання і охорони земель; відповідні охоронні відносини. Тобто земельні відносини, як це добре видно і з самого змісту Кодексу, це не лише відносини земельної власності, а й відносини в сфері землевикористання, охорони земель, управління, відповідальності.

Визначення спеціальних понять бажано давати в усіх статтях Земельного кодексу, які цього потребують. В ньому це зроблено частково. Це стосується визначення понять категорії земель, нових правових інститутів, охорони земель тощо. Окремі з них, наприклад визначення поняття земель сільськогосподарського призначення, потребують, на мій погляд, юридичної корекції. Зокрема, слід говорити не про землі, "надані" або "призначені" для потреб сільського господарства (ст.22), а про землі, "придатні" для цих потреб за їхніми природними властивостями.

Концептуально дуже важливою, як з теоретичних засад, так і з огляду практичної доцільності, є проблема повноти змісту Земельного кодексу. Видається, що з обох цих позицій найдосконалішою була б ситуація, коли б Земельний кодекс увібрав у свій зміст усі земельно-правові норми і не мав би відсильних норм. Значна кількість останніх у ЗК, зокрема в ст.33, 35, 45, 46, 49, 52, 53, 57, 61, 62, 65, 77, 93, 95, 112-115, 133, 137, 170, 180, 185, 186, 188, 204, 206 засвідчує структурну недосконалість Кодексу та практичну складність його застосування.

Не слід боятися того, що Земельний кодекс буде об'ємним: зосередженість у самому Кодексі основної маси положень про оренду земель, плату за землі, заставу земель, як і багатьох інших, яких віднесено до регламентації поточним законодавством, лише сприятиме стабільності земельного законодавства і спрощеності механізму його застосування.

Земельний кодекс України 2001 р. – важливий чинник у процесі радикального реформування земельних відносин, особливо на селі. З огляду його юридичної досконалості він потребує значного поліпшення. Окрім тих причин його вад (більшість з яких могла би бути легко усунута), про які вже йшлося, доводиться говорити і ще про одну: про юридичний професіоналізм народних депутатів (і це стосується не лише Земельного, а й інших кодексів). Видається елементарною є вимога про те, що більшість народних депутатів, тобто тих, хто йде до Верховної Ради з головною метою – розробляти, обговорювати і ухвалювати закони (кодекси кодекси), повинні мати вищу юридичну освіту, проте це не закладено у виборчому законодавстві і не є профілюючим у практиці проведення виборів до Верховної Ради. Вважаємо, що поки ситуація не зміниться, ми матимемо недосконалі кодекси і інші закони.

Загальновідомо, що, на превеликий жаль, суспільно знецінюється висока роль Закону. Прийняті закони масово не виконуються. Такого ще ніколи не було. А це позначається на суспільній поведінці людини, яка втрачає віру в соціальну справедливість і правову державу. Цього теж не повинно бути. – Істина!

1. Відомості Верховної Ради України. – 2002. – №3-4.
2. Титова Н. Землі як об'єкт правового регулювання // Право України. – 1998. – №4.
3. Відомості Верховної Ради України. – 1997. – №39.

THE LAND CODE OF UKRAINE COULD HAVE BEEN BETTER

N. Titova

*Ivan Franko National University of Lviv
Universytetska Str., 1, UA-79000 Lviv, Ukraine
tel. (0322) 96-47-97*

The article deals with the analysis of the current Land Code of Ukraine, in particular with the problems of its application. The real ways of these problems solution and the ways of Ukraine's land legislation improvement are suggested in the article.

Key words: Land Code of Ukraine, land relations, citizens' rights to land.

Стаття надійшла до редколегії 5.03.2003

Підписана до друку 30.10.2003

ВИДІЛЕННЯ В НАТУРІ (НА МІСЦЕВОСТІ) ЗЕМЕЛЬНОЇ ЧАСТКИ (ПАЮ) ЯК СПОСІБ НАБУТТЯ ГРОМАДЯНАМИ ПРАВА ВЛАСНОСТІ НА ЗЕМЛЮ: ОСОБЛИВОСТІ ПРАВОВОЇ РЕГЛАМЕНТАЦІЇ

М. Дмух

*Львівський національний університет імені Івана Франка,
вул. Університетська, 1, 79000 Львів, Україна*

У статті розглядаються питання правової регламентації одного з правових способів набуття громадянами права власності на землю за земельним законодавством України – виділення в натурі (на місцевості) земельної частки (паю). Висвітлюється правова природа такого способу набуття громадянами права власності на землю. Досліджується історія, сучасний стан та перспективи правового регулювання даного способу.

Ключові слова: власність на землю, земельна частка, пай, спосіб набуття.

Серед способів набуття громадянами права власності на землю, визначених ст.81 Земельного кодексу України, виділення в натурі (на місцевості) є одним з "найстарших" та наймасовіших. Відтак важливого значення набуває вивчення правової природи цього способу, дослідження історії та перспектив його правової регламентації.

Основу законодавчої бази такого способу набуття права власності на землю було закладено ще у 1992 році з прийняттям Верховною Радою України Постанови "Про прискорення земельної реформи та приватизацію земель". Механізм проведення паювання земель колективних сільськогосподарських підприємств було визначено Указами Президента України "Про невідкладні заходи щодо прискорення земельної реформи у сфері сільськогосподарського виробництва" (10.11.1994), "Про порядок паювання земель, переданих у колективну власність сільськогосподарським підприємствам і організаціям" (08.08.1995), "Про гарантування захисту економічних інтересів та поліпшення соціального забезпечення селян – пенсіонерів, які мають право на земельну частку (пай)" (15.12.1998), "Про захист прав власників земельних часток (паїв)" (21.04.1998). Важливу роль відіграв й Указ Президента України "Про невідкладні заходи щодо прискорення реформування аграрного сектора економіки" (03.12.1999). У результаті реалізації цього Указу КСП перестали бути суб'єктами права колективної власності на землю й підлягали реорганізації у господарські формування ринкового типу (ТзОВ, приватні підприємства) на основі права приватної власності на землю громадян – засновників таких формувань.

Паювання земель сільськогосподарських підприємств заклало основу для наступного кроку у процесі передачі земель у приватну власність громадян – виділення земельної частки (паю) на місцевості. Оскільки поняття "земельна частка (пай)" є необхідною передумовою появи та реалізації досліджуваного способу набуття права власності на землю, розглянемо питання правової природи та суттєвих ознак поняття "земельна частка (пай)".

В науковій літературі відомо декілька підходів по розкриття правової природи земельної частки (паю). Одні вчені вважають, що земельну частку (пай) слід

розглядати в структурі цивільних правовідносин як об'єкт спільної часткової власності [1, с.166]. Інші стверджують існування інституту "колективної спільнопайової власності" [2, с.170]. Такий підхід ґрунтується на тому, що член юридичної особи, який набув право на земельну частку (пай), не має права приватної власності на земельну ділянку, а може витребувати конкретну земельну ділянку у разі виходу з колективного сільськогосподарського підприємства [3, с.98].

В. Носік виділяє такі суттєві ознаки земельного паю:

- земельний пай не існує як об'єкт матеріального світу (природи) і не виділяється в натурі (на місцевості);
- він має вартісний та кількісний виміри;
- вартість земельного паю визначається нормативним шляхом, виходячи з грошової оцінки переданих у колективну власність земель та кількості осіб, що мають право на земельну частку (пай);
- розміри земельного паю визначаються в умовних кадастрових гектарах;
- рівність земельного паю для всіх осіб, які мають право на нього згідно із законодавством України;
- право на земельний пай посвідчується особливим документом – сертифікатом на право на земельну частку (пай);
- право на земельну частку пай є підставою для отримання земельної ділянки в натурі (на місцевості) на праві власності [4, с.49].

Отже, за своїми ознаками земельна частка (пай) – це не визначена в натурі (на місцевості) земельна ділянка. Виділення в натурі (на місцевості) є тим правовим інструментом, за допомогою якого право громадянина конкретизується та перетворюється на об'єкт матеріального світу.

Виділення в натурі (на місцевості) як спосіб набуття громадянами права власності на землю є органічним продовженням започаткованого ще в 1992 р. процесу приватизації колективних сільськогосподарських підприємств, утворених на базі колишніх колгоспів. Оскільки на момент прийняття нового Земельного кодексу України цей процес ще не було завершено, даний правовий спосіб був закріплений у ст.81, п.8, 9, 16, 17 Перехідних положень Земельного кодексу України від 25.10.2001 р.

Процедура виділення земельної частки на місцевості визначена на відомчому рівні. Серед джерел правового регулювання можна виділити Методичні рекомендації щодо паювання земель, переданих у колективну власність сільськогосподарським підприємствам і організаціям, затверджені наказом Держкомзему №11 від 20.02.1996р., Рекомендації щодо спрощення процедури виходу членів колективних сільськогосподарських підприємств зі складу господарств з належними їм земельними частками (паями), затверджені наказом Держкомзему №130 від 30.12.1999р. Проаналізувавши вищезгадані відомчі нормативні акти, процедуру реалізації громадянами даного способу набуття права власності на землю можна поділити на декілька проміжних етапів, що дасть змогу краще зрозуміти її правову природу та роль державних органів у її здійсненні:

- 1) громадянин – власник земельного паю звертається до місцевої (сільської, селищної або міської) ради із заявою про виділення йому земельного паю в натурі. До заяви, в якій належить вказати цільове призначення земельної ділянки та умови її використання, потрібно додати сертифікат;

- 2) місцева рада протягом 2 днів розглядає заяву і доручає державній землепорядній організації внести пропозиції щодо виділення земельного паю в натурі;
- 3) місцевий державний орган земельних ресурсів, спираючись на проект реформування КСП або Схему розподілу земель колективної власності, не пізніше ніж за 20 днів вносить пропозиції щодо виділення та перенесення меж земельного паю в натурі;
- 4) місцева рада або її виконавчий орган протягом 8 днів приймає рішення про відведення земельної ділянки (розмір якої відповідає розмірові земельного паю) і видачу державного акта на право приватної власності на землю;
- 5) власник сертифікату замовляє землепорядній організації розробку технічної документації для передачі земельного паю в приватну власність та виконання комплексу землепорядних робіт з виділення ділянки на місцевості. Оплату землепорядних робіт здійснює новий власник земельної ділянки або сільськогосподарське підприємство, яке має намір орендувати земельну ділянку;
- 6) після розробки технічної документації, встановлення меж земельної ділянки в натурі та закріплення їх відповідними межовими знаками місцева рада видає державний акт на право приватної власності на землю, де вказано її цільове призначення. При цьому земельний сертифікат повертається до тієї районної державної адміністрації, яка його видала.

Із введенням в дію 1 січня 2002 року нового Земельного кодексу України всі укази Президента України з питань паювання сільськогосподарських земель та реалізації прав власників земельних часток (паїв) втратили чинність. Зазначені укази можуть застосовуватись лише до земельних відносин, що виникли до введення в дію нового ЗК України. Внаслідок цього у правовому полі виникла велика кількість прогалин, які ускладнюють реалізацію громадянами права на земельну частку (пай). У зв'язку з цим виникла потреба прийняття спеціалізованого нормативного акта, який би врегулював відносини щодо реалізації громадянами такого способу набуття права власності на землю як виділення в натурі (на місцевості) належної їм земельної частки (паю). У 2002 р. Кабінет Міністрів України підготував та подав на розгляд Верховної Ради України проект Закону України "Про порядок виділення в натурі земельних часток (паїв) та їх обмін". Проект Закону містить лише 4 статті й передбачає необхідність формування земель сільськогосподарських виробників єдиним масивом шляхом об'єднання земельних часток (паїв) членів таких підприємств (товариств). Громадянам, які вийшли з членів сільськогосподарського підприємства, земельні частки виділяються на місцевості на межі цього масиву або обмінюються на підставі угоди на земельні частки іншого масиву. Передбачено також надання компенсації у випадку, якщо земельні частки, що обмінюються, мають різну вартість [5, с.6]. Фактично в даному законопроекті зроблено спробу врегулювати лише окремі аспекти виділення в натурі земельних паїв, що не може вирішити проблему в цілому.

У зв'язку з явною недосконалістю урядового законопроекту групою науковців було підготовлено альтернативний законопроект – "Про порядок виділення в натурі (на місцевості) земельних ділянок власникам земельних часток (паїв)", який був внесений на розгляд Верховної Ради України. На відміну від урядового альтернативний законопроект складається з 15 статей й повинен врегулювати всю

сукупність відносин, які виникають під час виділення земельних часток (паїв) у naturі (на місцевості) та отримання державних актів на право власності на землю.

П. Кулинич виділяє такі риси альтернативного законопроекту:

1. Гуртовий характер виконання землевпорядних робіт, необхідних для виділення земельних часток у naturі. Передбачено одночасне виділення в naturі земельних часток для більшості власників земельних паїв у межах певної територіальної одиниці з метою економії витрат на виконання окремих операцій.

2. Скорочення кількості документів, які оформляються під час виконання землевпорядною організацією робіт, пов'язаних із виділенням земельних часток (паїв) у naturі та виготовленням державних актів на право приватної власності на землю. Йдеться про документи, які не несуть жодного юридичного навантаження.

3. Неперекладення на селян – власників земельних сертифікатів витрат на виконання тієї частини землевпорядних робіт, які повинні виконуватися виключно за рахунок державного бюджету. На практиці досить часто трапляються випадки, коли для виділення земельної частки у naturі та отримання державного акта на право приватної власності на землю з селян вимагають плату за проведення землевпорядних робіт не лише на землях, які підлягають розподілу між ними, а на всіх територіях у межах територіальної одиниці.

4. Проведення державної землевпорядної експертизи вибірково і не після, а до розподілу земельних ділянок між власниками земельних сертифікатів. За загальним правилом, державна землевпорядна експертиза здійснюється після проведення землевпорядних робіт та виготовлення всієї проектної документації. Таке правило є доцільним, коли виділяється одна земельна ділянка за договором з окремим замовником. Однак в умовах, коли велика кількість земельних часток виділяються в naturі одночасно, це правило потребує вдосконалення.

5. Вирішення всіх питань, пов'язаних із виділенням у naturі земельних часток (паїв), на рівні сільської (селищної, міської) ради. Пропонована норма не є новою, оскільки ще Земельним кодексом України від 13.03.1992 р. вирішення усіх питань, пов'язаних із виділенням земельних часток у naturі та видачею державних актів на право власності на землю було віднесено до компетенції найближчого до селянина органу влади – сільської (селищної, міської) ради.

6. Стимулювання обміну земельними ділянками. На відміну від урядового проекту, передбачено більш ефективні механізми обміну земельних ділянок. З метою стимулювання обміну земельними ділянками, розташованими в різних частинах земельних масивів, передбачені певні пільги для громадян, які обмінюються земельними ділянками в межах одного поля. Зокрема, вони звільняються від оплати робіт, пов'язаних з укладенням договору міни земельними ділянками та переоформленням державних актів на землю, а також – і це є головним стимулом – на 3 роки звільняються від сплати земельного податку.

7. Збереження та використання не витребуваних земельних ділянок. Практично в кожному господарстві є громадяни, які мають право на земельну частку (пай), проте під час розподілу земельних ділянок не мали можливості взяти участь у ньому з певних причин. Саме тому з метою гарантування прав таких громадян на землю альтернативним законопроектом передбачене тимчасове переведення не витребуваних земельних ділянок до складу земель запасу, які до їх витребування законними власниками можуть використовуватися сільськогосподарськими

підприємствами (товариствами) на підставі договору з відповідною місцевою радою [5, с.7].

Прийняття пропонованих у альтернативному законопроекті новацій допоможе удосконалити та спростити набуття громадянами права власності на землю із застосуванням такого способу, як виділення в натурі (на місцевості) земельної частки (паю).

-
1. Дзера О. В. Розвиток права власності громадян в Україні. – К., 1996.
 2. Вівчаренко О.А. Право власності на землю в Україні (актуальні проблеми). – Івано – Франківськ, 1998.
 3. Кулінич П.Ф. Ефективність правового забезпечення земельної реформи в Україні // Аграрне законодавство України: проблеми ефективності. – К., 1998.
 4. Носік В. Щодо правової природи земельної частки (паю) // Право України. – 2000. – №3.
 5. Кулінич П. Власникам земельних часток (паїв) – законодавчу підтримку // Юридичний вісник України. – 2003. – №8.

ALLOTMENT OF LAND SHARE AS WAY OF THE RIGHT OF LAND PROPERTY ACQUIRING: PECULIARITIES OF LEGAL REGULATION

M. Dmuh

*Ivan Franko National University of Lviv
Universytetska Str.,1, UA-79000 Lviv, Ukraine*

The issues of legal regulation of the allotment of land share as way of the right of land property acquiring under Ukraine's land legislation are elucidated in the article. The legal nature of such a right of land property acquiring by citizens is analysed. The history, contemporary situation and perspectives of legal regulation of this way of acquiring are investigated.

Key words: land property, land share, share, way of acquiring.

Стаття надійшла до редколегії 26.03.2003

Підписана до друку 30.10.2003

КРИМІНАЛЬНЕ ПРАВО ТА КРИМІНОЛОГІЯ

ОКРЕМІ ПИТАННЯ СУБ'ЄКТА ЗЛОЧИНУ В КРИМІНАЛЬНОМУ ПРАВІ

В. Бурдін

*Львівський національний університет імені Івана Франка,
вул. Університетська, 1, 79000 Львів, Україна
Тел (0322) 96-44-82*

Стаття присвячена окремим проблемам суб'єкта злочину в кримінальному праві, співвідношення суб'єкта злочину та особи злочинця. Розглянуто необхідність урахування законодавцем в кримінально-правових нормах особливостей окремих категорій злочинців для вирішення різного роду кримінально-правових питань, у тому числі і питання про притягнення до кримінальної відповідальності.

Ключові слова: суб'єкт злочину, особа злочинця, кримінальна відповідальність.

Згідно з Конституцією України визнання людини найвищою соціальною цінністю зобов'язує законодавця зосередити особливу увагу на вивченні особи злочинця, а разом з тим і суб'єкта злочину з тим, щоб забезпечити максимально індивідуалізований підхід до вирішення різних кримінально-правових питань.

В теорії кримінального права визнається, що суб'єкт злочину – це мінімальна сукупність ознак, які характеризують особу злочинця, поза якими немає складу злочину. Особа злочинця – це сукупність усіх соціально значущих рис, які утворюють індивідуальність [1, с.22-24].

Виділяючи поняття суб'єкта злочину, законодавець у межах цього поняття об'єднує ті ознаки, які достатні для притягнення особи до кримінальної відповідальності. Поняття особа злочинця використовується в тому разі, коли необхідно індивідуалізувати відповідальність, визначити її конкретний розмір. Отже, можна стверджувати, що суб'єкт злочину виконує функцію однієї з підстав притягнення до кримінальної відповідальності, а особа – її індивідуалізації [2, с.10; 3, с.66].

З усієї сукупності ознак, які характеризують особу, зокрема, її соціальних, психологічних, біологічних властивостей, законодавець об'єднує лише деякі з них, найтипівіші, в поняття суб'єкта злочину. Наявність сукупності цих ознак та інших елементів складу злочину законодавець вважає достатньою підставою для притягнення особи до кримінальної відповідальності.

Думається, що коли законодавець формує склад злочину та встановлює покарання за вчинення цього злочину, він одночасно з тим і моделює певний типовий рівень суспільної безпеки особи, яка його вчинила. Саме цей типовий рівень, який міститься в такому елементі складу як суб'єкт злочину і бере участь у формуванні суспільної безпеки всього складу злочину. Враховуючи це, визначаються і певні види та межі кримінального покарання (покарань), що передбачені в санкції кримінально-правової норми. Адже покарання спрямоване саме на особу злочинця, а

тому, встановлюючи його, законодавець не може абстрагуватись від рівня її суспільної небезпеки. Разом з цим у межах цього типового покарання (покарань) створюються можливості для індивідуалізації відповідальності. І вже остаточне покарання призначатиметься судом, який і враховуватиме ті властивості особи злочинця, які мають значення для його відповідальності, проте не були враховані законодавцем.

А.Б. Сахаров та Б.С. Нікіфоров правомірно вважають, що характеристика суспільної небезпеки злочину не буде правильною без урахування суспільної небезпеки особи. Разом з цим суспільна небезпека особи не обмежується характеристикою діяння. Йдеться про те, що особа злочинця здатна впливати на суспільну небезпеку вчиненого злочину – підвищувати або понижувати її. Суб'єкт злочину, як частина цієї системи, також уже в самому законі впливає на формування суспільної небезпеки складу злочину в цілому [4, с.14; 5, с.14]. Законодавець, формуючи склад злочину, водночас вирішує питання про те, яким приблизно рівнем суспільної небезпеки володітиме особа, яка його вчинить, а отже, на підставі цього і вирішує питання, якого з видів покарання та в яких межах їй буде достатньо для виправлення.

Встановлюючи кримінальну відповідальність, законодавець не може не враховувати той факт, що особи, які вчиняють злочини, безумовно, різні за своїми соціальними, психологічним та іншими якостями. Самоочевидно, що в законі, який встановлює відповідальність за той чи інший злочин, не можуть бути відображені в повною мірою індивідуальні особливості кожного суб'єкта, який вчинив злочин. Разом з тим, закон не може не враховувати ці індивідуальні особливості. Їх треба враховувати як у межах конструювання складу злочину, так і в межах визначення виду та розмірів покарання. Вихід з цієї суперечності може бути знайдений, якщо в законі враховуватимуться ознаки, які характерні для певної групи суб'єктів [6, с.22-23]. Адже досягнути цілей кримінальної відповідальності неможливо без заздалегідь передбаченого в правових нормах врахування індивідуальних особливостей особи. Такі цілі не можна досягти достатньою мірою, поки в правовому регулюванні не знайде свого чіткого вираження врахування особливостей тієї особи, на яку за допомогою відповідальності і здійснюється вплив [7, с.114]. З огляду на це цілком правильною є позиція законодавця, який в КК України 2001 р. виділяє окремий розділ, присвячений особливостям кримінальної відповідальності та покарання неповнолітніх.

Взагалі, коли мова йде про неповнолітніх, то під цією категорією розуміють осіб, які мають певні психофізіологічні та соціальні особливості внаслідок чого їх ще не можна назвати цілком сформованими, соціалізованими особами, а тому вони потребують відповідно більш лояльного ставлення до себе з боку держави. У випадку вчинення ними злочину в реакції держави на цей злочин своєрідно поєднується бажання покарати і водночас захистити їх. Саме це і спричиняє встановлення більш м'якої кримінальної відповідальності неповнолітніх порівняно з дорослими злочинцями.

Принцип індивідуалізації кримінальної відповідальності потребує подальшого розвитку положень про кримінальну відповідальність неповнолітніх, оскільки мова йде про застосування загальних правил до осіб, які створюють певну вікову групу, що відрізняється специфічними особливостями як особистого, так і соціального характеру. Адже справедливо визнається, що "кримінальна відповідальність, як

ніжодна інша, пов'язана з особою...і її цілі не можуть бути досягнуті, коли захід, в якому виражається відповідальність, обраний поза зв'язком з особливостями особи того, до якої вона застосовується" [7, с.110-111].

Законодавець, враховуючи особливості особи неповнолітніх злочинців, диференціює їх кримінальну відповідальність, у бік пом'якшення. З.А. Астеміров має рацію, зазначаючи, що законодавець, визнаючи сам факт неповноліття як обставину, що пом'якшує кримінальну відповідальність і покарання, виходить не тільки з соціально-психологічної оцінки особи неповнолітнього як суб'єкта кримінальної відповідальності, але й з урахування специфіки особи неповнолітнього як суб'єкта злочину [8, с.71]. Неповнолітні за інших рівних умов, повинні притягатись до кримінальної відповідальності у більш м'якій її формі чи мірі порівняно з дорослими. Обумовлюється це тим, що особа неповнолітнього у кожному разі становить собою меншу суспільну небезпеку, ніж особа дорослого злочинця. Зокрема, О.І. Чернишев та В.Д. Філімонов зазначають, що неповнолітні не усвідомлюють (при умислі) і не можуть усвідомлювати (при необережності) суспільну небезпеку своїх дій (бездіяльності) тією мірою, в якій це властиво дорослим злочинцям [9, с.203, с.228, с.380; 10, с.132]. Крім того, визнається, що особа неповнолітнього пластичніша, а це дає можливості для її швидкого виправлення, застосовуючи більш м'які форми кримінальної відповідальності [11, с.26; 10, с.124].

А.П. Кондусов та І.М. Сабіров не акцентують увагу на якомусь конкретному аспекті злочинів неповнолітніх, а в цілому пропонують розглядати ці злочини як діяння особливого роду, які становлять меншу суспільну небезпеку порівняно з аналогічними діяннями дорослих. Відтак вони пропонують у кожній санкції кримінально-правової норми встановити, які покарання і якого розміру можуть застосовуватись у випадку вчинення цього злочину неповнолітнім [12, с.25; 13, с.16].

Отже, диференціація кримінальної відповідальності неповнолітніх зумовлена тим, що неповнолітній злочинець уже як суб'єкт злочину являє собою меншу суспільну небезпеку, порівнюючи з дорослим. Підтверджується це такими положеннями КК України. Зокрема, для неповнолітніх передбачені скорочені строки покарань. Особливу диференціацію законодавець проводить щодо такого покарання як позбавлення волі на певний строк. До неповнолітнього, який вперше вчинив злочин, що не становить великої суспільної небезпеки, таке покарання як позбавлення волі на певний строк взагалі не може бути застосоване.

На нашу думку, справедливою є думка тих учених, які вважають, що суспільна небезпека вчиненого злочину значною мірою визначається особою злочинця [14, с.162], особливо це торкається неповнолітніх. Адже не можна ігнорувати того факту, що суспільна небезпека неповнолітнього злочинця не може визначатись повністю вчиненням суспільно небезпечним діянням, оскільки дуже часто саме для неповнолітніх характерним є розрив між суспільною небезпекою вчиненого діяння та особою неповнолітнього.

Враховуючи фізичні, психологічні та соціальні особливості неповнолітніх, непоодинокими трапляються випадки, коли за обставинами справи встановлено, що реальна суспільна небезпека особи неповнолітнього значно менша навіть за ту, яка передбачена законодавцем як типова для застосування найбільш м'якої форми кримінальної відповідальності. Виходячи з того, що суспільну небезпеку злочину формують усі його елементи, це може свідчити, що за даних умов суттєво зменшується суспільна небезпека і злочину в цілому. Отже, за даних обставин

вчинене не можна визнавати злочином, оскільки зникає одна з його суттєвих ознак – суспільна небезпека.

В ч.2 ст.11 КК України передбачено, що не визнається злочином дія або бездіяльність, яка хоча формально і містить ознаки будь-якого діяння, передбаченого Кримінальним кодексом, проте через малозначність не становить суспільної небезпеки, тобто не заподіяла і не могла заподіяти істотної шкоди фізичній чи юридичній особі, суспільству або державі. В літературі вже була висловлена пропозиція Б.С. Нікіфоровим про те, що доцільно було б передбачити в кримінальному законі таке ж положення і в тому випадку, коли буде встановлено, що суспільна небезпека особи настільки незначна, що вчинене в цілому не може визнавати злочином [5, с.12-19]. Проте його пропозиція не знайшла підтримки серед учених того часу. Але вже Ю.С. Пермяков у своїй кандидатській дисертації, присвяченій поняттю "суспільної небезпеки" в кримінальному праві, повертається до цієї пропозиції [15, с.183]. Ми погоджуємось з А.А. Тер-Акоповим, що діалектика взаємозв'язку суспільної небезпеки діяння та особи така, що певний рівень показників як одного, так і іншого може впливати на злочинність вчиненого в цілому. В кримінальному законі відображена залежність, коли суспільна небезпека вчиненого настільки незначна, що, незважаючи на суспільну небезпеку особи, вчинене не визнається злочином. Проте в законі не відображена залежність злочину від небезпеки особи, що порушує логіку взаємозв'язку діяння та цієї особи. Цей взаємозв'язок вимагає визнання можливості виключення злочинності діяння, передбаченого кримінальним законом, за певного стану суспільної небезпеки особи та невеликій суспільній небезпеці діяння [16, с.75-76].

Чинний КК України в ст.48 передбачає той випадок, коли втрата суспільної небезпеки не тільки діянням, але й особою є підставою для звільнення від кримінальної відповідальності. Крім того, в ч.4 ст.74 КК України зазначено, що за певних умов особа може бути звільнена від покарання, зокрема, якщо буде визнано, що на час розгляду справи в суді цю особу не можна вважати суспільно небезпечною. Видається, що послідовним було б передбачити в КК положення, згідно з яким незначна суспільна небезпека особи повинна свідчити про малозначність вчиненого в цілому, а отже, повинна виключати кримінальну відповідальність.

Коли йдеться про злочини неповнолітніх, законодавець, передусім, виходить з того, що вони становлять собою меншу суспільну небезпеку саме завдяки особі неповнолітнього. Саме на таке розуміння суспільної небезпечності вчинених неповнолітніми правопорушень орієнтують і Пекінські правила, в яких йдеться про те, що реакція держави на дії молодих правопорушників повинна враховувати не тільки тяжкість учиненого правопорушення, але й особливості особи правопорушника [17, с.287].

Уже зазначалось, що загальновизнаним є положення про те, що суспільну небезпеку складу злочину формують усі його елементи. Проте законодавець чомусь вважає, що тільки у випадку, коли діяння є малозначним, суспільна небезпека усього складу злочину так само є малозначною, а отже вчинене в цілому не можна вважати злочином. Адже суттєво понижувати суспільну небезпеку вчиненого можуть і інші елементи складу злочину, зокрема суб'єкт.

З урахуванням того, що злочини, вчинені неповнолітніми становлять меншу суспільну небезпеку саме завдяки пониженій суспільній небезпеці особи неповнолітніх злочинців, логічно було б звернути увагу на це в законі. Тому, на нашу

думку, доцільно було б передбачити положення про те, що коли за обставинами справи буде встановлено, що особа неповнолітнього не становить суспільної небезпеки, вчинене не визнається злочином. Таке положення дасть можливість більш диференційовано підходити до неповнолітніх і, зрозуміло, буде орієнтувати правоохоронні органи саме на вивчення особи неповнолітнього з метою забезпечення максимально індивідуалізованого підходу.

1. Личность преступника / Под ред. В.Н. Кудрявцева, Г.М. Миньковского, А.Б. Сахарова. – М.: Юрид. лит., 1975. – 272 с.
2. Дагель П.С. Учение о личности преступника в советском уголовном праве. – Владивосток: Изд-во Дальневост. ун-та, 1970. – 132 с.
3. Кузнецова Н.Ф. Преступление и преступность. – М.: Изд-во Моск. у-та, 1969. – 232 с.
4. Сахаров А.Б. О личности преступника и причинах преступности в СССР. – М.: Гос. изд-во юрид. лит., 1961. – 280 с.
5. Никифоров Б.С. Освобождение от уголовной ответственности и наказания // Социалистическая законность. – 1960. – №1. – С.12-19.
6. Курс советского уголовного права. – Часть общая: В 5т. / Под ред. Н.А. Беляева, М.Д. Шаргородского. – Л.: Изд-во Ленингр. ун-та, 1970. – Т.2. – 672 с.
7. Шевченко Я.Н. Правовое регулирование ответственности несовершеннолетних. – К.: Наук. думка, 1976. – 192 с.
8. Астемиров З.А. Уголовная ответственность несовершеннолетних (Социально-психологический и криминологический аспекты) // Советское государство и право. – 1970. – №1. – С.67-73.
9. Чернышев А.И. Особенности преступлений и наказания несовершеннолетних по советскому уголовному праву: Дис. кан. юрид. наук. – Томск: 1970. – 416 с.
10. Филимонов В.Д. Общественная опасность личности отдельных категорий преступников и её уголовно-правовое значение. – Томск: Изд-во Томск. ун-та, 1973. – 154 с.
11. Миньковский Г.М. Уголовная ответственность несовершеннолетних // Советская юстиция. – 1977. – №17. – С.26-28.
12. Кондусов А.П. Развитие уголовного законодательства РСФСР об ответственности несовершеннолетних // Становление и развитие советского уголовного законодательства. Материалы межвуз. научн. конф., посвященной 50-летию первого советского Уголовного кодекса. – Волгоград: Высшая следственная школа МВД СССР, Саратовский юридический и-т им. Д.И. Курского, 1973. – 168 с.
13. Сабиров И.М. Особенности назначения наказания несовершеннолетним (по материалам Республики Узбекистан): Автореф. дис... канд. юрид. наук. – Ташкент, 1992. – 32 с.
14. Курс советского уголовного права. Часть общая: В 5т. / Под ред. Н.А. Беляева, М.Д. Шаргородского. – Л.: Изд-во Ленингр. ун-та, 1968. – Т.1. – 679 с.
15. Пермяков Ю.Е. Категория "общественная опасность" в советском уголовном праве: Дис. канд. юрид. наук. – М., 1989. – 205 с.
16. Тер-Акопов А.А. Основания дифференциации ответственности за деяния, предусмотренные уголовным законом // Советское государство и право. – 1991. – №10. – С.71-78.
17. Международные акты о правах человека: Сборник документов. – М.: Изд. группа НОРМА-ИНФРА-М, 1999. – 784с.

SOME ISSUES OF SUBJECT OF CRIME IN CRIMINAL LAW***V. Burdin***

*Ivan Franko National University of Lviv,
Universitetska Str. 1, UA-79000 Lviv, Ukraine*

This article is devoted to some issues of subject of crime in criminal law and the correlation between the subject of crime concept and the criminal personality concept. The necessity of taking into account in the process of criminal legal regulation the peculiarities of certain categories of criminals for the solution of various issues of criminal law, in particular the issue of bringing to criminal responsibility is elucidated in the article.

Key words: subject of crime, criminal personality, criminal responsibility.

Стаття надійшла до редколегії 29.01.2003

Підписана до друку 30.10.2003

ВБИВСТВО ЧЕРЕЗ НЕОБЕРЕЖНІСТЬ ЗА КРИМІНАЛЬНИМ КОДЕКСОМ УКРАЇНИ 2001 року

В. Грищук

*Львівський національний університет імені Івана Франка,
вул. Університетська 1, 79000 Львів, Україна*

У статті розглядаються об'єктивні та суб'єктивні ознаки вбивства через необережність, передбаченого ст.119 КК України 2001 року. Сформульовано пропозиції щодо вдосконалення редакції цієї статті.

Ключові слова: кримінальне право України, вбивство, вбивство через необережність.

Згідно із ст.3 Конституції України, людина, її життя і здоров'я, честь і гідність, недоторканність і безпека визнаються в Україні найвищою соціальною цінністю. Компетентні органи держави зобов'язані дбати про надійний захист цієї найвищої цінності всіма наявними засобами і в тому числі кримінально-правовими. Зрозуміло, що ефективність такої діяльності компетентних органів держави прямо залежить від належного наукового забезпечення розробки її теоретичних і практичних проблем.

Юридичний аналіз будь-якого складу злочину, передбаченого в Особливій частині КК України, здійснюється, як відомо, шляхом дослідження його елементів: об'єкта, об'єктивної сторони, суб'єкта і суб'єктивної сторони.

В теорії кримінального права переважає позиція вчених, згідно з якою об'єктом злочину є суспільні відносини, що охороняються нормами кримінального закону. Об'єкти злочину мають "горизонтальну" і "вертикальну" класифікації. "Вертикальна" класифікація, прихильником якої є і український законодавець, включає загальний, родовий і безпосередній об'єкти [1]. Тричленна "вертикальна" класифікація об'єктів злочину уперше була запропонована В.Д. Меньшагінім [2, с.27]. Вона знайшла широку підтримку в науці кримінального права. Щоправда, Б.С. Нікіфоров зробив застереження, що тричленна "вертикальна" класифікація об'єктів злочину не може бути визнана універсальною для всіх груп злочинів, що в низці випадків може бути двочленна і чотиричленна "вертикальна" класифікація об'єктів злочину [3, с.112-114]. М.Й. Коржанський при цьому відстоює чотиричленну класифікацію об'єктів: загальний, родовий, видовий, безпосередній [4, с.123-124]. Поряд з цим наявні й інші точки зору. Так П.С. Матишевський і Є.В. Фесенко, підтримуючи "вертикальну" тричленну класифікацію об'єктів, вважають, що об'єктом злочину є не "якісь абстрактні суспільні відносини, а конкретні людські, суспільні або державні цінності". Такими цінностями вони визначають: а) суб'єктів суспільних відносин; б) блага, якими людина наділена як член суспільства; в) суспільні блага. Важливе значення при цьому відводиться предметам – речам, коштовностям та іншим матеріальним об'єктам, які, на їхню думку, сприяють з'ясуванню механізму можливого заподіяння шкоди названим цінностям [5, с.124-129].

Важливо зазначити, що ця концепція сягає своїми коріннями аж до кінця XIX – початку XX століть, коли вона була започаткована представниками соціологічної та класичної шкіл права. Приміром, М.С. Таганцев вважав об'єктом злочинного діяння норму права, охоронюваний цією нормою інтерес життя, який може реалізуватися,

зокрема, через права і блага. При цьому правоохоронюваними інтересами можуть бути: особа і її блага – життя, тілесна недоторканність, особисті почуття, честь, володіння чи користування відомими предметами зовнішнього світу та ін. Чимало сучасних вчених-криміналістів також підтримують дану концепцію [6], а Г.П. Новосьолов вважає, що назрів час сказати про чітко вимальовану в юридичній літературі тенденцію до негативної оцінки визнання суспільних відносин об'єктом злочину [7, с.43]. Представник цієї наукової течії А.В. Пашковська дійшла до висновку, що об'єктом злочину є охоронювані кримінальним законом соціально значимі цінності, інтереси, блага, на які посягає особа, що вчиняє злочин, і яким внаслідок вчинення злочинного діяння заподіюється чи може бути заподіяна істотна шкода [8, с.202]. Така позиція вчених видається малообгрунтованою. Відомо, що наукові поняття відіграють роль інструментів наукового дослідження та правозастосування і їх заміна доцільна лише тоді, коли доведена неспроможність цих понять виконувати такі функції, чого стосовно поняття об'єкта як охоронюваних кримінальним законом суспільних відносин у працях названих учених немає. Отже, використання для визначення об'єкта злочину поняття "суспільні відносини", як видається, не може оцінюватися як некоректне [9, с.139].

Г.П. Новосьолов, визнаючи об'єктом злочину суспільні відносини, що охороняються кримінальним законом, заперечує наявність родового і загального об'єкта злочину, стверджуючи, що в реальній дійсності немає жодного іншого об'єкта, крім того, який прихильники "вертикальної" класифікації об'єктів злочинів називають безпосереднім [7, с.22]. Навпаки, вважає Ю.А. Демидов, вказуючи, що прийнятий в теорії кримінального права поділ об'єктів кримінально-правової охорони на загальний, родовий та безпосередній є недостатній для вирішення окремих теоретичних питань кримінального права. Застосовуючи аксеологічний підхід, він запропонував таку класифікацію об'єктів злочинів: абсолютної цінності; відносної цінності; більшої і меншої цінності; суспільної цінності; індивідуальної цінності; загальної цінності; політичної, економічної, моральної, матеріальної цінності та ін. [10, с.57-61].

Синтетичною порівняно з двома попередньо розглянутими є концепція С.І. Нікуліна, який не вбачає різниці між суспільними відносинами і благами, інтересами, ототожнюючи їх. Він, зокрема, під основним об'єктом розуміє конкретне суспільне відношення (благо, інтерес), яке законодавець "намагається поставити під охорону кримінального закону" [11, с.39].

Аналіз глав Особливої частини КК Російської Федерації свідчить, що російський законодавець дотримується такої класифікації об'єктів злочину – загальний, родовий, видовий, безпосередній, що була запропонована Є.А. Фроловим ще в 1968 році [12, с.203-204]. Ця позиція підтверджується в сучасних наукових джерелах російських учених. Так, якщо О.М. Ігнатов, аналізуючи систему Особливої частини КК, пише, що класифікація злочинів на групи здійснюється за родовим об'єктом, а всередині цієї групи **можуть виділятися** підгрупи "за загальним безпосереднім об'єктом" [13, с.5], то Ю.І. Ляпунов і М.Г. Іванов прямо зазначають, що нова структура КК Російської Федерації дає їм підстави запропонувати таку класифікацію об'єктів злочину за ступенем їх узагальнення: 1) надгруповий (інтегрований); 2) родовий; 3) видовий (підгруповий); 4) безпосередній (конкретний) [14, с.11].

Віддаючи перевагу позиції вчених, які визначають об'єкт злочину як охоронювані кримінальним законом суспільні відносини, зазначимо, що об'єктом злочину в дійсності є "не якісь абстрактні суспільні відносини", а конкретні суспільні відносини. Точніше буде сказати, належна модель суспільних відносин охоронювана кримінально-правовою нормою, змістом якої є відповідний суспільний інтерес. Наприклад, диспозиція заборонної норми кримінального закону, якщо виходити з її логічного змісту, містить у собі встановлений законодавцем загальнообов'язковий припис суб'єктам суспільних відносин поводитися в конкретній ситуації належним чином під загрозою кримінального покарання. В цьому аспекті норма кримінального закону виступає, зокрема, юридичною мірою свободи людини. Кримінальний закон, як відомо, є своєрідною шкалою свободи людини в суспільстві.

При вчиненні злочину вольова поведінка суб'єкта має девіантний характер – посягаючи на кримінально-правову модель суспільних відносин, злочинець порушує цю модель, діє всупереч моделі, відхиляється від приписаної нормою кримінального закону форми поведінки. Внаслідок такої поведінки виникають антисоціальні, конфліктні відносини, які згідно з морально-правовою суспільною "шкалою" цінностей є антицінностями і становлять предмет кримінально-правового регулювання. Отже, об'єктом злочину є лише ті суспільно значимі відносини, які охороняються кримінальним законом як такі, що є цінні і корисні для людини, суспільства чи держави. З погляду норм суспільної моралі, норм права, інших соціальних норм такі відносини визнаються нормальними, цивілізованими.

Розглядаючи питання об'єктів злочинів проти життя і здоров'я необхідно зазначити, що в юридичній літературі, яка стосується цієї тематики, не дається поняття загального об'єкта злочинів проти життя і здоров'я. Щодо родового об'єкта, то думки авторів розділилися так само, як і в теорії Загальної частини кримінального права. Одні автори вважають родовим об'єктом людські блага – життя і здоров'я або особу в цілому [15]. Інші вчені-криміналісти визначають цей родовий об'єкт крізь призму суспільних відносин. Поділяючи погляди представників останньої концепції, розглянемо її детальніше. Так А.І. Рарог вважає, що родовим об'єктом злочинів проти людини є суспільні відносини, які забезпечують нормальне функціонування особи [16, с.18], Р.Д. Шарапов – суспільні відносини, що забезпечують найцінніші блага людини: життя і здоров'я, в основі яких лежать право на життя і право на здоров'я [17, с.160, 181, 190]; Л.Д. Гаухман – суспільні відносини, що забезпечують фізичні блага людини: життя і здоров'я [18, с.87]; В.О. Навроцький – суспільні відносини, в які вступає особа з приводу забезпечення своїх природних благ – життя та здоров'я; Є.П. Побігайло – суспільні відносини, які забезпечують безпеку життя і здоров'я людини [19].

Так само як і щодо поняття родового об'єкта, в науці кримінального права немає одностайності при визначенні безпосереднього об'єкта вбивства. Аналізуючи погляди вчених щодо даної проблеми, можна умовно виділити два підходи. Більшість авторів безпосереднім об'єктом вбивства вважають життя або право на життя (А.Н. Красіков) людини [20], а інші автори – суспільні відносини, в які вступає особа з приводу недоторканності природного права на життя або з приводу забезпечення життя людини [21]. М.Г. Іванов, визнаючи життя людини як спосіб її біосоціального існування безпосереднім об'єктом вбивства, стверджує, що родовий і безпосередній об'єкти при цьому збігаються [14, с.39].

Окремі автори пропонують комбіноване розуміння безпосереднього об'єкта вбивства. Так С.В. Бородин визначає безпосереднім об'єктом вбивства життя людини і суспільні відносини, в якості суб'єкта яких вона виступає, а М.К. Аніянець стверджує, що разом з особою людини безпосереднім об'єктом вбивства є суспільні відносини суспільства в цілому [22]. М.Й. Коржанський оцінює таке визначення як невіддале, бо, на його думку, особа і є сукупністю суспільних відносин і ще одна вказівка на суспільні відносини, хоч в цілому нічого не додає до цього поняття [23, с.95].

Розглянуті вище два підходи щодо визначення безпосереднього об'єкта вбивства, на наш погляд, є непродуктивними. Перший з них з огляду на те, що особа розглядається поза суспільними відносинами. Ще Б.С. Нікіфоров свого часу писав, що "не можна відокремлювати інтереси особи від неї самої і потім виводити особу за рамки суспільних відносин" [3, с.93]. Має рацію також І.Я. Козаченко, який підкреслює, що біологічна суть людини поза суспільними відносинами не має для кримінального права самостійного значення [24, с.64]. Представники іншого підходу, визначаючи безпосередній об'єкт вбивства, ототожнюють людину, її життя з суспільними відносинами, що характерне для марксистської концепції [25].

Враховуючи викладене, визначимо загальний, родовий і безпосередній об'єкти вбивства через необережність.

Загальним об'єктом злочинів проти життя людини, як і всіх інших злочинів, є вся сукупність суспільних відносин, охоронюваних кримінальним законом. У концентрованому вигляді коло цих відносин окреслене в ч.1 ст.1 КК України.

Родовим об'єктом вбивства через необережність є охоронювані кримінальним законом суспільні відносини, предметом яких є забезпечення життя та здоров'я людини.

Безпосереднім об'єктом вбивства через необережність, на наш погляд, є охоронювані кримінальним законом конкретні суспільні відносини, предметом яких є життя людини.

Чинний Кримінальний кодекс України передбачає ряд складів злочинів, в яких одним із наслідків суспільно небезпечного діяння суб'єкта, заподіяння смерті потерпілому (потерпілим) через необережність (ч.4 ст.152, ч.3 ст.153, ч.3 ст.258, ч.2 ст.265, ч.2 ст.267, ч.2 ст.269, ч.2 ст.271, ч.2 ст.272, ч.2 ст.273, ч.2 ст.274, ч.2 ст.275, ч.3 ст.276, ч.3 ст.277, ч.3 ст.278 та ін.). У наведених та інших випадках охоронювані кримінальним законом конкретні суспільні відносини, предметом яких є життя людини, виступають додатковим безпосереднім об'єктом названих злочинів. Основним же безпосереднім об'єктом тут є інші суспільні відносини. Таким об'єктом, наприклад, злочину, передбаченого ч.2 ст.267 КК України, є охоронювані кримінальним законом суспільні відносини, предметом яких є громадська безпека, а злочину, передбаченого ч.3 ст.276, – охоронювані кримінальним законом суспільні відносини, предметом яких є безпека руху та експлуатації транспорту. Згадані та інші такі ж норми кримінального кодексу України можна розглядати як спеціальні щодо норм, які містяться в ст.119 КК України. При конкуренції загальної та спеціальної норм, згідно з виробленими теорією кримінального права принципами кваліфікації, застосовується спеціальна норма.

З *об'єктивної сторони* вбивство через необережність має ті ж ознаки, що й вбивство, передбачене ч.1 ст.115 КК України. Воно характеризується трьома обов'язковими ознаками: 1) суспільно небезпечне діяння (дія або бездіяльність),

2) суспільно небезпечні наслідки, 3) причинний зв'язок між суспільно небезпечним діянням та суспільно небезпечними наслідками.

Вбивство через необережність є менш суспільно небезпечним, ніж умисне вбивство. Воно також, як і умисне вбивство, може бути вчинене як у формі дії так і у формі бездіяльності. С.С. Яценко та С.Д. Шапченко виділяють такі найтиповіші варіанти прояву і кваліфікації діяння у разі вбивства через необережність:

а) дія (бездіяльність) винного, що призвели до заподіяння смерті потерпілому, має свідомий, цілеспрямований характер, однак сама собою умисним злочином не є або таким не визнана (наприклад, винний відштовхує потерпілого, останній падає, від поштовху б'ється головою об гострий виступ сходів і одержує смертельну травму), за наявності необережної форми вини щодо заподіяння смерті потерпілому вчинене має кваліфікуватися лише за ч.1 ст.119 КК України;

б) дія (бездіяльність) винного, що призвела до заподіяння смерті потерпілому, має свідомий, цілеспрямований характер і передбачена як ознака юридичного складу іншого умисного злочину, проте цей склад не включає смерть потерпілого або заподіяння йому тяжкого тілесного ушкодження як обов'язкову чи альтернативну ознаку його об'єктивної сторони (наприклад, основний чи кваліфіковані склади хуліганства); за наявності необережної форми вини щодо заподіяння смерті потерпілому вчинене має розглядатись як сукупність злочинів і кваліфікуватися за відповідною статтею (частиною статті) Особливої частини КК України (у наведеному прикладі – за відповідною частиною ст.296) та за ч.1 ст.119 КК України;

в) дія (бездіяльність) винного, що призвела до заподіяння смерті потерпілому, має свідомий, цілеспрямований характер, передбачена як ознака юридичного складу іншого умисного злочину, і цей склад включає заподіяння потерпілому тяжкого тілесного ушкодження як обов'язкову чи альтернативну ознаку його об'єктивної сторони (наприклад, ч.4 ст.187, ч.4 ст.189 КК України); за наявності необережної форми вини щодо заподіяння смерті потерпілому вчинене має кваліфікуватися за сукупністю злочинів – за відповідною частиною статті Особливої частини КК України, що передбачає кваліфікуючу ознаку "поєднане із заподіянням тяжкого тілесного ушкодження", і за ч.1 ст.119 КК України [26, с.252].

Зазначимо, що вживання законодавцем у назві і тексті статті 119 КК України поняття "вбивство" є нелогічним. Якщо взяти поняття "вбивство" в тій редакції, що викладена в ч.1 ст.115 КК України, то, наприклад, назва ст.119 КК України буде виглядати так: "Умисне протиправне заподіяння смерті іншій людині через необережність". Отже, виходячи з такого буквального розуміння назви і змісту диспозицій норм цієї статті КК, її застосування стало проблемним для правоохоронних органів, оскільки одночасно наявність умисної та необережної форм вини під час вчинення одного конкретного вбивства унеможливується. Вихід з такої ситуації бачиться в двох варіантах: а) визначити в ч.1 ст.115 КК України вбивство як *винне* протиправне заподіяння смерті іншій людині, або б) змінити назву і диспозиції норм ст.119 КК України, вилучивши з них поняття "вбивство" та замінивши його на поняття "позбавлення життя". Другий варіант видається доцільнішим. При його реалізації і в назві і в тексті ст.119 КК буде словосполучення "позбавлення життя через необережність", що цілком узгоджуватиметься з поняттям вбивства, закріпленим в ч.1 ст.115 КК України. Такий підхід був запропонований ще М.Д. Шаргородським [27, с.38, 194]. Він знайшов підтримку серед інших учених-криміналістів, зокрема А.Н. Трайніна, Ю.І. Ляпунова, О.М. Ігнатова, Ю.О. Красікова,

Е.Ф. Побігійло. Суть позиції цих учених зводиться до того, що вбивство і насильницьке заподіяння смерті є поняттями різної якості. Під поняттям "вбивство" і "вбивця" на рівні суспільної свідомості розуміють умисне позбавлення життя. Тому з погляду кримінальної політики недоцільно застосовувати поняття "вбивство" як самого тяжкого злочину проти особи у випадку необережного заподіяння смерті. З іншого боку, Кримінальний кодекс передбачає числені випадки відповідальності за діяння, що потягли з необережності смерть людини. Ці злочини також довільно би називати вбивствами. Третій аргумент згаданих авторів зводиться до посилання на зарубіжний досвід кримінально-правового регулювання [28]. Справді, в кримінальних кодексах низки зарубіжних держав (Данія, Болгарія, Білорусь, Російська Федерація, Латвія, Франція, КНР та ін.) визначено склад необережного заподіяння смерті іншій людині [29].

Ті, хто заперечує концепцію відмежування вбивства від заподіяння смерті через необережність (А.А. Піонтковський, В.Д. Меньшагін, М.І. Загородніков, М.К. Аніянц та інші), переконують, що факт визнання необережного позбавлення іншої особи життя не вбивством підірве негативну моральну оцінку цього злочину кримінальним правом, приведе до послаблення боротьби з необережними злочинами проти життя. При цьому вони також посилаються на зарубіжну кримінально-правову законодавчу практику, зокрема, ФРН, Австрії, Швейцарії, Іспанії [30].

Вбивство через необережність вважається закінченим з моменту настання смерті іншої людини (потерпілого).

Факультативні ознаки об'єктивної сторони (місце, час, спосіб, знаряддя (засоби), обстановка вчинення вбивства) не є обов'язковими ознаками вбивства через необережність, а тому на його кваліфікацію не впливають.

Обов'язковою ознакою суб'єктивної сторони вбивства через необережність є вина у формі необережності, яка, згідно з ч.1 ст.25 КК України, поділяється на два види: злочинна самовпевненість і злочинна недбалість.

Вбивство через необережність у разі злочинної самовпевненості буває у тих випадках, коли суб'єкт, вчиняючи діяння, передбачав можливість настання смерті людини, але легковажно розраховував на її відвернення.

Важливе значення має відмежування вбивства через необережність при злочинній самовпевненості від вбивства з непрямым умислом. Вчиняючи вбивство з непрямым умислом, С.В. Бородін справедливо зазначає, що, винний передбачає не лише можливість, але й вірогідність настання смерті потерпілого саме в цьому випадку [31, с.237]. Тобто він свідомо припускає можливість настання смерті конкретного потерпілого і погоджується або ставить байду до такого результату власного діяння. Ставлення ж до настання смерті потерпілого при злочинній самовпевненості полягає в тому, що суб'єкт, передбачаючи такий результат, розраховує на якісь конкретні обставини (власні здібності, фізичну силу, досвід, поведінку інших людей, сили природи, фізичні чи хімічні закони, технічні властивості транспортного засобу, інших машин і механізмів, тощо), які перешкоджають заподіяння смерті потерпілому, але цей його розрахунок виявився необґрунтованим, легковажним.

Передбачення суб'єктом можливості настання смерті потерпілого при злочинній самовпевненості може мати абстрактний, неконкретизований, не персоніфікований щодо потерпілого характер. Наприклад, власник земельної ділянки В. обладнав

огорожу її території колючим дротом, підключивши до неї електричну енергію з напругою 220 вольт. Через кожних 3-4 метри він вивісив попереджувальні таблиці такого змісту: "Увага! Електричний струм 220 вольт! Не влізай – вб'є!" Неписьменний С., маючи намір пожитися овочами з грядок земельної ділянки В., перелазячи через огорожу, схопив руками оголений дріт під напругою і загинув. У цьому випадку суб'єкт (В) передбачав у загальних рисах, що від контакту людини з колючим дротом, що перебуває під електричною напругою 220 вольт, може настати смерть якоїсь неконкретної людини, але розраховував, що вивішені ним попереджувальні таблиці застерігатимуть від такого наслідку.

Особливістю вольової ознаки вини як вбивства з непрямым умислом, так і вбивства при злочинній самовпевненості є те, що в обох цих випадках суб'єкт не бажає настання смерті потерпілого.

Вбивство через необережність при злочинній недбалості, якщо виходить з ч.3 ст.25 КК, буває тоді, коли суб'єкт не передбачав можливості настання суспільно небезпечних наслідків у вигляді смерті потерпілого, хоча повинен був і міг це передбачити, якби діяв більш обачливо. Отже, заподіюючи смерть потерпілому при злочинній недбалості, суб'єкт не усвідомлює суспільної небезпеки свого діяння. Порушення правил безпеки у випадку необережного вбивства через злочинну недбалість охоплюється свідомістю суб'єкта. Однак його свідоме ставлення до порушення цих правил не є свідченням бажання або свідомого припущення з його боку настання смерті потерпілого, що характерне відповідно для вбивства з прямим і непрямым умислом. Немає в цьому випадку і абстрактного передбачення можливості настання смерті людини як при вбивстві через злочинну самовпевненість. Наприклад, К., М. і Б. вживали у лісі спиртні напої. В процесі цього між К. і М. виникла сварка, в ході якої К. двічі вдарив М. рукою в обличчя. При цьому після першого удару потерпілий вдарився головою об дерево, а після другого – впав на землю. К. просив Б. відвести М. до комендатури, де той відбував покарання, але Б. відмовився, і вони залишили потерпілого в лісі. У судовому засіданні було встановлено, що черепно-мозкова травма, яка стала причиною смерті потерпілого, була не тільки результатом безпосередніх дій К., а й того, що М. ударився головою об дерево. Суд визнав, що К. не передбачав можливості заподіяння смерті М., хоча повинен був і міг це передбачити. Інший приклад: після виконання роботи Г. і Ш. поверталися на тракторі до тракторної бригади. Дорогою сталася поломка гусениці трактора і вони зупинилися, щоб її відремонтувати. Г., за командою К., неодноразово здавав трактор вперед і назад для того, щоб Ш. міг забити палець для з'єднання траків гусениці. У якийсь момент, Г., здаючи назад, своєчасно не зупинився, і в результаті вчинив наїзд на Ш., який був травмований і внаслідок цього помер [32, с.131].

Від вбивства через необережність потрібно відрізнити *невинне заподіяння смерті іншій людині* (казус, об'єктивний випадок), що унеможливорює кримінальну відповідальність. Щодо його поняття в теорії кримінального права висловлені різні думки. Умовно можна виділити широке і вузьке розуміння казусу. Широке розуміння казусу знайшло своє обґрунтування в російській теорії кримінального права і, відповідно, закріплення в ст.28 Кримінального кодексу Російської Федерації [33]. Так О.І. Коробєєв пише, що казус маємо тоді, "коли особа не лише не передбачає можливість настання смерті, але за обставинами справи не повинна була і не могла її передбачити. Казусом слід визнати і ситуації, коли особа передбачає можливість заподіяння смерті іншій людині і приймає з належною обережністю, ґрунтовністю і

передбаченням всі необхідні заходи для відвернення її настання, але смерть все ж таки настає з причин, що від неї не залежать. За цими ж правилами слід оцінювати випадки, коли особа, хоча й передбачала можливість настання смерті потерпілого, але не могла відвернути її настання через невідповідність своїх психофізичних якостей вимогам екстремальних умов або через нервово-психічне перевантаження" [34, с.159-160].

Якщо проти першого випадку казусу, наведеного О.І. Коробєєвим, заперечень немає, то два інші викликають певні застереження. Так ті ситуації, коли особа передбачала можливість заподіяння смерті іншій людині і вжила з належною обережністю, ґрунтовністю і передбаченням всіх необхідних заходів для відвернення її настання, але смерть людини все ж таки настала, межують зі злочинною самовпевненістю. Поняття "належна обережність, ґрунтовність і передбачення" мають оцінний характер, що створюватиме відомі труднощі для правозастосування при відмежуванні заподіяння смерті зі злочинної самовпевненості від невинного заподіяння смерті (казусу, об'єктивного випадку). Знову ж таки поняття "невідповідність своїх психофізичних якостей вимогам екстремальних умов або через нервово-психічне перевантаження" також має розпливчастий, нечіткий, оцінний характер, що, зрозуміло, породжує розпливчастість меж кримінально-правового регулювання і, як і в попередньому випадку, створює ґрунт для суб'єктивної оцінки вчиненого особою.

Стаття 28 КК РФ "Невинне заподіяння шкоди" в основі своїй ґрунтується на концепції широкого розуміння казусу. Згідно з ч.1 цієї статті, діяння визнається вчиненим невинно, якщо особа, що його вчинила, не усвідомлювала і за обставинами справи не могла усвідомлювати суспільної небезпеки своїх дій (бездіяльності) або не передбачала можливість настання суспільно небезпечних наслідків і за обставинами справи не повинна була і не могла їх передбачити. Далі, згідно з ч.2 цієї ж статті, діяння також визнається вчиненим невинно, якщо особа, що його вчинила, хоча й передбачала можливість настання суспільно небезпечних наслідків своїх дій (бездіяльності), але не могла відвернути ці наслідки в силу невідповідності своїх психофізичних якостей вимогам екстремальних умов чи нервово-психічному перевантаженню. Це визначення невинного заподіяння шкоди (казусу, об'єктивного випадку) дало підстави Р.І. Міхеєву класифікувати казус на два види: а) загальний (ч.1 ст.28 КК РФ) та б) спеціальний (ч.2 ст.28 КК РФ) [35, с.429]. Казус при цьому він називає суб'єктивним випадком, що, на наш погляд, не відповідає його суті, оскільки казус як соціальне явище відбувається незалежно від волі особи, що свідчить про його об'єктивний характер.

Варто пригадати, що концептуально ст.28 чинного КК РФ дуже подібна до ст.31 "Відсутність вини (випадок)" Теоретичної моделі Кримінального кодексу, опублікованого в 1987 році, де записано: "Діяння визнається вчиненим невинно, якщо особа, що його вчинила, не усвідомлювала суспільно небезпечний характер своєї дії (бездіяльності) або не передбачала його суспільно небезпечних наслідків і за обставинами справи не повинна була чи не могла їх передбачити і попередити". Тут же, в ч.2 ст.31 проекту зазначено, що діяння також визнається вчиненим невинно, "якщо особа, що його вчинила, не усвідомлювала суспільно небезпечний характер своєї дії (бездіяльності), не передбачала настання його суспільно небезпечних наслідків або хоча й передбачала можливість їх настання, але не могла їх попередити

внаслідок невідповідності її психофізичних якостей вимогам екстремальних умов чи нервово-психологічним перевантаженням" [36, с.81].

Вузьке розуміння казусу властиве для української кримінально-правової науки [37]. Зокрема, П.С. Матишевський пише, що для невинного заподіяння шкоди (казусу) характерним є те, що особа не усвідомлювала і не могла усвідомлювати суспільну небезпечність своєї дії (бездіяльності) або не передбачала і не повинна була чи не могла передбачити настання від свого діяння суспільно небезпечного наслідку [38, с.121]. В.І. Борисов, звертаючи увагу на те, що випадок (казус) розглядається в юридичній літературі як самостійний вид психічного ставлення до суспільно небезпечних наслідків, підкреслює, що він буває тоді, коли наслідки, що настали, перебувають у причинному зв'язку з дією (або бездіяльністю) особи, котра, однак, не тільки не передбачала можливості їхнього настання, а й не могла їх передбачити [39, с. 159].

Визначення невинного заподіяння шкоди (казусу), запропоноване П.С. Матишевським, перекликається з визначенням цього поняття в КК Республіки Білорусь, де в ст.26 записано, що діяння "визнається вчиненням невинно, якщо особа, що його вчинила, не усвідомлювала і за обставинами справи не повинна була і не могла усвідомлювати суспільну небезпеку своєї дії чи бездіяльності або не передбачала можливості настання суспільно небезпечних наслідків і за обставинами справи не повинна була або не могла їх передбачити [40, с.47].

У кримінальних кодексах Республіки Болгарія і КНР закріплене ще вужче поняття казусу, в яких відсутня ознака не усвідомлення особою суспільної небезпеки свого діяння. В ст.15 КК Республіки Болгарія вказується, що не є винним вчинене діяння, коли особа не повинна була або не могла передбачити настання суспільно небезпечних наслідків. Таке діяння називається тут випадковим [41, с.20].

КК КНР (ст.16) дещо інакше порівняно з наведеним розумінням казусу підходить до визначення поняття казусу: "...діяння, які об'єктивно хоча й привели до шкідливих наслідків, але не є наслідком умисної чи необережної вини, а викликані непереборною силою чи неможливістю їх передбачити, не є злочином" [42, с.257].

З наведених визначень найповнішими видаються визначення П.С. Матишевського та КК Республіки Білорусь, оскільки в них присутні як ознака не усвідомлення суспільно небезпечного діяння, так і ознака не передбачення суспільно небезпечних наслідків, які характеризують інтелектуальну ознаку казусу. Вольова ж ознака казусу зводиться до того, що особа не бажає і свідомо не припускає настання суспільно небезпечних наслідків.

Отже, *невинне заподіяння смерті* іншій людині (казус, *об'єктивний випадок*) має місце тоді, коли особа, яка його вчинила, не усвідомлювала і за обставинами справи не могла усвідомлювати суспільної небезпечності свого діяння, або за обставинами справи не передбачала, не повинна була чи не могла передбачити можливості настання смерті цієї людини. За таких обставин особа, що заподіяла смерть іншій людині, не підлягає кримінальній відповідальності за відсутністю складу злочину.

Суб'єктом вбивства через необережність є фізична осудна особа, яка до вчинення цього злочину досягла віку 16 років.

У тих випадках, коли заподіяння смерті через необережність є наслідком перевищення службовою особою влади або службових повноважень, воно охоплюється поняттям "тяжкі наслідки" і тому вчинене такою службовою особою

кваліфікується за ч.3 ст.365 КК України і додаткової кваліфікації за ст.119 КК України не потребує. Такою є позиція Пленуму Верховного Суду України, яка видається правильною [43].

Оскільки, згідно із ст.26 КК України співучастю є лише умисна діяльність декількох осіб, учинення вбивства через необережність у співучасті неможливе.

Відтак, *вбивство через необережність* – це протиправне заподіяння смерті іншій людині при вчиненні якого суб'єкт або передбачав можливість настання смерті іншої людини, проте легковажно розраховував на її відвернення, або не передбачав можливості настання смерті іншої людини, хоча повинен був і міг передбачити її настання.

Кваліфікуючою ознакою вбивства через необережність (ч.2 ст.119 КК України) є вбивство через необережність двох або більше осіб. У даному випадку мається на увазі, що суспільно небезпечні наслідки – настання смерті двох або більше осіб є ознакою об'єктивної сторони одиначного злочину – вбивства через необережність. При реальній сукупності двох або більше вбивств через необережність спостерігається їх повторність. Згідно з п.1 ст.67 КК України вчинення злочину повторно є обставиною, яка обтяжує покарання.

Враховуючи специфіку службових функцій медичних працівників, а також і фармацевтичних працівників, на яких покладається особливий обов'язок – турбота про життя та здоров'я людини, які відповідно до ст.3 Конституції України, є в числі найвищих соціальних цінностей в Україні, видається за доцільне передбачити в ч.2 ст.115 КК відповідальність за вчинення умисного вбивства медичним або фармацевтичним працівником під час виконання ними своїх службових обов'язків. Крім того, в ст.119 КК необхідно передбачити особливо кваліфікований вид вбивства через необережність – вбивство через необережність, вчинене медичним або фармацевтичним працівником при виконанні ними своїх службових обов'язків. Є надія, що внесення зазначених вище доповнень до чинного КК України сприятиме посиленню захисту права людини на життя в Україні.

-
1. Никифоров Б.С. Объект преступления по советскому уголовному праву. – М.: Госюриздат, 1960. – С.106-121; Пионтковский А.А. Преступление //Курс советского уголовного права: в 6т. – М.: Наука, 1970. – Т.2. – С.111-126; Фролов Е.А. Спорные вопросы общего учения об объекте преступления //Сборник научных трудов Свердлов. юрид. ин-та. Вып.10. – Свердловск, 1969. – С.184-225; Тацкий В.Я. Объект и предмет преступления в советском уголовном праве. – Харьков: Высшая школа, 1988. – С.78-103; Бажанов М.И. Уголовное право Украины. – Днепропетровск: Пороги, 1992. – С.30-33.
 2. Меньшагин В.Д. Советское уголовное право: Учебное пособие для правовых школ. – М.: Юрид. лит., 1938. – Вып.1.
 3. Никифоров Б.С. Объект преступления по советскому уголовному праву – М.: Госюриздат, 1960. – С.112-114.
 4. Коржанський М.Й. Уголовне право України. Загальна частина. Курс лекцій для студентів вищих навчальних закладів. – К.: Наук. думка, 1996.
 5. Кримінальне право України. Загальна частина /За ред. П.С. Матишевського, П.П. Андрушка, С.Д. Шапченка – К.: Юрінком Інтер, 1997.

6. Таганцев Н.С. Русское уголовное право. Лекции. Часть общая. – М.: Наука. – 1994. – Т.1. – С.178, 34; Див. Також: Новоселов Г.П. Учение об объекте преступления. Методологические аспекты – М.: Норма, 2001. – С.43; Курс уголовного права. Общая часть: Учебник для вузов. /Под ред. Кузнецовой Н.Ф., Тяжковой И.М. – М.: Зерцало, 1999. – Т.1. – С.198 – 202; Уголовное право. Общая Часть: Учебник. /Отв. ред. Козаченко И.Я., Незнамов З.А. – М.: Юрист, 1997. – С.135 – 136; Российское уголовное право. Общая часть. Учебник. /Под ред. Кудрявцева В.Н., Наумова А.В. – М.: Юрист, 1997. – С.91 – 92; Наумов А.В. Уголовное право. Общая часть: Курс лекций. – М.: БЕК, 1996. – С.146-153.
7. Новоселов Г.П. Учение об объекте преступления. Методологические аспекты. – М.: Норма, 2001. – С.43.
8. Курс уголовного права. Общая часть. Учебник для вузов /Под ред. Кузнецовой Н.Ф., Тяжковой И.М. – М.: Зерцало, 1999. – Т.1.
9. Див. Кримінальне право України. Особлива частина /За ред. П.С.Матишевського, С.С. Яценка, П.П. Андрушка. – К.: Юрінком Інтер, 1999.
10. Демидов Ю.А. Социальная ценность и оценка в уголовном праве. – М.: Юрид. лит., 1975.
11. Уголовное право. Общая часть /Под. ред. А.И. Рарога. – М.: Гардарики, 1996.
12. Фролов Е.А. Спорные вопросы учения об объекте преступления //Сборник ученых трудов Свердл. юрид. ин-та. Вып.10. – Свердловск, 1968.
13. Уголовное право России. Учебник для вузов: В 2т. Особенная часть. /Под ред. А.Н. Игнатова и Ю.А. Красикова. – М.: Норма-Инфра, 1998. – Т.2.
14. Уголовное право. Особенная часть: Учебник /Под ред. Н.И. Ветрова и Ю.И. Ляпунова. – М.: Новый Юрист, 1998.
15. Кримінальне право України. Особлива частина /За ред. П.С.Матишевського, С.С. Яценка, П.П. Андрушка – К.: Юрінком Інтер. – 1997. – С.140; Наумов А.В. Уголовное право. Общая часть: Курс лекций. – М.: БЕК, 1996. – С.147 – 148; Новое уголовное право России: Учебное пособие /Под ред. Н.Ф. Кузнецовой. Особенная часть – М.: Зерцало Теис, 1996; Загородников Н.И. Объект: от идеологизации содержания к естественному пониманию //Проблемы уголовной политики и уголовного права. – М, 1994. – С.21–22; Уголовное право УССР. Особенная часть /Под ред. М.И. Бажанова, П.С. Матишевського, В.В. Сташиса. – К.: Вища школа, 1989. – С.150.
16. Уголовное право Российской Федерации. Особенная часть /Под ред. Б.В. Здравомыслова. – М.: Юрист, 1996.
17. Шарапов Р.Д. Физическое насилие в уголовном праве – СПб.: Юрид. центр Пресс, 2001.
18. Гаухман Л.Д. Проблемы уголовно-правовой борьбы с насильственными преступлениями в СССР – Саратов: Изд-во Саратов. ун-та, 1981.
19. Навроцкий В.О. Кримінальне право України. Особлива Частина. Курс лекцій – К.: Знання, 2000. – С.143; Уголовное право России. Учебник для вузов. /Под ред. А.Н. Игнатова и Ю.А. Красикова. – М.: Норма-Инфра, 1998. – Т.2.
20. Шаргородский М.Д. Преступление против жизни и здоровья – М.: Юриздат Министерства юстиции СССР, 1948. – С.59; Курс советского уголовного права. – М.: Наука, 1971. – Т.5. – С.21; Уголовное право УРСР. Особенная часть /Под ред. М.И. Бажанова, П.С. Матишевського, В.В. Сташиса. – К.: Вища школа, 1989; Уголовное право Российской Федерации. Особенная часть /Под ред. Б.В. Здравомыслова – М.: Юрист, 1996; Кримінальне право України. Особлива частина. Підручник за редакцією П.С. Матишевського, С.С. Яценка, П.П. Андрушка –

- К.: Юрінком Інтер, 1999; Красиков А.Н. Уголовно-правовая охрана прав и свобод человека в России. – Саратов, 1996. – С.2-3.
21. Навроцький В.О. Кримінальне право України. Особлива частина: Курс лекцій. – К.: Знання, 2000. – С.144; Шарапов Р.Д. Физическое насилие в уголовном праве – СПб.: Юридический центр Пресс, 2001.
 22. Бородин С.В. Преступления против жизни -М.: Юрист, 1999. – С.48; Анианц М.К. Ответственность за преступление против жизни. – М.: Юрид. лит., 1964. – С. 18.
 23. Коржанський М.Й. Кваліфікація злочинів. – К.: Юрінком Інтер, 1998. – С. 95.
 24. Козаченко И.Я. Структура объекта в преступлениях против личности. //Уголовное право в борьбе с преступностью. – Свердловск, 1987.
 25. Маркс К., Энгельс Ф. Сочинения. – Т.3. – С.3.; Курс советского уголовного права. Часть Особенная. – Л., 1973. – Т.3. – С.478;
 26. Науково-практичний коментар до Кримінального кодексу України. – К.: А.С.К., 2002.
 27. Шаргородський М.Д. Преступления против жизни и здоровья – М.: Юрид. изд-во Министерства юстиции СССР, 1948.
 28. Российское уголовное право. Курс лекций. – Владивосток: Изд-во Дальневост. ун-та., 2000. – Т.3 – С.156-157. Див. також: Мамчур М. Проблема визначення поняття вбивства в кримінальному праві України //Право України. – 1999. -№3. – С.73.
 29. Уголовный кодекс Дании. – СПб.: Юрид. центр Пресс, 2001. – §241; Уголовный кодекс Республики Болгария. – Минск: Тесей, 2000. – Ст.122; Уголовный кодекс Республики Беларусь. – Минск: Амалфея, 2001. – Ст.144; Комментарий к уголовному кодексу Российской Федерации. – М.: Норма, 2001. – Ст.109; Уголовный закон Латвийской Республики. – Минск: Тесей, 1999. – Ст.123; Уголовный кодекс Франции. – СПб., 2002. – Ст.221-6; Ахметшин Х.М., Ахметшин Н.Х., Петухов А.А. Современное уголовное законодательство КНР – М.: Муравей, 2000. – С.337.
 30. Российское уголовное право. Курс лекций. – Владивосток: Изд-во Дальневост. ун-та., 2000. – Т.3 – С.157; Уголовный кодекс Швейцарии. – М.: Зерцало, 2000. – Ст.117; Уголовный кодекс ФРГ. – М.: Зерцало, 2000. – §222; Уголовный кодекс Австрии. – М.: Зерцало, 2001. – §80; Уголовный кодекс Испании. – М.: Зерцало, 1998. – Ст.142.
 31. Бородин С.В. Преступления против жизни – М.: Юрист, 1999.
 32. Бюлетень законодавства і юридичної практики України. – К., 1993. – №4.
 33. Российское уголовное право. Курс лекций. – Владивосток: Изд-во Дальневост. ун-та., 2000. – Т.3 – С.159-160; Курс уголовного права. Особенная часть. – М.: Зерцало, 2002. – Т.3. – С.144-145; Бородин С.В. Преступления против жизни. – М.: Юрист, 1999. – С.240-242.
 34. Российское уголовное право. Курс лекций. – Владивосток: Изд-во Дальневост. ун-та., 2000.
 35. Российское уголовное право. Курс лекций. – Владивосток: Изд-во Дальневост. ун-та., 1999.
 36. Уголовный закон: опыт теоретического моделирования /Под ред. В.Н. Кудрявцева и С.Г. Келиной – М.: Наука, 1987.
 37. Сташис В.В., Бажанов М.И. Преступления против личности в УК УССР и судебной практике. – Харьков: Выща школа, 1987. – С.68; Кримінальне право України. Загальна частина. –М.: Юрінком Інтер, 2001. – С.159-160; Матишевський П.С. Кримінальне право України. Загальна частина. – К.: Юрінком Інтер, 2000. – С.121.
 38. Матишевський П.С. Кримінальне право України. Загальна частина. – К.: Юрінком Інтер, 2000.
 39. Кримінальне право України. Загальна частина – К.: Юрінком Інтер, 2001.
 40. Уголовный кодекс Республики Беларусь. – Минск: Амалфея, 2001.
 41. Уголовный кодекс Республики Болгария. – Минск: Тесей, 2000.

42. Ахметшин Х.М., Ахметшин Н.Х., Петухов А.А. Современное уголовное законодательство КНР. Уголовный кодекс КНР. – М.: Муравей, 2000.
43. Постанова Пленуму Верховного Суду України №1 від 01.04.1994 (із змінами від 3 грудня 1997 року та 26 лютого 1999 року) "Про судову практику в справах про злочини проти життя і здоров'я людини" п.29; Постанова Пленуму Верховного Суду України №12 від 27 грудня 1985 року (із змінами від 4 червня 1993 року та 3 грудня 1997 року) "Про судову практику в справах про перевищення влади або посадових повноважень" п.8 //Збірник постанов Пленуму Верховного Суду України в кримінальних справах. – Львів: Юридичний факультет Львівського національного університету ім. Ів. Франка, 1998. – С.105; 168.

KILLING BY NEGLIGENCE UNDER THE UKRAINE'S CRIMINAL CODE OF 2001

V. Hryshchuk

*Ivan Franko National University of Lviv,
Universitetska Str. 1, UA-79000 Lviv, Ukraine*

The article deals with subjective and objective features of killing by negligence envisaged by article 119 of Ukraine's Criminal Code of 2001. The ways of this article wording improvement are proposed.

Key words: Criminal Law of Ukraine, homicide, killing by negligence .

Стаття надійшла до редколегії 17.02.2003

Підписана до друку 30.10.2003

СОЦІАЛЬНА ЗУМОВЛЕНІСТЬ КРИМІНАЛІЗАЦІЇ СУСПІЛЬНО НЕБЕЗПЕЧНИХ ДІЯНЬ У ВІДНОСИНАХ БАНКРУТСТВА В УКРАЇНІ

В. Гордієнко

*Львівський національний університет імені Івана Франка,
вул. Університетська, 1, 79000 м.Львів, Україна*

Досліджується природа банкрутства в умовах ринкової економіки, яка внаслідок притаманних йому ознак (в першу чергу мається на увазі наявність у змісті цих відносин конфлікт інтересів їхніх носіїв) свідчить про високу суспільну небезпеку для держави та зумовлює потребу в кримінально-правовій охороні цього інституту.

Ключові слова: суспільство, банкрутство, конфлікт, кримінальна охорона.

Формування ринкових відносин в Україні, розвиток підприємництва, виникнення багатокладної економіки природно спричинили необхідність докорінного перегляду комплексу законів про господарські злочини, який було сформовано в період жорсткого державного контролю над усією економічною діяльністю. Розв'язанню зовсім інших проблем у державі служить кримінальна політика в умовах ринкової економіки, де мають абсолютну перевагу природно формовані договірні господарські зв'язки, а авторитарним відносинам підводиться вельми непоказне місце. Кримінальна політика за таких умов зосереджується на захисті ринкових відносин від діянь, що порушують їхню природу та ринкові закони функціонування.

За словами Похмелкіна А.В., Похмелкіна В.В.: "Тоталітарна кримінальна політика слугувала охороні державного монополізму в економіці і утримувала всіх суб'єктів економічних відносин у межах, які встановлювалися адміністративно-командною системою. Деідеологізація кримінального закону навпаки припускає послідовне обмеження його втручання в економічне життя. Ринкова економіка заборон, примусів та команд не потребує" [1].

За умов ринкової економіки можливість володіння майном породжує природну економічну потребу кожного суб'єкта господарської діяльності в його створенні (отриманні), збереженні та збільшенні. Ця потреба на рівні економічної системи посідає центральне місце в рушійній системі всього механізму ринкової економіки. В умовах конкуренції й економічної невизначеності ринку ця потреба змушує його учасників іти на економічний ризик, обов'язковою частиною якого виступає можливість настання неспроможності (банкрутства) самого суб'єкта господарської діяльності. Результатом загальних перегонів за прибутком є, з одного боку, виявлення ефективніших форм і методів господарювання, а з іншого – розорення одних і збагачення інших суб'єктів господарської діяльності.

З економічного погляду неспроможність є неможливістю суб'єкта права виконати свої майнові зобов'язання, строк яких настав. Юридичний аспект неспроможності полягає в тому, що кредитори мають документально підтверджені беззаперечні майнові вимоги до боржника. Важливим елементом юридичного аспекту є встановлення факту неспроможності судом, що тягне за собою важливі правові наслідки для учасників таких правовідносин [2].

На думку А.Н. Трайніна, банкрутство – делікт своєрідний: він складається з двох елементів, один з яких – *неспроможність* – поняття цивільного права, інший – *банкрутське діяння* – поняття кримінально-правове [3].

Але оскільки Закон України "Про відновлення платоспроможності боржника або визнання його банкрутом" дає визначення банкрутства як визнаної арбітражним судом неспроможності боржника, тобто ототожнює ці два поняття, в подальшому в цій статті будемо дотримуватися цієї точки зору. Питання термінологічних розбіжностей цих двох термінів можуть бути темою подальшого дослідження.

Виникнення суспільно небезпечних проявів у пов'язаній з неспроможністю (банкрутством) сфері – це процес об'єктивний і неминучий. Так само як процеси неспроможності й банкрутства є невід'ємною складовою ринкової економіки, так суспільно-небезпечні прояви у пов'язаній з неспроможністю (банкрутством) сфері, – неминучі супутники розвитку цих відносин. [4].

Метою інституту банкрутства в сучасних країнах є задоволення вимог кредиторів боржником, що не виконує свої зобов'язання, та притягнення до відповідальності (цивільної та кримінальної) осіб, винних у доведенні суб'єкта господарської діяльності до банкрутства, а також тих осіб, які умисно вчинили неправомірні діяння при банкрутстві.

Відтак Главу VII "Господарські злочини" Кримінального кодексу України, який було введено в дію з 1 квітня 1961 року, Законом України від 28 січня 1994 року було доповнено статтею 156-2 "Приховування банкрутства", статтею 156-3 "Фіктивне банкрутство", а Законом України від 30 червня 1999 року – статтею 156-4 "Доведення до банкрутства".

У чинному Кримінальному кодексі України, прийнятому 5 квітня 2001р., який набрав чинності з 1 вересня 2001 року, статті, пов'язані з банкрутством суб'єктів господарської діяльності, знайшли своє місце в розділі VII "Злочини у сфері господарської діяльності". Це ст.218 "Фіктивне банкрутство", ст.219 "Доведення до банкрутства", ст.220 "Приховування стійкої фінансової неспроможності" та ст.221 "Незаконні дії у разі банкрутства".

Поява таких "нетрадиційних" для кримінального українського законодавства норм викликало низку запитань щодо їхньої відповідності принципам криміналізації суспільно небезпечних діянь. Оскільки в нашому суспільстві, з одного боку, існує ілюзія про можливість вирішення будь-яких негараздів за допомогою заборонних норм Кримінального кодексу, а, з іншого – думка про те, що протидія "кримінальному банкрутству" можлива і без застосування норм Кримінального кодексу.

Питання доцільності криміналізації суспільно небезпечних діянь у випадку банкрутства суб'єктів господарювання розглядалися В.Б. Волженкіним ("Економічні злочини", СПб, 1999р., "Злочини в сфері економічної діяльності", СПб., 2002р.), О.О. Дудоровим, М.І. Мельником, М.І. Хавронюком ("Злочини у сфері підприємництва", К., 2001р.), І.С. Міхальовим "Кримінальне банкрутство", СПб., 2001р). Проблема криміналізації інших суспільно небезпечних діянь у сфері господарської діяльності досліджувалася в наукових працях П.П. Андрушка, Л.П. Брич, І.М. Гальперіна, П.С. Дагеля, Н.Д. Дурманова, Г.А. Злобіна, В.М. Кудрявцева, Я.М. Кураша, В.О. Навроцького, О.І. Перепилиці, Є.Л. Стрельцова, П.А. Фефелова, К.В. Шаврова та ін.

Незважаючи на те, що цією проблеми займалися провідні вчені нашої держави та країн СНД, це питання ще не до кінця вирішене і потребує подальшого наукового дослідження. У пропонованій статті на підставі досліджень провідних науковців зроблено спробу детальніше обґрунтувати соціальну доцільність криміналізації "кримінального банкрутства".

П.А. Фефелов найважливішими передумовами допустимості криміналізації діяння називав суспільну небезпеку та забезпечення невідворотності відповідальності [5].

І.М. Гальперін розробив більш широкий та різнобічний підхід до проблеми допустимості криміналізації, надавши їй вирішенню процедурно-методологічного характеру. Так, на його думку, ухвалюючи рішення про ведення кримінальної відповідальності, необхідно вирішити комплекс завдань. Їх можна сформулювати у такому вигляді: а) вивчення поширюваності конкретних діянь та оцінка типовості їх як форми прояву антисуспільної поведінки; б) встановлення динаміки вчинення вказаних діянь та оцінка типовості їх як форми прояву антисуспільної поведінки; в) встановлення динаміки вчинення вказаних діянь з урахуванням причин та умов, що їх породжують; г) визначення заподіяння у такий спосіб матеріальної та моральної шкоди; д) визначення ступеня ефективності застосовуваних засобів боротьби як за допомогою права, так і за допомогою інших форм; е) встановлення найтиповіших об'єктивних та суб'єктивних ознак діяння; є) оцінка можливості правового визначення ознак того чи іншого діяння як елементів складу злочину; ж) встановлення загальних особистих ознак суб'єктів діяння; з) виявлення суспільної думки різних соціальних груп; і) визначення можливостей системи кримінальної юстиції в боротьбі з визначеними діяннями [6].

Однак наведені ознаки досить складно систематизувати. Тому доцільніше, на наш погляд, зробити спробу систематизації не ознак, а підстав криміналізації суспільно небезпечних діянь.

В.М. Кудрявцев, П.С. Даггел, Г.А. Злобін правомірно вважають, що систему принципів криміналізації суспільно-небезпечних діянь утворюють:

1. Принципи, що відображають суспільну необхідність і політичну доцільність встановлення кримінальної відповідальності або соціальні та соціально-психологічні принципи криміналізації. Тобто принципи, що забезпечують соціальну адекватність криміналізації, її припустимість з точки зору основних характеристик соціальних систем і процесів розвитку суспільства, характеру суспільної свідомості та стану громадської думки. До таких принципів належать:

- Принцип суспільної безпеки. В основі матеріалістичного підходу до встановлення меж втручання права в суспільне життя покладено уявлення про те, що характер цього втручання визначається суспільною необхідністю і обмежується об'єктивною можливістю адекватного регулятивного впливу права на різні групи суспільних відносин. І лише те діяння може бути правомірно криміналізоване, суспільна небезпека якого (з точки зору кримінального права) є достатньо високою.
- Принцип відносної поширеності діяння. Суть цього принципу полягає в тому, що кримінальне право регулює форму реакції суспільства на суспільно небезпечні вчинки індивідів, і являють собою прояви деяких загальних тенденцій та закономірностей, інакше кажучи – явища не випадкові. Якщо

криміналізація одиничних "негативних" вчинків є безглуздою, оскільки не має регулятивного значення, то оголошення кримінально-караними надмірно поширені діяння шкідливо саме з погляду досягнення тієї мети, яка стоїть перед кримінальним законом. Тому надмірне поширення діяння, навіть якщо воно являє собою суспільну небезпеку, є аргумент не за, а проти його криміналізації.

- Принцип пропорційності позитивних та негативних наслідків криміналізації. Суть його полягає в тому, що наскільки б не була небезпечна та чи інша поведінка, її криміналізація ніколи не може розглядатися як абсолютне благо, оскільки завжди являє собою жертвування одними інтересами суспільства заради інших більш значущих. Тому по своїй суті криміналізація будь-якого діяння повинна здійснюватися з позиції підходу до неї як до соціальної необхідності. Встановлення кримінальної караності діяння допустимо тільки і тільки тоді, коли ми переконані, що соціальні результати застосування кримінального права суттєво перевищать неминучі негативні наслідки криміналізації, такі як негативний вплив на особу засудженого, погіршення становища членів його сім'ї та ін.
- Принцип кримінально-політичної (кримінально-конституційної) адекватності криміналізації. Згідно з цим принципом кожна зміна кримінального закону має підлягати всебічному аналізу і попередній оцінці з точки зору конституційності та відповідності основним тенденціям суспільства.

2. Принципи, що визначені вимогами внутрішньої логічної несуперечності системи норм кримінального права, або внутрішньої несуперечності норм матеріально-процесуального права, або норм кримінального та інших галузей права (конституційного, цивільного та ін.), тобто системно-правові принципи криміналізації [8].

Оскільки тема нашої статті окреслена лише соціальною зумовленістю криміналізації банкрутства в Україні, розглянемо лише соціальні та соціально-психологічні принципи криміналізації суспільно-небезпечних діянь під час проведення процедур банкрутства.

Підставами криміналізації суспільно-небезпечного діяння завжди виступають процеси, що відбуваються в матеріальному та духовному житті суспільства, розвиток яких спричиняє об'єктивну необхідність кримінально-правової охорони тих чи інших цінностей.

В економічній літературі при визначенні місця банкрутства (неспроможності) підкреслюється, що ці процеси є невід'ємними супутниками будь-якого сучасного ринку, який використовує їх як інструмент перерозподілу капіталу та віддзеркалює об'єктивні процеси структурної перебудови економіки [9].

Норми про неспроможність (банкрутство) дають можливість вирішити одне з найскладніших в умовах ринку питань – про долю суб'єктів господарського обігу, які з тих чи інших причин не виконують своїх обов'язків перед контрагентами. Це питання і раніше і тепер вирішується досить неоднозначно.

Без існування конкурентного середовища, а також забезпечення рівноправності всіх учасників цивільно-правових відносин впровадження ринкових правових інструментів, одним з яких є неспроможність, просто неможливе. Процедура

визнання боржника неспроможним встановлюється для того, щоб не допустити задоволення претензій окремих кредиторів за рахунок інших, а також для захисту інтересів добросовісного боржника від розорення та недопущення ліквідації життєздатного підприємства [10].

Беручи до уваги, що саме зміни в економічному устрої нашої держави зумовили необхідність кримінально-правової охорони встановлених законодавством процедур банкрутства від суспільно-небезпечних посягань, можна стверджувати, що підставою криміналізації суспільно-небезпечних посягань на встановлені законом процедури банкрутства є об'єктивна необхідність кримінально-правової охорони цих відносин.

Зазначена криміналізація повинна здійснюватися з дотриманням основних принципів криміналізації, опрацьованих наукою кримінального права. Тільки за умови їх застосування до конкретних діянь у законодавця повинні виникати достатні підстави для введення нової норми в Кримінальний кодекс.

В основі матеріалістичного підходу до встановлення меж втручання права в суспільне життя лежить уявлення про те, що характер цього втручання визначається суспільною необхідністю і обмежується об'єктивною можливістю адекватного регулятивного впливу права на різні групи суспільних відносин. І лише те діяння може бути правомірно криміналізоване, суспільна небезпека якого (із точки зору кримінального права) є достатньо високою, тобто-чи характеризується ці посягання таким рівнем суспільної небезпечності, що є достатнім вважати їх злочинами.

Уточнюючи зміст суспільної небезпеки, Н.Д. Дурманов висунув низку важливих положень, що характеризують концепцію суспільної небезпеки. Так, говорячи про небезпеку діяння, необхідно припускати реальну, а не удавану небезпеку діяння для суспільства; при цьому мається на увазі небезпека не одиначного діяння, а визначеного виду діянь особи; небезпека діяння поширюється на всі верстви суспільства та становить загрозу суспільним відносинам [11].

Головною ціллю суб'єктів господарської діяльності за умов ринкової економіки було і надалі залишається створення та збільшення своєї власності. Тому правомірно припустити, що інститут банкрутства як необхідний та обов'язковий елемент ринкової економіки також зумовлений цими потребами. У зв'язку з тим, що інтереси неспроможного боржника й кредитора в процесі банкрутства побудовані на взаємозаперечуваних потребах кредитора отримати належне, а боржника – зберегти свою власність, загроза знищення одного з учасників ринкових відносин невідворотно веде до виникнення конфліктної ситуації. За таких умов постає реальна можливість для проявів конфліктної поведінки, яка об'єктивно полягає в протилежно направлених діях учасників конфлікту [12].

Свідченням високої суспільної небезпеки протиправних діянь під час провадження процедури банкрутства є їхня об'єктивна здатність в умовах найбільших суперечливих інтересів (що притаманні відносинам неспроможності) ще більше поглибити виникаючі негативні соціально-економічні процеси, перешкодити або взагалі зробити неможливою економічну стабілізацію суспільства. Про ступінь і межі дії цього конфлікту, швидкості його поширення і про його наслідки можна зробити висновки на підставі зарубіжних країн із розвинутою ринковою економікою, який свідчить, що розорення навіть одного окремо взятого суб'єкта господарської діяльності може викликати негативні наслідки не тільки для нього та його кредиторів, але й для суспільства в цілому. А в умовах економічної

нестабільності такі процеси можуть посилити соціальну напругу, виникнення відкритих соціальних, політичних та етнічних конфліктів.

Аналіз принципу суспільної безпеки "кримінального" банкрутства дає підстави зробити наступні висновки:

Встановлені законом відносини банкрутства, як невід'ємна частина регульованих ринкових відносин в Україні, становлять суспільні правовідносини, рівень соціальної цінності яких є достатнім для їх кримінально-правової охорони.

Кримінальне право встановлює форму реакції суспільства на суспільно небезпечні вчинки індивідів, які є проявом загальних тенденцій та закономірностей, інакше кажучи – явища не випадкові. Статистика свідчить, що арбітражними судами України в 1993 р. було розглянуто 38 справ про банкрутство підприємств, у 1994 р. – 194 справи, в 1995 р. було надіслано до арбітражних судів близько 2000 заяв, в 1996 порушено 2800 справ, у 1997 кількість таких справ досягла 6700 [13]. У цій величезній справі проведення процедур банкрутства, як свідчить аналіз публікацій в пресі, є чимало недоліків і порушень діючого законодавства, в тому числі неправомірних дій, які направлені на виведення активів боржника з-під його юрисдикції, приховувань, фальсифікації та знищення бухгалтерських, фінансових та інших документів, порушень порядку проведення продажу майна та ін. Порушення законів під час проведення процедур банкрутства вчиняються не тільки особами, що беруть участь в справах про банкрутство – боржником, кредитором, арбітражними керуючими, але й службовими особами державних органів – працівниками судів, інших правоохоронних органів.

Однак динаміка зареєстрованих злочинів, передбачених ст.218-221 чинного Кримінального кодексу України, свідчить про те, що норми про відповідальність за фіктивне банкрутство, доведення до банкрутства, приховування стійкої фінансової неспроможності, незаконні дії у разі банкрутства практично не знайшли широкого застосування на практиці. Нечисленність порушених кримінальних справ по статтях фіктивне банкрутство, доведення до банкрутства, приховування стійкої фінансової неспроможності, незаконні дії у разі банкрутства свідчить, на наш погляд про латентність цих злочинів та про серйозні недоліки в юридичних конструкціях, що перешкоджають у застосуванні цих статей на практиці.

Криміналізація суспільно-небезпечних діянь під час або у стані банкрутства повинна застосовуватися винятково у випадках, коли застосування інших юридичних заходів не може досягти необхідних результатів. Тому вбачається обґрунтованою пропозиція точно окреслити в нормах Кримінального кодексу України коло діянь, за вчинення яких настає кримінальна відповідальність.

Разом з тим, оскільки суспільно небезпечні діяння під час або в стані банкрутства можуть спричинити погіршення соціально-економічного становища держави в цілому і окремих юридичних осіб та окремих громадян, ми вважаємо, що позитивні соціальні результати криміналізації цих діянь значно перевищують її негативні наслідки, розглянуті вище, отже, їх криміналізація відповідає принципу пропорційності позитивних та негативних наслідків криміналізації.

Криміналізація діянь повинна відповідати основним тенденціям соціальної політики суспільства, стану та рівню громадської свідомості та громадської думки. Через банкрутства трастів, компаній, банків у скрутному матеріальному становищі опинилися найбільш незахищені верстви населення, які потребують соціального

захисту у зв'язку з низьким рівнем матеріальної забезпеченості, безробіттям, непрацездатністю тощо. Обурення викликає стрімке збагачення окремих осіб, що досягається за рахунок збанкрутілих установ та організацій. Слід погодитися з твердженням, що криміналізація суспільно небезпечних діянь під час або за умови банкрутства відповідає суспільній свідомості, стану громадської думки та соціальній політиці української держави.

На підставі розглянутих принципів криміналізації законодавчий орган створює нову кримінально-правову норму, або, навпаки, її скасовує. Водночас розробляються попередні моделі нової норми. Під час створення цих моделей вирішується коло запитань, що стосуються обсягу та змісту диспозиції нової норми, її санкції, співвідношенню до діючого законодавства – кримінального, кримінально – процесуального, виправно-трудоного та ін. У постановці та вирішенні всіх цих питань є і загально-правові аспекти, специфічні для кримінального права. До загальних відносять, наприклад, співвідношення між абстрактністю формулювань статей закону і їх конкретністю, казуїстичністю, між імперативністю та диспозитивністю у виборі санкцій.

Багато суперечностей зрештою є відображення соціальних, економічних, психологічних протиріч суспільства. Здавалосьь суто юридичними є суперечності між абстрактною та казуїстичною диспозицією. А проте в їхній природі лежать не тільки логічні закономірності, але й суперечності суспільної свідомості професійної та масової, теоретичної та повсякденної. Абстрактна диспозиція зручніша для застосування органами слідства та суду, проте вона не завжди є зрозумілою як громадянам, так і органам, які її мають застосовувати. Превентивне значення її є значно слабшим, ніж диспозиції, в якій усі ознаки складу злочину описані конкретно, наочно та є очевидними. Тому не випадково, за загальним правилом, нові кримінально-правові норми з'являються в казуїстичній формі і тільки з часом можуть набувати узагальненого вигляду. На жаль, український законодавець не врахував це загальне правило та не скористався досвідом розвинутих європейських країн, таких як Англія та ФРН, законодавство яких чітко регламентує коло банкрутських діянь, за вчинення яких настає кримінальна відповідальність.

На підставі вищевикладеного ми дійшли до певних висновків:

- 1) Набувши юридичного оформлення і статусу соціально-економічного явища, банкрутство (неспроможність) не стало окремою частиною економічного механізму української держави, на яку не поширюються впливи загальних економічних закономірностей. Первинність економічних процесів неспроможності (банкрутства), які внаслідок притаманних їм ознак (передусім мається на увазі наявність у змісті цих відносин конфлікт інтересів їхніх носіїв) свідчить про їхню високу суспільну небезпеку для держави та зумовлюють потребу в їх кримінально-правовій охороні. При цьому ефективність регулятивного впливу права багато в чому залежить від адекватності відображення в ньому відносин, що регулюються або охороняються, а також від точного встановлення властивостей об'єкта впливу при побудові юридичних конструкцій. По суті, дії, що описані в нормах права про неспроможність (банкрутство), можна назвати складовими елементами механізму економічної діяльності в цілому.
- 2) На сучасному розвитку нашої держави слід констатувати об'єктивну необхідність кримінально-правової охорони відносин банкрутства

(неспроможності), тобто наявність підстав для криміналізації суспільно-небезпечних посягань на ці правовідносини.

- 3) Відсутність судової практики за злочинами, передбаченими ст.218 "Фіктивне банкрутство", ст.219 "Доведення до банкрутства", ст.220 "Приховування стійкої фінансової неспроможності" та ст. 221 "Незаконні дії у разі банкрутства" свідчить про серйозні недоліки в конструкції цих норм та про перспективи наукового дослідження цієї теми.

-
1. Похмелкин А.В., Похмелкин В.В. Идеология и уголовная политика. М., 1992. С.106-107.
 2. Михалев И.Ю. Криминальное банкротство. – СПб., 2001. С.20.
 3. Трайнин А.Н. Несостоятельность и банкротство. – С.П.Б., 1913.-С.27.
 4. Михалев И.Ю. Криминальное банкротство. – СПб., 2001. – С.6.
 5. Фефелов П.А. Критерии установления уголовной наказуемости деяний. – Сов. государство и право. – 1970. – №11. – С.101-103.
 6. Гальперин И.М. Уголовная политика и уголовное законодательство. – //Основные направления борьбы с преступностью. – М.: Юрид.лит., 1975. – С.58.
 7. Основания уголовно-правового запрета. Криминализация и декриминализация / Под. ред. Кудрявцева В.Н. – М., 1982. – С.198-224.
 8. Стратегия и тактика антикризисного управления фирмой / Под ред. А.П.Градова, Б.Н.Кузина. – СПб., 1996. – С.13.
 9. Институт банкротства в праве США: Научно-аналитический обзор // Государство и право: Реф. Журн. РФ. – 1995. – №2. – Сер.4. – С.93.
 10. Дурманов Н.Д. Понятие преступления. – М., 1948р. – С.102.
 11. Никифоров В.С., Решетников Ф.М. Современное американское уголовное право. – М.: Наука, 1990. – С.150.
 12. Нельзя судиться на голодный желудок // Бизнес.-1998. – №5 (264) – С.11.

SOCIAL CONDITIONALITY OF CRIMINALIZATION OF SOCIO-DANGEROUS DEEDS IN THE SPHERE OF BANKRUPTCY RELATIONS IN UKRAINE

V. Hordiyenko

*Ivan Franko National University of Lviv,
Universytetska Str., 1, UA-79000 Lviv, Ukraine*

The article deals with the nature of bankruptcy under the market economy conditions. The features of bankruptcy nature (the conflict of interests in bankruptcy relations is implied first of all) indicate high social danger of this institute for the State and determine the necessity of its criminal legal protection.

Key word: society, bankruptcy, conflict, criminal legal protection.

Стаття надійшла до редколегії 3.02.2003

Підписана до друку 30.10.2003

ДОВІЧНЕ ПОЗБАВЛЕННЯ ВОЛІ ЯК ВИД ПОКАРАННЯ ЗА КРИМІНАЛЬНИМ ПРАВОМ УКРАЇНИ

Б. Кириś

*Львівський національний університет імені Івана Франка,
вул. Університетська, 1, 79000 Львів, Україна*

У статті розглянуто поняття довічного позбавлення волі, з'ясовуються підстави і умови його встановлення та застосування, визначаються й аналізуються ознаки, що характеризують це покарання як найбільш суворе з передбачених чинним КК України. Сформульовані пропозиції щодо вдосконалення ст.64 КК, присвячені даному виду покарання.

Ключові слова: кримінальне право України, покарання, довічне позбавлення волі.

Значною перешкодою на шляху становлення України як демократичної, соціальної, правової держави є злочинність. Криміногенна ситуація в державі, вказується у Постанові Верховної Ради України від 23 березня 2000р. "Про дотримання правоохоронними органами України конституційних гарантій законності в забезпеченні прав і свобод людини", "за рівнем, змістом та негативними наслідками є складною, напруженою, загрожує національній безпеці України, гарантованим Конституцією України правам людини на життя, здоров'я, власність" [1. – 2000. – №24. – Ст.193].

Важливу роль у боротьбі із злочинністю відіграє покарання, зокрема і найсуворіший його вид – довічне позбавлення волі. Однак стан дослідження у літературі цього покарання не можна визнати задовільним. Ґрунтовних робіт, спеціально присвячених довічному позбавленню волі, немає. У наявній ж літературі – підручниках і коментарях до КК – воно розглядається фрагментарно і у загальних рисах, без необхідної глибини і повноти, що, зрозуміло, не може сприяти правильному його застосуванню. З огляду на це до питань, що потребують першочергового з'ясування, належать, зокрема, такі: формулювання самого поняття довічного позбавлення волі; розкриття змісту підстав та умов його встановлення і застосування; виявлення й аналіз ознак, що визначають дане покарання як найсуворіше з передбачених чинним КК; вироблення пропозицій щодо вдосконалення ст.64 КК, присвячених цьому виду покарання. Розв'язання зазначених проблем, як видається, сприятиме правильному і ефективному використанню довічного позбавлення волі та підвищенню якості законодавчої регламентації питань, пов'язаних з його встановленням і застосуванням.

Довічне позбавлення волі було запроваджене у вітчизняну систему покарань Законом України від 22 лютого 2000р. "Про внесення змін до Кримінального, Кримінально-процесуального та Виправно-трудового кодексів України" [1. – 2000. – №17. – Ст.123] як свого роду заміник смертної кари, скасованої в силу ст.152 Конституції України 29 грудня 1999р. у зв'язку з ухваленням цього дня Конституційним Судом України рішення про неконституційність положень КК

України 1960р., що передбачали смертну кару [2, 2000, №1, 16-21]¹. Цим Законом КК України 1960р. був доповнений ст.25², у якій вказувалось, що довічне позбавлення волі встановлюється за вчинення особливо тяжкого злочину і застосовується у випадках, спеціально передбачених КК, якщо суд не вважатиме за можливе призначити позбавлення волі на певний строк. Покарання у виді довічного позбавлення волі не застосовувалося до осіб, які вчинили злочин у віці до 18 років, до осіб у віці понад 65 років, а також до жінок, що були у стані вагітності під час вчинення злочину або на момент винесення вироку.

КК України 1960р. встановлював довічне позбавлення волі за 5 загально-кримінальних злочинів, пов'язаних, як правило, з умисним посяганням на життя особи, і за 18 військових злочинів, вчинюваних у воєнний час або у бойовій обстановці, чи зв'язаних з умисним вбивством. До них належали: посягання на життя державного діяча (ст.58); посягання на життя представника іноземної держави (ст.59); диверсія (ст.60); умисне вбивство при обтяжуючих обставинах (ст.93); посягання на життя судді, працівника правоохоронного органу у зв'язку з виконанням ними службових обов'язків, а також члена громадського формування з охорони громадського порядку або військовослужбовця у зв'язку з діяльністю, пов'язаною з охороною громадського порядку (ст.190¹); непокора, вчинена у воєнний час або в бойовій обстановці (п."в" ст.232); опір начальникові, а також іншій особі, що виконує покладені на неї обов'язки по військовій службі, або примушення їх до порушення цих обов'язків, вчинені групою осіб або з застосуванням зброї, або коли вони спричинили тяжкі наслідки, якщо вони зв'язані з умисним вбивством начальника або іншої особи, що виконує обов'язки по військовій службі, або коли вони були вчинені у воєнний час чи у бойовій обстановці (п."в" ст.234); насильницькі дії щодо начальника, вчинені у воєнний час або у бойовій обстановці, якщо вони

¹ У деяких публікаціях вказується, що смертна кара була скасована як вид покарання "Законом від 22 лютого 2000р." [3, 105; 4, 288; 5, 126]. Інші автори пишуть, що смертна кара була скасована Законом України від 22 лютого 2000р. "Про заміну смертної кари довічним позбавленням волі" [6, 313]. Ці твердження, як видається, не відповідають дійсності. І річ тут ось у чому. Рішенням Конституційного Суду України від 29 грудня 1999р. у справі за конституційним поданням 51 народного депутата України щодо відповідності Конституції України (конституційності) положень статей 24, 58, 59, 60, 93, 190¹ Кримінального кодексу України в частині, що передбачає смертну кару як вид покарання (справа про смертну кару), положення КК України 1960р., які передбачали смертну кару як вид покарання, було визнано такими, що не відповідають Конституції України (неконституційними). З дня ухвалення даного рішення вказані положення КК в силу ч. 2 ст. 152 Конституції втратили чинність (стали скасованими). У зв'язку з цим з 29 грудня 1999р. найсуворішим видом покарання за КК України 1960р. стало позбавлення волі на певний строк. Що ж стосується Закону України від 22 лютого 2000р. "Про внесення змін до Кримінального, Кримінально-процесуального та Виправно-трудоного кодексів України", то він не скасовував смертну кару і не замінював її довічним позбавленням волі, оскільки з дня постановлення Конституційним Судом України вказаного вище рішення КК такого виду покарання як смертна кара вже не передбачав. Даний Закон лише вилучив (забрав) з тексту КК уже нечинні (такі, що втратили юридичну силу) з 29 грудня 1999р. положення щодо смертної кари, запровадивши при цьому (але не замість смертної кари, бо вона вже була скасована) покарання у виді довічного позбавлення волі. Закону ж з назвою "Про заміну смертної кари довічним позбавленням волі", що згадується у зазначеному вище підручнику, Верховна Рада України взагалі ніколи не ухвалювала, у тому числі і 22 лютого 2000р.

спричинили тяжкі наслідки (п."б" ст.236); дезертирство, вчинене у воєнний час (п."б" і п."г" ст.241); самовільне залишення частини в бойовій обстановці (ст.242); ухилення від військової служби шляхом членоушкодження або іншим способом, вчинене у воєнний час або в бойовій обстановці (п."б" ст.243); умисне знищення або пошкодження військового майна, що спричинило тяжкі наслідки, вчинене у воєнний час або в бойовій обстановці (п."в" ст.245); порушення статутних правил караульної служби, що спричинило шкідливі наслідки, для запобігання яких призначено даний караул (вахту), вчинене у воєнний час або в бойовій обстановці (п."є" ст.249); порушення правил несення бойового дежурства, вчинене у воєнний час (п."г" ст.251); зловживання військової посадової особи владою чи посадовим становищем, вчинене у воєнний час або в бойовій обстановці (п."в" ст.254); перевищення військовою посадовою особою влади чи посадових повноважень, вчинене у воєнний час чи в бойовій обстановці (п."г" ст.254²); бездіяльність військової влади, вчинена у воєнний час або в бойовій обстановці (п."в" ст.254³); здача або залишення ворогові засобів ведення війни (ст.255); залишення гинучого військового корабля, вчинене у воєнний час або в бойовій обстановці (п."б" ст.256); самовільне залишення поля бою або відмова діяти зброєю (ст.257); добровільна здача в полон (ст.258); мародерство (ст.260); насильство над населенням у районі воєнних дій (ст.261). Слід відзначити, що в усіх названих вище кримінально-правових нормах довічне позбавлення волі передбачалось як альтернативне покарання з позбавленням волі на певний строк.

Передбачає покарання у виді довічного позбавлення волі і КК України 2001р. У ч.1 ст.64 даного КК вказано, що "довічне позбавлення волі встановлюється за вчинення особливо тяжких злочинів і застосовується лише у випадках, спеціально передбачених цим Кодексом, якщо суд не вважає за можливе застосовувати позбавлення волі на певний строк".

КК не дає поняття довічного позбавлення волі. Враховуючи ж зміст ст.50, 63, 64 і тих статей Особливої частини КК, котрі передбачають це покарання, можна сказати, що воно є заходом примусу, який застосовується від імені держави за вироком суду до особи, визнаної винною у вчиненні умисного особливо тяжкого злочину, і полягає у безстроковій (до кінця життя, пожиттєвій) ізоляції засудженого від суспільства шляхом тримання його у спеціально призначених для цього кримінально-виконавчих установах.

Необхідно, однак, зазначити, що хоча досліджуваний вид покарання і називається довічним позбавленням волі, це зовсім не означає, що засуджена до нього особа в усіх без винятку випадках повинна його відбувати до кінця свого життя. Інакше кажучи, довічний характер даного покарання не є абсолютним, оскільки у передбачених законом випадках можлива його заміна іншим видом покарання. Так, ч.2 ст.87 КК встановлює, що актом помилування може бути здійснена заміна засудженому призначеного судом покарання у виді довічного позбавлення волі на позбавлення волі строком не менш як 25 років. Можлива заміна довічного позбавлення волі іншим видом покарання і судом. Так, ч.5 ст.80 КК встановлює, що якщо суд не визнає за можливе застосувати до особи, засудженої до довічного позбавлення волі, давність виконання обвинувального вироку, то це покарання замінюється позбавленням волі на певний строк. Замінюється судом довічне позбавлення волі іншим видом покарання і тоді, коли санкція статті, за якою була засуджена особа, уже не передбачає такого покарання (ч.3 ст.74 КК). З огляду на наведене слід визнати не зовсім точним висловлене у літературі твердження, що до

засуджених до довічного позбавлення волі не застосовується заміна цього покарання "судом на будь-яке інше" [7, с.290].

Довічне позбавлення волі – це фактично і юридично найбільш суворий вид покарання з передбачених чинним КК. Фактично найсуворіший характер довічного позбавлення волі визначається істотністю і тривалістю позбавлень та обмежень прав і свобод особи, засудженої до цього покарання. На те, що довічне позбавлення волі є і юридично найбільш суворим видом покарання, вказує його місце у встановленій ст.51 КК системі покарань, де, як відомо, окремі види покарань розташовані від найменш суворого до найбільш суворого. Замикає ж цю систему, тобто визнається найбільш суворим видом покарання, саме довічне позбавлення волі.

Найсудовіший характер покарання у виді довічного позбавлення волі позначається на порядку і умовах його встановлення, застосування (призначення) та відбування.

1. Воно встановлюється лише за вчинення особливо тяжких злочинів (ч.1 ст.64 КК). У ч.5 ст.12 КК прямо зазначено, що злочин, за який передбачене покарання у виді довічного позбавлення волі, є особливо тяжким.

Враховуючи ж, що, з одного боку, фактично довічне позбавлення волі визначене за скоєння не усіх особливо тяжких злочинів, а тільки за деякі їх умисні види, а, з іншого – передбачення його за необережні делікти, як видається, недопустиме, варто безпосередньо у ч.1 ст.64 КК вказати, що це покарання встановлюється за вчинення лише умисних особливо тяжких злочинів.

2. Це покарання застосовується тільки у випадках, спеціально передбачених КК (ч.1 ст.64), тобто лише тоді, коли воно встановлене у санкції статті, за якою засуджується особа (лише за вчинення злочинів, за які визначене покарання у виді довічного позбавлення волі), і за жодних умов не може бути призначене у будь-якому іншому разі. Інші ж види основних покарань, як відомо, можуть застосовуватись і тоді, коли їх прямо не передбачає санкція відповідної статті (наприклад, при призначенні покарання у порядку ст.69 КК чи у випадку його заміни відповідно до ч.4 ст.53, ч.3 ст.57, ч.1 ст.58, ч.1 ст.62 КК).

На сьогодні довічне позбавлення волі передбачене за вчинення таких 11 видів злочинів: посягання на життя державного чи громадського діяча (ст.112); умисне вбивство при обтяжуючих обставинах (ч.2 ст.115); терористичний акт, що призвів до загибелі людини (ч.3 ст.258); посягання на життя працівника правоохоронного органу, члена громадського формування з охорони громадського порядку і державного кордону або військовослужбовця (ст.348); посягання на життя судді, народного засідателя чи присяжного у зв'язку з їх діяльністю, пов'язаною із здійсненням правосуддя (ст.379); посягання на життя захисника чи представника особи у зв'язку з діяльністю, пов'язаною з наданням правової допомоги (ст.400); опір начальникові чи іншій особі, яка виконує покладені на неї обов'язки з військової служби, або примушування їх до порушення цих обов'язків, якщо вони були пов'язані з умисним вбивством начальника або іншої особи, яка виконує обов'язки з військової служби (ч.4 ст.404); порушення законів та звичаїв війни, поєднане з умисним вбивством (ч.2 ст.438); застосування зброї масового знищення, якщо воно спричинило загибель людей або інші тяжкі наслідки (ч.2 ст.439); геноцид (ч.1 ст.442); посягання на представника іноземної держави (ст.443).

Не важко помітити, що порівняно з попереднім чинний КК більш як наполовину зменшив кількість видів злочинів, за які встановлене довічне позбавлення волі, обмеживши їх коло лише діяннями, пов'язаними з умисним посяганням на життя особи або спрямованими проти миру та безпеки людства.

Як уже зазначалось, у ч.1 ст.64 КК коло випадків, у яких допускається застосування довічного позбавлення волі, визначено словами "у випадках, спеціально передбачених цим Кодексом". Не важко, проте, зауважити, що це визначення потребує уточнення, оскільки воно не вказує з необхідною конкретністю (ясністю), у яких саме випадках може застосовуватись дане покарання. Між тим довічне позбавлення волі застосовується не просто (не взагалі) у випадках, спеціально передбачених КК, а лише у разі, якщо його передбачає санкція статті (частини статті) Особливої частини КК, за якою засуджується особа. З огляду на викладене у ч.1 ст.64 КК слова "спеціально передбачених цим Кодексом" доцільно замінити словами "коли воно передбачене у санкції відповідної статті (частини статті) Особливої частини цього Кодексу".

3. В усіх санкціях, які встановлюють довічне позбавлення волі, воно передбачене в альтернативі з позбавленням волі на певний строк, причому останній вид покарання завжди вказаний перед довічним позбавленням волі. Така їх конструкція означає, що закон розглядає як типове (звичне) покарання за відповідні злочини саме позбавлення волі на певний строк, вважаючи довічне позбавлення волі крайнім (винятковим) заходом впливу на винного. Це, своєю чергою, зобов'язує суд у кожному випадку призначення покарання за вчинення такого злочину спочатку вирішити питання про можливість застосування до засудженого позбавлення волі на певний строк.

4. Відповідно до ч.1 ст.64 КК, довічне позбавлення волі призначається лише у випадках, якщо "суд не вважає за можливе застосувати позбавлення волі на певний строк". При цьому не має значення, яку роль виконувала особа у вчиненні злочину – виконавця (співвиконавця), організатора, підбурювача, пособника, і був він закінченим чи мало місце тільки готування до нього чи замах на його вчинення. Рішення про призначення довічного позбавлення волі, а у зв'язку з цим і висновок про неможливість застосування покарання у виді позбавлення волі на певний строк у кожному окремому випадку повинні бути належно мотивовані у вирoku.

Довічне позбавлення волі може призначатись як самостійно, так і у поєднанні з додатковими покараннями.

Що, однак, означають слова закону, що довічне позбавлення волі призначається тільки тоді, коли суд не вважає за можливе застосувати позбавлення волі на певний строк?

Прямої і безпосередньої відповіді на це запитання КК не дає. За такої умови наведений текст ч.1 ст.64 КК, якщо його сприймати буквально, дає ґрунт для висновку, що рішення про застосування чи незастосування довічного позбавлення волі цілковито залежить від угляду суду (є суто суб'єктивним), оскільки жодних конкретних підстав для його прийняття ця кримінально-правова норма не називає.

Відповідаючи на поставлене запитання, треба мати на увазі наступне. У ч.2 ст.65 КК вказано, що "особі, яка вчинила злочин, має бути призначене покарання, необхідне й достатнє для її виправлення та попередження нових злочинів". З цього, зокрема, випливає, що при альтернативній санкції суд, враховуючи ступінь тяжкості

вчиненого злочину, особу винного та обставини, що пом'якшують і обтяжують покарання, спочатку повинен з'ясувати, чи може у даному випадку виправлення винного та попередження нових злочинів, тобто мета покарання бути досягнута застосуванням найменш суворого з передбачених нею покарань, і у разі позитивного висновку з приводу цього обрати його засудженому. І лише якщо менш суворий вид покарання не зможе забезпечити досягнення цієї мети, призначається більш суворе покарання із числа передбачених за вчинений злочин.

Викладене повною мірою стосується і умов застосування довічного позбавлення волі. Це означає, що оскільки в усіх санкціях, які встановлюють довічне позбавлення волі, дане покарання передбачене в альтернативі з позбавленням волі на певний строк, воно має призначатись тільки тоді, коли мета покарання не може бути досягнута застосуванням позбавлення волі на певний строк. Саме так і слід розуміти слова ч.1 ст.64 КК, що довічне позбавлення волі призначається лише у випадках, якщо суд не вважає за можливе застосувати позбавлення волі на певний строк. Однак з огляду на те, що у цій кримінально-правовій нормі положення про те, що довічне позбавлення волі призначається тільки тоді, коли мета покарання не може бути досягнута застосуванням позбавлення волі на певний строк, текстуально викладено явно невдало, у ній слова "суд не вважає за можливе застосувати" варто замінити словами "мета покарання не може бути досягнута застосуванням".

Аналіз судової практики дає підставу зробити висновок, що обставиною, яка зумовлює призначення довічного позбавлення волі і водночас вказує на неможливість досягнення мети покарання шляхом застосування покарання у виді позбавлення волі на певний строк, є винятково (вкрай) високий ступінь суспільної небезпеки вчиненого злочину і особи злочинця. Вона визначається сукупністю усіх зібраних у справі даних, що стосуються вчиненого злочину, особи винного і обставин, що пом'якшують та обтяжують покарання. На таку небезпеку можуть, зокрема, вказувати: множинність (сукупність, повторність, рецидив) вчинених особою злочинів; наявність у вчиненому діянні декількох з альтернативно передбачених диспозицією ознак відповідного складу злочину; наявність обставин, що обтяжують покарання, і відсутність обставин, що його пом'якшують; вкрай негативна характеристика особи злочинця.

За даними судової статистики, у 2000р. довічне позбавлення волі було застосоване до 94 осіб (0,04% від загальної кількості засуджених), у 2001р. – до 138 осіб (0,1% від загальної кількості засуджених) [8]. Довічне позбавлення волі відбуває сьогодні в Україні 751 засуджений [9].

5. Коло осіб, яким може призначатися довічне позбавлення волі, обмежене. Відповідно до ч.2 ст.64 КК, це покарання не застосовується:

а) до осіб, що вчинили злочини у віці до 18 років. Цим особам довічне позбавлення волі не може бути призначене, навіть якщо на момент постановлення вироку вони досягли повноліття;

б) до осіб, що вчинили злочини у віці понад 65 років. Якщо ж особа вчинила злочин до досягнення нею 65 років, вона підлягає довічному позбавленню волі і тоді, коли на момент постановлення вироку їй було понад 65 років;

в) до жінок, що були у стані вагітності під час вчинення злочину або на момент постановлення вироку. При цьому строк вагітності значення не має.

Чим керувався законодавець, забороняючи застосування довічного позбавлення волі до названих осіб?

П.С. Матишевський пише, що принципом гуманізму [10, с.261]. Але якщо не забувати, що гуманізм – це ставлення до людини як до найвищої цінності, людинолюбство, то така відповідь навряд чи може бути визнана задовільною. По-перше, якщо враховувати, що мова йде про довічне позбавлення особи волі, то посиленням на гуманізм можна виправдати (мотивувати) заборону застосування даного покарання взагалі, а не лише до осіб, зазначених у ч.2 ст.64 КК. По-друге, якщо вважати, що незастосування до цих осіб довічного позбавлення волі дійсно є проявом гуманізму до них, то тоді необхідно буде визнати, що до всіх інших осіб, які вчинили такі ж самі злочини як і вони, закон ставиться не гуманно. І тоді дивний якийсь виходить гуманізм.

І справді, чому, скажімо, особа, що за місяць до досягнення нею 18 років вчинила декілька злочинів, за кожний з яких передбачене довічне позбавлення волі, користується імунітетом від цього покарання, а до особи, що вчинила лише один такий злочин, але на наступний день після досягнення нею повноліття, воно застосовується? Або чим, наприклад, особа, що вчинила заздалегідь запланований злочин, за який встановлене довічне позбавлення волі, на наступний день після досягнення нею 65 років саме з метою уникнення цього покарання, "краща" за особу, що вчинила такий самий злочин за день до досягнення нею 65 років, оскільки до першої з них дане покарання застосоване бути не може, а друга йому підлягає? Чому, врешті, жінка, що не була у стані вагітності ні під час вчинення відповідного злочину, ні на момент постановлення вироку, підлягає довічному позбавленню волі, а до жінки, яка винятково з метою уникнення даного покарання завагітніла перед вчиненням такого злочину або постановленням вироку, а після скоєння злочину чи ухвалення вироку зробила аборт, воно застосовуватися не може?

Обмеження кола осіб, які підлягають тому чи іншому видові покарання, може бути визнане виправданим лише тоді, коли для цього є необхідні підстави. Так, не викликає сумніву, скажімо, обґрунтованість заборони застосування громадських і виправних робіт до інвалідів чи до громадян, які досягли пенсійного віку, оскільки характер цих покарань передбачає працездатність засуджених до них осіб. Заборона ж застосування довічного позбавлення волі до зазначених у ч.2 ст.64 КК осіб, як видається, жодних підстав під собою не має. Самі по собі досягнення чи недосягнення певного віку або стан вагітності такою підставою вважатися не можуть. Тому заборона застосування довічного позбавлення волі до вказаних у ч.2 ст.64 КК осіб є не лише порушенням принципу рівності громадян перед законом, але й свого роду індульгенцією цим особам на вчинення особливо тяжких злочинів.

З огляду на викладене було б правильно із ст.64 КК її другу частину виключити. Натомість доцільно передбачити можливість умовно-дострокового звільнення від відбування покарання осіб, засуджених до довічного позбавлення волі. Таке звільнення могло б застосовуватись, якщо засуджений відбув відповідний строк покарання (скажімо, не менш як 25 років) і довів, що уже не становить небезпеки для суспільства. І тоді особа звільнялася б від довічного позбавлення волі не за сам факт досягнення чи недосягнення нею певного віку або наявності у неї вагітності, тобто не з огляду на наперед встановлений для неї законом привілей, а саме тому, що вона заслужила це звільнення своєю поведінкою під час відбування покарання. І це буде і гуманно, і справедливо. До речі, за даної умови КК повністю відповідав би

положенню п."а" ст.37 Конвенції про права дитини від 20 листопада 1989р.¹ стосовно того, що довічне тюремне ув'язнення може призначатися за злочини, вчинені особами, молодшими 18 років, лише тоді, коли буде передбачена можливість звільнення їх від цього покарання.

6. У разі призначення хоча б за один із вчинених особою злочинів довічного позбавлення волі, остаточне покарання за сукупністю злочинів та вироків визначається шляхом поглинення усіх будь-яких менш суворих основних покарань довічним позбавленням волі (ч.2 ст.70, ч.2 ст.71 КК).

7. Сам по собі вплив передбаченого ст.49 КК п'ятнадцятирічного строку давності притягнення до кримінальної відповідальності особи, що вчинила злочин, за який може бути призначено довічне позбавлення волі, як і встановленого ст.80 КК п'ятнадцятирічного строку давності виконання обвинувального вироку, котрим особа була засуджена до довічного позбавлення волі, не тягне за собою звільнення її відповідно від кримінальної відповідальності чи від відбування цього покарання. Питання про застосування обох видів давності до такої особи вирішується судом. Якщо суд не визнає за можливе застосувати давність, довічне позбавлення волі замінюється позбавленням волі на певний строк. У випадку ж вчинення злочинів, передбачених ч.2 ст.438, ч.2 ст.439 і ч.1 ст.442 КК, ні давність притягнення до кримінальної відповідальності, ні давність виконання обвинувального вироку аж до призначення і відбування довічного позбавлення волі взагалі не застосовується (ч.5 ст.49, ч.6 ст.80 КК).

8. До осіб, засуджених до довічного позбавлення волі, не застосовується звільнення від відбування покарання з випробуванням (ст.75 КК), а до тих з них, які відбувають це покарання, і умовно-дострокове звільнення від відбування покарання (ст.81 КК) та заміна невідбутої частини покарання більш м'яким (ст.82 КК).

Щоправда, на відміну від викладеної вище позиції, у літературі вказується, що умовно-достроковому звільненню від відбування покарання не підлягають особи, з а с у д ж е н і до довічного позбавлення волі [12, 159; 7, 290]. Це твердження є не зовсім точним. Згідно з ст.81 КК, можливість умовно-дострокового звільнення від відбування покарання залежить не від покарання, до якого особа була засуджена, а від покарання, яке вона відбуває. Причому порівняно з КК 1960р., який не допускав умовно-дострокового звільнення від відбування покарання деякої категорії засуджених, у тому числі й осіб, котрим довічне позбавлення волі було замінено позбавленням волі на певний строк (ст.52¹), чинний КК жодних обмежень з цього приводу не містить. Тому, якщо особі, засудженій до довічного позбавлення волі, це покарання з передбачених законом підстав було замінено позбавленням волі на певний строк (ч.3 ст.74, ч.5 ст.80, ч.3 ст.86, ч.2 ст.87 КК), то за наявності вказаних у ст.81 КК умов до неї може застосовуватись умовно-дострокове звільнення від відбування покарання. Отже, умовно-дострокове звільнення від відбування покарання не застосовується до осіб, які відбувають довічне позбавлення волі, а не до осіб, засуджених до цього виду покарання.

9. Місцем відбування довічного позбавлення волі є тюрма з суворим режимом (ст.17, 29 ВТК) – найсуворіший з передбачених чинним законодавством вид

¹ Конвенція ратифікована Постановою Верховної Ради УРСР від 27 лютого 1991р. [11. – 1991. – №13. – Ст. 145].

кримінально-виконавчої установи. Втеча з місця позбавлення волі, вчинена особою, яка відбуває це покарання, карається за ст.393 КК.

10. До осіб, засуджених до довічного позбавлення волі, застосування амністії не допускається. Про це прямо зазначено у п."б" ч.1 ст.3 Закону України від 1 жовтня 1996р. із змінами від 19 грудня 1996р., 18 травня 2000р. "Про застосування амністії в Україні" [1. – 1996. – №48. – Ст.263; 1997. – №9. – Ст.69; 2000ю – №35. – Ст.281].

Правда, деякі автори, посилаючись на ст.85 і ч.3 ст.86 КК, пишуть, що "законом про амністію засудженим до довічного позбавлення волі це покарання може бути замінене на позбавлення волі на певний строк" [12, с.159]. Це твердження потребує уточнення. Дійсно, у ст.85 і ч.3 ст.86 КК вказано, що законом про амністію призначене засудженому покарання може бути замінене іншим видом покарання. Але кожний закон про амністію повинен відповідати вимогам базового з цього питання нормативно-правового акта – Закону України від 1 жовтня 1996р. "Про застосування амністії в Україні". Останній же встановлює, що, по-перше, закон про амністію взагалі не може передбачати заміну одного покарання іншим (ч.2 ст.2) і, по-друге, що до осіб, котрих засуджено до довічного позбавлення волі, застосування амністії взагалі не допускається (п."б" ч.1 ст.3). При цьому ч.3 ст.3 названого Закону наголошує, що "положення закону про амністію, які не відповідають вимогам цієї статті, не мають сили і застосуванню не підлягають". Наведене, таким чином, свідчить, що у даний час законом про амністію призначене засудженому довічне позбавлення волі будь-яким іншим покаранням, у тому числі і позбавленням волі на певний строк, замінене бути не може. Практично така заміна зможе мати місце лише тоді, коли це дозволить Закон України від 1 жовтня 1996р. "Про застосування амністії в Україні".

11. Згідно з Положенням про порядок помилування, затвердженим Указом Президента України від 12 квітня 2000р. №588 із змінами від 20 жовтня 2001р. [13. – 2000. – №15. – Ст.610; 2001. – №43. – Ст.1922], клопотання про помилування особи, засудженої до довічного позбавлення волі, може бути подано тільки після відбуття нею не менш як 25 років призначеного покарання (абз.2 п.4) і розглядатися воно може лише за наявності надзвичайних обставин (абз.1 п.14). За загальним же правилом клопотання про помилування може бути подано відразу після набрання вироком законної сили і для його розгляду якихось надзвичайних обставин не вимагається. Крім того, у разі відхилення клопотання про помилування повторне клопотання особи, засудженої до довічного позбавлення волі (як, до речі, і будь-якої іншої особи, засудженої за особливо тяжкий злочин), за відсутності нових обставин, що заслуговують на увагу, може розглядатись, як правило, не раніш як через рік, а особи, засудженої не за особливо тяжкий злочин, – не раніш як через шість місяців з часу відхилення попереднього клопотання (п.17 названого Положення).

12. Довічне позбавлення волі застосовується тільки за вироком суду. Інші ж види покарань можуть застосовуватись і не лише судом, і не тільки вироком суду. Так, застосування до засудженого іншого замість призначеного за вчинений ним злочин судом покарання здійснює у порядку помилування Президент України. Застосування ж до особи іншого порівняно з призначеним за вчинений нею злочин виду покарання, скажімо, у касаційному порядку чи у випадку заміни їй невідбутої частини покарання більш м'яким хоч і здійснюється судом, проте не вироком, а відповідно ухвалою і постановою.

13. Кримінальні справи про злочини, за вчинення яких передбачене довічне позбавлення волі, підсудні як суду першої інстанції апеляційним (а не місцевим) судам і розглядаються вони судом у складі двох суддів і трьох народних засідателів (а не одноособово суддею). Такий порядок розгляду цих справ (ч.3 ст.17, п.2 ч.1 ст.34, п.3 ч.2 ст.36 КПК) покликаний виключити необґрунтоване застосування даного покарання¹.

14. У справах про злочини, за які передбачене довічне позбавлення волі, участь захисника є обов'язковою, причому з моменту затримання особи чи пред'явлення їй обвинувачення (п.4 ч.1 ст.45 КПК)². До того ж як захисники у цих справах спочатку допускаються лише адвокати та інші фахівці у галузі права, які за законом мають право на надання правової допомоги особисто чи за дорученням юридичної особи (ст.44 КПК), тобто особи, що здатні найкваліфікованіше здійснювати захист прав і законних інтересів підозрюваного, обвинуваченого, підсудного, засудженого, виправданого та надавати їм необхідну юридичну допомогу при провадженні у кримінальній справі. Близькі родичі обвинуваченого, його опікуни або піклувальники як захисники можуть брати участь у таких справах лише одночасно із захисником-адвокатом чи іншим фахівцем у галузі права, причому тільки з моменту пред'явлення обвинуваченому для ознайомлення матеріалів досудового слідства. За загальним же правилом участь захисника при провадженні у кримінальній справі не є обов'язковою, він може вступати у справу на будь-якій стадії процесу, а як захисники допускаються не лише адвокати та інші фахівці у галузі права, але й близькі родичі, опікуни і піклувальники обвинуваченого, підсудного, засудженого, виправданого.

Розглянуті питання, рівно ж як і висловлені пропозиції щодо вдосконалення ст.64 КК, видається, сприятимуть правильному і ефективному застосуванню довічного позбавлення волі на практиці. Визначення ж самої ефективності довічного позбавлення волі і його ролі у запобіганні вчиненню особливо тяжких злочинів – це наступний етап у дослідженні комплексу питань, що торкаються цього покарання.

¹ Установлюючи, що відповідна категорія кримінальних справ підсудна як суду першої інстанції апеляційним судам, КПК не передбачає можливості подачі на ухвалені ними вирoki апеляції і, отже, розгляду цих справ в апеляційному порядку. Вирoki цих судів можуть бути перевірені лише у касаційному порядку (ст. 383 КПК). У той же час вирoki місцевих судів підлягають перевірці і в апеляційному (ст. 347 КПК), і у касаційному порядку (ст. 383 КПК). Видається, що позбавлення певної категорії осіб, у тому числі і засуджених до довічного позбавлення волі, права на перевірку постановлених щодо них вироків в апеляційному порядку є грубим порушенням закріпленого у ст. 24 Конституції і ст. 16 КПК принципу рівності громадян перед законом, оскільки це ставить вказаних осіб у явно нерівне становище з громадянами, засудженими місцевими судами.

² У п. 4 ч.1 ст. 45 КПК вказано, що участь захисника при провадженні у кримінальній справі є обов'язковою, "коли санкція статті, за якою кваліфікується злочин, передбачає довічне ув'язнення". Між тим чинний КК такого виду покарання як "довічне ув'язнення" не передбачає (не передбачав його, до речі, і КК 1960р.). За цим Кодексом покарання, що полягає в ізоляції засудженого до кінця його життя від суспільства у спеціально призначених для цього кримінально-виконавчих установах, називається довічним позбавленням волі. З огляду на це текст п. 4 ч.1 ст. 45 КПК слід привести у відповідність з чинною системою покарань, замінивши у ньому слова "довічне ув'язнення" словами "довічне позбавлення волі".

1. Відомості Верховної Ради України.
2. Вісник Конституційного Суду України.
3. Науково-практичний коментар до Кримінального кодексу України/ Відп. ред: В.Ф. Бойко та інші. – 6-те вид., допов. – К.: А.С.К., 2000.
4. Кримінальне право України: Заг. частина: Підручник /Александров Ю.В., Антипов В.І., Володько М.В. та ін.; Відп. ред. Кондратьєв Я.Ю.; Наук. ред. Клименко В.А. та Мельник М.І. – К.: Правові джерела, 2002.
5. Науково-практичний коментар до Кримінального кодексу України: За станом законодавства і постанов Пленуму Верховного Суду України на 1 грудня 2001р. /За ред. С.С. Яценка. – К.: А.С.К., 2002.
6. Кримінальне право України. Загальна частина: Підручник для студентів юрид. спец. вищ. закладів освіти /М.І. Бажанов, Ю.В. Баулін, В.І. Борисов та ін.; За ред. професорів М.І. Бажанова, В.В. Сташиса, В.Я. Тація. – Київ-Харків: Юрінком Інтер-Право, 2001.
7. Науково-практичний коментар до Кримінального кодексу України. У 2-х ч. Під заг. ред. Потебенька М.О., Гончаренка В.Г. Загальна частина. – К.: Форум, 2001.
8. Аналіз роботи судів загальної юрисдикції в 2001р. за даними судової статистики //Вісник Верховного Суду України. – 2002. – №4. – С.20.
9. Урядовий кур'єр. – 2003. – 29 січ. – С.15.
10. Матишевський П.С. Кримінальне право України: Загальна частина: Підруч. для студ. юрид. вузів і фак. – К.: А.С.К., 2001.
11. Відомості Верховної Ради УРСР.
12. Науково-практичний коментар Кримінального кодексу України від 5 квітня 2001 року /За ред. М.І. Мельника, М.І. Хавронюка. – К.: Каннон, А.С.К., 2001.
13. Офіційний вісник України.

LIFE IMPRISONMENT AS KIND OF PUNISHMENT UNDER THE CRIMINAL LAW OF UKRAINE

В. Kyrys'

*Ivan Franko National University of Lviv,
Universitetska Str. 1, UA-79000 Lviv, Ukraine*

The article deals with the concept of life imprisonment. The grounds and conditions of its imposition and application are elucidated; characteristics of that punishment as the severest one, envisaged by the Criminal Code of Ukraine, are defined and analyzed. Proposals for the improvement of article 64 of Ukraine's Criminal Code (devoted to that kind of punishment) are made.

Key words: criminal law of Ukraine, punishment, life imprisonment.

Стаття надійшла до редколегії 14.04.2003
Підписана до друку 30.10.2003

ПОНЯТТЯ ТА ОЗНАКИ МІЖНАРОДНИХ ЗЛОЧИНІВ

В. Навроцький

*Львівський національний університет імені Івана Франка
вул.Університетська, 1, 79000, м.Львів, Україна*

Розглянуто поняття злочину в міжнародному кримінальному праві, дана характеристика його ознак – суспільної небезпечності, кримінальної протиправності, винності та караності. Запропонована дефініція міжнародних злочинів.

Ключові слова: міжнародне кримінальне право, міжнародний злочин, ознаки міжнародного злочину

Сучасна злочинність виходить за межі національних кордонів, що гостро ставить питання міжнародного співробітництва в цій сфері. Відтак важливою є наукова розробка проблем, які пов'язані з удосконаленням як внутрідержавного законодавства, так і міжнародно-правових актів, спрямованих на протидію міжнародним злочинам, забезпеченням відповідності національних кримінальних законів вимогам міжнародних договорів, виробленням практичних рекомендацій для правозастосовних органів. Складовою вирішення цих проблем є наукова розробка самого поняття міжнародного злочину – ключового в системі категорій міжнародного кримінального права.

Визнання існування міжнародного кримінального права як самостійної правової галузі, що на сьогодні є загальноприйнятим, передбачає наявність його специфічного предмета і окремого метода правової регламентації суспільних відносин. Самоочевидним є те, що таким головним предметом міжнародного кримінального права виступає "міжнародний злочин", а методом – встановлення караності відповідних діянь у міжнародно-правових актах, настання відповідальності перед світовою спільнотою в особі спеціально уповноважених органів.

Поняття будь-якого злочину, зокрема й міжнародного, нерозривно пов'язане зі встановленням його ознак. У літературі такі ознаки переважно не виділяють, що утруднює з'ясування поняття міжнародного злочину, виявлення його співвідношення із злочинами, передбаченими КК окремих держав. Досить часто вказуючи на коло злочинів, що охоплюються цим поняттям, дають їх перелік, який об'єктивно не може бути вичерпним і достатньо точним. Наприклад, відзначається, що коли в міжнародно-правових документах трапляється термін *злочин*, то це може означати:

а) вчинення фізичними особами кримінально-караних діянь, що зачіпають інтереси кількох держав, з якими останні домовляються вести боротьбу;

б) найтяжчі правопорушення, вчинення яких тягне визначення держави як злочинної (наприклад, агресія);

в) порушення певних міжнародних стандартів у галузі охорони прав людини, яких держави повинні дотримувати під час розробки і застосування норм свого внутрішнього права [1].

Така характеристика (а вона є поширеною для публікацій з питань міжнародного кримінального права, авторами більшості яких не є криміналісти, що виховані на класичних традиціях цієї науки) лише позначає коло діянь, що на думку авторів

відносяться до міжнародних злочинів. Вона аж ніяк не пов'язана з вказівкою на загальні риси, керуючись якими можна визначити підпадає те чи інше діяння під поняття міжнародного злочину чи ні.

Відтак пропонується стаття саме і присвячена аналізу загальних ознак міжнародного злочину. На цій основі стане можливим формулювання поняття такого злочину, відмежування його від злочинів "внутрідержавних", а в подальшому і дослідження видових понять щодо родового, яким є поняття міжнародного злочину (цілі статті).

Визначаючи поняття *міжнародного злочину* слід враховувати такі засадничі положення:

- міжнародний злочин – це вид злочину; поняття *злочин* і *міжнародний злочин* (чи *злочин міжнародного характеру*) співвідносяться як рід і вид;
- міжнародний злочин характеризується тими ж родовими ознаками, що й будь-який інший злочин. Такими ознаками одностайно визнаються: суспільна небезпека, кримінальна протиправність, винність і караність;
- зміст цих ознак стосовно міжнародного злочину має свою специфіку, зумовлену тим, що це ознаки відповідного видового поняття.

Суспільна небезпека міжнародних злочинів. Категорія *суспільна небезпека* не знайшла достатньо повного висвітлення у вітчизняній літературі. В зарубіжній теорії кримінального права її існування як однієї з фундаментальних характеристик злочину визнається далеко не всіма. Принаймні, вказівки на суспільну небезпеку як ознаку злочину немає у більшості КК країн, які не зазнали радянського впливу, не простежується її використання і у міжнародно-правових актах. Та й у сучасній вітчизняній доктрині є спроби відійти від акценту на суспільну небезпеку як на одну з основних сутнісних ознак злочину. Однак, враховуючи не лише існуючі традиції, а й величезний потенціал цієї категорії для характеристики будь-якого злочину, її значення для розкриття інших ознак поняття злочину та встановлення змісту окремих елементів і ознак складу злочину, видається доцільним використовувати поняття *суспільної небезпеки* для з'ясування того, що ж слід вважати міжнародним злочиним. У літературі в зв'язку з цим відзначається, що критерій суспільної небезпеки, якому приділяється велика увага у внутрішньому кримінальному праві, не менш важливий і стосовно міжнародних злочинів [2].

Відомо, що суспільна небезпека будь-якого злочину полягає у тому, що діяння або заподіює шкоду відносинам, що охороняються кримінальним законом, або містить у собі реальну можливість заподіяння такої шкоди [3]. Причому така реальна або потенційна шкода має бути достатньо масштабною за об'ємом, значною за ступенем порушення інтересів, щоб діяння могло визнаватися злочином.

Особливості суспільної небезпеки міжнародних злочинів полягають в:

- 1) суб'єктах, котрі зазнають негативних наслідків цих злочинів – інтереси яких порушуються внаслідок аналізованих діянь;
- 2) характері відносин, які порушуються чи ставляться під небезпеку порушення внаслідок таких посягань.

Отже, щоб розкрити поняття *суспільна небезпека міжнародних злочинів* потрібно визначити, для кого існує така небезпека та в чому вона полягає.

"Внутрідержавні" злочини характерні тим, що небезпечні для конкретної держави, певного суспільства, особи. Їхні наслідки звичайно локалізовані

державними кордонами. Такі злочини полягають у порушенні правових норм, встановлених в тій чи іншій державі, існуючого в ній правопорядку. Злочини ж міжнародні куди більш масштабні. Вони можуть посягати на:

- інтереси двостороннього (чи багатостороннього) міждержавного спілкування;
- інтереси одночасно кількох держав;
- всю міжнародну спільноту.

Відтак, суспільна небезпека міжнародних злочинів виходить за межі однієї держави чи суспільства. Ці злочини порушують інтереси, які торкаються одночасно кількох самостійних суб'єктів міжнародного права, причому інтереси не внутрішні кожної держави, а ті, які стосуються їх зовнішніх зв'язків, визначають становище серед собі подібних суб'єктів. Вони посягають на цінності, які визнають і охороняють усі учасники міжнародного спілкування. Це – мир і мирне співіснування між народами; закони і звичаї війни; гуманне ставлення до мирного населення; расова, релігійна та інша різноманітність населення; права людини; міжнародні економічні відносини; безпека транспорту і зв'язку; антитерористична безпека, захист від незаконної міграції та ін.

Міжнародні злочини можуть поєднуватися з заподіянням шкоди благам, які охороняються і внутрідержавним правом – життя і здоров'ю особи, власності, громадській безпеці тощо. Вбивства, тілесні ушкодження, вилучення чи знищення майна і тому подібна шкода може або виступати способом учинення міжнародних злочинів або ж бути одним із їхніх наслідків. Вже тільки це вказує, що не існує надто різних граней між "внутрідержавними" і "міжнародними" злочинами. Принаймні, частина з них полягає у порушенні шкоди тим же відносинам, що й злочини, передбачені національним кримінальним законодавством.

Протиправність міжнародних злочинів. Протиправність становить собою обов'язкову ознаку будь-якого злочину, в тому числі й міжнародного. Однак у розумінні цієї ознаки в літературі ще не досягнуто єдності поглядів. Щодо протиправності аналізованих посягань у теорії існує, принаймні, дві позиції. Перша з них полягає у визнанні міжнародно-правових актів джерелом, на підставі яких можуть вирішуватися конкретні справи. В її основі лежать закріплені в конституціях багатьох держав, в тому числі в ч.1 ст.9 Конституції України, положення, згідно з якими чинні міжнародні договори є частиною національного законодавства, якщо вони належно ратифіковані. Відтак у теорії відзначається, що у випадку, коли норми міжнародного кримінального права не трансформовані в національне законодавство, то особи, які проводять дізнання, слідчі, прокурори і судді при дотриманні вимог названої конституційної норми вправі покликатися у своїх рішеннях на конкретні норми міжнародного договору [4]. Водночас визнається, що в судовій практиці немає прецедентів прямого застосування норм міжнародного кримінального права при винесенні рішень у кримінальних справах про конвенційні злочини (тобто злочини, переслідування яких передбачене міжнародно-правовими актами) [5].

В основу іншого підходу покладена та засада, що норми міжнародно-правових актів не можуть бути безпосередньо застосовані для кваліфікації і визначення караності посягань. Це можливе лише відповідно до норм національного законодавства, під час створення якого мають ураховуватися міжнародно-правові зобов'язання держави – його треба приводити у відповідність до міжнародних договорів. Пріоритетність такої позиції визнають і ті вчені, які допускають

можливість безпосереднього застосування міжнародних актів при вирішенні конкретних справ [6].

Видається, що сучасним правовим реаліям більшою мірою відповідає друга з названих позицій. Специфіка ж протиправності аналізованих посягань знаходить свій вираз у таких положеннях:

1. Протиправність таких злочинів може бути встановлена як нормами національного законодавства, так і міжнародно-правовими нормами. Традиційно відповідальність за міжнародні злочини передбачена в міжнародно-правових актах (договорах, угодах, конвенціях, статутах). Однак, дедалі частіше міжнародні злочини криміналізуються і національними КК. Наприклад, розділ "Злочини проти миру, безпеки людства та міжнародного правопорядку" яким встановлена відповідальність за безсумнівно міжнародні злочини, включено до КК України 2001 р. Аналогічні розділи є і в нових КК Російської Федерації та Республіки Білорусь. Не викликає сумніву, що за умови, коли відповідні діяння передбачені водночас і міжнародно-правовими актами, і національним законодавством, правозастосовні органи окремих держав застосовуватимуть свої КК.

Тому важко погодитися з думкою, що відносити національне законодавство до джерел міжнародного кримінального права безпідставно [7]. Це не відповідає фактичному стану законодавства і практики його застосування. Їхній аналіз підтверджує висновок про наявність світової тенденції взаємодії і взаємопроникнення міжнародних і внутрідержавних явищ та процесів, яка набуває виразу в поглибленні взаємодії міжнародного права з національними правовими системами в цілому і міжнародного кримінального права з внутрідержавним кримінальним правом зокрема. Норми міжнародного кримінального права реалізуються через норми внутрідержавного кримінального права і процесу [8].

У літературі відзначається, що лише близько 10% злочинів, норми про які передбачені в КК України, Росії, Польщі, Франції мають аналоги в міжнародних договорах [9].

2. Відповідальність за міжнародні злочини настає і тоді, коли відповідні норми не імplementовані в законодавство окремих держав. У літературі стверджується, що принципом міжнародного кримінального права слід вважати положення, згідно з яким, якщо держава не встановлює покарання за діяння, яке міжнародним правом віднесене до категорії злочинів проти миру і людства, то це не є обставиною, що звільняє особу від міжнародної кримінальної відповідальності [10]. Отже, відповідальність за такі злочини настає і в тому випадку, коли їхня протиправність встановлена лише міжнародно-правовими актами.

3. Протиправність міжнародних злочинів може бути встановлена не лише правовими актами (міжнародними чи національними), але й на підставі звичаїв, прецедентів. Своє закріплення це знайшло в ст.15.2 Міжнародного пакту про громадянські і політичні права 1966 р., де встановлено, що ніщо не перешкоджає відданню до суду і покаранню будь-якої особи за діяння або упуущення, яке в момент учинення було кримінальним злочином відповідно до загальних принципів права, визнаних міжнародним співтовариством [11].

4. Некодифікований характер норм про міжнародні злочини. В літературі підкреслюється, що на відміну від інших галузей в міжнародному кримінальному праві кодифікація досі не здійснена. Тому його норми можна знайти в різних нормах

міжнародного права [12]. Кодифіковані вони лише на рівні національних правових систем, та й то не у всіх державах.

Викладене дає підстави критично поставитися до думки про те, що норми міжнародного кримінального права повинні створюватися суб'єктами міжнародного кримінального права не в односторонньому порядку, а шляхом узгодження їх волі [13]. Це не є універсальним правилом, оскільки такі норми можуть закріплюватися і в національному кримінальному законодавстві, причому не обов'язково на виконання міжнародно-правових зобов'язань держави.

Вина як ознака міжнародних злочинів. Відповідальність лише при наявності вини виступає фундаментальним принципом кримінального права. Цей принцип повною мірою поширюється і на міжнародне кримінальне право. Він неодноразово закріплений в основних міжнародно-правових актах (зокрема, в ст.14.2, 15.1 вже згадуваного Міжнародного пакту про громадянські і політичні права), послідовно дотримується на практиці.

Слід відзначити, що переважна більшість міжнародних злочинів вчиняються умисно. Жодним міжнародно-правовим актом не передбачається кримінальна відповідальність за необережне заподіяння шкоди, якою б масштабною вона не була. Разом з тим, національне кримінальне законодавство встановлює відповідальність за міжнародні злочини, які можуть вчинятися як умисно, так і з необережності. Це, зокрема, порушення різноманітних правил, що спричинило загибель людей або інші тяжкі наслідки.

Вина є ознакою міжнародного злочину як тоді, коли його суб'єктом виступає фізична особа, так і тоді, коли відповідальності підлягає організація чи держава. Видається, що вина організації чи держави встановлюється через індивідуальну вину їхніх керівників, які ухвалювали рішення, виконання яких становить міжнародний злочин. Отже, за міжнародний злочин, як і за будь-який інший злочин не може наставати відповідальність уразі відсутності вини; об'єктивне інкримінування не допускається щодо всіх суб'єктів таких злочинів – як фізичних осіб, так і організацій чи держави.

Караність міжнародних злочинів. Караність – це ознака міжнародного злочину, яка впливає з його інших ознак, є найістотнішим юридичним наслідком такого злочину. Під караністю злочину звичайно розуміють погрозу застосування покарання за злочин, що міститься у кримінально-правових санкціях [14]. Про те, що вчинене діяння становить собою злочин, а не інше правопорушення, можна судити саме з видів покарання, які встановлені за його вчинення. Наявність у санкції кримінальних покарань (позбавлення волі, конфіскації майна, примусового розпуску організації чи визнання її злочинною тощо) дає можливість судити про те, що передбачене міжнародно-правовим актом або національним законодавством діяння становить собою злочин.

Встановлення караності діянь, передбачених статтями Особливої частини КК, не викликає труднощів. Такі статті, які містять заборонні норми, обов'язково містять і санкцію, в якій визначені види і розміри покарання. Види ж кримінальних покарань передбачені в Загальній частині КК. Та й саме включення діяння до кодифікованого акта кримінального законодавства однозначно говорить про те, що воно відноситься до такої категорії правопорушень, як злочини.

Взаємозв'язок протиправності і караності діянь, які передбачені міжнародно-правовими актами, виявляється не завжди однозначно. Справа в тому, що переважна більшість відповідних норм міжнародно-правових актів не встановлюють ознак конкретних злочинів та не визначають види та розміри покарання за їх вчинення, а містять рекомендації, пропозиції, вимоги до держав-учасниць договорів, конвенцій передбачити відповідальність в національному законодавстві. Такі норми проблематично визнавати кримінально-правовими, а діяння, про які йдеться в них – злочинами, саме через відсутність караності. Відзначене ще раз підтверджує тезу про те, що міжнародний злочин як юридична категорія – це феномен, який виявляється в актах національного законодавства.

Дефініція міжнародного злочину. Викладені положення, які розкривають суть аналізованого явища, аж ніяк не можуть замінити дефініції, в якій стисло і точно мають бути відображені основні ознаки поняття міжнародного злочину. Така дефініція має бути висновком із аналізу поняття, фокусувати головні ознаки, визначаючи місце міжнародного злочину серед усіх злочинів і відмінність від них. Формулювати ж її можна по-різному.

Один із відомих способів визначення поняття полягає в переліку елементів, які його утворюють. Очевидно, що в даному випадку він неприйнятний. Адже відсутність кодифікації міжнародного кримінального права, величезні розбіжності, які існують у теорії щодо визначення того, які ж діяння відносяться до міжнародних злочинів, та обставина, що чи не будь-який злочин може бути міжнародним унеможливило зробити вичерпний перелік таких злочинів. Та, якщо б його і можна було зробити, то він був би надто об'ємним, щоб сприймався як дефініція.

Є ще один із прийомів, яким часто користуються при формулюванні визначень, – це вказівка на істотні, необхідні і достатні ознаки, що характеризують означуване явище, предмет, процес. Він більш прийнятний для даного випадку. Однак, відсутність чіткого розмежування між міжнародними і внутрідержавними злочинами, "розмитість" об'єкта посягання ведуть до того, що таких ознак доведеться вказати надто багато, застосовувати неодноразові уточнення і вказувати на винятки. А це знову ж таки приведе до громіздкості і неконкретності дефініції, яка нас цікавить.

Характерним прикладом такого підходу до формулювання поняття міжнародного (транснаціонального) злочину є його визначення, наведене в прийнятій Генеральною асамблеєю ООН Конвенції проти організованої транснаціональної злочинності. В цьому визначенні вказуються на ознаки транснаціонального злочину:

- він учинений більш ніж в одній державі;
- він учинений в одній державі, проте значна частина його підготовки, планування, керівництва або контролю здійснюється в іншій державі;
- він учинений в одній державі, однак за участю організованої злочинної групи, яка здійснює злочинну діяльність більш, ніж в одній державі;
- він учинений в одній державі, але його істотні наслідки настають в іншій державі.

Не випадковою є критична оцінка цього визначення як такого, що потребує відповідного коментування, роз'яснення, а, можливо, й додаткових уточнень, оскільки воно сформульовано надто загально [15].

Тому найбільш точним буде формулювання визначення через вказівку на рід і видові відмінності. Тобто, потрібно вказати більш широке – родове поняття, яке

містить в собі аналізоване, та відзначити його видові особливості (відмінності), що дають можливість виділити це поняття з інших однорідних та суміжних. При цьому визначальну роль відіграє те, яке родове поняття буде взято за основу визначення.

Щодо поняття *міжнародних злочинів* родовими виступають два поняття – *міжнародне правопорушення* та *злочин*. Якщо базовим визнати перше, то дефініція може виглядати наприклад так: *міжнародний злочин – це вид міжнародного правопорушення який...*, – а далі вказує ознаки, які вирізняють злочин з поміж усіх правопорушень. Таке визначення було б прийнятним, за умови існування більш-менш сталого розуміння того, що ж таке *міжнародне правопорушення*. Оскільки ж воно теж невизначене, то є небезпека наразитися на поширену помилку, коли одне невідоме визначають через інше невідоме.

Тому більш вдалим буде визначення аналізованого поняття через позначення того, що воно відноситься до роду злочинів та вказівку на видові відмінності міжнародних злочинів, які специфічні саме для них і відрізняють від інших злочинів. Звісно, видові ознаки мають визначати специфіку аналізованих злочинів з однопорядковими посяганнями – внутрідержавними злочинами в цілому (а не, припустимо, з якимись видами внутрідержавних злочинів – злочинів проти особи, злочинів проти власності тощо). Видовими відмінностями "міжнародних злочинів" щодо роду злочинів є ті, які впливають з проведеного аналізу окремих ознак цього поняття. Тобто відповідна дефініція має містити вказівки на:

- **суспільну небезпеку** міжнародного злочину, а саме те, що такий злочин посягає на інтереси одночасно кількох суб'єктів міжнародного права;
- його **протиправність**, яка встановлена нормами як національного законодавства, так і міжнародно-правовими нормами;
- **винність**, тобто вчинення умисно чи з необережності суб'єктом злочину, яким виступають фізичні особи, або ж особи, які виступають як керівники організацій чи держави;
- **караність**, що полягає у можливості застосування за міжнародний злочин заходів впливу кримінально-правового характеру – кримінальних покарань.

Виходячи з вище викладеного вище можна запропонувати таке визначення міжнародних злочинів: міжнародні злочини – це злочини, кримінальна караність яких передбачена актами національного законодавства та міжнародно-правовими актами, умисне або з необережності вчинені фізичними особами або керівниками організацій чи держав, які виступають їхніми суб'єктами, що посягають на інтереси міждержавного спілкування, кількох держав чи всю міжнародну спільноту.

Подальші розвідки у напрямі розробки поняття міжнародного злочину можуть і повинні полягати в аналізі відповідних видових понять, зокрема поняття злочину міжнародного характеру, транскордонного злочину. Інший напрям дослідження – встановлення співвідношення міжнародного злочину та його різновидів зі злочинами, відповідальність за які передбачена внутрідержавним законодавством.

1. Международное уголовное право. Учебн. пособие / Под общей ред. В.Н. Кудрявцева. 2-е изд., перераб и дополн. – М.: Наука, 1999. – С.9-10.
2. Там же. – С.56.
3. Див. напр...: Кримінальне право України. Загальна частина. / За ред. М.І. Бажанова, В.В. Сташиса, В.Я. Тація. – Київ;Харків: Юрінком Інтер – Право, 2001. – С.67.

4. Панов В.П. Международное уголовное право.-М.-ИНФРА-М, 1997.-С.6.
5. Там же – С.18.
6. Там же. – С.6
7. Там же. – С.26.
8. Международное уголовное право: Учебн. пособие / Под общей ред. В.Н. Кудрявцева. 2-е изд., перераб и дополн. – М.: Наука, 1999. – С.13, 14-15.
9. Буроменский М.В. Значение международной уголовно-правовой юрисдикции в борьбе с организованной преступностью // Збірник наукових праць Харківського центру по вивченню організованої злочинності спільно з американським університетом у Вашингтоні.. – Харків, 2001. – Вип. другий. – С.52.
10. Международное уголовное право. – М.: Наука, 1995. – С.17-18.
11. Права людини. Міжнародні договори України, декларації, документи / Упор. Ю.К. Качуренко. – К., 1992. – С.44.
12. Панов В.П. Международное уголовное право. – С.24.
13. Международное уголовное право: Учебн. пособие / Под общей ред. В.Н. Кудрявцева. – 2-е изд., перераб и дополн. – М.: Наука, 1999. – С.12.
14. Кримінальне право України. Загальна частина / За ред. М.І. Бажанова, В.В. Сташиса, В.Я. Тація. – Київ;Харків: Юрінком Інтер – Право, 2001. – С.70.
15. Глобализация общей, организованной и коррупционной преступности. Материалы "Круглого стола" (г. Москва 16 марта 2001 г.) // Государство и право. – 2001. – №12. – С.104

CONCEPT AND FEATURES OF INTERNATIONAL CRIMES

V. Navrotsky

*Ivan Franko National University of Lviv,
Universytetska Str., UA-79000 Lviv, Ukraine*

The article deals with the concept of crime in international criminal law. The characteristic of social danger, criminal unlawfulness, culpability and punishability as international crimes features is given. The definition of international crimes is proposed.

Key words: international criminal law, international crime, features of international crime.

Стаття надійшла до редколегії 18.03.2003

Підписана до друку 30.10.2003

ОКРЕМІ ПИТАННЯ ВДОСКОНАЛЕННЯ КРИМІНАЛЬНОГО ЗАКОНОДАВСТВА ЩОДО ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ ЗА ПОРУШЕННЯ ПРАВА ГРОМАДЯН УКРАЇНИ НА УЧАСТЬ У РЕФЕРЕНДУМАХ

С. Лихова

*Київський національний університет імені Тараса Шевченка
вул. Володимирська, 64, 01033, м.Київ, Україна*

Стаття присвячена кримінально-правовому аналізу окремих проблем, які пов'язані із назвою, змістом та структурою розділу V Особливої частини КК України. Зокрема, визначається безпосередній об'єкт злочину, юридичний склад якого передбачений в ст.160 КК України. Поряд із цим аналізуються основні кримінально-правові форми охорони політичних прав громадян України. Відзначаються суперечності в підході законодавця до конструювання кримінально-правових норм щодо кримінальної відповідальності за порушення виборчих прав громадян (ст.157-159 КК) і за порушення права громадян на участь у референдумі. Пропонуються конкретні шляхи вдосконалення відповідних кримінально-правових норм.

Ключові слова: референдум, політичні права, кримінальна відповідальність.

Кримінально-правову характеристику того чи іншого складу злочину слід починати із визначення його місця в системі чинного законодавства. Під час аналізу диспозиції ст.160 КК України виникає низка проблем, які виходять за межі конкретного складу злочину. Називаємо, принаймні, такі: проблема вдосконалення назви розділу V Особливої частини КК України, яка тісно пов'язана із його структурою; визначення родового об'єкту злочинів, які містяться в цьому розділі; визначення безпосереднього об'єкту злочину "порушення законодавства про референдум" та його співвідношення з іншими правами громадян, зокрема з виборчими правами, які виступають в якості безпосереднього об'єкта у злочинах, юридичні склади яких передбачені ст.157-159 КК України; аналіз основних кримінально-правових форм охорони політичних прав громадян України; аналіз конструкції норми, передбаченої ст.160 КК України.

Безумовно, вирішення цих проблем сприятиме вдосконаленню як цієї кримінально-правової норми (ст.160 КК України), так і вдосконаленню структури розділу V Особливої частини КК України в цілому.

Злочин, який полягає в порушенні законодавства про референдум (ст.160 КК України), міститься в розділі V Особливої частини КК, який, відповідно до його назви, має об'єднувати злочини проти виборчих, трудових та інших особистих прав і свобод людини і громадянина. Вже аналізуючи назву розділу виникають питання, які тісно пов'язані із визначенням родового об'єкта злочинів та, відповідно до цього, із систематизацією складів злочинів, які містяться в цьому розділі. На нашу думку, чотиричленна система об'єктів злочину, на відміну від тричленної, прийнятої в теорії вітчизняного кримінального права, більше б сприяла правильному визначенню місця того чи іншого юридичного складу злочину в системі Особливої частини КК України. Що стосується, наприклад, КК РФ 1996р., то з появою нового системоутворюючого рівня – розділів і фіксацією в Особливій частині родового (розділи) і видового (глави) об'єкта посягання їй надана логічна завершеність.

Чотиричленна система об'єктів значно спрощує теоретичне розуміння системи Особливої частини КК РФ [1, 153; 2, 3-4].

Розглядаючи Особливу частину КК України як чітку внутрішньо впорядковану систему кримінально-правових норм, в якості конститутивної ознаки слід виділити такий кримінально-правовий феномен, як родовий об'єкт злочину, а всі інші ознаки є консекутивними, зміст яких тісно пов'язаний з родовим об'єктом і за змістом впливає з із нього (незалежно від того, який зміст окремі вчені вкладають у поняття як об'єкта злочину в цілому, так і незалежно від теоретичного розуміння поняття родового об'єкта). У цьому випадку мова йде про поділ більш загальних понять (родових) на видові, не залежно від їхніх дефініцій.

Що стосується саме розділу V Особливої частини КК України, то, на нашу думку, він є невдалим як за назвою, так і за внутрішньою структурою його змісту, якщо й справді розглядати її як певну підструктуру, а не класифікацію, та саме про систему з власною внутрішньою структурою, яка об'єднує окремі види злочинів іде мова у більшості джерел [3, 144-145, 403; 4, 145, 296]. В окремих розділах систематизація є очевидною, і вже проведена формально самим законодавцем у межах розділу (наприклад, злочини проти життя та здоров'я особи), інші ж такої систематизації не потребують (наприклад, розділ VI), а в деяких її провести просто неможливо.

В той час, як з'ясування питання про те, потребують злочини, поміщені законодавцем в розділі V Особливої частини КК України систематизації чи класифікації залишається на виключно теоретичному рівні і має дещо філософсько-гносеологічний характер, вирішення питання відповідності змісту розділу його назві і питання про об'єднання окремих злочинів за їхніми видовими ознаками є необхідним. Положення, в якому знаходиться розділ V Особливої частини КК України, не відповідає ні загальним правилам законодавчої техніки, ні сутності кримінального закону.

Основною, хоча і не єдиною проблемою змісту розділу є те, що він містить сукупність досить несумісних злочинів – від перешкоджання здійсненню виборчих прав до несплати аліментів. Частково ці злочини належать до групи злочинів проти громадського порядку, частково вони стосуються недоторканності приватного життя, частково – злочинів проти сімейного укладу, частково розглядають питання щодо захисту громадянської свободи, частково спрямовані на захист умов праці та ринку праці, частково криміналізують відмову комусь користуватися певним правом. Потрібно ліквідувати таку надзвичайну плутанину на користь більш системної структури. Оскільки всі розділи КК України охороняють ті чи інші права людини і громадянина, то потребує думка, що в цей розділ "потрапили" саме ті з них, яким не знайшлося місця в інших розділах [2, с.3].

На нашу думку, приймаючи за основу назву розділу V КК України, всі злочини мають бути згруповані за видами, і водночас слід змінити порядок їхнього розміщення в КК.

1. Злочини проти виборчих прав громадян – ст.157-159 КК України. В цьому аспекті було б доцільніше у назві вжити вираз "Злочини проти політичних прав і свобод громадян України" – адже порушення законодавства про референдум не є злочином проти виборчих прав, а такий злочин як перешкоджання законній

діяльності професійних спілок, політичних партій, громадських організацій (ст.170 КК України) частково є посяганням саме на політичні права громадян.

2. Злочини проти трудових прав громадян. До цієї групи злочинів слід віднести злочини, передбачені ст.ст.172-174 КК України, частково статті 175 і 176 КК України.

3. Злочини, що посягають на громадянські та інші права та свободи. До них слід віднести частково ст.170 КК України та практично всі ті злочини, які не ввійшли до перших двох груп.

Неузгодженість термінології та положень КК України з іншими нормативно-правовими актами тягне за собою їх неоднозначне розуміння та необхідність тлумачення, а це, в свою чергу, значно ускладнює практичне застосування деяких норм [4, 33-35] та ставить у нерівне становище власників прав. Наприклад, суб'єктами авторських відносин і відносин промислової власності можуть бути як громадяни, так і юридичні особи, поняття "автор твору" і "суб'єкт авторського права" не тотожні [5, 376, 385, 388] а в КК України йдеться не про захист прав автора твору, а про порушення авторського права. Суб'єктами прав на об'єкти промислової власності можуть бути як фізичні, так і юридичні особи [5, 418], а в назві розділу мова йде про захист прав лише фізичних осіб. Отже, група злочинів, які містяться у цьому розділі розміщена дещо хаотично і цей розділ потребує реформування як на структурному рівні, так і на рівні визначення місця окремих складів у загальній структурі КК України. На сьогодні окремі склади злочинів "не знаходять" свого місця в розділі V Особливої частини КК України. Наприклад, навряд чи слід віднести до категорії особистих прав право на об'єкти промислової власності (ст.177 КК України), а право на участь у референдумі (ст.160 КК України), безумовно, не можна віднести до виборчих прав – адже, порушення законодавства про референдум порушує саме політичні права громадян, а не суто виборчі і на сьогодні порушення права на участь у референдумі не можна віднести ні до виборчих, ні до особистих, ні до трудових прав.

Сучасне вітчизняне конституційне право, відповідно до міжнародних стандартів класифікації прав і свобод людини і громадянина, поділяє всі права на особисті (громадянські), політичні, економічні, соціальні, культурні [6, 142-173; 7, 126-129]. Право на участь у референдумі традиційно відноситься до політичних прав, реалізуючи які громадяни України беруть участь в управлінні державними справами.

Не викликає сумніву той факт, на що є пряма вказівка у назві ст.160 КК України, що диспозиція цієї норми має бланкетний характер і для того, щоб визначитися зі змістом права на участь у референдумі й в такий спосіб визначити безпосередній об'єкт злочину, слід звернутися до законодавства про референдум, а саме – до Закону України від 3 липня 1991 року "Про всеукраїнський та місцеві референдуми" [Відомості Верховної Ради (ВВР), 1991, №33, ст.443]. (Вводиться в дію Постановою ВР №1287-ХІІ (1287-12) від 03.07.91, ВВР, 1991, №33, ст.444 із змінами, внесеними згідно із Законами №2481-ХІІ (2481-12) від 19.06.92, ВВР, 1992, №35, ст.515; №2628-ІІІ (2628-14) від 11.07.2001) [12] та ще до цілої низки нормативних актів, які й становлять у своїй сукупності законодавство про референдум [14]. В цьому зв'язку, як видається було б доречніше ст.157, 158, 159 КК України об'єднати під загальною назвою "Порушення законодавства про вибори".

Безпосереднім об'єктом цього юридичного складу злочину слід вважати правові відносини, які виникають під час (або в процесі, або в зв'язку) реалізації громадянами України свого права на участь в управлінні державними справами шляхом участі у референдумі. У назві ст.160 КК України міститься посилання на відповідні нормативні акти. Ці нормативні акти об'єктом злочину бути не можуть, тому що порушити норму закону неможливо. Вживання терміна "законодавство про референдум" підкреслює бланкетний характер диспозиції цієї кримінально-правової норми. Цей термін містить пряму вказівку на безпосередній об'єкт злочину, хоча саме законодавство про референдум не є елементом цього юридичного складу злочину.

Це вказівка на те, що в результаті вчинення такого злочину порушуються правовідносини, які врегульовані саме Законом України "Про всеукраїнський і місцеві референдуми" та іншими нормативними актами. Хоча якщо ставати на позицію таких відомих учених як А.А. Піонтковський, О.С. Йоффе, які вказують, що коли йдеться про порушення права, то не можна порушити правову норму, не порушуючи правовідносин і, навпаки, внаслідок діалектичного взаємозв'язку, який існує між нормою і правовідносинами, слід визнати, що правову норму порушити можна [8, 122]. Проте, на нашу думку, це впливає із надто широкого тлумачення поняття права. Якщо розмежувати право на участь у референдумі, законодавство про референдум, яке це право врегульовує та ті правовідносини, які виникають з приводу реалізації цього права на підставі законодавства, то тією ланкою, якій завдають шкоду в результаті злочинного посягання, є саме правовідносини, на них можна вплинути безпосередньо, тоді як право – це певного роду абстракція, а закон – джерело права, яке містить відповідну письмову форму його фіксації.

Право на участь у референдумі саме по собі не може бути безпосереднім об'єктом цього юридичного складу злочину, оскільки право – це міра дозволеної поведінки, особливо, коли мова йде про позитивне право. Держава надає людині можливість брати участь у вирішенні державних справ шляхом участі в голосуванні. Але розпоряджається людина своїм правом за власним розсудом, навіть правом на життя людина може розпоряджатися сама.¹ Привертають увагу такі запитання: чи доречно, наприклад, життя, здоров'я розглядати не як самостійні феномени, як ознаку людини, а називати їх правом? Чи є об'єктом злочину, передбаченого, наприклад, ст.115 КК України право на життя? Скоріше, це невід'ємна ознака людини, без яких вона просто не існує. Адже не розглядаємо ми як право належність особи, наприклад, до тієї чи іншої раси. Якщо народитися китайцем, чи японцем – це не право, то чому народитися живим – це право? Тут доречно підтримати тих авторів, які вважають об'єктом злочину саме особу [9, 127].

Безумовно, такий підхід не повинен застосовуватись до всіх без винятку юридичних складів злочинів. Наприклад, аналізуючи склад злочину, який міститься в диспозиції ст.160 КК України, важливо конкретно вказати, що людина свідомо стає учасником правовідносин, які врегульовані Законом України "Про всеукраїнський і

¹ Хоча це положення не слід розуміти однозначно. Див. В. Гришук. Еутаназія: кримінально-правові проблеми //Проблеми державотворення і захисту прав людини в Україні: Матеріали IX регіональної науково-практичної конференції. 13-14 лютого 2003 р. – Львів: Юрид. фак-т ЛНУ імені Івана Франка, 2003. – С. 387-390.

місцеві референдуми" та іншими нормативними актами. Отже, злочинне посягання спрямоване на руйнування цих відносин шляхом впливу на конкретні їхні елементи.

Необхідно чітко розрізняти (застосовуючи тричленну систему об'єктів) родовий і безпосередній об'єкти. Родовий об'єкт не входить у систему ознак, які утворюють юридичний склад злочину. Функцією родового об'єкта є вказівка на ті блага, цінності, правові відносини, на які посягає певна група злочинів – однорідні злочини. В назві розділу V Особливої частини КК України родовий об'єкт певної групи злочинів названо як "виборчі права". Але чи безпосередній об'єкт юридичного складу злочину, передбаченого в ст.160 КК України можна охопити поняттями "виборчі права", чи він є значно ширшим за змістом? Відповідь на це запитання міститься в аналізі предмета всеукраїнського та місцевих референдумів.

Відповідно до Закону України "Про всеукраїнський і місцеві референдуми", предметом всеукраїнського референдуму може бути затвердження Конституції України, її окремих положень та внесення до Конституції України змін і доповнень; прийняття, зміна або скасування законів України або їх окремих положень; прийняття рішень, які визначають основний зміст Конституції України, законів України та інших правових актів (ст.3). Предметом республіканського (Республіки Крим) референдуму може бути прийняття, зміна або скасування рішень з питань, віднесених законодавством України до відання Республіки Крим (ст.3¹). Предметом місцевого референдуму може бути прийняття, зміна або скасування рішень з питань, віднесених законодавством України до відання місцевого самоврядування відповідних адміністративно-територіальних одиниць; прийняття рішень, які визначають зміст постанов місцевих Рад народних депутатів та їхніх виконавчих та розпорядчих органів (ст.4).

Отже, слід чітко відмежовувати різні форми участі громадян у політичному житті суспільства або їхні конкретні прояви. Референдум – це спосіб прийняття громадянами України шляхом безпосереднього голосування законів України або інших рішень із важливих питань загальнодержавного і місцевого значення. Якщо вибори є, головним чином, формою народного державотворення, то референдуми передусім є формою законотворчості, правотворчості. Вони є вищою формою безпосередньої демократії.

Відтак необхідно розрізняти зміст правовідносин, які виникають в результаті участі у референдумах та в результаті участі у виборах. Іноді це буває зробити досить важко. Наприклад, перший Президент України був обраний всенародно 1 грудня 1991 року одночасно з проведенням всенародного референдуму, який підтвердив Акт проголошення незалежності України, схвалений Верховною Радою України 24 серпня 1991 року.

В ст.69 Конституції України мова йде про різні форми волевиявлення, які не названі вичерпно. Конкретно законодавець називає тільки дві з них: вибори і референдум. Інші форми, такі як законодавчі ініціативи, громадське самоврядування, проведення громадських та всенародних обговорень відіграють певну роль у політичному та суспільному житті країни, а проте головними, фундаментальними формами безпосереднього народовладдя є вибори і референдум. Але якщо вибори як форма народного волевиявлення є одним із способів формування народом органів державної влади та місцевого самоврядування, то в ході референдумів вирішуються питання, які стосуються будь-яких сторін життя народу: політичного, економічного, соціального, культурного.

Наприклад, якщо виключно всеукраїнським референдумом вирішується питання про реалізацію права народу України на самовизначення й входження України до державних федеративних і конфедеративних утворень та вихід з них, то на місцеві референдуми виносяться як питання про дострокове припинення повноважень відповідної Ради народних депутатів та її голови, так і питання про найменування або перейменування сіл, селищ, міст, районів, областей; питання про об'єднання адміністративно-територіальних одиниць та питання, що стосуються дошкільних навчальних закладів. Аналіз питань, що виносяться на розгляд референдумів, дає підставу зробити висновок, що, по-перше, шляхом участі в них громадяни реалізують свої політичні інтереси; по-друге, інтереси в інших галузях суспільного життя; по-третє, шляхом участі в референдумах громадяни не реалізують виборчі права.

Таким чином, безпосереднім об'єктом злочину "порушення законодавства про референдум" є правові відносини, які виникають у результаті реалізації громадянами України свого конституційного права на народне волевиявлення шляхом участі у референдумі. Сторонами правовідносин, які виникають у ході проведення референдуму, є, з одного боку, громадяни України, які беруть участь у референдумах, з іншого – Верховна Рада, місцеві Ради народних депутатів та Президент України (ст.72, 143 Конституції України). Об'єкт правовідносин визначається відповідно до предмета референдуму. Змістом правовідносин є права і обов'язки громадян України та Верховної Ради, місцевих рад народних депутатів та Президента України, які передбачені в Конституції України та Законі України "Про всеукраїнський і місцеві референдуми", та в інших нормативних актах, які в своїй сукупності становлять законодавство про референдум.

Щодо основного змісту права на референдум, то воно полягає у реалізації права на участь в управлінні державними справами. Хоча це право у більшості джерел конституційного права відноситься до політичних прав [7, 135; 10, 68-69; 11, 104-105], на нашу думку, реалізуючи право на участь у референдумі (особливо, стосовно місцевих референдумів), громадяни реалізують й інші конституційні права і свободи: економічні, соціальні, культурні. Цей висновок ґрунтується на тлумаченні ст.3¹, ч.2, 3 ст.3, ч.1 ст.6 Закону України "Про всеукраїнський і місцеві референдуми", ст.143 Конституції України та Закону України "Про місцеве самоврядування в Україні" від 21 травня 1997 р. [Відомості Верховної Ради (ВВР), 1997, №24, ст.170 із змінами, внесеними згідно із Законами №163-XIV (163-14) від 06.10.98, ВВР, 1998, №48, ст.292; №997-XIV (997-14) від 16.07.99, ВВР, 1999, №41, ст.372; №1366-XIV (1366-14) від 11.01.2000]. З Рішенням Конституційного Суду №1-рп/2000 від 09.02.2000. Законами №1841-III (1841-14) від 22.06.2000, ВВР, 2000, №46, ст.393; №2182-III (2182-14) від 21.12.2000, ВВР, 2001, №9, ст.39; №2419-III (2419-14) від 17.05.2001; №2470-III (2470-14) від 29.05.2001; №2493-III (2493-14) від 07.06.2001; №2628-III (2628-14) від 11.07.2001). (Офіційне тлумачення до Закону див. в Рішенні Конституційного Суду №11-рп/2001 від 13.07.2001) [13], згідно з яким до компетенції місцевого самоврядування відноситься вирішення широкого кола питань, що стосуються соціально-економічного та культурного розвитку населення.

Навряд чи буде коректним відносити право громадян України на участь у референдумі виключно до політичних прав. В той же час, виходячи із формулювання родових об'єктів злочинів, які містяться у розділі V Особливої частини КК України, не буде також правильним і відносити цей склад злочину до групи діянь, що

посягають на інші особисті права і свободи людини і громадянина. Один із варіантів вирішення цієї проблеми може бути сприйнятий із КК РФ 1996 р.

Аналогічний склад злочину міститься в ст.141-142 КК РФ. На нашу думку, тут теж є певні проблеми, які першою чергою стосуються конструкцій відповідних статей (наприклад, ст.141 КК РФ має назву "Перешкоджання здійсненню виборчих прав або роботі виборчої комісії", а мова йде в диспозиції статті не тільки про виборчі права, а і про право брати участь у референдумі), але саме назва відповідної глави 19, яка містить в основному склади злочинів, подібні до тих, які містяться в розділі V Особливої частини КК України, є більш досконалою – "Злочини проти конституційних прав і свобод людини і громадянина". Така назва дає можливість визначити більш повно родовий об'єкт відповідної групи злочинів.

Специфічною особливістю кримінально-правової охорони права громадян на участь у референдумі є те, що цей об'єкт практично ніколи не охороняється за допомогою норм інших розділів Особливої частини КК України (на відміну від здоров'я, власності, життя).

Основною формою кримінально-правової охорони права громадян України на участь у референдумах є норми, передбачені ст.160 КК України, при кримінально-правовому аналізі яких постає питання про кількість юридичних складів злочинів у межах цієї статті та про безпосередній об'єкт (об'єкти) відповідних злочинів. У цій статті передбачені окремі види злочинів, які законодавець об'єднує під загальною назвою "Порушення законодавства про референдум".

У ч.1 ст.160 КК України передбачено один юридичний склад злочину, об'єктивна сторона якого має ускладнений характер: головна дія характеризується терміном "перешкоджання", яке направлене на окремі елементи процесу проведення референдуму. З одного боку це перешкоджання вести агітацію до дня референдуму, з іншого – перешкоджання брати або не брати участь у референдумі. На нашу думку, це простий юридичний склад злочину і немає жодних підстав, незважаючи на широку описову диспозицію, розглядати його в як склад злочину із альтернативною дією. Це тим більше очевидно, що таку дію, яка позначена в ч.1 ст.160 КК України словами "перешкоджання вести агітацію до дня проведення референдуму" практично можна вчинити тільки упродовж конкретного проміжку часу і в ніякому разі в жодний інший час. У ч.2 ст.160 КК України передбачено кваліфікований вид перешкоджання здійсненню права на референдум і веденню агітації до дня проведення референдуму.

Отже, є підстави зробити висновок, що ч.1 і ч.2 ст.160 КК України являє собою основний і кваліфікований склад злочину, який полягає в перешкодженні вільному здійсненню громадянином права на участь у референдумі і перешкодженні вести агітацію до дня проведення референдуму.

В якості кваліфікуючих ознак законодавець передбачає спеціального суб'єкта злочину – члена комісії з проведення референдуму або іншу службову особу, або групу осіб за попередньою змовою (в ч.2 ст.160 КК України некоректно вжито термін "попередня змова групи осіб", тоді як на законодавчому рівні в назві ст.28 КК України ця форма співучасті названа "група осіб за попередньою змовою").

На рівні основного юридичного складу злочину, передбаченого ч.1 ст.160 КК України, захищається такий безпосередній об'єкт як право брати або не брати участь

у референдумі та його елемент – право на ведення агітації до дня виборів, який немає підстав вважати окремим безпосереднім об'єктом.

Щодо ч.3 ст.160 КК України, то вона має складнішу конструкцію, яка передбачає три окремі основні юридичні склади злочинів: а) підроблення документів референдуму; б) завідомо неправильний підрахунок голосів; в) порушення таємниці голосування.

На рівні безпосередніх об'єктів цих злочинів передбачені окремі елементи процесу проведення референдуму. Виникає питання: чи є виправданим поєднання трьох окремих юридичних складів злочинів в одній статті, яка передбачає, крім цих трьох, ще два юридичні склади злочинів? Якщо проводити порівняння із юридичними складами злочинів проти виборчих прав громадян, то важливо особливо відзначити, що для захисту таких елементів виборчих правовідносин як, наприклад, таємниця голосування, законодавець формулює окремий юридичний склад злочину, який міститься в диспозиції окремої статті (ст.159 КК України).

Як видається, така ускладнена конструкція ст.160 КК України не виправдана. Кримінально-правовий аналіз юридичних складів злочинів, передбачених у цій статті є предметом окремого дослідження, яке є, безумовно, необхідним для формулювання шляхів удосконалення цієї кримінально-правової норми.

-
1. А.В. Наумов. Уголовное право. Общая часть: Курс лекций. – М.: БЕК, 1996. – 550 с.
 2. А.Н. Красиков. Уголовно-правовая охрана политических, гражданских и иных конституционных прав и свобод человека и гражданина в России. – Саратов: Изд-во Саратов. ун-та, 2000. – 100 с.
 3. Кримінальне право України: Особлива частина: Підручник для студ. юрид. вузів і факульт /За ред. П.С. Матишевського, С.С. Яценка, П.П. Андрушка. – К.: Юрінком Інтер, 1999. – 903 с.
 4. В.О. Навроцький. Кримінальне право України. Особлива частина: Курс лекцій. – К.: Знання, 2000. – 771 с.
 5. Цивільне право. – К.: Вентурі, 1997. – Ч.2. – 479 с.
 6. Права человека. Учебник для вузов /Отв. ред. – чл.-корр. РАН, д-р юрид. наук Е.А. Лукашева. – М.: Изд. группа Инфра-М-Норма., 1999. – 573 с.
 7. Конституційне право України /За ред. В.Я. Тація, В.Ф. Погорілка, Ю.М. Тодици. – К.: Український центр правничих студій, 1999. – 376 с.
 8. Курс советского уголовного права: В 6т. – М.: Наука, 1970. – Том II – Преступления.. – 516 с.
 9. Уголовное право. Общая часть: Учебник для вузов. – М.: Изд. группа Инфра-М-Норма, 1997. – 516 с.
 10. О.Г. Кушніренко, Т.М. Слінько. Права і свободи людини і громадянина: Навч. посібник. – Харків: Факт, 2001. – 440 с.
 11. Конституционное право зарубежных стран: Учебник для вузов / Под общ. ред. чл.-корр. РАН, проф. М.В. Баглая, д-ра юрид. наук, проф. Ю.И. Лейбо и д-ра юрид. наук, проф. Л.М. Энтина. – М.: Изд. группа Инфра-М-Норма, 1999. – 832 с.
 12. ВВР України. – 1991. – №33. – Ст.443.
 13. ВВР України. – 1997. – №24. – Ст.170.
 14. Конституційний договір між Верховною Радою України та Президентом України "Про основні засади організації та функціонування державної влади і місцевого самоврядування в Україні на період до прийняття нової Конституції" (ВВР України. –

1995. – №18. – Ст.133); Закон України від 17 грудня 1997 року "Про Центральну виборчу комісію" (ВВР. – 1998. – №5. – Ст.17); Указ Президента України від 15 січня 2000 року "Про проголошення всеукраїнського референдуму за народною ініціативою" (Голос України. – 2000. – 18 січ.); "Рішення Конституційного Суду України в справі за конституційним поданням 103 і 108 народних депутатів України щодо відповідності Конституції України (конституційності) Указу Президента України "Про проголошення всеукраїнського референдуму за народною ініціативою" (справа про всеукраїнський референдум за народною ініціативою). Справа №1-26/2000 /див. Конституційний Суд України: Рішення. Висновки. 1997-2001. Книга 1 /Відп. ред. – канд. юрид. наук П.Б. Євграфов. – К.: Юрінком Інтер, 2000. – С. 37-44.

SOME ISSUES OF CRIMINAL LEGISLATION EVOLVEMENT CONCERNING RESPONSIBILITY FOR THE CITIZENS' REFERENDUM RIGHTS VIOLATION

S. Lykhova

*Taras Shevchenko National University of Kyiv,
Volodymyrska Str., 64, UA-01033 Kyiv, Ukraine*

This article is devoted to criminal legal analysis of peculiar problems, connected with the title, contents and structure of chapter V of special part of Ukraine's Criminal Code. In particular, the immediate object of the crime, legal composition of which is given in article 160 of the Criminal Code of Ukraine, is determined. The main criminal legal forms of protection of Ukrainian citizens' political rights are analysed. The contradictions in legislative approaches to criminal legal rules construction concerning criminal responsibility for electoral rights violation (articles 157-159), on the one hand, and for referendum rights violation, on the other hand, are indicated.

Key words: referendum, political rights, criminal responsibility.

Стаття надійшла до редколегії 26.03.2003
Підписана до друку 30.10.2003

**СПІЛЬНІ ТА РОЗМЕЖУВАЛЬНІ ОЗНАКИ СКЛАДІВ
ЗЛОЧИНІВ, ПЕРЕДБАЧЕНИХ СТ.130 КК УКРАЇНИ
"ЗАРАЖЕННЯ ВІРУСОМ ІМУНОДЕФІЦИТУ ЛЮДИНИ ЧИ
ІНШОЇ НЕВИЛІКОВНОЇ ІНФЕКЦІЙНОЇ ХВОРОБИ", ІЗ
СУМІЖНИМИ СКЛАДАМИ ЗЛОЧИНІВ**

Л. Брич

*Львівський національний університет імені Івана Франка,
вул. Університетська, 1, м.Львів, 79000, Україна*

Розкрито зміст законодавчого терміну "вірус імунодефіциту людини чи іншої невиліковної інфекційної хвороби, що є небезпечною для життя людини", розкрито недоліки цього законодавчого формулювання, обґрунтовано пропозиції щодо його вдосконалення, виявлено спільні та розмежувальні ознаки складів злочинів, як передбачених ст.130 КК України, так і суміжних з ними складів злочинів, передбачених іншими статтями КК України, проаналізовано зміст цих ознак.

Ключові слова: поставлення в небезпеку зараження; зараження; вірус імунодефіциту людини чи іншої невиліковної інфекційної хвороби, небезпечної для життя людини.

У науковій літературі, присвяченій проблемам кримінально-правової кваліфікації, стверджується, що весь процес кваліфікації полягає у послідовному розмежуванні кожної ознаки вчиненого діяння від ознак інших, суміжних злочинів [1, с.126]. Зрозуміло, що не можна зводити всі проблеми кримінально-правової кваліфікації лише до розмежування складів злочинів, проте статистика, яка наведена у кримінально-правових дослідженнях, показує, що 60% помилок під час кваліфікації злочинів, пов'язані саме з їх розмежуванням. Для того щоб правильно розмежувати будь-які суміжні склади злочинів, дуже важливо правильно встановити їхні спільні та розмежувальні ознаки та чітко визначити зміст цих ознак. З'ясування змісту спільних та розмежувальних ознак складів злочинів, передбачених ст.130 КК України та суміжних з ними складів злочинів, які передбачені у інших статтях Особливої частини КК України і є метою цього дослідження.

Норму про відповідальність за зараження вірусом імунодефіциту людини чи іншої невиліковної інфекційної хвороби не можна назвати абсолютно новою. Відповідальність за зараження вірусом імунодефіциту людини була передбачена статтею 108² КК України 1960р. Разом з тим бузумовною новелою чинного КК України є те, що у статті 130 КК України встановлена відповідальність за зараження не лише вірусом імунодефіциту людини, а й іншою невиліковною інфекційною хворобою [2, с.104]. Тому у кримінально-правовій літературі ще недостатньо розроблені питання, пов'язані з аналізом ознак складів злочинів, передбачених ст.130 КК України, проблемами розмежування їх із суміжними складами злочинів та вирішення ситуацій, пов'язаних із конкуренцією кримінально-правових норм. Ці склади злочинів піддані аналізу в основному лише у науково-практичних коментарях до КК України [3, с.306-308; 4, с.270-273] та підручниках [5, с.52-55].

У ст.130 КК України встановлена відповідальність за три основні склади злочину (ч.1, ч.2, ч.4 ст.130) та один кваліфікований (ч.3 ст.130). Спільними ознаками у цих

суміжних складах злочинів виступають об'єкт злочину, знаряддя вчинення злочину та спеціальний суб'єкт злочину.

Об'єктивна сторона у кожному із простих та кваліфікованому видів цього злочину характеризується тим, що суспільно-небезпечне діяння пов'язане із вірусом імунodefіциту людини чи іншої невиліковної інфекційної хвороби, що є небезпечною для життя людини. Останній виступає знаряддям вчинення злочину, бо ним заподіюється шкода об'єкту кримінально-правової охорони. Ця ознака, як уже було сказано, є спільною ознакою суміжних складів злочинів, передбачених ст.130 КК України. Дуже важливо встановити зміст терміну "вірус імунodefіциту людини чи іншої невиліковної інфекційної хвороби, що є небезпечною для життя людини". Причому встановлення поняття вірусу імунodefіциту людини не становить труднощів, бо воно визначене у законі [6]. Проблема ж встановлення змісту, вжитого у законі термінологічного звороту "іншої невиліковної хвороби, що є небезпечною для життя людини", має кілька аспектів.

Перший аспект проблеми полягає у тому, щоб визначити, **яким збудником повинна передаватись інша невиліковна, небезпечна для життя людини інфекційна хвороба**, щоб свідоме поставлення у небезпеку зараження якою, чи зараження нею, могло кваліфікуватись за відповідною частиною ст.130 КК. З цього приводу у кримінально-правовій літературі висловлено дві точки зору.

Так О.О. Дудоров, коментуючи ст.130 КК України [3, с.307], до таких хвороб відносить, крім СНІДу та інших патологій вірусної етіології, також чуму, холеру, туберкульоз, які передаються бактеріями. Тобто всі хвороби, які у законодавстві названі як особливо небезпечні інфекційні хвороби [7]. Такого самого підходу притримується і В.В. Сташис. Говорячи про інші невиліковні інфекційні хвороби, що є небезпечними для життя людини, він не робить акценту на тому, що це хвороби лише вірусного походження [5, с.53]. Крім того, як приклад наводить захворювання важкими формами туберкульозу – хвороби, яка, як відомо, має бактерійну етіологію [8].

Друга позиція висловлена П.П. Андрушком, який, коментуючи цю ж статтю КК України у науково-практичному коментарі КК України іншого колективу авторів, пише: "Відповідальність передбачена за зараження іншої особи не будь-якими невиліковними інфекційними хворобами, а тими із них, що виникають внаслідок зараження лише одним із видів їх живих збудників – вірусами... Зараження іншої особи інфекційними, в тому числі особливо небезпечними хворобами невірусної етіології, зокрема бактеріальними (чума, холера, бруцельоз, туляремія, сибірка, сип та ін.) складу злочину, передбаченого ст.130, не утворює..." [4, с.271]. Вважаю, що є підстави погодитись саме з таким твердженням.

Граматичний метод тлумачення закону дозволяє стверджувати, що кримінальна відповідальність за будь-якою із частин ст.130 КК настає за відповідні діяння, пов'язані із невиліковною інфекційною хворобою, збудником якої є вірус. Діяння, пов'язане із відповідними хворобами, збудниками яких є інші види інфекцій: бактерії, незалежно від їхніх різновидів, у тому числі чума, холера, про яку згадує О.О. Дудоров, гельмінти, грибки чи інші паразити людини, не охоплюється жодним із складів злочинів, передбачених ст.130 КК України. Такий висновок ґрунтується на правилах української граматики. Згідно з правилами української мови про спосіб зв'язку слів у словосполученні (керування), "залежне слово стає в тому відмінку якого вимагає головне" [9, с.307; 10, с.287]. Тому слово "вірусом" стосується як

словосполучення "імунодефіциту людини", так і словосполучення "іншої невиліковної інфекційної хвороби".

Доказ того, що відповідальність за діяння, передбачені відповідними частинами ст.130 КК України, настає за поставлення в небезпеку зараження чи зараження саме хворобою вірусної етіології, міститься у тексті самого закону. У ч.2 ст.130 КК України є пряма вказівка на те, що суб'єкт злочину – це "особа, яка знала про те, що вона є носієм цього вірусу".

Прикметно, що О.О. Дудоров пізніше змінив свою позицію і у третьому виданні коментаря вказав: "... у ст.130 йдеться лише про ті інфекційні хвороби, які передаються від заражених людей здоровим вірусами, а не іншими живими збудниками" [11, с.282].

Метод граматичного тлумачення закону дозволяє встановити букву закону, тобто те, що сказав законодавець тим, чи іншим формулюванням тексту закону. Але для чіткого і правильного розуміння змісту кримінально-правової норми, для того, щоб уявити дух закону, потрібно встановити мотиви такого підходу законодавця. Як уже було сказано, зняттям вчинення злочину у складах злочинів, передбачених ст.130 КК, є невиліковна інфекційна хвороба, збудником якої є лише вірус. Очевидно, що для такої позиції законодавця є певні підстави. Як відомо, бактерії – це одноклітинні організми. Віруси ж не мають клітинної будови. Їхня структура значно простіша і менша за клітинну [12, с.115]. Завдяки їхній структурі та іншим особливостям ці організми практично неможливо знищити у людському тілі на відміну від організмів, які мають клітинну будову. Через ці об'єктивні причини на сьогодні не відомо природних інфекційних хвороб бактерійного походження, які були б невиліковними. Суспільна ж небезпека злочину, що розглядається, визначається не видом збудника хвороби, а невиліковним, небезпечним для життя характером інфекційної хвороби. Невиліковними вірусними хворобами, що призводять до смерті людини, є, наприклад, гарячка Ебола, кримська гарячка.

Але не лише віруси здатні викликати невиліковні, небезпечні для життя людини хвороби. Час від часу людство зустрічається з новими такими хворобами, з новими досі невідомими їх збудниками. Наприклад, нещодавно відкрита в медицині, і дуже небезпечна для людства проблема – патогенні (інфекційні) пріони. Патогенні пріони – це збудники "коров'ячого сказу" – хвороби, яка сучасною медициною вважається невиліковною, і яка дає стовідсотковий летальний результат [13, с.4]. Біологічно вони не тотожні з вірусами. Пріони – це новий біологічний тип інфекції [13, с.13]. Це ще менші за віруси живі білкові структури, які мають ще простішу, ніж віруси структуру. Тому ще більш стійкі в навколишньому середовищі, ще незнищенніші у людському організмі. Досить сказати, що вони витримують кип'ятіння, замороження, здатні потрапляти в організм людини всіма шляхами, в тому числі проникати через шкіру [13, с.17-18, 22, 27]. Світова медицина на сьогодні не знає способів лікування цієї хвороби. Біологічно пріони не тотожні вірусам живі організми, термінологічно вони не названі у диспозиціях відповідних кримінально-правових норм, тому поставлення в небезпеку зараження, чи зараження ними іншої людини знаходиться поза межами будь-якого із складів злочинів, передбачених ст.130 КК України. Але їхні вірулентні властивості схожі з властивостями вірусів, хвороба, що ними викликається є невиліковною і небезпечною для життя людини, тобто її ознаки співпадають із юридичними ознаками хвороби, описаної у диспозиціях відповідних частин ст.130 КК України.

Людство не лише відкриває існуючі в природі нові види збудників невиліковних, небезпечних для життя людини інфекційних хвороб, а й саме їх створює. Як приклад можна навести видозмінення бактерій – збудників сибірки, якими у 2001-2002 рр. терористи атакували США. Цей видозмінений людиною у лабораторних умовах збудник використовувався як бактеріологічна зброя і викликав невиліковну і смертельну хворобу. Тому можна стверджувати, що поставлення іншої особи у небезпеку зараження чи зараження пріонами або іншими збудниками, які викликають невиліковну смертельну хворобу, є не менш суспільно небезпечним діянням, ніж зараження вірусом імунodefіциту людини чи вірусом іншої невиліковної хвороби, небезпечною для життя людини, і таке діяння повинно бути криміналізоване. Тому у відповідній статті КК України потрібно внести зміни в частині вказівки на хворобу та її збудника. Відповідальність повинна наставати за поставлення в небезпеку зараження, чи зараження "вірусом імунodefіциту людини або іншою невиліковною інфекційною хворобою, небезпечною для життя людини". Таке формулювання означатиме, що кримінально-карним буде суспільно небезпечне діяння, яке потягло за собою наслідки у вигляді створення небезпеки зараження чи зараження хворобою, яка має вказані у диспозиції ч.1 ст.130 КК України ознаки, незалежно від її вірусної, бактеріальної, пріонової чи ще якоїсь, на сьогодні, невідомої етіології. Крім того, буде усунуто ще й такий недолік теперішнього законодавчого формулювання в цій частині, як тавтологію при формулюванні кримінально-правової норми: використання слова "інфекційної" для формулювання ознак складів злочинів, передбачених ст.130 КК України. Якщо це хвороба, збудником якої є вірус, то само собою зрозуміло, що вона є інфекційною [14].

Другий аспект проблеми встановлення змісту поняття "вірус іншої невиліковної інфекційної хвороби, що є небезпечною для життя людини", полягає в тому, що **хвороба має бути невиліковною**. П.П. Андрушко з цього приводу пише, що "повністю невиліковних хвороб немає... Визначення тієї чи іншої інфекційної хвороби невиліковною має даватись висновком судово-медичної експертизи, щодо конкретних фактів зараження такою хворобою... Очевидно, невиліковною інфекційною хворобою повинна вважатись така інфекційна хвороба, яка за конкретних фактичних обставин зараження нею і в даних конкретних умовах не може бути вилікувана" [4, с.271]. Думаю, з цією позицією погодитись важко. До обов'язкових ознак складів злочинів, передбачених ст.130 КК України, така ознака як обстановка вчинення злочину не включена. Тому для встановлення змісту поняття, що розглядається, не повинні мати значення такі обставини, як "наявність відповідних ліків, обладнання, фахівців відповідної кваліфікації, стадії перебігу хвороби", про які пише П.П. Андрушко, а також характеристики імунного статусу конкретного організму. Закон пише про невиліковну хворобу. Тобто така хвороба має бути об'єктивно невиліковною. Це означає, що на момент вчинення суспільно небезпечного діяння в медичній науці і практиці немає належним чином апробованих і дозволених для застосування методів і засобів лікування такої хвороби. І такі хвороби існують. Для кваліфікації діяння не може мати значення той факт, про який говорить П.П. Андрушко, що інфекційні хвороби, які вважаються невиліковними в одних країнах, можуть піддаватися лікуванню в інших. Розуміння невиліковності хвороби не можна виводити із конкретної ситуації. Це поняття, як уже було сказано, є об'єктивним. Для визначення того, є та чи інша хвороба невиліковною, проводити судово-медичну експертизу не потрібно, бо, як уже було сказано, для встановлення

факту невиліковності хвороби індивідуальні показники людського організму чи характеристики конкретної ситуації зараження і лікування не повинні мати значення. Достатньо висновку спеціаліста про об'єктивно невиліковний і небезпечний для життя людини характер тієї чи іншої хвороби. Але в найближчій перспективі доцільно було б це оціночне поняття зробити формально визначеним у спеціальному нормативному акті – "Переліку невиліковних інфекційних хвороб, що є небезпечними для життя людини", який будучи затвердженим наказом Міністра охорони здоров'я України, виражав би офіційну позицію, засновану на досягненнях медичної науки, щодо проблеми, яка розглядається. Такий перелік мав би періодично переглядатися і доповнюватися, чи зменшуватися залежно від того, відкриваються нові збудники невиліковних інфекційних хвороб, небезпечних для життя людини, чи з'являються нові методи лікування існуючих.

Третій аспект проблеми встановлення змісту поняття "вірус іншої невиліковної інфекційної хвороби, що є небезпечною для життя людини" полягає в тому, що **хвороба, про яку йдеться, має бути не просто невиліковною, а небезпечною для життя людини**. Щоб встановити зміст ознаки "хвороба, яка є небезпечною для життя людини", потрібно застосувати системний метод тлумачення закону. Наявність у диспозиції однієї й тієї ж частини статті КК вказівки на вірус імунodefіциту людини в одному ряду із вказівкою на вірус іншої невиліковної інфекційної хвороби, що є небезпечною для життя людини, означає, що вірус іншої невиліковної інфекційної хвороби, небезпечною для життя людини – явище однопорядкове за своїми властивостями із збудником СНІДу. Проведення аналогії із вірусом імунodefіциту людини дозволяє стверджувати, що невиліковна інфекційна небезпечна для життя людини хвороба – це хвороба, яка при закономірному її розвитку, навіть в разі лікування існуючими на сьогоднішній день засобами через більш чи менш тривалий час після інфікування призводить до смерті. А звідси випливає, що поставлення в небезпеку зараження, чи зараження вірусом невиліковної інфекційної хвороби, яка у разі належного її лікування не призводить до смерті і в багатьох випадках суттєво не погіршує якість життя особи, хоч би й без лікування вона прямо чи непрямо призводила б до смерті (наприклад, цитомегаловірус чи вірус простого герпесу), не охоплюється складами злочинів, передбачених ст.130 КК України.

Говорячи про останню ознаку знаряддя вчинення злочину, доцільно звернути увагу на недоліки формулювання закону в цій частині. У диспозиції ч.2 ст.130 КК України при описанні знаряддя вчинення злочину вказівка на те, що хвороба є небезпечною для життя людини, відсутня. У кримінально-правовій літературі ніхто з авторів не осперює того, що невиліковний, небезпечний для життя людини характер хвороби є спільною ознакою для усіх суміжних складів злочинів, передбачених різними частинами ст.ст.130, ст.131, 132, КК України [3, с.306-311; 4, с.270-276; 5, с.56-59, 52-54]. Незважаючи на це, зазначений вище недолік законодавчої техніки може викликати різні тлумачення такої ознаки як знаряддя вчинення злочину в частині того, чи небезпечність для життя людини є обов'язковою властивістю хвороби для усіх складів злочинів, передбачених ст.130 КК України. Найпростіший спосіб уникнути помилкового розуміння тих чи інших ознак, описаних у диспозиції кримінально-правової норми – чітко їх сформулювати. Тому й потрібно у ч.2 ст.130 КК України назвати всі властивості хвороби, з якою пов'язане вчинення цього

злочину. Тобто дати таку вказівку на знаряддя вчинення злочину, якою вона має бути у диспозиціях всіх частин ст.130 КК України і яка пропонувалася вище в цій роботі.

Але якщо говорити про вдосконалення законодавства у перспективі, про нову кодифікацію, то потрібно переглянути підходи до визначення хвороби, зараження якою тягне кримінальну відповідальність, врахувавши досягнення сучасної медицини.

Таким чином, під іншою невиліковною інфекційною хворобою, що є небезпечною для життя людини, у контексті чинних кримінально-правових норм, потрібно розуміти хворобу, збудником якої є вірус, щодо якої у медичній науці та практиці немає належним чином апробованих і дозволених для застосування методів і засобів лікування, і яка при закономірному її розвитку через більш чи менш тривалий час після інфікування призводить до смерті людини. Всі три ознаки, які формують поняття, що розглядається, є обов'язковими.

Суб'єкт усіх простих і кваліфікованих складів злочинів, передбачених ст.130 КК – спеціальний. Незважаючи на те, що ознаки, на основі яких виводиться поняття спеціального суб'єкта, названі у диспозиціях кримінально-правових норм, що передбачають прості склади злочинів, текстуально не збігаються, спеціальний суб'єкт виступає спільною ознакою для усіх складів злочинів, передбачених ст.130 КК України. До такого висновку приводить аналіз змісту ознак, за допомогою яких у тексті закону дається вказівка на спеціального суб'єкта злочину. Ним виступає особа, яка, крім ознак загального суб'єкта має ще й такі додаткові ознаки: по-перше, є носієм вірусу імунodefіциту людини чи іншої невиліковної інфекційної хвороби, що є небезпечною для життя людини; по-друге, знала про наявність у неї цієї хвороби; по-третє, була попереджена у закладі охорони здоров'я про свої обов'язки і про заходи недопущення поширення на інших людей цієї хвороби. Перші дві ознаки прямо названі у диспозиції ч.2 ст.130 КК України. Стосовно складу злочину, передбаченого ч.1 цієї статті, обов'язковість названих двох ознак впливає із змісту диспозиції, зокрема із вказівки на те, що поставлення в небезпеку зараження іншої особи є свідомим. Нечітка вказівка на спеціальний суб'єкт злочину створює необхідність будувати здогади про його особливі ознаки та про зміст інших ознак складу злочину, такої наприклад, як суб'єктивна сторона, ґрунтуючись на недосконалих формулюваннях закону, зокрема вказівки у ч.1 ст.130 КК України на те, що поставлення в небезпеку зараження іншої особи відповідним вірусом є свідомим. Свідомість є обов'язковою ознакою суспільно небезпечного діяння у будь-якому складі злочину. Те, що злочинне діяння є поведінкою свідомою – це аксіома у кримінальному праві [15, с.111; 16, с.111]. Використання фундаментальних, наскрізних понять кримінального права для описання особливостей конкретного складу злочину є вкрай невдалим. На недоречність вказівки на свідомий характер поведінки винного у диспозиції статті Особливої частини, і зокрема у ст.130 КК України також вказував В.О. Навроцький [2, с.31-32].

У ч.4 ст.130 КК України суб'єкт злочину не названий, не описані його спеціальні ознаки. Вказівка у диспозиції цієї кримінально-правової норми на те, що зараження є умисним, і та обставина, що цей простий склад злочину, передбачений тією ж статтею, що й склад злочину, суб'єкт якого чітко окреслений у законі, як "особа, яка знала про те, що вона є носієм цього вірусу" (ч.2 ст.130 КК України); наявність у КК статті, яка передбачає склад злочину (ч.1 ст.131 КК України), що розмежовується із складом злочину, передбаченим ч.4 ст.130 КК України за спеціальним суб'єктом

злочину, хоч це й не єдина їх розмежувальна ознака, дозволяє зробити висновок про обов'язковість названих вище двох ознак спеціального суб'єкта. Проте, якщо аналізувати ознаки простого складу злочину, передбаченого ч.4 ст.130 КК України, у відриві від інших складів злочинів, передбачених цією статтею, то треба зауважити, що формулювання диспозиції ч.4 ст.130 КК України дає підстави припустити, що суб'єкт цього злочину – загальний, тобто що ним може бути й особа, яка не є носієм вірусу, а умисно заражає іншу особу, вносячи вірус у організм потерпілого із навколишнього середовища. Це може викликати помилкову кваліфікацію під час застосування цієї норми.

Тому ст.130 КК України потребує вдосконалення також у частині описання суб'єкта складів злочинів, передбачених нею. Доцільно було б у ч.1 та у ч.4 вказати суб'єкт злочину так само, як він описаний у ч.2 цієї статті.

На третю з названих вище ознак спеціального суб'єкта прямої вказівки немає в жодній з диспозицій, передбачених ст.130 КК України. Але її обов'язковість випливає із комплексного аналізу змісту диспозицій, передбачених різними частинами ст.130 КК України, принципів кримінального права, зокрема принципу відповідальності за наявності вини. А ні у кримінальному праві, ні у інших галузях права не передбачається обов'язок особи мати медичні знання, в тому числі про шляхи зараження невиліковними небезпечними для життя людини вірусними хворобами. Про ці способи можливого зараження особа повинна бути попереджена.

З'ясувавши зміст терміну – "вірус імунodefіциту людини чи іншої невиліковної інфекційної хвороби, що є небезпечною для життя людини", та охарактеризувавши спеціального суб'єкта злочину – ознак, які, як уже було сказано, є спільними для усіх простих та кваліфікованого складів злочинів, передбачених ст.130 КК України, ***потрібно перейти до встановлення змісту розмежувальних ознак цих складів злочинів.*** Прості склади злочинів, передбачені ст.130 КК України, які виступають суміжними, розмежовуються між собою за суспільно-небезпечним діянням, суспільно небезпечними наслідками та видом вини.

Для характеристики об'єктивної сторони складів злочинів, передбачених ст.130 КК України законодавцем використані поняття "зараження" та "поставлення в небезпеку зараження".

У ч.1 ст.130 КК України передбачено відповідальність за свідоме поставлення іншої особи у небезпеку зараження, проаналізованими вище хворобами. У кримінально-правовій літературі можна зустріти думку, що такий склад злочину потрібно вважати формальним [17, с.95]. Але досить поширеною у теорії кримінального права і, на мою думку, більш обґрунтованою є позиція, згідно з якою делікти поставлення в небезпеку, містять матеріальний склад, а саме поставлення в небезпеку вважається як діянням, так і суспільно-небезпечним наслідком. Виходячи з другої з наведених позицій, поставлення іншої особи у небезпеку зараження вірусом імунodefіциту людини чи іншої невиліковної інфекційної хвороби, що є небезпечною для життя людини, – це створення ситуації, коли збудник потрапляє або може потрапити в організм потерпілого. При цьому, якщо збудник потрапляє у організм потерпілого, то зараження не настає з різних причин: через високу опірність організму потерпілого, чи через недостатню кількість збудника, чи через його недостатню життєздатність. Відповідно злочин вважається закінченим з моменту вчинення дій, коли збудник потрапляє, або може потрапити в організм потерпілого.

Така ж точка зору на момент закінчення цього злочину обґрунтована О.М. Джужою [18, с.15].

Способи поставлення в небезпеку зараження іншої особи не названі у диспозиції ч.1 ст.130 КК України. Але не можна сказати, що вони не мають значення для кваліфікації вчиненого. Важливим є те, що ці способи – це шляхи проникнення збудника в організм людини, які відомі на сьогодні в медицині і про які попереджено особу, яка є носієм збудника. У різних збудників ці шляхи неоднакові. Стосовно вірусу імунодефіциту людини, то сучасна медицина вважає, що ВІЛ може передаватись статевим шляхом, а також через кров і її препарати, органи та тканини, отримані від інфікованого донора. Відповідно поставленням у небезпеку зараження іншої особи цим вірусом буде, наприклад, здавання донорської крові, що прямо заборонено ст.15 Закону України "Про запобігання захворюванню на синдром набутого імунодефіциту (СНІД) та соціальний захист населення", а також порушення вимог про вжиття заходів щодо запобігання поширенню ВІЛ-інфекції: користування спільно з іншими особами шприцями для ін'єкцій, вступ у статевий зв'язок, навіть, якщо винний при цьому використовував механічні запобіжні засоби. Стосовно останнього, то у кримінально-правовій літературі побутує помилкова думка, що поставленням у небезпеку зараження вірусом імунодефіциту людини буде лише вступ у статевий контакт без використання механічних захисних засобів [3, с.307; 17, с.95; 19, с.49]. Згідно із сучасними знаннями в медицині, ці засоби не вважаються достатньою перешкодою для проникнення ВІЛ у організм іншої людини. І взагалі їхнє пряме призначення – бути засобами контрацепції. До речі, П.П. Андрушко, називаючи статеві зносини, як можливий шлях безпосереднього попадання вірусу імунодефіциту в організм людини не наголошує на тому, що це статеві контакти без використання запобіжних засобів [4, с.271].

Стосовно ж вірусів інших невиліковних, небезпечних для життя людини інфекційних хвороб, то це може бути навіть надання в користування іншій особі своїх речей, рукостискання, знаходження у одному приміщенні із здоровими людьми, залежно від заразних властивостей конкретної хвороби [20, с.4; 21].

Якщо ж, всупереч встановленим уявленням про шляхи передачі збудника, в результаті нових досліджень виявиться, що є ще й інші способи зараження цим збудником інших людей, особа, яка не була про них попереджена, не може нести відповідальності за вчинене, навіть у разі зараження іншої людини.

Зараження вірусом імунодефіциту людини чи іншої невиліковної інфекційної хвороби, що є небезпечною для життя людини, відповідальність за яке, передбачена у ч.2 ст.130 КК України, означає, що в результаті вчинення винним дій, які ставлять в реальну небезпеку зараження цими хворобами іншої особи, потерпілий став носієм вірусу. При цьому, як вказується в усіх вищенаведених джерелах, не має значення чи потерпілий реально захворів (мав клінічні ознаки захворювання) на момент кваліфікації діяння.

Зміст суб'єктивної сторони не однаковий у простих складах злочинів, передбачених ст.130 КК України. Тому *суб'єктивна сторона виступає однією з їх розмежувальних ознак*.

Суб'єктивна сторона складу злочину, передбаченого ч.1 ст.130 КК України, характеризується злочинною самовпевненістю або непрямим умислом [3, с.307; 4, с.272]. Деякі російські автори стверджують, що аналогічний злочин, передбачений ч.1 ст.122 КК Російської Федерації 1996р., може вчинятися лише з прямим умислом.

Про це, на їхню думку, свідчить термін "завідомість". Ці автори вказують, що особа знає про наявність у неї захворювання і завідомо, тобто свідомо ставить іншу особу в небезпеку зараження [17, с.95]. Думаю, що вказівка у ч.1 ст.130 КК України на те, що поставлення у небезпеку зараження є свідомим вказує на наявність першої інтелектуальної ознаки умислу, тобто, що винний знав про те, що він є носієм вірусу імунodefіциту людини чи іншої невиліковної інфекційної хвороби, що є небезпечною для життя людини; і був попереджений у закладі охорони здоров'я про свої обов'язки і про заходи недопущення поширення на інших людей цієї хвороби.

Якщо ж особа бажала заразити потерпілого наявною у неї хворобою, але незважаючи на дії чи бездіяльність винного, що полягали у поставленні в небезпеку зараження іншої особи, з причин, що не залежали від волі винного, зараження не відбулося, то в даному випадку має місце замах на вчинення злочину більш небезпечного, ніж реально вчинене діяння. Тому вчинене потрібно кваліфікувати, як пишуть О.О. Дудоров та П.П. Андрушко, як замах на вчинення злочину передбаченого ч.4 ст.130 КК України.

Злочин, передбачений ч.2 ст.130 КК України із суб'єктивної сторони характеризується лише злочинною самовпевненістю, бо в ч.4 цієї статті передбачений склад злочину з умисною формою вини. До такого висновку дозволяє дійти порівняння диспозицій названих кримінально-правових норм. У диспозиції ч.2 ст.130 КК України не названо форми вини, з якою може вчинятись передбачений нею злочин, тобто "зараження іншої особи вірусом...". У диспозиції ж ч.4 цієї статті вказано, що таке зараження має бути умисним. І це єдина ознака, за якою відрізняються склади злочинів, про які йдеться. Все сказане означає, що умисна форма вини не може бути характерна для складу злочину, передбаченого ч.2 ст.130 КК України.

Аналіз ознак спеціального суб'єкта злочину, передбаченого будь-якою з частин ст.130 КК України, а саме – вказівки в тексті закону на те, що особа знала, що вона є носієм вірусу, дозволяє стверджувати, що злочинна недбалість не є видом вини, характерним для складів злочинів, передбачених цією статтею.

Злочин, передбачений ч.4 ст.130, може бути вчинений як з прямим, так і з непрямым умислом. Як уже говорилося вище, вказівка на форму вини у цьому складі злочину міститься у самому законі.

Таким чином проведено розмежування між складами злочинів, передбачених ст 130 КК України. Але цим не вичерпується проблема розмежування складів злочинів, передбачених цією статтею із суміжними складами злочинів. У КК України є ще кілька складів злочинів, певні ознаки яких збігаються із ознаками складів злочинів, передбачених ст.130 КК України. Тому **актуальною є проблема розмежування складів злочинів, передбачених ст.130 КК України із складами злочинів, передбачених іншими статтями КК України.**

Суміжним із складами злочинів, передбаченими ст.130 КК України, є склад злочину, передбачений ч.1 ст.131 КК України "Неналежне виконання професійних обов'язків, що спричинило зараження особи вірусом імунodefіциту людини чи іншої невиліковної інфекційної хвороби".

Спільною ознакою у порівнюваних складах злочинів є знаряддя вчинення злочину, тобто те, що суспільно небезпечне діяння пов'язане із вірусом імунodefіциту людини чи іншої невиліковної інфекційної хвороби, що є

небезпечною для життя людини. Звісно, що зміст цього поняття у всіх статтях КК, де воно вживається, однаковий. Співпадає у складах злочинів, передбачених ч.2 ст.130 та ч.1 ст.131 КК України, також така ознака, як суспільно небезпечні наслідки. Вони полягають у зараженні особи. Зміст цього поняття було роз'яснено вище. Співпадає такий вид вини, як злочинна самовпевненість. Зараження іншої особи вірусом імунodefіциту людини чи іншої невиліковної інфекційної хвороби, небезпечною для життя людини, характеризується, як уже було сказано, злочинною самовпевненістю. Неналежне виконання професійних обов'язків, що спричинило зараження особи вірусом імунodefіциту людини, є необережним злочином і може вчинятися як із злочинною самовпевненістю, так і з злочинною недбалістю. Оскільки найбільше спільних ознак у складу злочину, передбаченому ч.1 ст.131 КК України, саме із складом злочину, передбаченим у ч.2 ст.130 КК України, то розмежування доцільно проводити саме між ними. Розмежувальними ж ознаками у складах злочинів, що порівнюються, є характер дій, чи бездіяльності, в яких полягає суспільно небезпечне діяння, спеціальний суб'єкт злочину.

Суспільно небезпечне діяння у складі злочину, передбаченому ч.2 ст.130 КК України, полягає у зараженні іншої особи, тобто у вчиненні дій або бездіяльності, завдяки яким вірус проникає в організм іншої людини від винної особи. Неналежне ж виконання професійних обов'язків, що спричинило зараження іншої особи, може вчинятись як шляхом дії, так і бездіяльності, і полягає у невиконанні заходів профілактики розповсюдження збудників інфекційних хвороб, недотриманні вимог сангігієни як нормативно затверджених, так і нормативно незатверджених, але, розроблених у медицині і загальновідомих для працівників, що мають відповідну освіту і займаються відповідним видом професійної діяльності. Винна особа, по-суті, створює умови проникнення вірусу в організм іншої людини або сама вносить його туди з навколишнього середовища. Можливі випадки, коли винна особа, не знаючи про те, що вона є носієм вірусу, через неналежне виконання своїх професійних обов'язків вносить вірус потерпілому із свого організму.

Конкретні дії, що формують зміст поняття "неналежне виконання своїх професійних обов'язків", у цьому складі злочину, не тотожні, а відмінні від тих дій, які формують поняття неналежне виконання своїх професійних обов'язків у складі злочину, передбаченому ст.140 КК України, всупереч позиції О.О. Дудорова [3, с.309]. Норми, передбачені ст.131 КК України та ст.140 КК України перебувають у конкуренції загальної і спеціальної норм. Загальною виступає норма, передбачена відповідною частиною ст.140 КК України. Специфіка суспільно небезпечного діяння, яка була охарактеризована вище, та наслідків злочину якраз і робить норму, передбачену відповідною частиною ст.131 КК України, спеціальною.

Обстановка вчинення злочину, тобто те, що суспільно небезпечне діяння вчинялося під час виконання професійних обов'язків, хоч і не названа у диспозиції ч.1 ст.131 КК України, проте виступає обов'язковою ознакою неналежного виконання професійних обов'язків, що спричинило зараження особи вірусом імунodefіциту людини чи іншої невиліковної інфекційної хвороби, що є небезпечною для життя людини, у випадках, коли зараження потерпілого відбувається в результаті медичних маніпуляцій. Також ця ознака виступає розмежувальною між складами злочинів, що порівнюються. У публіцистичній літературі описаний випадок, коли лікар-стоматолог, який був ВІЛ-інфікований і не

знав про це, заразив пацієнтку, бо працював без рукавиць. Думаю, що в цьому випадку має місце саме злочин, передбачений ч.1 ст.131 КК України.

Ознаки спеціального суб'єкта також виступають розмежувальними між основними складами злочинів, передбаченими ст.130 та ст.131 КК України. На відміну від складів злочинів, передбачених ст.130 КК України, суб'єктом злочинів, передбачених ст.131 КК України є медичний, фармацевтичний або інший працівник, який виконує професійні обов'язки. Потрібно сказати, що інший працівник – це особа, в обов'язки якої, як і в обов'язки медичного та фармацевтичного працівника, входить недопущення розповсюдження хвороб, що аналізуються. Інший працівник – це, наприклад, працівник санітарно-ветеринарної служби ринку, який зобов'язаний перевіряти безпечність і якість продуктів, що пропонуються на продаж. Суб'єктом цього злочину не може бути визнана особа, навіть наділена повноваженнями службової, яка не зобов'язана мати відповідні медичні знання і розрізняти інфекційні хвороби, небезпечні для життя людини. Адже в цьому, як і у всіх інших випадках, діє принцип відповідальності за наявності вини.

П.П. Андрушко, коментуючи ст.131 КК України, серед можливих суб'єктів цього злочину називає працівників дипломатичних представництв та консульських установ України за кордоном, які видали візу на в'їзд в Україну без дотримання вимог ст.11 Закону України "Про запобігання захворюванню на синдром набутого імунodefіциту (СНІД) та соціальний захист населення" [4, с.274]. В зв'язку з цим хотілося б звернути увагу на те, що і простий, і кваліфікований види цього злочину мають матеріальні склади, причинний зв'язок між неналежним виконанням суб'єктом цього злочину своїх професійних обов'язків і зараженням іншої особи відповідним вірусом є обов'язковою ознакою об'єктивної сторони кожного із складів злочинів, передбачених ст.131 КК України. А між діяннями названих П.П. Андрушком працівників і наслідками простого чи кваліфікованого видів злочину, що аналізується, навряд чи можна встановити прямий причинний зв'язок. Зокрема, ВІЛ не передається повітряно-крапельним шляхом, не проникає в організм іншої людини через здорову шкіру. Для того, щоб відбулося зараження іншої людини цим вірусом необхідним є діяння самої інфікованої особи. А це виключає можливість притягнення до кримінальної відповідальності інших осіб. Разом з тим, працівники, котрі здійснюють лабораторну діагностику ВІЛ-інфекції, інших невиліковних інфекційних хвороб, які названі П.П. Андрушком у переліку можливих суб'єктів злочину, у разі поставлення неправильного діагнозу ВІЛ-інфікованої особи, яка, в зв'язку з цим, вважаючи себе здоровою, заразить інших людей, можуть бути притягнуті до кримінальної відповідальності за відповідною частиною ст.131 КК України за наявності усіх необхідних ознак складу злочину. До такої категорії спеціального суб'єкта злочину, передбаченого будь-якою з частин ст.131 КК України, названою в законі як "інший працівник", О.М. Джужа відносить і перукарів, працівників, які надають косметичні послуги [18, с.18].

На підставі викладеного можна виділити такі ознаки спеціального суб'єкта злочину, передбаченого ст.131 КК України: 1) це – медичний, фармацевтичний або інший працівник; 2) в його професійні обов'язки входить недопущення розповсюдження хвороб, названих у диспозиції ч.1 ст.131 КК України; 3) у зв'язку з виконанням своїх професійних обов'язків цей працівник наділений відповідними знаннями про заходи недопущення інфікування інших осіб.

Зараження іншої особи вірусом імунодефіциту людини чи іншої невиліковної інфекційної хвороби, що є небезпечною для життя людини, особою, яка знала про те, що вона є носієм цього вірусу – злочин, передбачений ч.2 ст.130 КК України, потрібно розмежовувати із злочином, передбаченим ч.1 ст.133 КК України, – зараження іншої особи венеричною хворобою особою, яка знала про наявність у неї цієї хвороби. Необхідність розмежувати зумовлена наявністю спільних ознак: суспільно небезпечного діяння та суспільно небезпечних наслідків, що полягають у зараженні.

У цих складів злочинів лише одна розмежувальна ознака – знаряддя вчинення злочину – збудник хвороби, щодо якої вчиняється суспільно небезпечне діяння. Перелік венеричних хвороб не затверджений у нормативних актах. Але медична й судова практика відносить до венеричних п'ять конкретних хвороб. Тому розмежування складів злочинів, що порівнюються, не повинно викликати труднощів.

Проте формулювання кримінально-правової норми, що встановлює відповідальність за зараження венеричною хворобою, викликає зауваження. Нормативно визначеного переліку венеричних хвороб не існує, нормативні акти, які встановлювали порядок звітності про захворюваність на венеричні хвороби, скасовані [22]. Нині у законодавстві, що діє у сфері охорони здоров'я, замість терміну "венеричні хвороби" використовується термін "хвороби, що передаються статевим шляхом" [23; 24; 25]. Тому законодавцю потрібно відмовитись від використання архаїчного терміну "венерична хвороба", замінивши його тим, який сьогодні використовується у законодавстві, що регламентує питання охорони здоров'я. Потрібно також нормативно визначити перелік таких хвороб.

Професор В.Н. Кудрявцев писав, що з точки зору теорії кваліфікації важливо не стільки вирішити конкретні дискусійні випадки розмежування злочинів, скільки встановити загальні правила для таких рішень [1, с.126]. Але щоб встановити загальні закономірності, яким підпорядковується розмежування складів злочинів, виявити недоліки у кримінальному законі, що перешкоджають чіткому розмежуванню складів злочинів, потрібно проаналізувати всі конкретні випадки розмежування, встановити спільні та розмежувальні ознаки конкретних суміжних складів злочинів. На підставі такого аналізу можна обґрунтувати пропозиції стосовно вдосконалення кримінального закону та сформулювати загальні правила розмежування складів злочинів. Тому дослідження проблем розмежування складів злочинів, передбачених ст.130 КК України із суміжними, як у межах цієї статті КК, так і з передбаченими в інших статтях КК України, є сходящем до вироблення загальних правил розмежування складів злочинів.

1. Кудрявцев В.Н. Общая теория квалификации преступлений. – Москва: Юристъ, 1999.
2. Навроцький В.О. Наступність кримінального законодавства України (порівняльний аналіз КК України 1960р. та 2001р.). – Київ: Атіка, 2001.
3. Науково-практичний коментар Кримінального кодексу України від 5 квітня 2001 р. /За ред. М.І. Мельника, М.І.Хавронюка.-К.: Каннон, 2001.
4. Науково-практичний коментар до кримінального кодексу України: За станом законодавства і постанов Пленуму Верховного Суду України на 1 грудня 2001 р. /За ред. С.С.Яценка. – К.: А.С.К., 2002.

5. Кримінальне право України. Особлива частина./За ред. професорів М.І.Бажанова, В.В.Сташиса, В.Я.Тация. – Київ-Харків: Юрінком Інтер-Право, 2002.
6. "Про запобігання захворюванню на синдром набутого імунodefіциту (СНІД) та соціальний захист населення": Закон України від 12 грудня 1991р. із змінами, внесеними Законами України від 3 березня 1998р., 15 листопада 2001 р. //Відомості Верховної Ради України. – 1992. – №.11. – Ст.152; 1998. – №35. – Ст.235; 2001. – №6. – Ст.41.
7. "Перелік особливо небезпечних, небезпечних інфекційних і паразитарних хвороб людини і носійства збудників цих хвороб": затверджений наказом МОЗ України від 19 липня 1995 р, №133, //www. rada. kiev. ua.
8. "Про боротьбу із захворюванням на туберкульоз": Закон України від 5 липня 2001р. //Відомості Верховної Ради України. – 2001. – №49. – Ст.258.
9. Сучасна українська літературна мова./За ред. М.Я.Плющ. – Київ: Вища школа, 1994.
10. Словник української мови. В 11-ти томах. Т.3. – Київ: Наукова думка, 1972.
11. Науково-практичний коментар Кримінального кодексу України. 3-є вид., переробл. та доповн. / За ред. М.І. Мельника, М.І. Хавронюка. – К.: Атіка, 2003.
12. Здоровье матери и ребенка. Энциклопедия. – Киев: Издательство "Украинская энциклопедия" имени М.П.Бажана, 1992.
13. Ладанівський Р.І., Павлів Р.М., Кудла О.С. Пріонні інфекції (Трансмісійні губкоподібні енцефалопатії). – Львів, 2001.
14. "Про захист населення від інфекційних хвороб": Закон України від 6 квітня 2002р. //Відомості Верховної Ради України. – 2002. – №29. – Ст.228.
15. Уголовное право Украинской ССР на современном этапе. Часть Общая. – Киев: "Наукова думка", 1985.
16. Кримінальне право України. Загальна частина. – Київ: Правові джерела, 2002.
17. Уголовное право. Особенная часть. Учебник для вузов. Ответственные редакторы: д.ю.н., проф.И.Я.Козаченко, д.ю.н., проф.З.А.Незнамова, к.ю.н., доц. Г.П.Новоселов. – М.:Издат.группа ИНФРА-М-НОРМА, 1998.
18. Джужа О.М. Запобігання поширенню СНІДу: кримінологічні та кримінально-правові проблеми. Автореферат дисер.... доктора юрид. наук. – Київ, 1996.
19. Уголовное право России. Особенная часть. Учебник под ред. проф. А.И. Рарога. – М.: Институт международного права и экономики. Издательство "Триада, Лтд", 1996.
20. SARS: наростаюча загроза. // За здорову націю. Медичний вісник. – 2003. – №2.
21. "Инструкция по проведению первичных мероприятий при выявлении больного (трупа), подозрительного на заболевание чумой, холерой, контактиозными вирусными геморрагическими лихорадками", утверждена заместителем Министра охраны здоровья СССР от 21.06.1985г.
22. "Про затвердження форм галузевої статистичної звітності закладів охорони здоров'я України": наказ МОЗ України від 3 травня 1999р., №102. //www. rada. kiev. ua.
23. "Про створення Міжвідомчої координаційної ради з питань боротьби з хворобами, що передаються статевим шляхом": наказ МОЗ України від 4 червня 1998р., №151. //www. rada. kiev. ua.
24. "Про невідкладні заходи протидії в Україні розповсюдженню хвороб, що передаються статевим шляхом": наказ МОЗ України від 4 вересня 1998р., №19. //www. rada. kiev. ua.
25. "Про комплексні заходи для запобігання розповсюдженню хвороб, що передаються статевим шляхом": постанова Кабінету Міністрів України від 23 березня 1998р. //www. rada. kiev. ua.

**COMMON AND DIFFERENTIATING FEATURES OF THE
BODIES OF CRIMES, FIXED IN ARTICLE 130 OF THE
CRIMINAL CODE OF UKRAINE "HUMAN
IMMUNODEFICIENCY VIRUS OR UNTREATABLE INFECTION
DISEASE, DANGEROUS FOR HUMAN LIFE" AND RELATED
BODIES OF CRIMES**

L. Brych

*Ivan Franko National University of Lviv
Universytetska Str., 1, UA-79000 Lviv, Ukraine*

In this article the essence of the legislation term "Human immunodeficiency virus or untreatable infection disease, dangerous for human life" is explained, the disadvantages of such legislation formulation are shown, the propositions towards its improvement are argued, common and differentiating features of the bodies of crimes, fixed in article 130 of the Criminal Code of Ukraine, and related bodies of crimes, fixed in other articles of the Criminal Code of Ukraine are revealed, the essence of these features is analyzed.

Key words: infection endangering; infection; Human Immunodeficiency Virus or untreatable infection disease, dangerous for human life.

Стаття надійшла до редколегії 7.02.2003
Підписана до друку 30.10.2003

ОБ'ЄКТИ СКЛАДУ ЗЛОЧИНУ: "ВТЕЧА З МІСЦЯ ПОЗБАВЛЕННЯ ВОЛІ АБО З-ПІД ВАРТИ"

М. Голомша

*прокуратура Рівненської області
вул.16 липня 52, м.Рівне, 33028, Україна,
тел.(0362) 62-03-00*

Розглядається об'єкт втечі з місця позбавлення волі або з-під варти. Аналізується значення об'єкта втечі з місця позбавлення волі або з-під варти при дослідженні проблеми відповідальності за конкретний злочин.

Ключові слова: об'єкт злочину, втеча з місця позбавлення волі або з-під варти.

Суспільна небезпека злочину багато в чому визначається характером тих суспільних відносин і цінностей, яким заподіюється або може бути заподіяна шкода його вчиненням. Відповідь на питання: чому і яка шкода заподіяна тим чи іншим конкретним злочином – означає відповідь на питання: що є об'єктом того чи іншого злочину. Правильне вирішення цього питання сприятиме розв'язанню важливого соціального і правового завдання забезпечення безпомилкового застосування кримінального закону та зміцненню законності у державі.

Стверджувати про те, що питання загально теоретичного висвітлення проблеми об'єкта злочину не знайшло свого висвітлення в літературі не можна. Окремі його аспекти розглядалися такими науковцями, як А.А. Піонтковський, Я.М. Брайнін, Б.С. Нікіфоров, А.Н. Трайнін, В.Я. Тацій, М.Й. Коржанський, В.К. Глістін, А.В. Наумов та ін. Результатами праці цих авторів стала ґрунтовна та детальна розробка фактично загальновизнаної теоретичної концепції об'єкта злочину у кримінальному праві. Однак, в науці кримінального права залишаються ще невирішеними питання об'єкта злочину низки як нових для законодавства складів злочинів, так і тих, які передбачаються у ньому традиційно.

Мета цієї статті – висвітлення поняття об'єкта злочину втечі з місця позбавлення волі або з-під варти.

Визначення об'єкта втечі з місця позбавлення волі або з-під варти має ключове значення для вирішення питань відповідальності суб'єкта злочину передбаченого ст.393 КК України. Це зумовлено роллю та значенням об'єкта злочину в системі елементів та ознак складу злочину.

Правильне і точне встановлення об'єкта аналізованого посягання насамперед пов'язане з визначенням соціальної сутності такого посягання і оцінкою характеру його суспільної небезпеки. Воно є запорукою точного визначення інших ознак складу злочину передбаченого ст.393 КК України та відмежування його від суміжних злочинів, а тим самим успішному вирішенню питань кваліфікації вчиненого. Без визначення об'єкта посягання не можна законно і справедливо вирішити питання, пов'язані з призначенням покарання та звільненням від покарання, а також питання відбування покарання.

Значення об'єкта злочину не обмежується вирішенням питань матеріально-кримінального права. Об'єкт посягання, в тому числі втечі з місця позбавлення волі

або з-під варті, відіграє також важливе кримінологічне значення, зокрема в ході розробки заходів попередження такого роду посягань, вивчення особи втікача тощо.

Визначення об'єкта має не лише чисто теоретичне значення, а й саме безпосередньо практично-прикладне. Адже з цим пов'язана відповідь на запитання, чи підлягає кримінальній відповідальності особа, яка незаконно взята під варту або направлена в місце позбавлення волі; щодо якої застосовано не взяття під варту, а затримання чи відповідні адміністративно-правові заходи тощо; чи є склад злочину в діях засудженого, який залишив відповідне місце з "дозволу" не уповноваженої на це особи.

Визначаючи об'єкт конкретного виду злочину, зокрема втечі з місця позбавлення волі або з-під варті, важливо визначити загальні засади, якими слід при цьому керуватися. Інакше кажучи, яка загальна теоретична концепція об'єкта буде взята за основу при визначенні того, що ж виступає об'єктом втечі з місця позбавлення волі або з-під варті, як буде класифікуватися такий об'єкт.

Особливе значення це набуває у зв'язку з тим, що останніми роками в теорії кримінального права України висловлюються думки, згідно з якими традиційні погляди на об'єкт злочину піддаються сумніву.

Нагадаємо, що протягом тривалого часу в науці кримінального права України та інших країн колишнього СРСР було загальновизнаним те, що об'єкт злочину – це суспільні відносини, на які посягає злочин, завдаючи їм певної шкоди, і які знаходяться під охороною закону про кримінальну відповідальність [1]. Такого ж розуміння об'єкта злочину притримуються більшість учених-юристів України, послідовників А.О. Піонтковського, який ще в 1924 р. писав, що суспільні відносини є загальним об'єктом, на який, врешті-решт, посягає будь-який злочин, передбачений кримінальним законом [2].

Водночас окремі вчені, зокрема А.В. Наумов, А.В. Пашковська та Є.В. Фесенко, вважають, що таке розуміння об'єкта є застарілим і не дає можливості правильно визначити об'єкт більшості злочинів. Так А.В. Наумов, не заперечуючи, що в багатьох злочинах суспільні відносини – це об'єкт, стверджує, що на деякі злочини таке розуміння об'єкта не поширюється, і тому, на його думку, для встановлення об'єктів низки злочинів необхідне "повернення до теорії об'єкта як правового блага, створеної ще наприкінці минулого століття в межах класичної та соціологічної шкіл кримінального права" [3].

Представник російської школи вчених-юристів А.В. Пашковська взагалі пропонує в усіх випадках вважати об'єктом злочину "охоронювані кримінальним законом соціально значущі цінності, інтереси, блага, на які посягає особа, котра скоїла злочин, і яким заподіюється або може бути заподіяна шкода" [4].

Серед українських учених такої позиції дотримується, зокрема, Є.В. Фесенко. На його думку, об'єктом виступають, зокрема, "різноманітні об'єкти матеріального світу, у тому числі і сама людина, які мають істотне значення для окремих осіб, соціальних груп і суспільства в цілому" [5]. Цей же автор вважає, що об'єктом злочину, який найповніше, порівняно з іншими елементами складу злочину, відображає характер суспільної небезпечності вчиненого діяння, мають визнаватись не якісь абстрактні суспільні відносини, а конкретні людські, суспільні або державні цінності. Тому, на його думку, об'єкт як елемент складу злочину – це цінності, що охороняються кримінальним законом, проти яких спрямоване злочинне діяння і яким

воно може заподіяти або спричиняє шкоду [6]. Такий аксіологічний підхід до об'єкта, на думку автора, впливає насамперед із положень Конституції України (ст.3), в якій найвищою соціальною цінністю визнаються людина, її життя й здоров'я, честь і гідність, недоторканність і безпека.

Не вдаючись у суть викладених міркувань, зауважимо, що блага, цінності, життєві інтереси та інше, не існують поза суспільними відносинами, які склалися в суспільстві на певному етапі його розвитку. Вони похідні від сукупності суспільних відносин, а тому і їх правова оцінка неможлива поза цими відносинами. Тому розуміння об'єкта злочину як суспільного відношення є найповнішою і найточнішою характеристикою цього елемента складу злочину.

Таким чином об'єктом злочину, визнаються суспільні відносини, що охороняються кримінальним законом, на які направлене конкретне посягання і яким конкретним злочином заподіюється шкода або створюється загроза заподіяння такої шкоди.

Характеризуючи об'єкт втечі з місць позбавлення волі або з-під варті, необхідно відзначити, що в науці кримінального права загальновизнаною є триступенева класифікація об'єктів злочину (загальний, родовий, безпосередній). Її також слід враховувати під час визначення даного елемента складу злочину.

Проблема загального об'єкта злочину в юридичній літературі висвітлена достатньо і особливих суперечок не викликає. Під ним розуміються всі суспільні відносини, які охороняються кримінальним законом, посягання на які визнаються злочинами і тягнуть за собою міри кримінально-правового впливу. Приблизний перелік цих суспільних відносин наведений в ст.1 КК України.

Отже, виходячи з викладеного, загальним об'єктом втечі з місць позбавлення волі, як і будь-якого іншого злочину, є вся сукупність суспільних відносин, що існують у суспільстві і які поставлені під кримінально-правову охорону.

Однак неможливо глибоко проаналізувати об'єкт будь-якого злочину без встановлення тієї сфери (сукупності) суспільних відносин, які утворюють родовий об'єкт цього злочину. Це зумовлено тим, що саме родовий об'єкт виконує низку важливих функцій:

- характеризує суспільну небезпечність певних груп злочинів, які посягають на тотожні або однорідні суспільні відносини;
- визначає місце конкретного злочину в системі Особливої частини КК, а отже дає можливість розмежувати подібні за об'єктивною та суб'єктивною стороною злочини, які посягають на різні родові об'єкти;
- допомагає точніше визначити безпосередній об'єкт, який повинен бути частиною відносин, що утворюють родовий об'єкт [7].

Родовий об'єкт охоплює коло однорідних або тотожних за своєю соціально-політичною і економічною сутністю суспільних відносин, які повинні охоронятися в силу цього єдиним комплексом кримінально-правових норм [8]. Спільність родового об'єкта визнана в науці кримінального права єдиним критерієм для побудови системи Особливої частини, для виділення в ній окремих груп злочинів. Значення родового об'єкта виявляється також і в тому, що з його встановленням виясняються зміст і соціальна роль відповідної групи суспільних відносин, що визначають, поряд з іншими обставинами, характер і ступінь суспільної небезпеки посягання на ці

відносини. Безпомилкове визначення родового об'єкта посягання має вирішальне значення для кваліфікації скоєного.

Автори одного з підручників з кримінального права відзначають, що родовий об'єкт "переважно розкривається в назві глави кодексу, інколи він визначається законодавцем в одній із статей Особливої частини, в деяких випадках може бути встановлений на основі соціально-політичного аналізу складів злочину" [9].

Однак не завжди легко визначити родовий об'єкт розглядуваного злочину, виходячи лише з розміщення відповідної кримінально-правової норми в системі Особливої частини.

Оскільки стаття, що передбачає відповідальність за втечу з місця позбавлення волі або з-під варті, введена до розділу про злочини проти правосуддя, то це вказує на те, що законодавець як родовий об'єкт такої втечі розглядає суспільні відносини, що складаються в процесі відправлення правосуддя. Правосуддя, що повинно охороняти і захищати наше суспільство від правопорушень і злочинів, у випадку вчинення проти нього вказаних посягань само стає об'єктом кримінально-правової охорони. Тому система правосуддя також потребує кримінально-правової охорони, і протистояти таким посяганням може лише кримінальний закон.

Отже, кримінально-правовий захист суспільних відносин в сфері правосуддя знайшов своє відображення в діючому кримінальному законодавстві і ці суспільні відносини обґрунтовано виділені законодавцем як окремий об'єкт кримінально-правової охорони. Однак діяльність стосовно здійснення завдань правосуддя стає об'єктом кримінально-правової охорони лише у випадку вчинення на неї злочинних посягань.

Правосуддя в Україні, відповідно до ст.124 Конституції України, здійснюється виключно судами. Однак, здійснення завдань і цілей правосуддя не вичерпується тільки діяльністю суду. Його ефективне відправлення неможливе без взаємопов'язаної діяльності органів дізнання, досудового слідства, прокуратури та органів виконання покарання. Хоча вказані органи, на відміну від суду, самі і не здійснюють правосуддя, проте вони створюють необхідні умови для ефективної діяльності судів, чим допомагають здійсненню правосуддя. Так діяльність щодо здійснення правосуддя починається задовго до судового розгляду справи – починаючи із стадії дізнання і досудового слідства. Воно триває і після винесення по справі обвинувального вироку, вступу його в законну силу, включає в себе стадію виконання покарання і закінчується повним його відбуттям і припиненням або зняттям судимості. Якщо органи, що здійснюють цю діяльність, не включити в систему правосуддя, то це зробило б, по суті, неможливим відправлення правосуддя судами. Крім того, діяльність самих цих органів також служить здійсненню завдань правосуддя.

Отже, під діяльністю, що направлена на здійснення завдань правосуддя, як родовим об'єктом злочинів проти правосуддя необхідно розуміти "не тільки діяльність судів, але й органів попереднього розслідування, виконання вироків і рішень, тобто систему дій, які становлять кримінальний процес" [10].

Подібної думки щодо цієї проблеми дотримуються й інші автори. Зокрема, В.К. Сауляк, В.Е. Квашиєв, Ю.К. Шевелєв вважають, що "діяльність по здійсненню завдань і досягненню мети правосуддя слід розуміти в широкому розумінні – як спільну діяльність усіх державних органів (у тому числі і виправно-трудових

закладів), що здійснюють боротьбу із злочинністю" [11]. Таку позицію вони обґрунтовують тим, що в главі про злочини проти правосуддя більшість складів злочинів пов'язано з посяганнями не на діяльність конкретного суду, а на діяльність органів, що перебувають за межами судової системи. Аналогічної позиції дотримується і В.О. Навроцький [12].

Ш.С. Рашковська вважає, що родовим об'єктом злочинів проти правосуддя "охоплюються не всі суспільні відносини, що виникають у процесі функціонування слідчо-прокурорського апарату, суду, органів, що виконують судові вироки і рішення, а лише ті суспільні відносини, які встановлюються при здійсненні цими органами специфічних завдань правосуддя, тобто в процесі розкриття розслідування злочинів, судового розгляду і вирішення кримінальних справ, а також при реалізації засобів кримінального покарання..." [13].

Наведені доводи дають нам підстави погодитись із названими авторами і стверджувати, що родовим об'єктом злочину, передбаченого ст.393 КК України, є нормальна діяльність суду щодо здійснення правосуддя і органів, що проводять дізнання, досудове слідство, утримують особу під вартою або виконують судові рішення і призначене судом покарання.

Посягаючи на інтереси правосуддя в цілому, втеча з місць позбавлення волі або з-під варти, першою чергою, порушує нормальну діяльність цих органів, на які безпосередньо покладене завдання виконання покарання у вигляді позбавлення волі чи утримання підозрюваного, обвинуваченого і підсудного під вартою. Тому безпосереднім об'єктом втечі з місць позбавлення волі або з-під варти є нормальна діяльність органів, що виконують покарання у вигляді позбавлення волі чи утримують особу під вартою здійснюючи покладені на них функції.

Однак у науці існує й інша точка зору щодо питання про об'єкт втечі. Так К.В. Мазняк, відмовившись від загальноприйнятого в кримінальному праві поділу об'єктів злочину на родовий і безпосередній, вважає, що одним і єдиним об'єктом втечі з місць позбавлення волі є діяльність місць позбавлення волі і встановлений порядок відбуття покарання [14]. У подальших своїх працях цей автор підтвердив свою думку стосовно об'єкта втечі, уточнивши його. Зокрема, він вважає, що втеча – це "злочин, що посягає саме на виправно-трудова правовідносини і об'єктом втечі є виправно-трудова правовідносини, що виникають між засудженим і органом, що здійснює виконання покарання у вигляді позбавлення волі" [15]. Автор заперечує проти віднесення втечі до злочинів проти правосуддя, обґрунтовуючи це тим, що "правосуддя є особлива державна функція, яку здійснює лише один тільки орган держави – суд" [16].

Ця надто вузька точка зору при визначенні об'єкта втечі з місць позбавлення волі або з-під варти справедливо була піддана критиці іншими вченими. Так, В.Е. Квашиш та Ю.К. Шевелєв, обґрунтовано критикуючи згаданого автора, вважають, що "в наведених вище судженнях змішується об'єкт втечі і об'єкт виправно-трудова правовідносин, звужується коло органів, що здійснюють правосуддя, і за межами цієї діяльності щодо здійснення правосуддя залишається така важлива стадія кримінального процесу, якою є виконання покарання, при цьому необґрунтовано протиставляються кримінально-правові і виправно-трудова правовідносини" [17].

Логічно було б говорити, що вчинення засудженим втечі з місць позбавлення волі тягне за собою припинення кримінально-виконавчих правовідносин. Однак сам

факт вчинення втечі є юридичною обставиною для виникнення кримінально-правових відносин, об'єктом яких в цьому випадку є діяльність органів правосуддя.

Отже, виходячи з вищевикладеного, загальним об'єктом втечі з місць позбавлення волі, як і будь-якого іншого злочину, є вся сукупність суспільних відносин що існують у суспільстві і які поставлені під кримінально-правову охорону.

Родовим об'єктом злочину, передбаченого ст.393 КК України, є нормальна діяльність суду щодо здійснення правосуддя і органів, що проводять дізнання, досудове слідство, утримують особу під вартою або виконують судові рішення і призначене судом покарання.

Безпосереднім об'єктом втечі з місць позбавлення волі або з-під варті є нормальна діяльність органів, що виконують покарання у вигляді позбавлення волі чи утримують особу під вартою, здійснюючи покладені на них функції.

1. Кримінальне право України. Загальна частина: Підручник для студентів юрид. спец. вищих закладів освіти / М.І.Бажанов, Ю.В.Баулін, В.І.Борисов та ін. За ред. професорів М.І.Бажанова, В.В.Сташиса, В.Я.Тация. – Київ – Харків: Юрінком Інтер-Право, 2001. – С. 90.
2. Пионтковский А.А. Учение о преступлении. – М.: Госюриздат, 1961. – С. 129 – 130.
3. Наумов А.В. Уголовное право. Общая часть: Курс лекций. – М.: БЕК, 1996. – С. 147.
4. Курс уголовного права. Общая часть.: Учебник для вузов / Под ред. Н.Ф.Кузнецовой, И.М.Тяжковой. – М.: Зерцало, 1999. Том 1: Учение о преступлении – С. 202.
5. Фесенко Є.В. Цінності як об'єкт злочину // Право України.-1999.-№6.-С. 75.
6. Кримінальне право України. Загал. частина: Підручник для студентів юрид. вузів і фак. / Г.В.Андрусів, П.П.Андрушко, В.В.Бенківський та ін. За ред. П.С.Матишевського та ін. – К.: Юрінком Інтер, 1999. – С. 124, 127.
7. Карчевський М.В. Кримінальна відповідальність за незаконне втручання в роботу електронно-обчислювальних машин, систем та комп'ютерних мереж / МВС України, Луган. акад. внутр. справ. ім.10-річчя незалежності України; Наук. ред. Л.М.Кривоченко. – Луганськ: РВВ ЛАВС, 2002. – С. 19.
8. Таций В.Я. Объект и предмет преступлений по советскому уголовному праву. – Харьков, 1982. – С. 86 – 87.
9. Советское уголовное право (Общая часть). – М., 1988. – С. 80.
10. Власов И.О., Тяжкова К.М. Ответственность за преступления против правосудия. – М., 1968. – С.31.
11. Сауляк В.К., Квашиш В.Е., Шевелев Ю.К. Проблемы борьбы с побегами осужденных из мест лишения свободы. – К., 1978. – С.12.
12. Навроцкий В.О. Кримінальне право України. Особлива частина: Курс лекцій. – К.: Т-во "Знання", 2000. – С. 529.
13. Рашковская Ш.С. Преступления против правосудия. – М., 1978. – С. 6.
14. Мазняк К.В. Побегі заключенных и борьба с ними: Автореф. дис... канд. юрид. наук. – М.: ВШ МВД СССР, 1968. – С. 5.
15. Мазняк К.В. К вопросу об исправительно-трудовых правоотношениях // Тр. Иркутск. ун-та. – Т.45. – Вып.8. Ч.IV. – С. 245.
16. Мазняк К.В. Побегі заключенных и борьба с ними. – С. 5.
17. Квашиш В.Е., Шевелев Ю.К. Правовые вопросы борьбы с побегами из исправительно-трудовых учреждений // Тр. ВНИИ МВД СССР. – М., 1970. – Вып.18. – С. 49.

**CORPUS DELICTI OBJECTS OF "ESCAPING FROM PRISON
OR FROM CUSTODY"**

M. Golomsha

*Prosecutor's office of Rivne region
16 Iypnja Str. 52, UA-33028 Rivne, Ukraine*

The object of 'escaping from prison or from custody' is elucidated in the article. The significance of the object of 'escaping from prison or from custody' in the process of investigating the problem of responsibility for the concrete crime is analysed.

Key words: corpus delicti object, escaping from prison or from custody.

Стаття надійшла до редколегії 26.03.2003

Підписана до друку 30.10.2003

СУБ'ЄКТИВНА СТОРОНА САМОВІЛЬНОГО ЗАЛИШЕННЯ ВІЙСЬКОВОЇ ЧАСТИНИ АБО МІСЦЯ СЛУЖБИ

М. Сенько

*Військова прокуратура Західного регіону України,
вул. Клепарівська, 20, 79000 Львів, Україна
e-mail: Offspring2002@ukr.net*

В статті досліджується суб'єктивна сторона самовільного залишення військової частини або місця служби – злочину, передбаченого ст.407 КК України. Характеризуються ознаки суб'єктивної сторони, види умислу та необережності цього злочину, обґрунтовується можливість вчинення самовільного залишення військової частини або місця служби лише з прямим умислом, а нез'явлення вчасно без поважних причин на службу – як з прямим умислом, так і за злочинною недбалістю. Наводяться приклади з судової практики.

Ключові слова: суб'єктивна сторона, військова частина, місце служби.

Суб'єктивна сторона самовільного залишення військової частини або місця служби характеризується низкою особливостей, зумовлених тим, що злочин, передбачений ст.407 КК України, є триваючим, з формальним складом та спеціальним суб'єктом. У зв'язку з цим, в теорії кримінального права та на практиці неоднозначно вирішується питання про те, з якою формою вини може бути вчинене самовільне залишення військової частини або місця служби, який вид умислу чи необережності характерний для цього злочину, які ознаки входять у зміст вини. Розглядаючи конкретні кримінальні справи, суди нерідко ухиляються від встановлення форми вини і залишають нез'ясованим питання про те, чи умисно, чи з необережності вчинений злочин, передбачений ст.407 КК України, хоча правильне встановлення суб'єктивної сторони самовільного залишення військової частини або місця служби має вирішальне значення для встановлення правильної кваліфікації злочину, для забезпечення законності під час кримінального судочинства та для запобігання помилкового притягнення до кримінальної відповідальності.

Не сприяє вирішенню зазначених питань й недостатнє висвітлення цієї проблеми в юридичній літературі. Зокрема, більшість підручників з кримінального права обмежуються лише вказівкою на те, що самовільне залишення військової частини або місця служби може бути вчинене лише умисно, а нез'явлення вчасно без поважних причин на службу – умисно й необережно. Щодо наукових досліджень, то чи не єдиною монографією на цю тему, виданою в Україні за роки її незалежності, є праця М.І. Хавронюка [20], у якій автор розглядає, зокрема, проблему суб'єктивної сторони різних видів військових злочинів. Заслугує на увагу й монографія П.А. Воробєя [7]. В ній автор розглядає можливість вчинення злочинів з формальним складом з непрямым умислом, а також висловлює припущення, що кримінальне законодавство України допускає об'єктивне ставлення в вину, а це суперечить принципам правової держави. А Савченко досліджує значення мотиву для злочинів, в яких мотив не є обов'язковою ознакою їх складу [17].

Мета пропонованої статті – розкрити психологічний зміст суб'єктивної сторони злочину, передбаченого ст.407 КК України, з'ясувати за якої форми вини можливе

самовільне залишення військової частини або місця служби та нез'явлення вчасно без поважних причин на службу, розкрити зміст умислу та необережності цього злочину, з'ясувати значення мотиву та мети злочину, передбаченого ст.407 КК України.

Суб'єктивна сторона злочину – це ті внутрішні процеси, що відбуваються у психіці осудної особи під час вчинення нею передбаченого кримінальним законом суспільно небезпечного діяння. Створюючи психологічний зміст суспільно небезпечного діяння, суб'єктивна сторона злочину є його внутрішньою (щодо об'єктивної) стороною.

Більшість учених (В.А. Ломако, А.І. Рарог, О.П. Литвин, І.П. Лановенко) вважають, що психологічний зміст суб'єктивної сторони злочину розкривається за допомогою таких юридичних ознак, як вина, мотив і мета, що характеризують різні форми психічної активності людини. Вони органічно пов'язані між собою і залежні одна від одної, а проте є самостійними психологічними явищами, жодне з яких не може містити в собі інші як складову частину. Кожна ознака має відмінне від інших значення [2, с.126-127; 3, с.6-13; 4, с.1-3; 5, с.38-39].

Відповідно до ст.23 Кримінального кодексу України [6], виною є психічне ставлення особи до вчинюваної дії чи бездіяльності, передбаченої Кримінальним кодексом України, та її наслідків, виражене у формі умислу або необережності. Закон розглядає вину як родові поняття умислу і необережності й інших психологічних моментів у поняття вини не включає. Водночас до змісту вини, тобто умислу і необережності, відповідно до ст.ст.24, 25 КК України, включається лише свідомість та воля і немає місця для мотиву, мети та інших ознак, що характеризують психічну активність суб'єкта в зв'язку з вчиненням злочину.

Суб'єктивна сторона розкривається за допомогою самостійних юридичних ознак: вини, мотиву та мети. Кожна з цих ознак, як вважає А.І. Рарог [3, с.10], відіграє свою, індивідуальну, роль у суб'єктивній стороні злочину. Вина становить ядро суб'єктивної сторони, але не є єдиним її елементом. Вона є обов'язковою ознакою будь-якого злочину і, відповідно, без вини немає складу злочину.

Найпоширенішою формою вини є умисел. За вибірковими дослідженнями А.І. Рарога, частка умисних злочинів серед загальної кількості усіх злочинів становить 90-92% [3, с.27].

Залежно від змісту умисел поділяється на два види: прямий і непрямий.

Відповідно до ст.24 КК України, прямий є умисел, якщо особа усвідомлювала суспільно небезпечний характер свого діяння (дії або бездіяльності), передбачала його суспільно небезпечні наслідки і бажала їх настання. Непрямим є умисел, якщо особа усвідомлювала суспільно небезпечний характер свого діяння (дії або бездіяльності), передбачала його суспільно небезпечні наслідки і хоча не бажала, але свідомо припускала їх настання.

Кримінальний закон визначає умисел стосовно матеріальних злочинів. Самовільне залишення військової частини або місця служби (нез'явлення вчасно без поважних причин на службу) – злочин з формальним складом.

У теорії кримінального права є різні погляди на те, чи можливий непрямий умисел у злочинах з формальним складом. Деякі вчені (Б.С. Утьовський, О.М. Ігнатів, Г.А. Крігер) доводять, що непрямий умисел можливий як у злочинах з матеріальним, так і в злочинах з формальним складом, притому в злочинах з

формальним складом вольове ставлення винного передбачається або до наслідків, що лежать поза межами складу злочину [8, с.238; 7, с.107; 10], або не до наслідків, а до соціальних властивостей вчинюваного діяння, тобто до його суспільної небезпеки [9].

Однак, як зауважує П.С. Дагель, питання про бажання чи свідоме допущення наслідків має значення для розмежування форм вини лише стосовно наслідків, що є елементами складу злочину. Ставлення ж до наслідків, що не мають юридичного значення і тому не включені в коло ознак складу злочину, не можуть визначати зміст та форму вини. Крім того, на його думку, поділ умислу в злочинах з формальним складом залежно від вольового ставлення винного до ознак, що надають діянню суспільно небезпечного характеру, полягає на змішуванні форми і змісту вини. Різні варіанти психічного ставлення до інших (крім діяння і наслідків) ознак складу злочину впливають на зміст вини, але не на її форму. Форма ж вини визначається лише ставленням винного до діяння та його наслідків, і ні до жодних інших обставин [1, с.75]. Ознаки, що надають діянню суспільно небезпечного характеру, становлять предмет свідомості, а не волі.

Наслідки у випадку вчинення самовільного залишення військової частини або місця служби чи нез'явлення вчасно без поважних причин на службу полягають у заподіянні шкоди об'єкту посягання – суспільним відносинам, що виникають з приводу встановленого порядку знаходження військовослужбовців у військовій частині або на місці служби. Ці наслідки не можна зафіксувати звичними для нас способами, однак вони завжди існують. Про те, що вони настали, свідчить винне вчинення суспільно небезпечного діяння, передбаченого ст.407 КК України, оскільки ці наслідки органічно й нерозривно пов'язані з діянням. Тому форму вини суб'єкта самовільного залишення військової частини або місця служби (нез'явлення вчасно без поважних причин на службу) можна визначити за його ставленням до вчинення передбаченого статтею кримінального закону діяння. Відтак, самовільне залишення військової частини або місця служби (нез'явлення вчасно без поважних причин на службу), як і будь-який інший злочин з формальним складом, не може бути вчинено з непрямим умислом, оскільки ставлення у вигляді "не бажав, але свідомо допускав" можливе лише до наслідків і в жодних формах не може бути застосоване до діяння.

Зміст прямого умислу у разі вчинення злочину, передбаченого ст.407 КК України, полягає в тому, що винний усвідомлює суспільну небезпеку і фактичні обставини самовільного залишення військової частини або місця служби чи нез'явлення вчасно без поважних причин на службу і бажає вчинити передбачене Особливою частиною кримінального закону діяння.

Приміром, з прямим умислом вчинив злочин, передбачений ч.1 ст.407 КК України рядовий Б., який 31 серпня 2002 р., усвідомлюючи суспільну небезпеку своїх дій – те, що ними порушується встановлений порядок знаходження військовослужбовців у військовій частині, а також фактичні обставини злочину та бажаючи його вчинити, з метою уникнути відповідальності, оскільки був звинувачений командуванням частини в крадіжці коня, самовільно залишив військову частину і виїхав до батьків, де проводив час на власний розсуд до 21 вересня 2002 р., коли з'явився у районний військовий комісаріат [19].

У випадку вчинення злочину, передбаченого ст.407 КК України, як і при вчиненні будь-якого іншого злочину з формальним складом, з інтелектуального

елемента прямого умислу випадає момент передбачення суспільно небезпечних наслідків. Це пов'язано з тим, що, як уже зазначалося, кримінально-значущими є наслідки, які входять до складу злочину. Якщо ж наслідки не входять до складу злочину, лежать поза його межами, як у злочинах з формальним складом, будь-яка спроба визначити форму вини за ставленням до такого наслідку буде приреченою на невдачу. Тому у випадку вчинення самовільного залишення військової частини або місця служби чи нез'явлення вчасно без поважних причин на службу юридичне значення має лише ставлення до діяння, а не до наслідків, що лежать поза межами складу злочину.

Усвідомлення суспільно небезпечного характеру діяння визначає процеси, що відбуваються у сфері свідомості, тому вони становлять інтелектуальний елемент прямого умислу. Намір вчинити діяння визначає вольову сторону психічної діяльності, тому він утворює вольовий елемент прямого умислу. Коли інтелектуальні ознаки умислу відповідають на запитання, які фактично обставини, що входять до складу конкретного злочину, були усвідомлені винним, то вольові ознаки відповідають на запитання про те, як ставилась особа до того, що нею усвідомлювалося.

Предметом свідомості як елементу прямого умислу у злочинах з формальним складом, є суспільна небезпека діяння та ті фактичні обставини, з яких воно складається. Які ж це обставини у випадку самовільного залишення військової частини або місця служби чи нез'явлення вчасно без поважних причин на службу?

Передусім, вчиняючи злочин, передбачений ст.407 КК України, з прямим умислом, винний повинен усвідомлювати факт самовільного залишення військової частини або місця служби чи факт нез'явлення вчасно без поважних причин на службу. Тим самим винний усвідомлює, що він порушує встановлений порядок знаходження військовослужбовців у військовій частині або на місці служби, тобто об'єкт злочину, передбачений ст.407 КК України. П.С. Дагель зауважує, що за ставленням суб'єкта до діяння завжди криється ставлення до об'єкта злочину [1, с.29]. Винний усвідомлює, що його дії (бездіяльність) посягають на об'єкт кримінально-правової охорони, він усвідомлює їхню суспільну небезпеку, тому – це усвідомлення того, що діяння заподіює чи ставить під загрозу заподіяння шкоди суспільним відносинам.

Усвідомлення суспільно небезпечного характеру злочину передбачає також і розуміння винним усіх фактичних властивостей вчинюваного діяння, тобто місця, часу, способу, обстановки та знарядь злочину, що включається законодавцем в об'єктивну сторону, додатково характеризують дію чи бездіяльність, стають їхніми фактичними індивідуальними ознаками. Вина є, власне, відбиттям у свідомості суб'єкта ознак злочину.

У разі самовільного залишення військової частини або місця служби винний в усіх випадках повинен усвідомлювати те, що він залишає військову частину або місце служби з власної волі, самовільно, без дозволу начальника, всупереч статутним вимогам, що перебування поза межами частини можливе лише за відповідного дозволу. Якщо військовослужбовець залишає військову частину або місце служби з дозволу начальника, який не володіє правом надавати звільнення, такі дії є неправомірними, проте їх не можна вважати самовільними і, відповідно, вони не містять складу злочину, передбаченого ст.407 КК України.

Під час вчинення злочину, передбаченого ст.407 КК України з прямим умислом важливо, щоб винний усвідомлював, що він самовільно залишає *військову частину* або *місце служби* чи не з'являється вчасно без поважних причин *на службу*, причому зовсім не важливо, що винний усвідомлював різницю між поняттями "військова частина" і "місце служби". Головне, що він повинен розуміти: саме в цьому місці він в цей час має знаходитись.

Злочини, зазначені в ч.1-3 ст.407 КК України, передбачають кримінальну відповідальність за самовільне залишення військової частини або місця служби чи нез'явлення вчасно без поважних причин на службу тривалістю:

- понад три доби, але не більше місяця – для військовослужбовців строкової служби (ч.1 ст.407 КК України);
- понад десять діб, але не більше місяця, або хоч і менше десяти діб, але більше трьох діб, вчинені повторно протягом року – для військовослужбовців інших видів, крім строкової військової служби (ч.2 ст.407 КК України);
- понад один місяць – для всіх категорій військовослужбовців (ч.3 ст.407 КК України).

Для кваліфікації дій (бездіяльності) винного за відповідною частиною ст.407 КК України необхідно, щоб він усвідомлював вказану в законі тривалість відсутності. При цьому слід відрізнити фактичну тривалість відсутності від тривалості відсутності, передбаченої як обов'язкова ознака складу злочину. Наприклад, для кваліфікації дій військовослужбовця строкової служби за ч.1 ст.407 КК України достатньо, щоб винний усвідомлював, що він ухиляється від військової служби понад три доби, але не більше місяця при наявності інших ознак складу злочину. Яка ж фактично була тривалість відсутності у межах цього строку, для наявності в діях винного складу злочину значення не має. Ця тривалість може вплинути на ступінь вини і на призначення покарання. Неусвідомлення винним передбаченої як обов'язкової ознаки складу злочину тривалості відсутності унеможливило умисел.

У випадку умисного нез'явлення вчасно без поважних причин на службу винний повинен усвідомлювати встановлений командуванням строк, до якого він зобов'язаний прибути у військову частину, і те, що він не з'являється вчасно на службу.

З аналізу диспозиції ч.1 ст.407 КК України можна зробити висновок, що у випадку вчинення зазначеного злочину необхідно, щоб винний усвідомлював, що він не з'являється на службу із звільнення, відрадження, відпустки, лікувального закладу або при призначенні чи переведенні, а також при іншій відсутності на службі, оскільки перелік можливих випадків нез'явлення військовослужбовців строкової служби вчасно без поважних причин на службу, передбачений ч.1 ст.407 КК України, не можна вважати вичерпним.

У випадку вчинення злочину, передбаченого ч.4 ст.407 КК України, необхідною ознакою суб'єктивної сторони також є усвідомлення того, що самовільне залишення військової частини або місця служби чи нез'явлення вчасно без поважних причин на службу вчиняється в умовах воєнного стану або в бойовій обстановці. Оскільки злочин, передбачений ст.407 КК України, є триваючий, то на практиці можливі випадки, коли умисне ухилення військовослужбовця від військової служби розпочинається в мирний час, а закінчується в умовах воєнного стану, або, навпаки, –

розпочинається під час дії воєнного стану, а закінчується в мирний час. Виникає питання: як же в таких випадках кваліфікувати діяння винного?

На нашу думку, кваліфікуюче значення в такому випадку має намір винного самовільно залишити військову частину або місце служби (не з'явитися вчасно без поважних причин на службу) саме в умовах воєнного стану. Якщо ж ухилення військовослужбовця розпочинається в мирний час, такий намір відсутній. Навіть якщо після введення воєнного стану винний не повертається у військову частину або на місце служби і усвідомлює, що ухиляється від військової служби в умовах воєнного стану та бажає цього, такий намір був відсутній під час вчинення суспільно небезпечного діяння, а тому не може ставитися в вину суб'єкта. Крім того, як було визначено вище, в умисних злочинах з формальним складом, у тому числі й в злочині, передбаченому ст.407 КК України, бажання як елемент прямого умислу стосується лише діяння. Тому не може впливати на кваліфікацію самовільного залишення військової частини або місця служби (нез'явлення вчасно без поважних причин на службу) бажання винного ухилятися від військової служби в умовах воєнного стану, якщо воно було відсутнє під час вчинення суспільно небезпечного діяння.

Дії (бездіяльність) винного, який самовільно залишив військову частину або місце служби чи не з'явився вчасно без поважних причин на службу в умовах воєнного стану і був затриманий в мирний час, на нашу думку, слід кваліфікувати за ч.4 ст.407 КК України з вищенаведених причин. Крім того, зазначений злочин в умовах воєнного стану є більш суспільно небезпечним, ніж ці ж діяння, вчинені в мирний час. Якщо б винний був затриманий до скасування воєнного стану, то кваліфікація його дій (бездіяльності) не викликала б жодних сумнівів. Та ж обставина, що його не змогли затримати раніше, не може розглядатися як підстава для пом'якшення відповідальності.

Не можуть бути поставленні в вину у випадку умисного самовільного залишення військової частини або місця служби чи нез'явлення вчасно без поважних причин на службу такі ознаки об'єктивної сторони, які винний не усвідомлював, але повинен і міг усвідомлювати. З цього приводу Г.А. Крігер зауважив, що, оскільки умисне діяння передбачає усвідомлення особою його суспільно небезпечного характеру, то, очевидно, всі обставини, що впливають на характер суспільної небезпеки, повинні бути відомі особі [14]. І, справді, жоден злочин не може бути визнаний умисним, якщо винний не усвідомлює всіх ознак об'єктивної сторони злочину.

Самовільне залишення військової частини або місця служби (нез'явлення вчасно без поважних причин на службу) – злочин, що може бути вчинений лише спеціальним суб'єктом – військовослужбовцем.

Суб'єктом злочину, передбаченого ст.407 КК України, можуть бути:

- військовослужбовці строкової служби (ч.1 ст.407 КК України);
- військовослужбовці інших видів, крім строкової, військової служби (ч.2 ст.407 КК України);
- військовослужбовці всіх категорій військової служби (ч.3-4 ст.407 КК України).

А.І. Рарог вважає, що в злочинах із спеціальним суб'єктом умислом винного повинні охоплюватися не самі по собі додаткові ознаки суб'єкта, а характер порушення винним спеціальних обов'язків, що визначають специфічні властивості

самого діяння [3, с.29]. У випадку вчинення злочину, передбаченого ст.407 КК України, – це усвідомлення порушення обов'язку військовослужбовця перебувати у військовій частині або на місці служби. Однак, на нашу думку, усвідомлення ознак спеціального суб'єкта входить у зміст умислу тому, що вони визначають правове становище суб'єкта та нерозривно пов'язані із спеціальними обов'язками суб'єкта. Усвідомлення цих ознак, як вважає П.С. Дагель, не можливе без усвідомлення ознак, що визначають правове становище особи [1, с.77]. Тому, усвідомлення ознак спеціального суб'єкта є необхідною передумовою усвідомлення суспільно небезпечного характеру вчинюваного діяння. І справді, винний не може усвідомлювати свого обов'язку перебувати у військовій частині або на місці служби, не розуміючи того, що він є військовослужбовцем. Здебільшого, усі військовослужбовці усвідомлюють своє правове становище, оскільки призов чи зарахування на військову службу не можливі без того, щоб вони не відобразилися у свідомості особи. Неусвідомлення особою того, що вона є військовослужбовцем, можливе або з причин особливостей психічного стану особи, або через ситуації, в якій вона опинилася.

Вольовий елемент прямого умислу в разі вчинення злочинів з формальним складом полягає в бажанні винного вчинити суспільно небезпечне діяння. У випадку злочину, передбаченого ст.407 КК України, – в бажанні винного самовільно залишити військову частину або місце служби чи не з'явитися вчасно без поважних причин на службу.

Не можна розмежовувати форму вини залежно від бажання чи небажання винного ухилитися від військової служби протягом певного проміжку часу. Бажання як елемент умислу у випадку вчинення злочину, передбаченого ст.407 КК України, відноситься лише до суспільно небезпечного діяння. Як вважає В.М. Чхіквадзе, встановлюючи форму вини досліджуваного злочину, немає значення направленість умислу на тривале чи короткочасне ухилення від військової служби. Умисел охоплює розуміння особою факту вчинення діяння, передбаченого кримінальним законом, і ставлення суб'єкта до своїх дій є таке, що він усвідомлює суспільну небезпеку і бажає їх вчинити [11, с.306].

Деякі вчені намагають застосувати концепцію злочинів з двома формами вини для того, щоб з'ясувати ставлення військовослужбовця до тривалості ухилення від військової служби [12, с.45]. Однак, така позиція не відповідає теоретичному поняттю умислу та його суті. Зокрема, О.Я. Светлов зазначає, що психічне ставлення до окремих об'єктивних ознак складу злочину не слід називати умислом чи необережністю, оскільки закон використовує ці поняття лише для узагальненої характеристики діяння в цілому [13, с.68].

Нез'явлення вчасно без поважних причин на службу може бути вчинене як з прямим умислом, так і з необережності.

Деякі вчені, зокрема В.А. Серебрякова, висловлюють думку, що необережність не можлива в злочинах з формальним складом [15, с.187; 16]. Однак, кримінальний закон передбачає відповідальність за діяння, що можуть бути вчиненими як умисно, так і необережно або навіть лише необережно, при тому матеріальні наслідки для наявності в діях особи складу злочину не вимагаються. Такими злочинами є розголошення відомостей про проведення медичного огляду на наявність зараження вірусом імунодефіциту людини чи іншої невиліковної інфекційної хвороби (ст.132

КК України); випуск або реалізація недоброякісної продукції (ст.227 КК України); знищення або пошкодження лісових масивів, зелених насаджень навколо населених пунктів, вздовж залізниць або інших таких насаджень вогнем чи іншим загально небезпечним способом (ч.1 ст.245 КК України), проведення вибухових робіт з порушенням правил охорони рибних запасів (ст.250 КК України) та ін.

У формальних злочинах необережність, як і умисел, характеризується психічним ставленням винного до діяння. Злочинна самовпевненість, як вважає А.І. Рарог, за своєю психологічною суттю нерозривно пов'язана з суспільно небезпечними наслідками. Без наслідків неможливо сконструювати ні інтелектуальний, ні вольовий елементи цього виду необережності. У злочинах, склад яких не охоплює наслідки як ознаку об'єктивної сторони, легковажність існувати не може, оскільки неможливо говорити про передбачення чи розрахунок на відвернення власних діянь, що вчинять свідомо і з власної волі [3, с.53-54]. Такої ж думки дотримуються П.С. Дагель [1, с.101], В.І. Борисов [2, с.141-142] та інші вчені.

На практиці часто виникають проблеми з визначенням форм вини в окремих випадках вчинення цього злочину. Суди нерідко ухиляються від вирішення цього завдання і залишають незаясаним питання про те, чи умисно, чи з необережності вчинене нез'явлення вчасно без поважних причин на службу.

Так із 185 вивчених нами кримінальних справ, що розглядалися військовими місцевими судами Західного регіону України за ст.407 КК України, лише в 4 з них у вироків вказана форма вини, з якою засуджені вчинили кримінально-карані діяння [19].

Таке становище не сприяє відповідності призначеного покарання вчиненому діянню, оскільки не враховується форма вини. Тому суди, виносячи обвинувальні вирoki, повинні встановлювати і вказувати форму вини злочину, за вчинення якого особа піддається покаранню та кримінальній відповідальності.

Відповідно до ч.3 ст.25 КК України, необережність є злочинною недбалістю, якщо особа не передбачала можливості настання суспільно небезпечних наслідків свого діяння (дії чи бездіяльності), хоча повинна була і могла їх передбачити.

Зміст злочинної недбалості при нез'явленні вчасно без поважних причин на службу полягає в тому, що винний, маючи реальну можливість усвідомити суспільну небезпеку свого діяння, не усвідомлює її внаслідок недостатньої уважності чи завбачливості і тому не з'являється вчасно без поважних причин на службу, хоча повинен це зробити.

Обов'язок усвідомлювати суспільну небезпеку утворює об'єктивний критерій. Він передбачає міру необхідної завбачливості, об'єм необхідної поведінки.

У випадку нез'явлення вчасно без поважних причин на службу винний порушує правила, що встановлюють порядок перебування військовослужбовців на службі, закріплені Конституцією України, Законом України "Про загальний військовий обов'язок і військову службу" та іншими нормативними документами. Вказані нормативні акти, відповідні накази та інструкції визначають порядок розміщення військовослужбовців, їх переміщення, надання і повернення із звільнення, з відпусток, порядок перебування на лікуванні та повернення з лікувальних закладів, прибуття з відряджень, призначення, переведення та ін. Для кожного військовослужбовця завжди чітко визначені підстави та термін його законного перебування поза розташуванням частини чи місця служби. Військовослужбовець,

який порушив ці правила, зобов'язаний передбачати суспільну небезпеку свого діяння.

Проте й наявність такого обов'язку ще не є достатньою підставою для кримінальної відповідальності за суспільно небезпечне діяння. Для цього необхідно встановити, що особа мала реальну можливість у цьому конкретному випадку усвідомити суспільну небезпеку діяння, але цю можливість не реалізувала. Це і є суб'єктивний критерій злочинної недбалості.

Суб'єктивний критерій недбалості у злочинах з формальним складом означає персональну здатність особи в конкретній ситуації з урахуванням її індивідуальних якостей і при необхідній уважності та завбачливості усвідомлювати суспільну небезпеку діяння.

Вольовий елемент злочинної недбалості в злочинах з формальним складом, у тому числі й у нез'явленні вчасно без поважних причин на службу, полягає в тому, що особа, маючи реальну можливість усвідомити суспільну небезпеку свого діяння, не мобілізує свою психологічну здатність для того, щоб її усвідомити, а відтак не вчинити це діяння. Якщо б особа усвідомила те, що її діяння заподіє шкоду об'єкту кримінально-правової охорони, вона б утрималась від вчинення злочину.

Мотив і мета самовільного залишення військової частини або місця служби чи нез'явлення вчасно без поважних причин на службу не є необхідним елементом складу злочину, передбаченого ст.407 КК України. Однак роль мотиву і мети виходить далеко за рамки елементу складу злочину. Як вважає А. Савченко, тільки в поєднанні юридичних, соціальних, психологічних і моральних чинників можна дати належну оцінку суспільно небезпечного діяння [17]. Мотив і мета злочину враховуються під час визначення ступеня тяжкості злочину і, відповідно, при призначенні виду і розміру покарання.

Мотиви досліджуваного злочину можуть найрізноманітнішими, проте на кваліфікацію діяння вони не впливають. Аналіз практики розгляду військовими судами кримінальних справ, пов'язаних з ухиленням військовослужбовців від обов'язків військової служби, що був проведений Військовою колегією Верховного Суду України. Показав, що мотивами самовільного залишення військової частини або місця служби чи нез'явлення вчасно без поважних причин на службу є, головню, бажання проходити службу поблизу дому, не бажання нести відповідальність за раніше вчинене правопорушення, надати допомогу батькам, рідним у зв'язку з їхнім станом здоров'я чи скрутним матеріальним становищем, бажання відпочити від військової служби, побачитися з рідними, бути присутнім на сімейному святі. Для офіцерів і прапорщиків, особливо в 1997-1998 р., коли були значні затримки з виплатою грошового забезпечення, у більшості випадків мотивом цих злочинів було скрутне матеріальне становище [18].

Наприклад, військовим місцевим судом Львівського гарнізону був визнаний винним у вчиненні злочину, передбаченого ч.2 ст.407 КК України, старший прапорщик М., який не з'явився вчасно без поважних причин на службу з відпустки і ухилився від військової служби з 5 по 23 вересня 2002 р. Мотивами нез'явлення М. На службу була хвора дитина та бажання заробити гроші на її лікування. Кримінальна справа відносно М. судом була закрита з передачею його на поруки військовому колективу за місцем проходження служби на підставі ч.3 ст.10 КПК України та ст.47 КК України [19].

Для самовільного залишення військової частини або місця служби чи нез'явлення вчасно без поважних причин на службу характерна відсутність мети ухилитися від військової служби. За наявності такої мети діяння винного підлягають кваліфікації за ст.408 КК України як дезертирство. Під метою ухилитися від військової служби необхідно розуміти цілеспрямоване прагнення особи уникнути виконання обов'язків військової служби взагалі, назавжди. При цьому таке прагнення завжди пов'язано з наміром особи розірвати правовий зв'язок між нею та державою, що виникає з приводу проходження військової служби.

Зокрема, як дезертирство, згідно із ч.1 ст.408 КК України, військовим місцевим судом Львівського гарнізону кваліфіковані дії рядового строкової служби Б., який з метою ухилитися від військової служби 18 квітня 1992 р. самовільно залишив військову частину, виїхав по місцю проживання батьків, одружився, влаштувався на роботу. 18 липня 2002 року він з'явився у військову прокуратуру та заявив про себе [19].

Обґрунтовуючи наявність у діях складу самовільного залишення військової частини або місця служби (нез'явлення вчасно без поважних причин на службу), необхідно посилатися на відсутність у діях винного мети ухилитися від військової служби.

Вищевикладене дає підстави для висновку, що правильне розуміння поняття та ознак вини і суб'єктивної сторони в цілому самовільного залишення військової частини або місця служби дає можливість безпомилково кваліфікувати вчинене, запобігти притягненню до кримінальної відповідальності неналежних осіб, сприяє, в кінцевому результаті, зміцненню законності і правопорядку в нашому суспільстві, посилює оборонну здатність української держави.

-
1. Дагель П.С. Проблемы вины в советском уголовном праве // Ученые записки Дальневосточного государственного университета. Вып.21, ч.1. – Владивосток: Изд-во Дальневост. ун-та, 1968.
 2. Уголовное право Украины. Общая часть / Под ред. проф. М.И.Бажанова, В.В.Сташиса, В.Я.Тация. – Харьков: Право, 1999.
 3. Рарог А.И. Субъективная сторона и квалификация преступлений. – М., 2001.
 4. Литвин О.П. Вина в складах злочинів проти громадської безпеки і народного здоров'я. – К.: Знання, 1998.
 5. Преступная неосторожность (уголовно-правовое и криминологическое исследование) / Отв. ред. И.П. Лановенко, Ф.А. Лопушанский. – К.: Наукова думка, 1992.
 6. Кримінальний кодекс України. Офіційне видання. – К.: Видавничий дім Київ, 2001.
 7. Воробей П.А. Теорія і практика кримінально-правового ставлення в вину. – К.: Вид-во Національної академії внутрішніх справ України, 1997.
 8. Утевский Б.С. Вина в советском уголовном праве. – М., 1950.
 9. Игнатов А. Спорные вопросы квалификации хулиганства // Советская юстиция. – 1967. – №2.
 10. Кригер Г.А. Рецензия на книгу Г.И. Бушуева "Ответственность за укрывательство преступлений и недоносительство" // Советская юстиция. – 1966. – №6.
 11. Чхиквадзе В.М. Советское военно-уголовное право. – М.: Юрид. изд-во Мин. юст. СССР, 1948.

12. Научно-практический комментарий к Закону об уголовной ответственности за воинские преступления / Под ред. А.Г. Горного. – М.: Гос. изд-во юрид. лит., 1961.
13. Светлов А.Я. Ответственность за должностные преступления. – К., 1978.
14. Кригер Г. Определение формы вины // Советская юстиция. – 1979. – №20.
15. Уголовное право. Часть Общая. – М., 1966.
16. Серебрякова В.А. К вопросу об ответственности за неосторожное лишение жизни по советскому уголовному праву // Советское государство и право. – 1961. – №3.
17. Савченко А. Практичне значення мотиву злочину: результати наукового дослідження // Право України. – 1999. – №1.
18. Військова колегія Верховного Суду України. Узагальнення практики розгляду військовими судами кримінальних справ, пов'язаних із ухиленням військовослужбовців від обов'язків військової служби / Архів військового суду Західного регіону України. – Спр. №1. – Т.2. – 1999.
19. Архів військової прокуратури Західного регіону України. – 2000-2002 роки.
20. Хавронюк М.І. Військові злочини: Навчальний посібник. – К.: Українська академія внутрішніх справ України, 1995.

SUBJECTIVE SIDE OF UNAUTHORIZED ABANDONMENT OF ARMY UNIT OR DUTY STATION

M. Senko

*Military Prosecutor's Office of Western Region of Ukraine,
Kleparivska Str., 20, UA-79000 Lviv, Ukraine
e-mail: Offspring2002@ukr.net*

The article deals with the subjective side of unauthorized abandonment of the army unit or duty station. This crime is foreseen by article 407 of the Criminal Code of Ukraine. The features of subjective side, kinds of intention and negligence of this crime are characterized. The author substantiates that unauthorized abandonment of the army unit or duty station may be committed only with direct intention whilst non-appearance at the place of service in time without valid causes may be committed either with direct intention or by criminal negligence. Judicial practice examples are given.

Key words: subjective side, army unit, duty station.

Стаття надійшла до редколегії 10.02.2003

Підписана до друку 30.10.2003

ПРАВОВЕ ВРЕГУЛЮВАННЯ ЕУТАНАЗІЇ ЗА ЗАКОНОДАВСТВОМ АВСТРАЛІЇ

К. Марисюк

*Львівський національний університет імені Івана Франка
вул. Університетська, 1, 79000 Львів, Україна.
e-mail: markos1976@rambler.ru*

Стаття присвячена питанням правового врегулювання еутаназії за законодавством окремих штатів та територій Австралії. Висвітлюються як погляди прихильників легалізації цього явища, так і його супротивників. Проаналізовано чинну законодавчу базу з цього питання, а також законопроекти та деякі скасовані нормативні приписи, які найяскравіше відбилися на подальшому законотворенні у цьому напрямі.

Ключові слова: еутаназія, асистоване самогубство, законодавство.

У період побудови в Україні демократичної, правової та соціальної держави основним є захист життя та здоров'я людини, особливо коли посягання на них відбувається злочинним шляхом. Відтак не може не дивувати надзвичайно пасивне ставлення вітчизняного законодавця до однієї з найбільш дебатованих проблем цього роду, а саме до еутаназії. Досі не прийнято жодного нормативного припису, який би встановлював заборону чи надавав дозвіл на таке діяння. Єдиним, до того ж фактично декларативним, приписом є норма, яка міститься у Основах законодавства України про охорону здоров'я. Згідно з ч.3 ст.52, медичним працівникам забороняється здійснення еутаназії – умисного прискорення смерті або умертвіння невиліковно хворого з метою припинення його страждань.

Як же закріплюється кримінальна відповідальність за вчинення еутаназії? Український законодавець за такої ситуації допускає використання ч.1 або відповідного пункту ч.2 ст.115 КК України [з цього приводу більш детально див., 10, с.81 – 82], що не до кінця охоплює та захищає врегульовані положення.

Отже, впровадження належного законодавчого врегулювання є надзвичайно важливим та актуальним. І чи не найкращим прикладом цього може бути Австралія, а, точніше, її правова база з цього питання.

У наш час існує надзвичайно велика кількість досліджень питань еутаназії, однак вони або мають загальний характер (наприклад, Астахова В. Эвтаназия: за и против // Здравоохранение. – 2001. – №1; Gunning K.F. Euthanasia // Lancet. – 1991. – # 338. P. 1010 – 1011), або стосуються окремих елементів чи ознак цього явища (Олейник О. Этические и правовые аспекты эвтаназии // Юридическая практика. – 28 ноября 2001 г. – №48 (206); Те Е. Некоторые правовые, морально-этические и другие аспекты эвтаназии в России // Право и Жизнь. – 2000. – №31; Emanuel E.J. Euthanasia: historical, ethical and empirical perspectives. // Archives of Internal Medicine. – # 154). Правових же досліджень законодавства Австралії у нашій державі, та й у державах пострадянського простору фактично немає.

Відтак в основу дослідження покладено праці таких відомих австралійських дослідників, як М. Отловскі (Otlowski M. Active Voluntary Euthanasia: A Timely Appraisal. Hobart: University of Tasmania Law School, 1992; Otlowski M. Mercy Killing Cases in the Australian Criminal Justice System // Criminal Law Journal. – 1993. – #9), Р. Скотта (Scott R. When is Medical Treatment for Abortion, Pain Relief or Euthanasia

Actionable? // Queensland Law Society Journal. – 1995), П. Глера (Glare P.A., Tobin B., Ryan C.J., Kaye M. Euthanasia in Australia. // New England Journal of Medicine. – # 334).

Основним завданням дослідження є вивчення найхарактернішим положень нормативно-правових актів різноманітних штатів та територій Австралії, які безпосередньо чи опосередковано стосуються питань еутаназії.

Уперше поняття *еутаназія* було введено в науковий обіг англійським філософом Ф. Беконом (1561 – 1626).

Еутаназія – "хороша, спокійна і легка смерть, без мук і страждань". Іноді таку смерть називають "солодкою".

Нині науковці розрізняють пасивну та активну еутаназію.

Пасивна еутаназія (чи як її ще називають "метод відкладеного шприца") виявляється у тому, що припиняється надання спрямованої на продовження життя медичної допомоги, що прискорює настання природної смерті.

Під активною еутаназією ("метод наповненого шприца") розуміється введення помираючому якихось медичних чи інших препаратів, а також інші дії, що тягнуть за собою швидке і безболісне настання смерті [11, с.11]

Найбільш традиційними проявами еутаназії, відповідно до законодавства Австралії, є:

- 1) пацієнт страждає від нестерпного болю і просить лікаря звільнити його від цих страждань. Лікар у відповідь на це прохання приписує йому більшу дозу знеболювальних ліків, що прискорює смерть;
- 2) пацієнт бажає померти і просить лікаря допомогти йому у цьому. Лікар надає певну допомогу (наприклад, призначає відповідні ліки, надає поради та ін.), однак дії, що стали безпосередньою причиною смерті вчиняються швидше особисто пацієнтом, ніж лікарем;
- 3) пацієнт бажає померти і просить лікаря допомогти йому, а лікар вчиняє дії, які призводять до смерті.

Розглянемо окремо, як кожен із видів еутаназії відбився у законодавстві Австралії.

У 1991 р. комісія з реформи права у Західній Австралії виявила зацікавленість невизначеною позицією права щодо призначення знеболювального, яке пришвидшує смерть пацієнта. Вона ж порадила прийняти нормативно-правовий акт, який би захистив лікарів від кримінальної відповідальності, що настає "за призначення ліків чи іншого лікування, метою якого є контролювати біль, навіть якщо ліки чи інше лікування можуть мати побічним ефектом скорочення життя пацієнта, та якщо дана згода пацієнта і таке призначення ліків є обґрунтованим за існуючих обставин." [6, с.25] Однак, жодного нормативно-правового акта такого типу не було прийнято.

Стаття 17 (1) Акта про згоду на медичне лікування і пом'якшувальний догляд 1995 р. (Південна Австралія) застосовується до ситуації, коли лікар чи інший професійний працівник у сфері охорони здоров'я, що діє під наглядом лікаря, призначає медичне лікування "з наміром припинити біль чи страждання", навіть якщо "побічним ефектом лікування буде пришвидшення смерті пацієнта. Ця стаття передбачає, що лікар чи інший професійний працівник у сфері охорони здоров'я не буде нести кримінальну чи цивільну відповідальність за умови, що в цій ситуації він буде діяти:

- за згодою пацієнта чи його представника,

- добросовісно та без ознак недбалості,
- відповідно до загальних професійних стандартів пом'якшувального догляду.

Акт про медичне лікування 1998 р. (штат Вікторія) передбачає, що його юридична сила не впливає на будь-яке право, повноваження чи обов'язок, який має лікар чи інша особа щодо пом'якшувального догляду.

Акт про природну смерть 1988 року (Північна територія) передбачає, що його дія не впливає на правові наслідки (якщо вони є), які настають у результаті вчинення терапевтичних заходів (що не є екстраординарними щодо пацієнта, який є безнадійно хворим), незважаючи на те, чи пацієнт давав на це вказівку відповідно до цього акта".

Акт про медичне лікування 1994 р. (Столична територія Австралії) передбачає, що його дія не "впливає на будь-яке право, повноваження чи обов'язок, який медичний працівник чи інша особа має стосовно пом'якшувального догляду". Цей Акт містить положення щодо можливості застосування обґрунтованих медичних процедур для пом'якшення болю, зменшення страждання, дискомфорту у визначені пом'якшувального догляду. У ньому ж зазначається, що не зважаючи на положення будь-якого закону території пацієнтові надається право на отримання максимально можливого полегшення болю чи страждання, що є обґрунтованим за даних обставин.

В червні 1995 р. парламент Квінсленду прийняв новий Кримінальний Кодекс. Стаття 82 звільняє від кримінальної відповідальності за проведення медичного лікування (що визначено як таке, що включає й "полегшення болю"), коли такі дії вчиняються добросовісно і з відповідним піклуванням і вмінням на користь пацієнта і є обґрунтованими, зважаючи на стан пацієнта і всі інші обставини. Більш широке тлумачення цієї статті нашою думкою про те, що вона допускає дозволяти застосування за певних обставин знеболювальних ліків, що скорочують життя пацієнта. Нова 82 стаття, видається, дозволяє застосування скорочуючих життя знеболювальних ліків лікарем чи будь-якою іншою особою, навіть тоді, коли умисел явно спрямований на припинення життя пацієнта. [9, с.449]. Також, як видається, ця стаття дозволяє здійснення іншого медичного лікування (що не пов'язане з полегшенням болю) з наміром припинити життя пацієнта.

Іншу наступну ситуацію часто називається "асистоване лікарем самогубство".

Хоча кримінальний закон Австралії більше не містить кримінальної караності за доведення до самогубства чи допомогу у його вчиненні, асистоване самогубство визнається злочином на території всієї Австралії.

В Новому Південному Уельсі, Столичній території Австралії, Вікторії та Південній Австралії вважаються злочином підбурювати, радити, допомагати чи іншим способом сприяти іншій особі у вчиненні самогубства або у спробі вчинити самогубство [7, с.10-12]. В Квінсленді, Західній Австралії і Північній території злочином вважається допомагати чи радити іншій особі вбити себе чи допомагати особі у вчиненні самогубства. В Тасманії злочином вважається підбурювати інших осіб до вчинення самогубства.

У той же час в Австралії фактично немає прикладів переслідування лікарів за те, що вони допомагали у вчиненні самогубства їх пацієнтами. Якщо ж такі справи виникатимуть, то, очевидно суд виявить таку ж поблажливість, яку він вже показав в інших справах про асистоване самогубство, якщо лікар вчиняє такі дії з мотивів милосердя.

І врешті, третю ситуацію інколи називають "допомога лікаря у заподіянні смерті", а частіше – активна добровільна еутаназія.

Лікар, який виконує прохання пацієнта у такий спосіб підлягає кримінальній відповідальності за вбивство. На всіх територіях Австралії вбивство вважається вчиненим, якщо особа помирає в результаті вчинення дій спрямованих на заподіяння смерті.

Довічне ув'язнення залишається обов'язковим покаранням у випадку визнання особи винною у вчиненні вбивства у Північній території, Квінсленді, Південній Австралії, Тасманії і Західній Австралії.

На розсуд суду вирішується питання про призначення покарання з верхньою межею у вигляді довічного ув'язнення в Новому Південному Уельсі, Австралійській столичній території і Вікторії.

Єдина територія в Австралії, де було, хоч і не надовго, узаконено активну добровільну еутаназію – це Північна територія.

Ця ситуація виникла внаслідок введення в дію Акта про права безнадійно хворого 1995 р. Цей законодавчий акт встановлює законний режим, відповідно до якого асистоване лікарем самогубство і активна добровільна еутаназія можуть здійснюватися без порушення кримінального чи будь якого іншого закону. Він дозволяє лікарю виконувати вимогу безнадійно хворого, дієздатного, повнолітнього пацієнта про надання йому допомоги у закінченні життя, якщо дотримано певних умов.

Акт про права безнадійно хворого 1995 р. дозволяє лікареві виконати прохання пацієнта допомогти йому припинити життя, тільки у разі дотримання таких умов:

- пацієнт є безнадійно хворим. "Безнадійна хвороба" визначається як "хвороба, яка, з точки зору медицини, за нормального перебігу, без застосування надзвичайних заходів чи лікування неприйнятної для пацієнта, обов'язково має спричинити смерть";
- пацієнт досягнув 18-річного віку;
- безнадійна хвороба змушує пацієнта відчувати сильний біль чи страждання, рівень яких є неприйнятним для пацієнта;

Лікар може погодитись на здійснення еутаназії лише, якщо, спираючись на достатні підстави, він переконаний, що:

- пацієнт є безнадійно хворим і хвороба за нормального її перебігу і без застосування надзвичайних заходів призведе до смерті пацієнта;
- не існує медичного лікування, прийнятної для пацієнта, яке змогло б його вилікувати;
- єдине медичне лікування, що є прийнятним для пацієнта – це пом'якшувальний догляд, тобто лікування, що пом'якшує біль і / чи душевне страждання, метою якого є дозволити пацієнту вмерти легкою смертю;
- пацієнт при здоровому глузді і рішення пацієнта закінчити своє життя було прийнято добровільно, без тиску і після належного обдумування;
- пацієнт обговорив наслідки свого рішення зі своєю сім'єю.

Законодавець встановлює й суттєві вимоги до лікарів, які можуть і бажають взяти участь в еутаназії. Перший (основний) лікар повинен мати медичну практику безперервно не менше ніж 5 років, бути у даний час резидентом Північної Території і мати право на здійснення медичної практики у межах Північній Території. Зазначимо, що законодавство не вимагає, щоб пацієнт був резидентом Північної території.

Другий незалежний лікар, що є спеціалістом у лікуванні невиліковних хвороб, від яких страждає пацієнт, повинен підтвердити думку першого лікаря про хворобу пацієнта. Цей лікар також повинен мати право здійснювати медичну практику в Австралії безперервно протягом не менше як 5 років, має бути резидентом Північної Території, мати дозвіл на зайняття медичною практикою в межах Північної Території.

Третій незалежний лікар має бути кваліфікованим психіатром. Він повинен підтвердити, що пацієнт не страждає на клінічну депресію. Цей лікар не зобов'язаний бути мешканцем Північної Території і не повинен мати дозволу на заняття медичною практикою в межах Північної Території.

Пацієнт (або, якщо пацієнт фізично неспроможний вчинити це, інша особа, вказана пацієнтом) повинен підписати так званий "сертифікат про вимогу". Підпис має бути засвідчений основним (першим) лікарем, а також другим лікарем, який обговорив це питання з пацієнтом і першим лікарем. Згадані вище лікарі, а також їхні близькі родичі чи друзі повинні свідомо уникати фінансових чи інших заохочень (окрім тих, які є справедливою платнею за медичні послуги), що можуть надаватися в разі смерті пацієнта.

Навіть якщо усі вищевказані умови були дотримані, пацієнт може "в будь-який час і у будь-який спосіб" анулювати свою вимогу про допомогу у спричиненні смерті. Закон також не зобов'язує лікаря погоджуватися на прохання пацієнта про такого роду допомогу. У законодавстві спеціально зазначено, що лікар може з будь-якої причини й у будь-який час відмовити пацієнту у допомозі щодо припинення його (її) життя.

Якщо лікар все ж погодиться виконати вимогу пацієнта, то він може вчинити ці дії шляхом призначення смертельної речовини, приготування смертельної речовини, надання смертельної речовини для самостійного введення і / чи ввести смертельну речовину пацієнтові. Це положення узаконює як асистоване лікарем самогубство, так і активну добровільну еутаназію. У процесі надання допомоги у спричиненні смерті будь-яким з цих способів, лікар повинен керуватися "визначеними медичними стандартами", повинен "брати до уваги відповідну фармацевтичну інформацію про речовину, придатну до використання" і повинен обрати "ліки чи комбінацію ліків, які практикуючий лікар визнає найбільш прийнятними для допомоги пацієнту".

У випадку, якщо лікар допомагає пацієнтові припинити його / її життя шляхом введення смертельних ліків, він повинен надати інформацію про дію цих ліків членам сім'ї пацієнта для того, щоб вони вирішили, чи бути присутніми при вчиненні акту еутаназії. Лікар також повинен залишитися протягом розумного часу після смерті пацієнта з присутніми при цьому його сім'єю і друзями для того, щоб відповісти на будь-які запитання, які в них можуть виникнути.

Лікар повинен скласти детальний письмовий звіт про асистування пацієнтові у вчиненні еутаназії. Лікар також повинен надсилати відповідні медичні звіти коронерові, який своєю чергою щорічно звітує про кількість таких смертей, Генеральному прокуророві. Генеральний прокурор повинен звітувати про висновки коронера Законодавчій Асамблеї.

Лікар, який допомагає пацієнтові припинити його життя з дотриманням цього законодавства, не підлягає цивільній чи кримінальній відповідальності, а також професійній дисциплінарній відповідальності, якщо він діяв "добросовісно і без недбалості".

У законодавстві передбачено й значну відповідальність за деякі дії, пов'язані з вчиненням еутаназії, а саме:

- Кожний, хто підбурює чи погрожує лікареві чи іншій особі щодо вимоги пацієнта про допомогу у припиненні його (її) життя, вчиняє злочин, за який встановлюється покарання у вигляді штрафу у розмірі до 10000\$.
- Кожний, хто використовує обман чи незаконний вплив на процедуру підписання чи засвідчення сертифікату про вимогу, вчиняє злочин, за який встановлюється покарання у виді штрафу у розмірі до 20000\$ чи тюремного ув'язнення на строк до чотирьох років.
- Лікар, який не складе звіту чи не виконає вимогу щодо звітування, вчиняє злочин, за який встановлюється покарання у вигляді штрафу у розмірі до 10000\$ чи тюремного ув'язнення на строк до чотирьох років.

Незважаючи на всю прогресивність та актуальність розглядуваного акта, далеко не всі жителі Австралії схвально сприйняли його приписи. Відтак у липні 1996 р. Верховним Судом Північної Території було заслухано позов, поданий Крісом Вейком і Реверендом Гондаррою. Вони доводили, що Акт є недійсним, оскільки Територія не має права приймати приписи, які б дозволили позбавляти життя. 24 липня судді ухвалили рішення, яким відхилили цей позов. Розгляд цього ж позову у Вищому Суді Австралії також завершився тим, що Акт визнали дійсним. Така ж доля спіткала й "Законопроект про анулювання Акта про права безнадійно хворого 1995 року" у жовтні 1996 року.

Ці спроби не вдалися і опозиція вирішила провести свій законопроект через Австралійський Федеральний Парламент.

9 вересня 1996 р. член Австралійського парламенту від Ліберальної партії Австралії Кевін Ендрюз подав відповідний приватний законопроект до Палати Представників Австралії, який, до того ж, мав повну підтримку прем'єр-міністра Австралії та лідера офіційної опозиції. 25 березня 1997 р. законопроект Ендрюза було прийнято Австралійським Федеральним Парламентом, внаслідок чого припинено дію Акта про права безнадійно хворого.

За прикладом Північної Території, й інші території Австралії зробили спроби запровадити закони, які б легалізували вчинення еутаназії. Звернемо увагу лише на декілька з них, які, на думку автора, є найбільш значущими.

9 березня 1995 р. Джон Квірк, скарбник Південної Австралії, представив приватний законопроект під назвою "Законопроект про добровільну еутаназію Південної території", однак Австралії 27 липня того ж року його було відхилено Законодавчою Асамблеєю Південної 30 голосами проти 12.

В серпні 1995 року Майкл Мур подав приватний законопроект до Законодавчої Асамблеї Столичної Території Австралії під назвою "Законопроект про медичне лікування (зміни)". Остаточну редакцію законопроекту було представлено у вересні 1995 р. Його було відхилено 22 листопада 1995 р. з перевагою 10 голосів проти 7.

30 травня 1995 р. Пол О'Грейді подав на розгляд Законодавчої Ради Нового Південного Уельсу приватний законопроект, у якому передбачалося врегулювання захисту медичних працівників, які допомагають безнадійно хворим припинити їхнє життя. Однак він не встиг цього зробити, оскільки у січні 1996 р. через хворобу склав з себе повноваження члена парламенту Нового Південного Уельсу. Жоден інший член парламенту штату не наполягав на розгляді цього законопроекту [5].

Підсумовуючи викладене, зазначимо, що австралійському законодавцю вперше в світовій історії вдалося, хоч і на короткий час, врегулювати правовий статус такого важливого та неоднозначного як з погляду етики, так і з погляду права явища, як еутаназія. Саме ця спроба законотворення й стала чи не основним підґрунтям прийняття законів, які легалізували це явище у Нідерландах, США, Бельгії та інших державах. Відтак подальше дослідження питань правового врегулювання еутаназії на території Австралії та й у інших державах є надзвичайно важливим та актуальним як для подальшого вітчизняного законотворення, так і для пізнання правової бази зарубіжних держав.

1. Cica N. Euthanasia – the Australian Law in an International Context. Part 2: Active Voluntary Euthanasia. Canberra: Department of the Parliamentary Library, 1996.
2. Emanuel E.J. Euthanasia: historical, ethical and empirical perspectives. // Archives of Internal Medicine. – # 154.
3. Glare P.A., Tobin B., Ryan C.J., Kaye M. Euthanasia in Australia. // New England Journal of Medicine. – # 334.
4. Legalised euthanasia in Australia // [http:// www.nswrtl.org.au/](http://www.nswrtl.org.au/)
5. Northern Territory mercy killing law a mess, says Carr // Sydney Morning Herald. – 1996. – 15 April.
6. Otlowski M. Active Voluntary Euthanasia: A Timely Appraisal. Hobart: University of Tasmania Law School, 1992.
7. Otlowski M. Mercy Killing Cases in the Australian Criminal Justice System // Criminal Law Journal. – 1993. – #9.
8. Ryan C.J. Euthanasia in Australia – The Northern Territory Rights of the Terminally Ill Act // The New England Journal of Medicine. – Vol. 334. – # 5.
9. Scott R. When is Medical Treatment for Abortion, Pain Relief or Euthanasia Actionable? // Queensland Law Society Journal. – 1995.
10. Гришук В.К., Марисюк К.Б. Еутаназія в теорії і практиці зарубіжних держав і в Україні // Митна справа. – 2002. – №6.
11. Олейник О. Этические и правовые аспекты эвтаназии // Юридическая практика. 2001. – №48 (206). – 28 ноября.

LEGAL REGULATION OF EUTHANASIA UNDER THE LEGISLATION OF AUSTRALIA

K. Marysyuk

*Ivan Franko National University of Lviv,
Universytetska Str., UA - 79000 Lviv, Ukraine.
e-mail: markos1976@rambler.ru*

The article deals with the questions of euthanasia legal regulation under the legislation of certain states and territories of Australia. The supporters' as well as opponents' positions of this phenomenon legalization are elucidated. The existing legislation, draft legislation as well as cancelled prescriptions are analysed.

Key words: euthanasia, assisted suicide, legislation.

Стаття надійшла до редколегії 17.02.2003
Підписана до друку 30.10.2003

ОРГАНІЗАЦІЯ ЗАХИСТУ НЕПОВНОЛІТНІХ У КРИМІНАЛЬНОМУ СУДОЧИНСТВІ США

А. Романюк

*Прикарпатський університет ім. В. Стефаника,
вул. Шевченка 57, 76000, м. Івано-Франківськ, Україна
тел. (0342) 59-61-34*

У статті висвітлюються підходи до забезпечення неповнолітнім права на захист у кримінальному процесі США. З'ясовуються історичні передумови чинної в країні системи ювенальної юстиції загалом та захисту неповнолітніх у кримінальних справах зокрема. Розглядаються сучасний стан та тенденції розвитку інституту захисту неповнолітніх обвинувачених, зокрема тих, які через малозабезпеченість неспроможні самостійно запросити захисника. В роботі висловлюються пропозиції щодо запозичення позитивного досвіду США з метою удосконалення організації захисту в справах неповнолітніх у кримінальному судочинстві України.

Ключові слова: неповнолітній, ювенальний, суд у справах неповнолітніх, адвокат, захисник, публічний захисник, малозабезпечений, програми захисту неповнолітніх.

Аналізуючи чинне українське законодавство та практику його застосування, можна констатувати, що в нашій державі сьогодні, на жаль, існують певні проблеми, що стосуються організації захисту в кримінальному судочинстві, особливо у відношенні малозабезпечених та неповнолітніх. Безперечно, дані проблеми потребують свого законодавчого вирішення. Проте законотворча діяльність не буде достатньо ефективною, якщо при підготовці і прийнятті законів не враховувати відповідний досвід інших країн, практику застосування аналогічних нормативно-правових актів. Тому в цьому напрямку цікавим повинне бути дослідження організації захисту неповнолітніх у США, країні, стандарти якої у сфері охорони прав та свобод людини історично нерідко були взірцем для інших держав. Окремі аспекти даного питання знайшли своє відображення у роботах ряду вчених: С.А. Кабілової, Е.Б. Мельникової, В.І. Шишкіна та інших авторів [1], проте окремого повноцінного свого дослідження ця проблема поки що не отримувала. Завданням даної статті є виділення та характеристика особливостей організації захисту неповнолітніх у кримінальному судочинстві США з метою вивчення можливостей запозичення позитивного американського досвіду для потреб правової системи України, зокрема для посилення юридичних та соціальних гарантій дітей, залучених до сфери кримінального процесу.

Для Сполучених Штатів Америки характерна особлива система захисту неповнолітніх у кримінальному судочинстві. Це обумовлено рядом особливостей правової системи цієї держави. Історично США були батьківщиною першої у світі системи ювенальної юстиції. Так, у Чикаго (штат Іллінойс) 2 липня 1899 року був створений перший суд у справах неповнолітніх. Пізніше мережа таких судів поширилась по всій країні. Мета суду в справах неповнолітніх полягала не стільки в тому, щоб судити злочинців, скільки в тому, щоб знаходити рішення, які найкращим чином відповідають інтересам і дитини, і суспільства. Щоб захистити дитину від розголосу, засідання були закритими. Суд у справах неповнолітніх міг вживати профілактичних заходів до "потенційних правопорушників" і засуджувати їх до

невизначеного строку ув'язнення, щоб кожна дитина могла "перевиховуватися" стільки, скільки потрібно. Для керівництва і контролю за неповнолітніми після їх звільнення була введена система пробації. Система подібних судів поширилася також в інших країнах. У США до 1924 року спеціальні суди у справах неповнолітніх були утворені у всіх штатах держави, окрім двох [2, с.10].

Таким чином у першій половині 20 століття у США сформувалася система ювенальної юстиції, основним принципом якої був пріоритет виховання дитини перед її покаранням.

Основними рисами судочинства у справах неповнолітніх у таких судах була неформальність і максимальна індивідуалізація судового процесу. Центром судочинства визнавалася особистість неповнолітнього. При призначенні покарання за вчинений злочин суд повинен був виходити не з характеристики самого діяння, а з особи порушника, оцінки того, наскільки він здатний виправитись. Хоча по справах про тяжкі злочини допускалась передача неповнолітнього у загальний кримінальний суд, де судочинство щодо нього здійснювалося за правилами, встановленими для дорослих підсудних.

Однією з головних переваг процесуальної невизначеності та неформальності судочинства називалась оперативність вирішення справ неповнолітніх.

При бажанні неповнолітнього участь адвоката в справі не виключалася, проте, звичайно, мова про забезпечення підлітку захисника у справі, при неспроможності того самостійно його запросити, у той час не йшла. Вважалося, що участь адвоката *a priori* передбачає наявність конфлікту між інтересами неповнолітнього та інтересами держави і не сприяє неформальності процесу, надаючи йому більшої схожості з процедурою розгляду справ у загальнокримінальних судах.

Проте з розвитком системи судочинства саме ті риси, які визнавались найбільшими цінностями даної системи – неформальність і максимальна індивідуалізація процесу – почали все частіше викликати занепокоєння у американських юристів, оскільки вони досягались за рахунок відсутності яких-небудь процесуальних гарантій і породжували небезпеку порушення прав неповнолітніх, а також загрожували неповнотою розслідування, прогалинами в доказовій базі, сумнівами стосовно джерел їх отримання. На той час вважалося, що неналежність правової процедури компенсується певними перевагами – більшою турботою про неповнолітнього.

Проте вже по справі *Кент проти США* (1966) Верховний Суд США вперше в історії країни визнав право неповнолітнього на певні процесуальні гарантії в дитячому суді, зокрема на "належну правову процедуру і справедливе поводження" та право адвоката неповнолітнього ознайомитись з матеріалами справи, якими обґрунтовується передача неповнолітнього в "дорослий" суд. Суд визнав, що при повністю невизначеній процедурі за відсутністю процесуальних гарантій неповнолітні можуть не отримати ні того захисту, яким користуються дорослі, ні турботи, яка декларується стосовно дітей [3, с.4].

Ще суттєвішими доповненнями збагатився принцип належності правової процедури у справі *Голта*. Верховний Суд США визначив, що у справах, які можуть завершитись ув'язненням, неповнолітні мають право на повідомлення про судовий розгляд, на захисника, на опитування свідків та на захист від самообмови. Верховний

Суд недвозначно заперечив базову роль принципу турботи в ювенальній юстиції, визнавши його "туманним і сумнівно обґрунтованим" [3, с.1-2].

Відтоді процедура розгляду справ неповнолітніх зазнала ще деяких змін, проте найістотніший вплив на забезпечення права на захист неповнолітніх у кримінальних справах відіграли саме ці два рішення Верховного Суду США.

Таким чином, станом на сьогодні справи неповнолітніх розглядаються в спеціалізованих дитячих судах, а деякі справи про тяжкі злочини або ті, в яких виправлення особи заходами, передбаченими для неповнолітніх, визнається неможливим, можуть передаватися у загальнокримінальні суди. Порядок передачі таких справ відрізняється в залежності від штату.

Якщо проаналізувати порядок забезпечення права на захист неповнолітнім у кримінальному судочинстві, то можна помітити ряд суттєвих відмінностей у порівнянні з українським законодавством.

Так, законодавством США не передбачено обов'язкової участі захисника у кримінальних справах щодо неповнолітніх, хоча участь захисника може бути визнаною обов'язковою у конкретній справі.

Крім того, у США державою неповнолітньому забезпечується захисник лише в тому разі, коли в результаті розгляду справи до неповнолітнього може бути застосована інституалізація (тобто поміщення в закриту виправно-трудова чи виховну установу).

Відсутність інституту обов'язкової участі захисника у справах неповнолітніх викликає критику і в самій країні. В доповіді, підготовленій для Міжнародного огляду кримінальної політики, в якій аналізується практика забезпечення захисниками неповнолітніх у США, говориться, що "хоча неповнолітні мають конституційне право бути представленими адвокатом, порушення цього права є швидше правилом, аніж винятком. У багатьох штатах менше половини неповнолітніх, визнаних винними, отримували допомогу адвоката, на яку вони мають конституційне право. За даними деяких досліджень, у половині штатів майже половина чи й більше правопорушників не мали адвокатів, в тому числі багато молодих людей, щодо яких були визначні міри покарання у вигляді направлення у спеціальні заклади чи позбавлення волі". В доповіді робиться висновок, що по мірі посилення карального ухилу судів для неповнолітніх, тенденція якого спостерігається у США, право на адвоката набуватиме ще більшого значення [4, с.93].

Відповідно до іншого дослідження, проведеного в США, не було жодного штату, де адвокати представляли хоча б 50% неповнолітніх [5, с.185].

В останні роки, справді, в Сполучених Штатах змінюються підходи до правосуддя стосовно неповнолітніх. Дедалі сильнішим є тяжіння до визнання покарання, а не реабілітації порушника, основною метою правосуддя [3, с.5]. Все більше штатів переглядають законодавство щодо неповнолітніх в бік посилення відповідальності. За період з 1992 по 1997 роки у 16 штатах з'явилися норми, що вимагають обов'язкового призначення за вчинення окремих тяжких і насильницьких злочинів позбавлення волі, встановлюючи при цьому мінімальні строки такого ув'язнення (mandatory sentencing). Поширюється практика призначення неповнолітнім змішаних покарань – коли за один злочин одночасно призначаються і "дитяче", і "доросле" покарання. Збільшується кількість автоматичних передач

неповнолітніх з дитячих у загальнокримінальні суди в силу закону чи на розсуд прокурора, без попереднього розгляду доцільності такої передачі дитячим судом. На сьогоднішній день у США серйозну тривогу викликають випадки нехтування інтересами неповнолітніх в судах, тенденції до збільшення ролі позбавлення волі у відповідь на зростання рівня злочинності неповнолітніх. Багато штатів змінили мету свого ювенального законодавства, роблячи наголос на покаранні та громадській безпеці, а не на вихованні дітей, санкції стали суворішими, все більше неповнолітніх позбавляються волі [6, с.1].

Такі обставини визначають підвищення ролі захисту в кримінальних справах неповнолітніх.

Захист в кримінальному судочинстві у справах неповнолітніх здійснюється адвокатами. Адвокати можуть брати участь як за запрошенням, так і за призначенням. Захист за угодою здійснюється, як правило, приватними адвокатами, яких запрошують або самі неповнолітні, або їх родичі.

Але особливий інтерес у цьому відношенні становить досвід США у організації захисту осіб, які через малозабезпеченість не спроможні запросити захисника, зокрема і у справах неповнолітніх. Шоста поправка до Конституції США гарантує кожному обвинуваченому право на захисника. Це право розуміють так, що у всіх справах, крім справ про малозначні злочини, які не можуть закінчитись ув'язненням, незможні обвинувачені мають право на адвоката. Причому держава може, попередньо з'ясувавши їх матеріальні можливості, нести частину чи всі витрати на послуги захисника. Вирішення даного питання поставлено в країні на досить серйозний рівень. Досить сказати, що щорічно мають місце в середньому 90 тис. випадків призначення захисників для таких осіб, а розмір компенсації адвокатам за роботу за призначенням щороку досягає 300 млн. доларів [7, с.65]. У країні захист за призначенням здійснюється як через спеціально створені для цих потреб організації захисників, так і звичайними адвокатами. На сьогодні представництво малозабезпечених клієнтів розподіляється майже порівну між працівниками організацій захисників та індивідуально призначеними адвокатами [7, с.69].

В усіх штатах розроблені власні системи забезпечення виконання Шостої поправки до Конституції США. Програми захисту незможних, наприклад, забезпечують представництво 90% всіх обвинувачених у справах про незаконний обіг наркотиків [8, с.31].

У США існує три базові моделі забезпечення захисту незможним обвинуваченим: призначення приватних адвокатів у кожній конкретній справі, контрактна система і програми державних захисників [8, с.32].

Перша модель передбачає призначення приватних адвокатів для забезпечення захисту незможних обвинувачених. Багато менш досвідчених адвокатів, практикантів із задоволенням беруть участь в цих програмах у зв'язку з можливістю отримання досвіду. Призначення адвокатів здійснюється у двох формах – за принципом *ad hoc* (*ad hoc* – лат. "для цього випадку") або за скоординованим принципом. Суть першої в тому, що захисники призначаються з-поміж приватних адвокатів без дотримання методу ротації та без спеціальних вимог щодо кваліфікації адвоката. Часто призначаються адвокати, які є присутніми в суді на момент приводу обвинуваченого чи пред'явлення обвинувачення. Оплата послуг адвокатів здійснюється або за погодинними ставками, або за визначеною сумою за справу. Скоординоване призначення адвокатів полягає у наявності певних вимог щодо їх

кваліфікації і забезпечує вищий рівень нагляду, підготовки і підтримки адвокатів. Адвокати зазвичай призначаються на ротаційній основі в залежності від галузі їх спеціалізації та складності справи. Друга система визнається пріоритетною щодо першої.

Контрактні системи передбачають укладення штатом, округом контрактів з приватними адвокатами, адвокатськими фірмами чи асоціаціями щодо забезпечення захисту неможливих у кримінальних справах. Є два основні типи таких систем: контракти на загальну фіксовану суму та контракти з оплатою за кожну справу. Суть першої в тому, що адвокат, фірма чи асоціація погоджуються прийняти невизначену кількість справ у межах погодженого періоду (найчастіше одного року). При цьому, навіть якщо реальна кількість справ більша від прогнозованої, контрактник повинен забезпечити представництво по цих справах без додаткової оплати. В другому випадку адвокат, фірма чи асоціація адвокатів укладають контракт на визначену кількість справ з фіксованою платою за кожну. Якщо ліміт справ закінчиться, контракт можна переукласти. Суттєва перевага контрактних систем – можливість запланувати в бюджеті суму коштів, необхідних для цієї мети.

Програми публічних захисників включають державні чи громадські організації, укомплектовані штатними адвокатами на умовах повного чи неповного робочого дня. В цих організаціях працюють добре підготовлені та добре забезпечені різного роду допомогою адвокати, які захищають малозабезпечених у кримінальних справах. Як правило, ці програми переважно діють у великих містах.

Штатами країни розроблено велику різноманітність систем захисту неможливих обвинувачених у кримінальних справах, в яких поєднано наведені моделі у залежності від специфіки штату, традицій та законодавства.

Оплата адвокатам і публічним захисникам компенсації за роботу здійснюється, як правило, за кошти штатів чи округів. В деяких штатах передбачено часткове покриття цих витрат за рахунок судового мита по інших, в тому числі і цивільних, справах, та різних штрафів.

В межах даних систем функціонують також різні програми щодо захисту неможливих неповнолітніх. При цьому однією з основних проблем для забезпечення належного захисту є надмірна кількість справ за участю неповнолітніх, що припадають на одного адвоката. Захисники часто не мають часу для зустрічі з підзахисними; кошти, які виділяються для здійснення юридичного представництва дітей у кримінальному судочинстві, не здатні забезпечити витрат на ведення захисту. Така ситуація вимагає певних удосконалень. Організаціями публічних захисників були розроблені ряд додаткових програм щодо забезпечення неповнолітніх як в дитячих, так і в "дорослих" судах необхідним захистом. В різних штатах створюються спеціальні підрозділи організацій публічних захисників, куди входять поряд з адвокатами також соціальні працівники різних профілів, які надають захисникам спеціальну допомогу з окремих питань, а також можуть виступати як свідки-експерти в суді. Адвокати, які задіяні у цих програмах, наймають для допомоги практикантів з числа студентів, що дозволяє їм займатись складнішими та громіздкими справами.

Наведемо кілька прикладів організації захисту неповнолітніх службами публічних захисників різних штатів країни.

В 1992 році службою публічного захисника штату Меріленд визнано необхідність забезпечувати всебічне представництво для неповнолітніх клієнтів, залучених до кримінальних справ та справ про проступки. Через необхідність вийти за межі суто юридичної допомоги, даною службою було створено Підрозділ з обслуговування неповнолітніх клієнтів (Juvenile Client Services Division), який включає соціальних працівників і адвокатів. Даний підрозділ надає неповнолітнім ряд послуг. Зокрема, під егідою Підрозділу у 1995 році був створений Відділ роботи з неповнолітніми обвинуваченими (Youthful Defendant Unit). Його метою є врахування особливих обставин і потреб неповнолітніх обвинувачених, справи яких розглядаються в кримінальному суді у порядку, передбаченому для дорослих обвинувачених. Хоча справи цих неповнолітніх розглядаються в "дорослому" суді, закон дозволяє звертатись до суду з клопотанням про передачу справи дитини до розгляду в ювенальний суд (суд у справах неповнолітніх). Будучи укомплектованим одним адвокатом і одним юридичним секретарем, Відділ має змогу представляти, звичайно, тільки частину всіх потенційних клієнтів. Проте, зосереджуючись на даній категорії справ, Відділ діє в тому числі і в якості ресурсу для інших адвокатів в Службі публічного захисника, а також і для тих адвокатів, що займаються приватною практикою. Відділ звертає увагу юристів, що успіх в клопотаннях з приводу передачі розгляду справи до ювенального суду часто залежить від усвідомлення суті соціальних програм, які можуть бути застосовані до неповнолітніх, справи яких розглядаються в ювенальних судах, і від здатності адвоката довести доцільність таких програм судові. Відділ також допомагає фахівцям кримінально-правової спеціалізації, які практикують в "дорослих" судах, і які часто незнайомі з питаннями, характерними для справ про передачу справ з однієї юрисдикції до іншої, визначати, які справи можуть бути передані в суд у справах неповнолітніх і які норми застосовуються судом при розгляді клопотань про передачу в іншу юрисдикцію.

В рамках Підрозділу також діє Відділ роботи із затриманими (Detention Response Unit), який складається з молодших публічних захисників і соціальних працівників і працює з неповнолітніми клієнтами, які знаходяться під вартою в очікуванні судового розгляду чи направлення в місце постійного відбування покарання. Одержавши звернення від адвоката, Відділ з'ясовує, чи є які-небудь особливі обставини, що вказують на можливість та важливість застосування альтернативних до затримання заходів. Якщо робиться висновок, що обвинувачений потребує допомоги, Відділ розпочинає як правову, так і соціальну допомогу [6, с.2-3].

В Нью-Йорку Товариство правової допомоги (The Legal Aid Society) – головна організація міста з надання юридичної допомоги – включає два підрозділи, які представляють неповнолітніх: Підрозділ прав неповнолітніх (Juvenile Rights Division), який представляє дітей, молодших 16 років, справи яких як розглядаються у сімейному суді, і Підрозділ захисту у кримінальних справах (Criminal Defense Division), що представляє неповнолітніх обвинувачених (13-15-річних, яким інкримінується вчинення тяжких злочинів – т.зв. "фелоній") і молодих людей у віці 16 років і старших, які визнаються дорослими згідно із законодавством Нью-Йорка. Ці підрозділи створюють спеціалізовані групи для роботи з специфічними потребами молодих клієнтів. Так, з 1997 року у Бронксі діє Відділ по роботі з неповнолітніми правопорушниками (Delinquency Unit). Він включає п'ять штатних адвокатів, адвоката-контролера, соціального працівника, і юриста-непрофесіонала. Відділом напрацьовано досвід в специфічних галузях законодавства, що стосується

неповнолітніх. Адвокати дуже часто зустрічаються з аналогічними справами, що дало змогу розробити методики більш ефективного ведення справ. Адвокати також мають можливість працювати в сферах їх особистої зацікавленості. Наприклад, один адвокат зосереджується на дітях і сім'ях, хворих на СНІД. Адвокати обговорюють стратегії ведення справи в суді з іншими працівниками, і таким чином розробляється банк пропозицій для відділу.

Відділ по роботі з неповнолітніми злочинцями (Juvenile Offender Team) Манхеттенського офісу Товариства правової допомоги представляє неповнолітніх у віці від 13 до 15 років, справи яких розглядають в "дорослому" кримінальному суді. Цей відділ був створений, щоб гарантувати, що адвокати, які ведуть такі справи, є досвідченими в питаннях, які виникають при представництві молодих клієнтів, і проінформовані про спеціальні закони і служби, які доступні для них. Відділ включає директора, трьох адвокатів Підрозділу захисту у кримінальних справах, соціального працівника, слідчого, і адвоката від Підрозділу прав неповнолітніх, який відіграє роль зв'язкової ланки з сімейним судом. Відділ обслуговує більшість справ неповнолітніх обвинувачених, у зв'язку з чим напрацьовано сконцентрований і спеціалізований досвід в цій сфері. Відділ зробив значний вплив на життя багатьох молодих людей, і розглядається можливість розширення програми в інші міські райони [6, с.4].

Заснована Комітетом служб публічних захисників у Роксбері, штат Масачусетс, в 1992 році, Програма захисту неповнолітніх (Youth Advocacy Project) є комплексною, захисною ініціативою громадського спрямування, яка поєднує юридичне обслуговування з соціальним з метою всебічного представництва клієнтів і пошуку альтернативних до арешту і ув'язнення заходів громадського впливу. Завдання Програми – забезпечення якісного юридичного представництва залучених до судочинства неповнолітніх і запобігання повторному притягненню їх до відповідальності. Спочатку метою Програми було залучення досвідчених судових адвокатів з метою захисту неповнолітніх обвинувачених у серйозних злочинах. Але адвокати швидко усвідомили потребу в різноманітних соціальних службах, які б допомагали їх клієнтам у суді, та проблеми, з якими стикаються діти, потрапивши в орбіту кримінального судочинства. У 1993 році Програма додатково включила до штату неюристів і стала комплексним проектом з новаторським підходом до захисту неповнолітніх обвинувачених, причому не тільки в суді. Окрім юридичного представництва, Програма надає допомогу і консультації, освіту, скеровує неповнолітніх до відповідних соціальних служб, здійснює психологічні експертизи тощо.

В даний час Програма розширилась і включає директора, його помічника, двох старших адвокатів, трьох штатних адвокатів, трьох соціальних працівників, спеціаліста по зв'язку з громадськістю і психолога. Завантаженість складає більше ніж 750 справ на рік. Безкоштовна допомога і партнерство з громадськістю і місцевими агентствами також розширилися, стаючи найбільшими ресурсами проекту [6, с.4].

Отже, якщо оцінювати систему захисту неповнолітніх у кримінальному судочинстві США, слід відзначити, що незважаючи на відсутність інституту обов'язкової участі захисника в справах неповнолітніх, що, до речі, викликає критику в самій країні, система захисту незаможних дітей стоїть на досить високому рівні. Помітною тут є роль держави, яка здійснює фінансування та іншу підтримку

різноманітних програм захисту неповнолітніх у кримінальному судочинстві. За наявності необхідних ресурсів ці програми розробляють новаторські шляхи здійснення представництва інтересів неповнолітніх, залучаючи до роботи не тільки адвокатів, як основу захисту, а й інших фахівців, знання яких можуть допомогти при веденні захисту, таким чином впроваджуючи комплексний підхід до захисної діяльності. В роботі службам захисту неповнолітніх сприяють і різноманітні інші програми, які існують в країні та орієнтовані на дітей, зокрема, освітні, реабілітаційні, медичні тощо. Розуміння суті послуг, які надаються цими програмами, і їх правильне застосування може допомогти обрати альтернативні до покарання заходи, що, безумовно, позитивно позначиться на розвитку дитини.

За допомогою творчих і винахідливих методик такі програми і служби забезпечують всебічне і цілісне представництво для неповнолітніх правопорушників. У цих програмах адвокати здатні не тільки ефективно представляти молодих клієнтів в суді, але в багатьох випадках також чинити довготривалий вплив на їхнє життя.

Вітчизняна юридична думка завжди виступала за доцільність запровадження спеціалізації адвокатів, які б займалися захистом неповнолітніх у кримінальному судочинстві, проте на практиці такого досягти було важко. У США питання спеціалізації адвокатів на веденні справ дітей завдяки наявності спеціальних програм фактично вирішене, що, безумовно, позитивно впливає на ефективність охорони прав та законних неповнолітніх у кримінальному процесі.

Таким чином, система судочинства США пропонує багато оригінальних вирішень проблем, які виникають при захисті неповнолітніх у кримінальному процесі, особливо, при захисті малозабезпечених неповнолітніх. Окремі з них можуть бути запозичені і нашою правовою системою. Найбільшої уваги та наслідування заслуговує ставлення держави до проблем захисту незаможних обвинувачених, і, насамперед, неповнолітніх. Тільки при наявності розуміння та належної підтримки з боку держави можна побудувати ефективну систему захисту за призначенням в кримінальному судочинстві. І якщо на даний момент подібні підходи в Україні започаткувати складно в силу відомих соціально-економічних труднощів у країні, то з часом, віриться, держава буде спроможна приділяти більшу увагу та необхідні ресурси цим проблемам, і тоді можна буде звернутися до досвіду інших країн, які досягли в цих питаннях певного прогресу, зокрема, Сполучених Штатів Америки. У той же час до такого запозичення необхідно підходити з обережністю, ретельно вивчити можливі наслідки перенесення на український ґрунт зарубіжної практики для отримання найбільшого ефекту.

-
1. Кабилова С.А., Штыкова Н.Н. Суды по делам несовершеннолетних в США, Англии и России. Сравнительно-правовой анализ. – Муром: 2000. – 127 с.; Курдова А.В. Право малоимущих обвиняемых на защиту в уголовном процессе США// Государство и право. – 1998. – №10. – с.106-109; Ларин А.М., Мельникова Э.Б., Савицкий В.М. Уголовный процесс России. Лекции-очерки. – М.: Бек, 1997. – 315 с.; Мельникова Э.Б. Правосудие по делам несовершеннолетних: История и современность. – М.: Наука, 1990. – 120 с.; Шишкін В.І. Забезпечення прав людини в судочинстві США (організаційні і процесуальні засади). – К.: Інститут міжнародних відносин Київського національного університету ім. Т.Шевченка, 2000.

2. Правосудие в отношении несовершеннолетних. Innocenti digest. ЮНИСЕФ, 1998.-24с.
3. Minorities in the Juvenile Justice System.// Bulletin: Juvenile Justice: A Century of Change. December, 1999.
4. Фелд Бэрри. Для несовершеннолетних только обстоятельства дела, наказание против перевоспитания и разница между ними.//Международный обзор уголовной политики. Специальный сдвоенный выпуск, посвященный международной перспективе в области правосудия для несовершеннолетних. – №№39, 40. – Нью-Йорк, ООН, 1990. – 174с.
5. Horowitz D. The Courts and Social Policy. – Washington, D.C., Brookings, 1977.
6. Puritz P., Wan Long Shan W. Innovative Approaches to Juvenile Indigent Defense.// OJJDP. Juvenile Justice Bulletin. December, 1998. – p.8.
7. Cleary John J. Federal Defender Services: Serving the System or the Client? // Law and Contemporary Problems. Toward a more effective right to assistance of counsel. Duke University School of Law. Winter 1995. Vol. 58. Number 1. – p.66-80.
8. Spangenberg Robert L., Beeman Marea L. Indigent defense systems in the United States.// Law and Contemporary Problems. Toward a more effective right to assistance of counsel. Duke University School of Law. Winter 1995. Vol. 58. Number 1. p.31-49.
9. Young C. Malcolm. Providing Effective Representation for Youth Prosecuted as Adults.// Bureau of Justice Assistance Bulletin, August, 2000.

JUVENILES' DEFENCE ORGANIZATION IN CRIMINAL JUDICATURE OF THE USA

A.Romaniuk

*V. Stefanyk Pre-Carpathian University
Shevchenko Str.,57, UA-76025, Ivano-Frankivsk, Ukraine
tel. (0342) 59-61-34*

The approaches to providing juveniles' right of defence in criminal proceedings of the USA are elucidated in the article. The historical preconditions of the current American juvenile justice system as well as juvenile's defence in criminal prosecution are investigated. The current situation and trends of the development of defending the accused juveniles, in particular, those who cannot afford defence lawyers are analysed. The propositions of getting positive experience from the USA in order to improve Ukrainian juvenile's defence organization in criminal proceedings are made.

Key words: juvenile, juvenile court, advocate, defence lawyer, public defender, indigent, juvenile defence program.

Стаття надійшла до редколегії 17.02.2003
Підписана до друку 30.10.2003

ЗАПОБІГАННЯ ПОМИЛКАМ У КВАЛІФІКАЦІЇ ЗЛОЧИНІВ

Т. Марітчак

*Апеляційний суд Львівської області
пл.Соборна,7, м.Львів, 79000, Україна,
e-mail: maritas@mail.ru*

Розглядаються засоби, які використовуються для запобігання помилкам в ході кваліфікації злочинів. Аналізується значення забезпечення якості кримінального закону, роль постанов Пленуму Верховного Суду України, підвищення фахового рівня слідчих, прокурорів і суддів та інші фактори, які впливають на допущення помилок кримінально-правового характеру.

Ключові слова: кваліфікація злочинів, помилки, запобігання помилкам, недосконалість законодавства.

Питання про запобігання помилок у кваліфікації злочинів має важливе теоретичне і практичне значення. Його правильне вирішення пов'язане з вирішенням важливого соціального і правового завдання забезпечення правильного застосування кримінального закону та зміцнення законності у державі.

Проблема помилок в кваліфікації злочинів не є новою для юридичної науки. Однак в літературі вказана проблема не знайшла достатнього вирішення. Окремі її аспекти розглядалися такими науковцями як Ф.Г. Бурчак, А.А. Герцензон, А.С. Горелік, Б.А. Курінов, В.І. Малихін, В.О. Навроцький, А.В. Наумов, І.Я. Клівер, В.А. Якушин та М.М. Вопленко. Цими авторами зроблений значний внесок в теоретичне обґрунтування проблеми помилок в кваліфікації злочинів, розробку наукових основ її вирішення, однак цілісного вчення про виявлення та виправлення помилок в кваліфікації злочинів так і не було створено.

Зокрема в науці залишаються ще невирішеними такі питання як попередження помилок в кваліфікації злочинів та виправлення помилок в кваліфікації злочинів.

Цілями цієї статті є висвітлення поняття попередження помилок в кваліфікації злочинів та визначення видів засобів їх попередження.

Запобігання помилкам у кваліфікації злочинів означає створення таких загальних умов та обстановки, коли такі помилки не допускаються, а допущені помилки виявляються та усуваються. Для цього повинні застосовуватися різноманітні заходи, зміст яких визначається видами та характером факторів, які обумовлюють помилки у кваліфікації злочинів.

Серед заходів запобігання помилкам у кваліфікації злочинів найбільш важливими видаються ті, які стосуються: вдосконалення законодавства; підвищення професійного рівня осіб, які здійснюють кваліфікацію злочинів; проведення виховних заходів, спрямованих на підвищення вимогливості до результатів своєї роботи; надання можливості учасникам процесу більш активної участі у забезпеченні правильної кваліфікації; матеріального забезпечення учасників процесу.

Чи не найважливіше значення серед заходів, спрямованих на запобігання помилкам у кваліфікації злочинів, має вдосконалення законодавства. Загальновизнано, що чим стабільніше, простіше і зрозуміліше законодавство, тим менше помилок у кваліфікації злочинів допускається особами, що проводять кримінально-правову кваліфікацію.

І, навпаки, значна частина допущених помилок у кваліфікації злочинів є прямим породженням недосконалості чинного кримінального законодавства. Серед найбільш істотних недоліків кримінального законодавства, які стають на заваді правильній кваліфікації злочинів, в літературі називають:

- 1) невитриманість термінології;
- 2) використання оціночних понять, які завідомо не піддаються встановленню;
- 3) використання для роз'яснення змісту оціночних понять невдалих критеріїв;
- 4) відсутність роз'яснення змісту термінів, що використовуються у КК України;
- 5) використання бланкетних диспозицій при відсутності нормативних актів інших галузей права, до яких відсилає кримінально-правова норма [1].

До факторів помилок у кваліфікації злочинів, пов'язаних з недоліками кримінального законодавства, які вже відзначалися в літературі, слід віднести й те, що не було притаманне КК України 1960 року – колізії між нормами Загальної і Особливої частини, непослідовність законодавця при виділенні спеціальних норм, неузгодженість санкцій за окремі злочини.

Прийняття та введення в дію нового КК України спрямоване на поліпшення якості кримінального законодавства. А тим самим і усунення негативних факторів, які породжують помилки у кваліфікації злочинів. Однак, вже перший досвід застосування КК України 2001 року показав, що новий кодекс поряд з очевидними позитивними рисами містить і немало суперечливих чи неясних положень. Вони об'єктивно виступають джерелами помилок у кваліфікації. Повний і систематичний аналіз положень Загальної і Особливої частин нового КК України потребує тривалого часу, значних зусиль і явно виходить за межі цієї роботи. Все ж, для підтвердження тези про те, як недоліки законодавства впливають на помилки у кваліфікації злочинів, наведемо ряд доволі разючих, на наш погляд, прикладів.

Так в ч.6 ст.27 Загальної частини КК України говориться про те, що не є співучастю не обіцяне заздалегідь переховування злочинця, знарядь і засобів вчинення злочину, слідів злочину чи предметів, здобутих злочинним шляхом, або придбання чи збут таких предметів. Особи, які вчинили ці діяння, підлягають кримінальній відповідальності лише у випадках, передбачених ст.198 та ст.396 КК України. Однак, такий випадок передбачений і ст.256 КК України, за якою кримінальна відповідальність настає за заздалегідь не обіцяне укриття злочинної діяльності учасників злочинних організацій шляхом надання приміщень, сховищ, транспортних засобів, інформації, документів, технічних пристроїв, грошей, цінних паперів.

Ще один приклад, на який важко не звернути увагу. Він стосується регламентації відповідальності за організовану злочинну діяльність – проблеми, якій останнім часом приділяється чи не найбільш пильна увага. Новий КК України, на відміну від раніше діючого, визначає загальне поняття злочинної організації, яке чомусь не узгоджене з вирішенням відповідних питань в статтях Особливої частини КК України. Так із ч.4 ст.28 КК України випливає, що злочинна організація має місце тоді, коли вона створюється "з метою безпосереднього вчинення тяжких або особливо тяжких злочинів учасниками цієї організації", тобто однозначно вказано, що про злочинну організацію не можна вести мову, коли не доведено мети вчинення кількох злочинів. В той же час, в ч.1 ст.255 КК України передбачена відповідальність за "створення злочинної організації з метою вчинення тяжкого чи особливо тяжкого злочину", в ст.257 КК України передбачено відповідальність за "організацію озброєної банди з метою нападу", "участь у...нападі" – тобто, статті Особливої частини передбачають

відповідальність за діяльність злочинної організації, яка обмежується вчиненням і одного злочину.

А в ст.32 КК України передбачено, що повторністю злочинів визнається вчинення двох або більше злочинів передбачених тією самою статтею Особливої частини цього Кодексу, тобто законодавче визначення повторності виходить з того, що вона передбачає повторність тотожних злочинів. Поняття ж повторності щодо найбільш поширених в правозастосовній практиці злочинів, яке наведене в примітці 1 до ст.185 КК України, базується на повторності однорідних злочинів, передбачених не тільки тією самою, але й іншими статтями Особливої частини КК України.

В таких та подібних ситуаціях важко, а то й неможливо визначити, хто допустив помилку – той хто брав за основу положення статей Загальної частини, чи той хто керувався статтями Особливої частини. Так чи інакше, суперечливість законодавства є джерелом помилок у кваліфікації злочинів.

Значна частина труднощів в застосуванні нового КК України стосується визначення співвідношення між загальними і спеціальними нормами. Так, не викликає сумніву що виділення окремої статті "Пошкодження релігійних споруд чи культових будинків" (ст.178 КК України)[2] було спрямоване на посилення відповідальності за посягання на такого роду предмети. Однак, виділяючи спеціальну норму із загальних про умисне знищення чи пошкодження майна, законодавець не передбачив у ст.178 КК України кваліфікуючих ознак, які містяться в ч.2 ст.194 КК України. Тому пошкодження чи зруйнування релігійної споруди або культового будинку шляхом підпалу, вибухом або іншим загальнонебезпечним способом повинні кваліфікуватися все одно за ст.178 КК України, а факт наявності кваліфікуючих ознак не враховується, відповідальність внаслідок цього по суті пом'якшується. Тому цілком обґрунтованими були пропозиції про виключення статті про пошкодження релігійних споруд чи культових будинків з проекту КК України [3]. Те, що вони проігноровані законодавцем, потягло за собою неузгодженість між вказаними загальною і спеціальною нормами. Внаслідок цього, виникла ситуація, при якій пошкодження релігійних чи культових споруд шляхом підпалу, вибухом або іншим загальнонебезпечним способом може бути кваліфіковане не лише на наведеним вище варіантом, який видається правильним, але й за ч.2 ст.194 КК (щоб врахувати спосіб вчинення злочину) чи навіть за сукупністю ст.178 та ч.2 ст.194 КК. Тим більше, що рішення про юридичну оцінку пошкодження релігійних чи культових споруд звичайно приймається в умовах збурення громадської думки, вимог про найсуворіше покарання послідовників Герострата [4]. І важко однозначно стверджувати, що при такій нечіткості кримінального закону буде неухильно дотримуватися правило про необхідність при вирішенні питань конкуренції загальної та спеціальної норм не враховувати санкції статей Особливої частини КК України.

Введення в дію нового кримінального закону (тим більше враховуючи його нечіткість, інколи суперечливість, інші огріхи) пов'язано з необхідністю значних зусиль по його вивченню, уясненню нових положень, вироблення алгоритмів застосування. Поспішність у введенні в дію нового КК України істотно ускладнила становище насамперед юристів-практиків, стало ще одним джерелом помилок у кваліфікації злочинів. Між прийняттям КК України 2001 року та введенням його в дію пройшло менше 5 місяців, а якщо рахувати від часу офіційного публікування, то й того менше часу. Принагідно зауважимо, що у Швейцарії Кримінальний кодекс було прийнято в 1937 році, а введено його в дію в 1942 році [5].

Слід відзначити, що вивчення положень КК України 2001 року спочатку відбувалося в умовах недостатності наукових публікацій. Вони, переважно, почали

з'являтися вже після набрання чинності новим КК України. До того ж рівень окремих коментарів нового КК України [6] викликав неоднозначну оцінку. Наступні ж коментарі, які готувались дещо довше, були підготовлені на більш високому рівні [7].

Наукова розробка положень нового КК України, видання літературних джерел сприяють запобіганню помилок у кваліфікації злочинів. Звісно ж за умови високої вимогливості авторів до рівня своїх робіт, апробації теоретичних положень в правозастосовній діяльності.

Важливу роль у виробленні позицій теоретиків і практиків з питань застосування нового КК України відіграють наукові конференції, семінари, симпозиуми, тощо. Найбільш представницькими за колом учасників та за рівнем обговорення була міжнародна науково-практична конференція "Питання застосування нового Кримінального кодексу України" 25 – 26 жовтня 2001 року в м.Харкові та круглий стіл, проведений в Інституті держави і права імені М.Корецького НАН України 21 листопада 2001 р. на тему "Проблеми реалізації нового Кримінального кодексу України". Там обговорювались важливі проблеми, однак на жаль висунуті тези і їх вирішення навряд чи дійшли до пересічних суддів слідчих і прокурорів, незважаючи на те, що відповідні матеріали були опубліковані.

В зв'язку з наявністю численних недоліків в чинному кримінальному законодавстві, які є потенційним джерелом помилок в кваліфікації злочинів, виникає питання про те, якою має бути доля нещодавно прийнятого КК України. З цього приводу в середовищі теоретиків і практиків існують різноманітні підходи, які неодноразово висвітлювались на науково-практичних конференціях, семінарах та нарадах. Одні (серед них члени робочої групи з підготовки проекту нині діючого КК України) вважають, що можна обмежитися змінами та уточненнями положень КК; інші ж виступають за те, що слід готувати нову редакцію КК України 2001 року, а то й розпочати підготовку проекту нового КК України.

Видається, що правильне рішення, як це часто буває, знаходиться посередині. Не можна відкладати усунення тих недоліків, які перешкоджають правильному застосуванню кримінально-правових норм, зокрема зволікати з усуненням відзначених вище колізій. Що ж стосується термінологічних неточностей чи неузгодженостей (наприклад між поняттям вбивства в ч.1 ст.115 КК України і використання терміну "вбивство" в ст.119 КК України) то з їх виправленням можна почекати, напрацювати досвід застосування кримінально-правових норм і тоді комплексно вирішувати проблему підвищення якості кримінального законодавства.

В умовах введення в дію нового кримінального законодавства України, відсутності стабільної практики застосування його норм, важливу роль у запобіганні помилкам в кваліфікації злочинів відіграють роз'яснення Верховного Суду України щодо застосування тих чи інших норм права. Протягом більш ніж року з моменту прийняття нового Кримінального кодексу України Верховний Суд України вичікував, не висловлюючи своєї позиції щодо дискусійних питань застосування КК України 2001 року. Лише 26 квітня та 31 травня 2002 року були прийняті перші Постанови Пленуму Верховного Суду України, присвячені застосуванню КК України 2001 року. Опубліковані ж вони були ще через кілька місяців, у №3 та №4 Вісника Верховного Суду України за 2002 рік. З семи прийнятих Постанов Пленуму Верховного Суду України в п'яти роз'яснювались питання які стосувалися кваліфікації злочинів, дві інші постанови стосуються призначення покарання.

На жаль в нових постановах, як і в раніше чинних, деякі найбільш гострі питання, неправильне вирішення яких тягло за собою помилки, не роз'яснені. Наприклад, на практиці неодноразово виникало питання про те, як в кваліфікувати крадіжку

наркотичних засобів, вартість яких досягає чи перевищує 600 неоподатковуваних мінімумів доходів громадян – слід кваліфікувати скоєне лише за ст.308 КК України чи потрібно додатково застосувати й відповідні частини ст.185 КК України. Неоднозначно вирішується питання при кваліфікації купівлі наркотичних засобів по підробленому рецепту. Роз'яснюючи питання про необхідну оборону, Верховний Суд України обійшов питання про оцінку використання захисних пристроїв.

Крім всього іншого, Верховний Суд України не визначився з тим чи є чинним його попередні постанови. Пленум Верховного Суду України, приймаючи названі нові постанови, не вказав, чи слід керуватись попередніми Постановами Пленуму Верховного Суду України, прийнятими з питань застосування КК України 1960 р.

В такій ситуації слідчим, прокурорам та суддям досить важко орієнтуватись в правозастосовній практиці Верховного Суду України, що зовсім не сприяє запобіганню помилок при кваліфікації злочинів. Крім того, не слід забувати, що під час проведення опитування суддів, прокурорів та слідчих на питання про засоби, завдяки яким можна запобігти помилкам у кваліфікації злочинів 31, 4% з них заявили, що Постанови Пленуму Верховного Суду України мають першочергове значення для уникнення помилки в кваліфікації злочинів, а 86, 3% опитаних вважає їх найважливішим джерелом інформації про правила кваліфікації злочинів.

Звичайно, що для розуміння закону, особа, що кваліфікує злочини, повинна мати певний рівень підготовки. Загальноновизнано, що базова юридична освіта не дає того рівня знань, навиків та вмінь, який повинен бути в судді. Не сприяє належній якості підготовки правників і створення багатьох вищих навчальних закладів, які не маючи відповідної матеріальної бази та наукового потенціалу готують юристів, в тому числі і на заочній формі навчання. На жаль, чимало випускників таких закладів займають відповідні посади, навіть суддівські. Тому одним із важливих засобів запобігання помилкам у кваліфікації злочинів є піднесення рівня юридичної освіти, насамперед, спеціалізована підготовка суддів. Керівниками судів відзначалися позитивні кроки зроблені в Україні в цьому напрямку. Так у Національній юридичній академії України ім. Ярослава Мудрого (м. Харків) два роки працює факультет підготовки професійних суддів зі стаціонарною формою навчання терміном на один рік. Цього року у складі Одеської національної юридичної академії відкрився інститут підготовки професійних суддів [8].

Поряд з базовою освітою суддів та інших осіб, які здійснюють кваліфікацію злочинів, важливе значення мають заходи направлені на підвищення їх професійного рівня [9]. До таких заходів слід віднести інститути та курси підвищення кваліфікації, стажування в вищестоящій інстанції, щомісячні наради та ін. [10]. Проблема перепідготовки працюючих суддів є надзвичайно гострою в Україні. Уже роки цією проблемою майже ніхто не займається і таке навчання проводиться в основному силами Центру Верховного Суду України по підвищенню кваліфікації суддів за підтримки ряду міжнародних фондів. Звичайно таке навчання не може охопити значну кількість суддів, так як на його проведення необхідно затратити великі кошти, пов'язані з витратами на проїзд та проживання суддів. Видається, що судовій системі необхідна своя база для перепідготовки працюючих суддів, а то й декілька таких баз, які б спеціалізувались по різних напрямках судової роботи (цивільне право і процес, кримінальне право і процес, адміністративне право, господарське право). Створення таких баз для перепідготовки працюючих суддів очевидно слід прив'язувати до таких наукових і культурних центрів нашої держави, які мають високий науковий потенціал для такої перепідготовки суддів.

За останні роки з'явилися нові форми підвищення професійного рівня суддів у різних галузях права, які так чи інакше сприяють запобіганню помилкам у кваліфікації злочинів. Так в 2000 році в рамках реалізації українсько-швейцарського проекту "Підтримка реформування юстиції в Україні" в м. Києві створено "Центр суддівських студій". Основною метою діяльності Центру є сприяння проведенню судової реформи в Україні через підвищення правосвідомості, культури і етики суддівського корпусу. Центр успішно проводить навчання з працюючими суддями. За час свого існування ним організовано та проведено 21 семінар-тренінг. Підготовлено більш 100 суддів-інструкторів, які проводять навчальні заняття зі своїми колегами в регіонах. За даними проведеного моніторингу в регіонах організовано 424 учбових заняття.

Центр суддівських студій виступив співзасновником Львівського регіонального центру суддівських студій, який створений в жовтні 2002 року при апеляційному суді Львівської області. Метою діяльності цього Центру є підготовка кандидатів на посаду судді, перепідготовка та підвищення кваліфікації суддів й працівників суду.

Таким чином, в нашій державі працює всього 3 центри по підготовці молодих суддів та підвищенню кваліфікації суддів та працівників суду, а це явно недостатньо враховуючи масштаби держави, існуючий суддівський корпус, а, надто, наявність біля 2 тис. суддівських вакансій [8].

Як показує практика, будь-яка діяльність не є ефективною без належного контролю та управління. Тому, проведення виховних заходів, спрямованих на підвищення вимогливості до результатів своєї роботи, також має важливе значення для попередження помилок у кваліфікації злочинів. До таких заходів слід віднести щотижневі наради, які проводяться головами палат апеляційного суду, підведення підсумків роботи суддів області за півріччя та за рік. На таких заходах потрібно зважено підходити до оцінки роботи осіб, що проводять кваліфікацію злочинів, однак не слід мовчати про грубі помилки, допущені як особами, що проводили досудове слідство та прокурорами, так і суддями, під час розгляду справи в суді. При обговоренні тих чи інших проблем, направлених на запобігання помилок у кваліфікації злочинів слід запрошувати прокурорів та керівників слідчих підрозділів.

Важливе значення для усунення та попередження слідчих помилок має обґрунтування критеріїв оцінки діяльності прокурорів і слідчих. Свій конкретний вираз воно знаходить в практиці заохочення і дисциплінарних стягнень, атестації прокурорсько-слідчих кадрів. Не подоланий ще всюди кількісний підхід до оцінки роботи слідчих, коли кращими визнаються особи, що закінчили розслідуванням більшу кількість кримінальних справ, незалежно від їх складності, об'єму і ініціативи, яку проявив працівник. Не завжди приймаються до уваги і ті порушення закону, інколи суттєві, які були допущені в ході розслідування [11].

Практичний досвід показує, що тільки за активної участі всіх учасників процесу, зменшується кількість помилок, допущених під час кваліфікації злочинів. Тому захисники, потерпілі та їх представники повинні приймати участь в процесі на більш ранніх стадіях. Особа що розслідує справу, прокурор чи суддя повинні сприяти активній поведінці не лише захисників, але й усіх учасників процесу, які самі не маючи змоги виправити помилки в кваліфікації, можуть успішно її виявити і довести інформацію про таку помилку до уповноваженої особи. Однак для цього слід виправити один суттєвий недолік – це підняти свідомість свідків передбаченими законом засобами. Необхідно займатись правовою освітою населення, зокрема роз'ясненнями про шкоду нанесену особі та державі неправдивими показаннями як свідка так і потерпілого та підсудного, неможливістю при таких обставинах

правильно кваліфікувати злочини та призначити справедливе покарання. Крім того, особи, що проводять дізнання, слідчі, прокурори та судді повинні надавати можливості учасникам процесу для більш активної участі у забезпеченні правильної кваліфікації, пам'ятаючи при цьому, що їхня активна участь суттєво сприяє зменшенню помилок у кваліфікації злочинів. Тому не можна формально проводити судові дебати, не звертати увагу на виступ потерпілого і його представника та обходити увагою останнє слово підсудного. Саме на останніх стадіях судового процесу в виступах його учасників і слід отримувати інформацію про допущені помилки у кваліфікації злочинів та про можливість їх виправити.

Проблема попередження слідчих помилок і усунення причин, що їх породжують, має і чисто матеріальну сторону, так як такі помилки дорого обходяться державі і суспільству, а також окремим громадянам. Суттєве скорочення кількості слідчих помилок і, в кінцевому випадку, їх ліквідація дозволили б зберегти значні кошти, що витрачаються в невиробничій сфері [12]. Звідси випливає, що краще використати ці кошти на матеріальне забезпечення осіб, що проводять кваліфікацію з метою попередження помилок у кваліфікації. Всім відомо, що сидючи в тісному, слабо освітленому кабінеті, за незручним письмовим столом можна не менш успішно кваліфікувати злочини, ніж сидючи в просторому кабінеті з сучасним офісним обладнанням. Тому, коли говориться про матеріальне забезпечення осіб, що кваліфікують злочини, то мається на увазі, в першу чергу, їх забезпечення офіційними виданнями законів, комп'ютерною та множильною технікою, помічниками, що володіють друком та стенографією, доступом до електронних носіїв інформації і засобів зв'язку (інтернет, електронна пошта), матеріальними коштами для проходження перепідготовки та підвищення кваліфікації та достатньою заробітною платою, яка забезпечить приплив та збереження висококваліфікованих спеціалістів.

Таким чином можна підсумувати, що робота по запобіганню помилок в кваліфікації злочинів набагато витратніша і трудомістка, ніж робота по їх виявленню та виправленню. Вона потребує немалих зусиль як у матеріально-технічному забезпеченню судів, так і по професійному їх навчанню та підвищенню кваліфікації. Однак, вміло проведена діяльність з попередження помилок у кваліфікації злочинів, через короткий проміжок дасть свої результати, що вплине як на забезпечення правильної кваліфікації, скорочення термінів розгляду справ, зменшення кількості апеляцій та касаційних скарг, і в кінцевому підсумку, до зменшення затрат держави по розгляду кримінальних справ в цілому.

Подальше ж дослідження цієї проблеми повинно бути спрямоване на вивчення конкретних заходів, спрямованих на запобігання помилок в кваліфікації злочинів. Їх аналіз дозволить конкретизувати шляхи вирішення проблеми забезпечення правильного застосування кримінального закону в Україні.

-
1. Навроцький В.О. Проблеми кваліфікації злочинів: Конспект лекцій. – Львів: Львівський держ. у-т, 1993. – С. 76 – 77.
 2. Проект КК України доповнений такою статтею за пропозицією народного депутата України Пилипчука І.М. – Див.: Порівняльна таблиця до проекту Закону України Кримінальний кодекс України (Особлива частина) (2-ге читання). Верховна Рада України. Секретаріат. Реєстр №1029. С. 60.
 3. Порівняльна таблиця до проекту Закону України Кримінальний кодекс України (Особлива частина) (3-ге читання). Верховна Рада України. Секретаріат. Реєстр

- №1029. С. 44 (231 с.). Не передбачали такої спеціальної норми, очевидно, прогнозуючи можливі проблеми при правозастосуванні, і члени робочої групи Кабінету Міністрів України з підготовки проекту КК України. – Див.: Проект КК України. // Українське право. – 1997. – число 2. – С. 48 – 51.
4. А образи бузувіри заляпали болотом. // Високий Замок. – 2002. – 5 листопада. – С.1.
 5. 5. Уголовный кодекс Швейцарии. / Пер. с нем. – М.: Издательство "Зерцало", 2000. – С. 1 – 2.
 6. Коржанський М.Й. Науковий коментар Кримінального кодексу України. – К.: Атіка, Академія, Ельга – Н, – 2001. – 656 с.
 7. Яценко С.С. Науково-практичний коментар до Кримінального кодексу України. – 2-ге вид., переробл. та доповн. – К.: А.С.К., 2002. – 968 с.; Мельник М.І., Хавронюк М.І. Науково-практичний коментар Кримінального кодексу України від 5 квітня 2001. – К.: Кантон, 2001. – 1104 с.; Потебенько М.О., Гончаренко В.Г. Науково-практичний коментар до Кримінального кодексу України. – К., – "Форум", 2001., у 2-х ч.; Кармазин Ю.А. и Е.Л.Стрельцова. Уголовный кодекс Украины. Комментарий: Издание второе. – Х.: ООО "Одиссей", 2002. – 960 с.
 8. Бойко В.Ф. Суддя як центральна фігура в судовій реформі. // Вісник Верховного Суду України. – №4. – 2002. – С. 3.
 9. Григорьев Н.В., Плотников А.А. Следственные ошибки и причины их возникновения: Лекция. – Хабаровск: Высшая школа МВД СССР, 1990. – С. 15.
 10. Каз Ц.М. Профессиональная подготовка кадров – важный фактор обеспечения качества уголовного судопроизводства. // Вопросы укрепления законности и устранения следственных ошибок в уголовном судопроизводстве. Сборник научных трудов. – М., 1988. – С. 40 – 44.
 11. Характер, причины и способы устранения ошибок в стадии предварительного следствия: Методическое пособие. – М., 1990. – С. 75.
 12. Григорьев Н.В., Плотников А.А. Следственные ошибки и причины их возникновения: Лекция. – Хабаровск: Высшая школа МВД СССР, 1990. – С. 20.

MISTAKES PREVENTION IN THE CRIME QUALIFICATION PROCESS

T. Maritchak

*Appeal Court of Lviv Region
Soborna Sq., 7, Lviv, 79000, Ukraine.
e-mail: maritas@mail.ru*

The means used for mistakes prevention in the process of crime qualification are examined in the article. The significance of criminal law quality ensuring, the role of the decrees of the plenum of the Supreme Court of Ukraine, the improvement of investigators', prosecutors', judges' professionalism as well as other factors that influence criminal legal mistakes making are analysed.

Key words: crime qualification, mistakes, mistakes prevention, imperfection of legislation.

Стаття надійшла до редколегії 6.02.2003

Підписана до друку 30.10.2003

КРИМІНАЛЬНИЙ ПРОЦЕС ТА КРИМІНАЛІСТИКА

СПЕЦІАЛЬНІ ПРИНЦИПИ НАДАННЯ ПРАВОВОЇ ДОПОМОГИ У СФЕРІ КРИМІНАЛЬНОГО СУДОЧИНСТВА

А. Маланюк

*Львівський національний університет імені Івана Франка
бул. Університетська, 1, 79000 Львів, Україна
тел. (0322) 96-47-40*

Новелою проекту КПК України є визначення порядку провадження у справах, що пов'язане з наданням правової допомоги. Надання правової допомоги як діяльність компетентних державних органів, що безпосередньо пов'язана з провадженням у кримінальній справі, підпорядковується засадам кримінального судочинства України, але поряд з цим регулюється і нормами міжнародних договорів України. Ця особливість відображається і в системі принципів, які визначають дану діяльність. Саме дослідженню кола і змісту спеціальних принципів надання правової допомоги і присвячена дана стаття.

Ключові слова: правова допомога у кримінальних справах, система принципів, спеціальні принципи надання правової допомоги.

Будь-яка діяльність за своєю природою підпорядкована певним закономірностям, принципам, які визначають її спрямування і характер, тобто виступають стосовно неї своєрідним дороговказом. Не є винятком і діяльність компетентних органів України, яка пов'язана з наданням правової допомоги у галузі кримінального судочинства. Разом з тим регулювання цієї діяльності нормами міжнародного і внутрідержавного права кладе свій особливий відбиток на її характер, а, отже, і на притаманну їй систему принципів.

Сучасна юридична наука не виробила єдиної позиції щодо системи принципів міжнародного співробітництва у сфері надання правової допомоги у кримінальних справах, що зумовлено як складним характером предмета дослідження, так і відсутністю єдиного нормативного регулювання цього питання. Це спонукало нас до комплексного дослідження положень міжнародних договорів про правову допомогу, метою якого є виділення тих фундаментальних основ (базису), на яких ґрунтується організація і діяльність компетентних українських органів щодо надання правової допомоги у кримінальних справах.

У контексті розгляду окремих аспектів надання правової допомоги у кримінальних справах проблеми принципів торкалися багато науковців. Перші спроби системного підходу до розгляду цього питання були зроблені радянськими вченими Л.Н. Галенською і О.І. Бастрикінім. Значний вплив на формування наукових поглядів щодо системи принципів правової допомоги мали праці російського дослідника В.М. Волженкіної. В Україні з позиції системного підходу цю проблему досліджували В.М. Гребенюк і О.І. Виноградова.

Залежно від позиції окремих учених структура цієї системи принципів є ширшою чи вужчою. Аналіз літератури свідчить про наявність двох точок зору з цього питання. Перша група вчених, до якої належать Л.Н. Галенська, О.І. Бастрикін, В.М. Гребенюк, у системі принципів, що регулюють співробітництво держав у боротьбі зі злочинністю, виділяють: загальновизнані принципи, дія яких поширюється на всю сферу міжнародного права, і спеціальні принципи, які характеризуються вужчою сферою застосування [1, с.6-8; 2, с.7-8; 3, с.14]. Відзначимо, що такий підхід тривалий час був домінуючим у вітчизняній юридичній науці.

Проте поза увагою вказаних дослідників залишився комплексний характер предмета дослідження, який зумовлений єдністю міжнародного і внутрідержавного регулювання правовідносин у цій сфері. Своєю чергою це призвело до однобічності розгляду принципів правової допомоги, оскільки поза межами дослідження залишилися принципи національного законодавства. Відтак, цілком слушною є позиція О.І. Виноградової, що "основу міжнародного співробітництва у кримінальних справах складає сукупність принципів: принципів міжнародного права, які регулюють співробітництво держави в цілому; принципів, викладених у міжнародних договорах окремої країни про надання правової допомоги; принципів внутрішнього (національного) законодавства країни (кримінального, кримінально-процесуального, конституційного тощо)" [4, с.9-10]. Цю ж точку зору поділяє і В.М. Волженкіна [5, с.69].

Спільним для обох підходів є виділення групи принципів міжнародного співробітництва, які закріплені у міжнародних договорах України про правову допомогу (спеціальних принципів). Зважаючи на те, що загальновизнані принципи міжнародного співробітництва і принципи національного законодавства, на яких ґрунтується правова допомога у кримінальних справах, визначені і досліджуються наукою міжнародного, кримінального, кримінально-процесуального, конституційного права, вважаємо за доцільне акцентувати увагу на характеристиці саме спеціальних принципів правової допомоги.

Розгляд цієї групи принципів заслуговує на особливу увагу також тому, що серед науковців немає єдності в поглядах щодо кола спеціальних принципів надання правової допомоги у кримінальних справах.

На думку Л.Н. Галенської, яку поділяє і О.І. Бастрикін, у сфері міжнародного співробітництва у боротьбі зі злочинністю діють такі спеціальні принципи: принцип невидачі політичних емігрантів, невідворотності покарання, принцип гуманності, захисту прав своїх громадян за кордоном [2, с.19-28; 1, с.8]. Не беручи під сумнів існування цих принципів, все ж відзначимо, що їхній зміст може бути розкритий лише під кутом зору матеріального (кримінального, конституційного) права, в той час як нас цікавлять принципи, що визначають закономірності і порядок організації діяльності компетентних органів України щодо звернення чи надання правової допомоги у кримінальних справах, тобто з позиції науки кримінального процесу.

Інша група дослідників вважає, що взаємодія правоохоронних органів з цих питань базується на принципах відмови від співробітництва щодо злочинів, які не отримали міжнародне визнання; гуманності; поваги до правової системи, суверенітету і безпеки кожної держави; невідворотності покарання; ефективності; швидкості реагування; службової зацікавленості [6, с.112-114].

В.М. Волженкіна до спеціальних принципів, на яких ґрунтуються міжнародні договори про правову допомогу, відносить: 1) взаємність співробітництва; 2) добровільність співробітництва; 3) дотримання суверенітету і безпеки держав-учасниць міжнародного договору; 4) обов'язкова поступка частиною суверенітету (застосування іноземного кримінального процесу); 5) відповідність прохання країни, що запитує правову допомогу, законодавству держави, яка виконуватиме його; 6) рівність повноважень судово-слідчих органів суверенних держав, що співпрацюють; 7) забезпечення правового захисту і рівності повноважень учасників кримінального процесу на території держав-учасниць; 8) реалізація умов договору за допомогою застосування національного законодавства; 9) обмеження дії і застосування міжнародного договору територіями держав-учасниць цього договору; 10) дотримання прав та інтересів третіх країн учасниками договірних відносин; 11) обов'язковість виконання умов договору; 12) взаємодія на основі права, передбаченого міжнародним договором; 13) принцип законності [5, с.70-71]. Майже таку ж позицію займає і О.І. Виноградова, відмінність полягає у невіднесенні до цієї групи принципу законності [4, с.10-11].

Як відзначає В.В. Мілінчук, принципами надання правової допомоги у кримінальній справі є: 1) взаємність у питаннях обов'язковості для сторін умов договору, а також повага і дотримання суверенітету і безпеки сторін; 2) обумовленість нормами договору порядку, меж і форм правової допомоги; 3) визнання компетенції іноземної держави у кримінальній справі, у зв'язку з якою запитується допомога; 4) поступка частиною суверенітету в ході проведення дій за участю громадян іншої держави; 5) допустимість застосування іноземного законодавства під час виконання процесуальних дій, а також оперативного-розшукових заходів на запит іншої держави – в тій частині, в якій це не суперечить основним принципам запитуваної держави [7, с.25].

До цієї групи принципів В.С. Овчинський відносить: 1) виконання доручення згідно з процедурою запитуваної держави; 2) подвійна підсудність; 3) "non bis in idem"; 4) особливості; 5) відмова від виконання у випадках, пов'язаних з політичними правопорушеннями; 6) відмова від виконання у випадку суперечності державній політиці [8, с.99-100].

Наведене яскраво свідчить, що у юридичній літературі точки зору з цього питання далеко не тотожні і навіть бувають протилежними. Тому важливо визначити критерії віднесення того чи іншого положення до принципів надання правової допомоги. Зокрема, принципами можуть бути визнані: а) основні, вихідні положення міжнародних договорів про правову допомогу, які виражають її правові основи, вимоги, зміст і значення; б) сфера їх дії повинна охоплювати всі види правової допомоги у кримінальних справах; в) ці положення повинні бути закріплені у нормах міжнародних договорів про правову допомогу, учасницею яких є Україна, чи впливати з них; г) порушення принципів тягне за собою припинення міжнародного співробітництва у кримінальних справах з державою-порушницею чи відмову у наданні правової допомоги.

Аналізуючи виділені у юридичній літературі принципи, доходимо висновку, що не всі вони відповідають наведеним критеріям. Окремі з них є лише конкретизацією загальноновизнаних принципів міжнародного співробітництва чи мають не правовий характер (як несуперечність державній політиці, службової зацікавленості), а отже, віднесення їх до принципів надання правової допомоги є безпідставним.

На думку В.М. Волженкіної, одним з принципів, що діє у цій сфері правовідносин, є рівність повноважень судово-слідчих органів суверенних держав, що здійснюють співробітництво. Виникає питання, про яку "рівність повноважень" йде мова? Повноваження судових та правоохоронних органів України визначаються винятково національним законодавством України (Закон України "Про судоустрій України", "Про прокуратуру", "Про міліцію", КПК України, положення про відповідні міністерства і відомства). Отже, про жодну рівність повноважень органів різних держав на національному рівні не може бути мови, оскільки, по-перше, це потребує приведення законів однієї держави у відповідність до законодавства іншої, по-друге, надання правової допомоги завжди пов'язане з передачею іноземному органу частини компетенції по розслідуванню чи розгляду кримінальної справи.

Отож, якщо ж розглядати це з позиції рівності правового статусу вказаних органів як учасників міжнародних відносин, як намагається робити О.І. Виноградова, то виділене положення виступає лише проявом одного з принципів міжнародного права – суверенної рівності держав. Вступаючи у відносини з органами іноземних держав, відповідні українські органи діють від імені України як суб'єкта міжнародного права. Тому, будь-які обмеження їх повноважень на міжнародній арені стосовно органів іноземних держав неминуче спричинили б порушення цього принципу.

З цієї ж причини є недоцільним виділення іншого принципу – обов'язковості виконання умов договору. У міжнародному праві діє принцип добросовісного виконання міжнародних зобов'язань. Як відзначає Г.В. Ігнатенко, цей принцип зародився і довгий час діяв як принцип дотримання міжнародних договорів – *pacta sunt servanda* ("повинні дотримуватись умови договору"), але у сучасний період його зміст суттєво збагатився, хоча і надалі виражає юридичний обов'язок держави дотримуватись і виконувати зобов'язання, що випливають з міжнародних договорів [9, с.128].

Безпідставним також є виділення як принципу додержання прав та інтересів третіх країн учасниками договірних відносин. Це положення не має відображення у міжнародних договорах про правову допомогу, чинних для України. Нічого не змінює і апелювання до його похідного характеру від загального принципу міжнародного права – невтручання у внутрішні справи [4, с.12]. Адже відносини, які торкаються інтересів третьої держави (наприклад, питання транзиту виданої особи через її територію) базуються безпосередньо на договорах з цією країною і загальних принципах міжнародного співробітництва, одним з яких є принцип невтручання у внутрішні справи.

Викликає сумніви твердження про те, що міжнародне співробітництво у напрямі надання правової допомоги ґрунтується на принципі взаємодії на підставі права, передбаченого міжнародним договором, оскільки правова наука не розглядає "право" як систему норм, що містяться у окремому договорі. З цього приводу В.В. Мілінчук справедливо відзначає: "Проте немає, власне, права окремого договору, а є сукупність вміщених у нього норм. Тому правомірніше буде вести мову про взаємодію не на основі права, передбаченого договором, а у формах, межах і на умовах, передбачених договором" [7, с.24].

Крім того, окремі науковці, розглядаючи питання надання правової допомоги у кримінальних справах, вказують на принципи "подвійної кримінальності (злочинності, підсудності)", спеціалізації, невидачі власних громадян та інші [10,

с.160; 11, с.45; 3, с.14; 12, с.62]. Проте вони стосуються, в головному, лише окремих видів правової допомоги і не розкривають змісту та значення міжнародного співробітництва держав у цій сфері. Тому ці положення не доцільно розглядати як принципи.

Виняток становить лише принцип "подвійної кримінальності", навколо якого може розгорнутись дискусія. Останнім часом у юридичній літературі висловлюється думка про недоречність поширення дії цього принципу на такий вид правової допомоги, як проведення процесуальних дій у кримінальній справі [7, с.21; 3, с.14-15].

І справді, у міжнародних договорах про правову допомогу, учасницею яких є Україна, немає чітких вказівок на обов'язковість "подвійної кримінальності" діянь (виняток – Договір між Україною і КНР 1992 року). На нашу думку, у міжнародних договорах про правову допомогу не випадково вказується, що міждержавна співпраця здійснюється саме у кримінальних справах, оскільки криміналізація діяння у законодавстві обох держав вказує на ступінь його суспільної небезпеки для людства в цілому і необхідність міжнародного співробітництва у боротьбі з ним. Поряд з цим така вимога може висуватись національним законом і внаслідок цього матиме обов'язковий характер. Пропозиція про введення відповідної норми міститься у проекті КПК України (ст.571). Ця ж позиція відображена і у КПК РП (ст.588) [13, с.1140].

З урахуванням викладеного, вважаємо, що в основі міжнародних договорів України у сфері правової допомоги у кримінальних справах закладені такі принципи:

- 1) взаємність у наданні правової допомоги;
- 2) повага і дотримання суверенітету, безпеки держав, що співпрацюють у наданні правової допомоги у кримінальних справах;
- 3) поступка частиною суверенітету державами-учасниками міжнародного договору;
- 4) несуперечність прохання про правову допомогу принципам законодавства держави, яка виконує його;
- 5) визнання та забезпечення рівності прав громадян іншої договірної держави у кримінальному судочинстві;
- 6) реалізація умов договору за допомогою застосування національного законодавства;
- 7) обумовленість нормами міжнародного договору порядку звернення, меж і форм правової допомоги;
- 8) обмеження дії і застосування міжнародного договору територіями держав-учасниць;
- 9) взаємне визнання дійсності (юридичної сили) судово-слідчих та інших офіційних документів державами-учасниками міжнародного договору;
- 10) визнання діяння, у зв'язку з яким запитується правова допомога у кримінальній справі, злочином за кримінальним законом запитуючої і запитуваної держав (принцип "подвійної кримінальності").

Принцип взаємності є одним з визначальних принципів міжнародного співробітництва у наданні правової допомоги, адже будь-яке співробітництво повинно бути взаємовигідним, а тому цілком зрозумілою є позиція держав, які не

бажають витратити власні ресурси на виконання функцій іншої держави, якщо вона не забезпечує взаємності.

Про важливість цього принципу свідчить і вказівка на засаду взаємності у назвах міжнародних договорів (Договір між Україною і США 1998 р. та ін.) чи преамбулах до них (Договір між Україною і Монголією 1995 р. та ін.), і хоча він не завжди знаходить безпосереднє закріплення у вигляді окремої правової норми, але впливає з юридичної природи міжнародних договорів про правову допомогу, учасницею яких є Україна, та системи норм цих договорів.

Цей принцип відображається не лише у міжнародних договорах, але може бути закріплений і національним законодавством. Необхідно відзначити, що названий принцип пропонується закріпити і у вітчизняному кримінально-процесуальному законодавстві. Отож у ст.671 проекту КПК України визначено, що підставою для відмови у видачі особи є незабезпечення взаємності у цій сфері державою, яка звернулася за видачею [14, с.170].

Принцип взаємності виражений у нормах КПК Російської Федерації і Республіки Польща. У кримінально-процесуальному законодавстві РФ він знаходить оригінальне закріплення. Зокрема, в ст.457 КПК РФ зазначено, що "принцип взаємності підтверджується письмовим зобов'язанням іноземної держави надати Російській Федерації правову допомогу...". Це ж правило діє і щодо підтвердження взаємності з боку російських органів [15, с.923].

Не слід обмежувати дію цього принципу лише рамками міжнародного договору, як це робить В.В. Мілінчук [7, с.25]. Зміст засади взаємності набагато глибший, вона стосується і випадків надання правової допомоги за відсутності договору між державами у цій сфері і виступає необхідною умовою надання правової допомоги у розслідуванні і судовому розгляді кримінальних справ.

Більшість міжнародних договорів про правову допомогу містять положення, згідно з яким у її наданні відмовляється, якщо це може спричинити шкоду суверенітету, безпеці, публічному порядку держави. Ця норма виражає принцип *поваги і дотримання суверенітету та безпеки держав*, що співпрацюють у сфері надання правової допомоги в кримінальних справах. Закріплення цього положення має значення не лише з позиції правозастосування, але й відіграє превентивну роль. Вона зобов'язує державу утримуватись від дій стосовно держави-контрагента, які б порушували її суверенні права (наприклад, прохання про передачу документів, які містять державну таємницю, проведення слідчих і оперативно-розшукових дій на території іноземної держави без її згоди, викрадення особи з території іноземної держави без прохання про видачу).

Іншим аспектом цього принципу є добровільність міжнародного співробітництва. Жодна держава, незалежно від того чи є вона учасницею певного міжнародного договору, чи ні, не може бути примушена до надання правової допомоги, якщо це веде до порушення державного суверенітету чи загрожує її безпеці. Тому виділення окремого принципу добровільності, як це роблять В.М. Волженкіна і О.І. Виноградова, є, на нашу думку, необґрунтованим.

Зміст принципу *поступки частиною суверенітету* полягає у тому, що держава, яка звертається за правовою допомогою, передає запитуваній державі кримінальну юрисдикцію чи її частину щодо розслідування, судового розгляду кримінальної справи або виконання вироку суду. В таких випадках держава поступається частиною

свого суверенного права розслідувати злочини, вчинені на її території чи проти її інтересів, і карати винних у цьому, оскільки тільки держава може давати правову оцінку фактам, виявленим у межах її території, і встановлювати за них санкції. Застосування запитуваною державою кримінально-процесуального закону іноземної держави при проведенні процесуальних дій на її прохання, відображає інший аспект цього принципу.

Тісний взаємозв'язок існує між принципами несуперечності прохання про правову допомогу принципам законодавства держави, яка виконує його, і реалізації умов договору за допомогою застосування національного законодавства. У всіх міжнародних договорах України визначається загальний порядок виконання прохання про надання правової допомоги. Як правило, органи держави, яка виконує подібне прохання, керуються у своїй діяльності нормами національного законодавства. Так у ст.22 Європейської конвенції про видачу правопорушників визначено: "Якщо ця Конвенція не передбачає іншого, процедура стосовно видачі правопорушників і тимчасового арешту регулюється виключно законодавством запитуваної Сторони".

Отже, норми міжнародного договору, які визначають засади і порядок звернення за правовою допомогою, реалізуються в ході діяльності державних органів України щодо її надання, і така діяльність регулюється українським законодавством.

Оскільки виконання прохання про правову допомогу здійснюється органами України, згідно з українським законодавством, то таке прохання не може стосуватись вчинення дій, які заборонені або суперечать законодавству нашої держави, зокрема таким його принципам як законність, невидача власних громадян, недоторканність особи, гласність.

Не можна погодитись з думкою В.В. Мілінчук щодо спірності виділення такого принципу, як *обмеження дії і застосування міжнародного договору територіями держав-учасниць*. На її переконання, виділяючи цю засаду, не врахували такі положення як, наприклад, залучення третіх країн у випадку транзитного перевезення осіб, що перебувають під вартою і тимчасово передаються іншій державі як свідки [7, с.24].

Проте така позиція необґрунтована – адже, як впливає з положень міжнародних договорів України про правову допомогу, питання транзитного перевезення особи через територію однієї з договірних держав здійснюється винятково на підставі договору, учасниками якого є ці держави, і не стосується прав третіх країн. Загалом, якщо звернутись до двосторонніх міжнародних договорів, то у преамбулах до них чітко визначаються держави, для яких положення договору мають силу норми права. Відповідні положення, які визначають межі територіальної дії міжнародного договору, містяться і в багатосторонніх конвенціях, учасницею яких є Україна (наприклад, ст.27 Європейської конвенції про видачу правопорушників 1957 р.).

Важливе значення для правильного, повного і швидкого виконання клопотань про надання правової допомоги у кримінальних справах має *принцип взаємного визнання договірними державами дійсності (юридичної сили) офіційних документів*. Згідно з міжнародними договорами про правову допомогу, учасницею яких є Україна, документи, складені чи засвідчені правоохоронними і судовими органами однієї держави або її офіційною особою (експертом, офіційним перекладачем, Міністром юстиції та ін.), визнаються офіційними і на території іншої держави-учасниці договору і додатково не потребують легалізації.

Проте зміст цієї засади не зводиться лише до відсутності вимоги щодо легалізації такого документа. Інший аспект принципу визнання дійсності полягає у тому, що на території України такі документи наділяються такою ж юридичною силою, як і офіційні документи українських органів, і не потребують їх дублювання в Україні. Так юридичною підставою для проведення обшуків, виїмок, взяття під варту особи, яка підлягає видачі, у зв'язку з наданням правової допомоги є відповідне рішення (документ) іноземної установи. Це пояснюється тим, що до компетенції українських органів не входить прийняття таких рішень у кримінальних справах, які розслідуються за межами України. Важливою умовою визнання юридичної сили документа є несуперечність його змісту законодавству України.

В цьому контексті не можна погодитись з висловленою у юридичній літературі позицією щодо необхідності створення відповідного міжнародного судового органу, який розглядав би питання, пов'язані з визнанням однією державою актів, прийнятих органами іншої [16, с.88]. Звернення до такого судового органу ставило б під сумнів правоздатність органів іншої держави ухвалювати відповідні рішення, що виражалося б у порушенні принципів невтручання у внутрішні справи і суверенної рівності держав.

Визначення кола і змісту спеціальних принципів сприятиме правильному розумінню особливостей інституту правової допомоги у кримінальних справах, дає можливість виділити оцінні критерії правомірності її надання. Разом з тим вони відіграють роль своєрідних орієнтирів, яким повинна підпорядковуватись діяльність українських компетентних органів, якщо немає відповідного міжнародного договору. Тому, як видається, ці принципи повинні знайти своє закріплення у кримінально-процесуальному законодавстві України. На жаль, проект КПК України не містить відповідної норми.

-
1. Бастрыкин А.И. Процессуальные проблемы участия СССР в международной борьбе с преступностью. – Л.: Изд-во Ленингр. ун-та, 1985. – 99с.
 2. Галенская Л.Н. Правовые проблемы сотрудничества государств в борьбе с преступностью. –Л.: Изд-во Ленингр. ун-та, 1978. – 86с.
 3. Гребенюк В.М. Договірні відносини України у сфері взаємодопомоги у кримінальних справах (теорія і практика): Автореф. дис... канд. юрид. наук. – К.; 1997. – 20с.
 4. Виноградова О.І. Міжнародне співробітництво України у галузі боротьби зі злочинністю (кримінально-процесуальний аспект): Автореф. дис... канд. юрид. наук – Х.; 2000, с.22.
 5. Волженкина В.М. Нормы международного права в российском уголовном процессе. – СПб.: Юрид. центр Пресс, 2001. – 359с.
 6. Биленчук П.Д., Еркенев С.Е., Кофанов А.В. Транснациональная преступность: состояние и трансформация: Учебное пособие / Под ред. Акад. П.Д. Биленчука. – К.: Атика, 1999. – 272 с.
 7. Миленчук В.В. Институт взаимной правовой помощи по уголовным делам. Действующая практика и перспективы развития. – М.: Юрлитинформ, 2001 – 352с.
 8. Овчинский В.С. Интерпол (в вопросах и ответах). – М.: ИНФРА-М, 2001. – 320с.
 9. Международное право: Учебник для вузов /Отв. Ред. – проф. Г.В.Игнатенко, проф.О.И. Тиунов. – М.: Из-во НОРМА, 2001. – 584с.

10. Марышева Н.И. Правовая помощь по уголовным делам (международный аспект) // Материалы по иностранному законодательству и международному частому праву. – М.: ВНИИ сов. гос. строительства и законодательства, 1989, труды 44. – С.135-181.
11. Валеев Р.М. Выдача преступников в современном международном праве (Некоторые вопросы теории и практики). – Казань: Изд-во Казан. ун-та, 1976. – 123с.
12. Кравчук С. Процесуальний порядок перейняття кримінального переслідування // Право України. –1999. – №7. – С.61-63
13. Gregorczyk T. Komentarz kodeksu postępowania karnego. – Zakamycze, 1998.
14. Кримінально-процесуальний кодекс України. Проект підготовлений робочою групою Кабінету Міністрів України. Станом на 01.03.2000 року. – К., 2000.
15. Рыжаков А.П. Комментарий к Уголовно-процессуальному кодексу Российской Федерации. – М.: Изд-во НОРМА, 2002. – 1024 с.
16. Plachta M. Uznawanie i wykonywanie zagranicznych orzeczeń karnych (Zagadnienia podstawowe) // Panstwo i prawo. – 1985. – №3.

SPECIAL PRINCIPLES OF LEGAL AID RENDERING IN THE SPHERE OF CRIMINAL JUSTICE

A. Malanyuk

*Ivan Franko National University of Lviv
Universytetska Str. 1, UA-79000 Lviv, Ukraine*

The novelty of the draft Criminal Procedural Code of Ukraine is the regulation of criminal proceedings connected with legal aid rendering. Legal aid rendering as activity of the competent State bodies which is directly connected with criminal proceedings is subordinated to principles of criminal proceedings of Ukraine whilst being simultaneously regulated by international treaties of Ukraine. This peculiarity is reflected in the system of principles determining this activity. The range and the contents of special principles of legal aid rendering are the very object of this article's research.

Key words: legal aid in criminal proceedings, system of principles, special principles of legal aid rendering.

Стаття надійшла до редколегії 31.03.2003
Підписана до друку 30.10.2003

ДО ПИТАННЯ ПРО ПРОЦЕСУАЛЬНИЙ СТАТУС СЛІДЧОГО В УКРАЇНІ

С. Писарчук

*Львівський національний університет імені Івана Франка,
вул. Університетська, 1, 79000 Львів, Україна*

Запропоновано прийняти Закон України „Про статус слідчого”, в якому чітко закріпити правове положення слідчого, передбачивши відповідні гарантії його діяльності.

Ключові слова: закон, процесуальний статус, слідчий.

У сучасних умовах поряд з проблемою реформування органів досудового слідства негайного вирішення вимагає удосконалення процесуального статусу слідчого. З цією метою треба створити та забезпечити належні умови і гарантії його діяльності під час проведення розслідування кримінальних справ.

Чинний Кримінально-процесуальний кодекс України (далі КПК України) не розкриває змісту поняття "слідчий", а тільки визначає відомчу приналежність слідчого. У п.7 ст.32 і ст.102 КПК України зазначено, що органами досудового слідства є слідчі прокуратури, органів внутрішніх справ, податкової міліції й органів служби безпеки. Таке визначення не розкриває сутності поняття "слідчий" і певною мірою навіть його звужує.

Слідчий – це, перш за все, посадова особа, яка уповноважена на проведення досудового слідства у кримінальних справах, хоча закон не містить достатніх гарантій його процесуальної незалежності, крім випадків, визначених ст.114 КПК України. Згідно зі зазначеною статтею, в разі не погодження слідчого з вказівками прокурора про притягнення як обвинуваченого, про кваліфікацію злочину й обсяг обвинувачення, про направлення справи до суду або про закриття справи слідчий має право подати справу прокуророві з письмовим викладенням своїх заперечень.

Наявність цієї норми в КПК України, безумовно, є позитивним явищем. Однак за своєю суттю вона залишається лише теоретичною і не має жодного практичного значення. На практиці виконати процедури оскарження вказівок прокурора проблематично, враховуючи відомчу підлеглість слідчого, його залежність щодо подальшого проходження служби від органів прокуратури й інших не юридичних, а відомчих аспектів. Як свідчить статистика, в 2001 р. тільки 0,32% кримінальних справ містили матеріали оскарження слідчими вказівок прокурора, значна частина яких залишилася без розгляду.

Отож, визначена законом процесуальна незалежність слідчого є звичайною формальністю. Останнім часом активно обговорюють питання щодо місця та ролі досудового слідства у системі державних органів. Це зумовлено тим, що постановою Верховної Ради України від 28 квітня 1992 р. затверджено Концепцію судово-правової реформи в Україні. Згідно з цією Концепцією запропоновано створити єдиний слідчий апарат, який допоможе суттєво підвищити якість роботи слідчих у розкритті та розслідуванні злочинів, дотриманні законності, конституційних прав і інтересів громадян нашої держави.

Існує думка, що забезпечення процесуальної самостійності та незалежності слідчих стане можливим лише зі створенням єдиного слідчого органу – Слідчого Комітету України, до структури якого повинні ввійти всі слідчі підрозділи, які сьогодні розосереджені в різних правоохоронних органах. З такою думкою не погоджуються силові відомства, які вважають, що відділення слідчих підрозділів від оперативних служб негативно вплине на ефективність розкриття злочинів.

І прихильників, і противників створення єдиного слідчого органу об'єднує думка, що для забезпечення процесуальної самостійності та незалежності слідчого треба прийняти закон про працівників органів досудового слідства.

До речі, законами України правове положення адвокатів, суддів і прокурорів врегульовано. Водночас правове положення слідчого законодавчо врегульовано недостатньо, що зумовлено багатьма негативними моментами в системі досудового слідства.

На наш погляд, настає нагальна потреба в прийнятті спеціального Закону України "Про статус слідчого", в якому варто чітко закріпити процесуальне положення слідчого та передбачити систему відповідних гарантій його діяльності.

Слідчий повинен бути на тому самому рівні, що й адвокат, прокурор, суддя, які кращою мірою захищені відповідними законами України. Об'єктом прокурорського нагляду повинна стати не діяльність слідчого взагалі, а законність його процесуальних дій і прийнятих ним рішень.

Виклик слідчого до суду і допит його у судовому засіданні є не що іншим, як посяганням на його процесуальну незалежність, тому що суд і учасники судового розгляду прагнуть з'ясувати мотиви, якими керувався слідчий у своїх діях та інші обставини, які вплинули на його внутрішнє переконання. З цього випливає, що слідчий повинен давати показання щодо себе, виправдовувати свої дії і рішення. Тому, на нашу думку, в новому КПК України треба ввести норму, яка б забороняла допит слідчого як свідка у справі, яку він розслідував. У законі потрібно передбачити заходи впливу, які має право застосовувати слідчий до порушників порядку в процесі проведення слідчих дій, їх відповідальність у вигляді штрафів за злісне ухилення від явки на виклик слідчого і за відмову від виконання своїх процесуальних обов'язків як особи, участь якої в проведенні слідчої дії є обов'язковою.

Треба вирішувати питання про удосконалення існуючих форм і методів прокурорського нагляду за слідчою діяльністю, тому варто запровадити механізм відстоювання слідчим у судовому порядку своїх прав на незалежну оцінку доказів, на розслідування прийнятої до свого провадження кримінальної справи і прийняття у ній процесуальних рішень.

З метою подальшого вдосконалення слідчої роботи і підвищення її ефективності потрібно законодавчо визначити професійні вимоги до слідчого, оскільки процесуальна самостійність і незалежність слідчих повинна забезпечуватись їхніми особистими якостями. В кримінальному процесі слідчий є важливою фігурою, тому за кваліфікацією, рівнем освіти, діловими та моральними якостями він повинен бути на тому самому рівні, що й прокурор, суддя, адвокат. Визначення таких жорстких вимог до слідчих позитивно вплине на якість досудового слідства і популярність професії слідчого. Як свідчать дані, сьогодні вищу юридичну освіту в системі МВС України мають тільки 66,4% слідчих, що аж ніяк не може позитивно вплинути на високу якість слідства.

На наш погляд, враховуючи характер злочинності, значну кількість кримінальних справ можна розслідувати органами дізнання і завершувати складанням обвинувального висновку. Це допоможе слідчим зосередитись на розслідуванні кримінальних справ про злочини з підвищеною суспільною небезпекою.

Відомо, що результати роботи слідчого з розкриття та розслідування злочинів значною мірою залежать від правильної взаємодії з органами, які проводять оперативно-розшукову діяльність. На жаль, процесуальні аспекти такої взаємодії в законодавчому плані відпрацьовані недостатньо. Статтю 114 КПК варто доповнити положеннями про те, що цю взаємодію організовує та спрямовує слідчий, якому належить виняткове право на вибір конкретних форм взаємодії як процесуального, так і не процесуального характеру.

Форми взаємодії реалізують не тільки за ініціативою, а й під безпосереднім контролем слідчого. Проведення гласних і негласних оперативно-розшукових заходів у кримінальній справі, що є у провадженні слідчого, без його відома і згоди не допускається, оскільки ці заходи можуть суперечити обраній слідчим методиці та тактиці розслідування. Є нагальна потреба надати слідчому право на дачу органу дізнання вказівок про виконання конкретних оперативно-розшукових заходів, які він вважає за доцільне провести у цій слідчій ситуації.

Процесуальному характеру взаємовідносин слідчого з органами, які проводять оперативно-розшукову діяльність, повинна відповідати не тільки письмова форма його доручень і вказівок, а й письмова форма повідомлень про результати їх виконання. Відсутність положення про визначення письмової форми цих взаємовідносин слідчого з органами дізнання – суттєва прогалина кримінально-процесуального закону.

На наш погляд, варто визначити термін виконання доручень і вказівок слідчого щодо проведення оперативно-розшукових заходів. Одного посилання на їхній обов'язковий характер недостатньо. З огляду на це, доцільно було б закріпити в законі, що термін виконання таких доручень і вказівок самостійно визначає слідчий. В окремих випадках він може вирішувати питання про його продовження.

На практиці органи дізнання не знайомлять слідчого з усіма оперативними даними, зібраними в кримінальній справі. Таке положення не можна вважати правильним, оскільки воно пов'язане із втратою значного обсягу інформації. Деталі, які оперативні працівники вважають несуттєвими для слідчого, який досконало знає кримінальну справу, можуть бути досить важливими. Крім того, без ознайомлення з первинними матеріалами, слідчому важко в повному обсязі зробити висновок про те, чи правильно формально проведено оперативно-розшукові заходи, особливо, коли йдеться про відсутність позитивного результату, чи вживали такі заходи взагалі. Саме тому, на наш погляд, у кримінально-процесуальному законодавстві варто закріпити право слідчого на безпосереднє ознайомлення з усіма оперативними матеріалами, зібраними органами дізнання в кримінальній справі, яку він розслідує.

Слідча робота дає кінцеві результати тільки при забезпеченні цього виду діяльності, режиму обмеженої гласності. При порушенні таємниці слідства вона стає безрезультативною і не потрібною, тобто втрачає сенс. Тому велика кількість багатоепізодних і перспективних кримінальних справ про організовані злочинні групування, про вбивства на замовлення за останні роки не були доведені до суду. Вирішення питання про співвідношення гласності та конфіденційності (таємниці)

слідства вимагає об'єднання спеціальних зусиль законодавців, вчених і практичних працівників.

Суттєвий недолік чинного КПК – відсутність належно врегульованого механізму усунення слідчим захисника підозрюваного, обвинуваченого від участі у справі. Законодавство України передбачає, хоча й не дуже чітко, що захист повинен проводитись визначеними встановленим законом засобами. Зокрема, у ст.21 КПК сказано, що підозрюваному, обвинуваченому то підсудному треба надати можливість захищатись визначеними законом засобами, а в ст.48 цього Кодексу передбачено, – що захисник зобов'язаний використовувати всі зазначені в законі засоби захисту. Водночас ці положення зовсім не забезпечені нормою про відповідальність за їх порушення. В КПК не передбачено процедури усунення слідчим захисника з процесу, а тим більше у випадку, коли він здійснює свої повноваження на шкоду правосуддю. Усе це вимагає законодавчого закріплення в КПК України норми, яка давала б право усунути з процесу захисника, який виконує свої обов'язки щодо захисту підозрюваного, обвинуваченого з порушенням закону. У такому випадку слідчому варто надати право звертатись у суд з відповідним поданням про усунення захисника від участі у справі на досудовому слідстві, якщо він виконує свої обов'язки з порушенням закону.

На наш погляд, розробляючи Закон України "Про статус слідчого", треба визначити критерії щодо кількості кримінальних справ, які можуть одночасно бути у слідчого в провадженні, враховуючи те, що науково обґрунтованою нормою є не більше трьох кримінальних справ у місяць. Доцільність закріплення такого положення на законодавчому рівні зумовлена існуючими реаліями сьогодення, а у слідчого в провадженні не рідко перебуває більше двох десятків кримінальних справ. Про яку якість слідства може йтися.

Крім того, підслідність кримінальних справ потрібно визначити з врахуванням спеціалізації слідчих, що в результаті значно підвищить якість слідства.

Отже, вирішення цих та інших теоретичних, організаційних проблем на законодавчому рівні сприятиме значному покращенню досудового слідства, а це в позитивно вплине на ефективність слідчої роботи.

ON LEGAL STATUS OF INVESTIGATOR IN UKRAINE

S. Pysarchuk

*Ivan Franko National University of Lviv,
Universytetska Str. 1, UA-79000 Lviv, Ukraine*

The enactment of the Law on "Investigator's Status" with providing clear legal status of an investigator as well as guarantees for his/her activities is offered in the article.

Key words: law, procedural status, investigator.

Стаття надійшла до редколегії 20.03.2003
Підписана до друку 30.10.2003

ПСИХОЛОГІЧНИЙ ПІДХІД ДО ТЛУМАЧЕННЯ ПОНЯТТЯ "МОРАЛЬНА ШКОДА"

В. Нор*, О. Крикунов**

**Львівський національний університет імені Івана Франка,
вул. Університетська, 1, 79000 Львів, Україна, тел. (0322)96-47-28;*

***Волинський державний університет імені Лесі Українки
вул. Винниченка, 30, 43000 м. Луцьк, Волинська обл., Україна*

Порівняльний аналіз визначень поняття моральна шкода у законодавстві України дає підстави констатувати їх неузгодженість та непослідовність.

У статті зроблено спробу розкрити психологічний зміст поняття моральна шкода. Авторами сформульовано психологічний механізм заподіяння страждань та з'ясовано типові емоційні реакції потерпілих від правопорушень та злочинів.

Ключові слова: моральна шкода, правопорушення, злочин, потерпілий.

На сьогодні (лютий 2003 року) у законодавстві України є декілька визначень поняття моральна шкода. Зокрема, ст.1 Закону України "Про зовнішньоекономічну діяльність" визначає моральну шкоду, як "шкоду, яку заподіяно особистим немайновим правам суб'єктів зовнішньоекономічної діяльності та яка призвела або може призвести до збитків, що мають матеріальне вираження" [1, с.377]. Поняття моральної шкоди, адаптоване до специфіки трудового права, дає Закон України "Про охорону праці": "під моральною втратою потерпілого розуміються страждання, заподіяні працівникові внаслідок фізичного або психічного впливу, що призвело до погіршення або позбавлення можливостей реалізації ним своїх звичок і бажань, погіршення відносин з оточуючими людьми, інших негативних наслідків морального характеру" [2, с.668]. У наведеному визначенні законодавець виявляє непослідовність, вживаючи поняття "моральна втрата", хоча з огляду на його зміст зрозуміло, що йдеться про один об'єкт правового регулювання. Законодавча недосконалість була відкоригована в останньому визначенні моральної шкоди, наведеному у Законі України "Про порядок відшкодування шкоди, завданої громадянину незаконними діями органів дізнання, попереднього слідства, прокуратури і суду" [3, с.1]. У ньому застосовано термін моральна шкода та відтворена описова частина попереднього визначення.

У п.3.8. Порядку встановлення медико-соціальними експертними комісіями ступеня втрати професійної працездатності у відсотках працівникам, яким заподіяно ушкодження здоров'я, пов'язане з виконанням трудових обов'язків, наведене інше визначення моральної шкоди. Її визначено як фізичні й моральні страждання, спричинені потерпілому в результаті трудового каліцтва чи іншого ушкодження здоров'я [4, с.614].

Отже, є підстави констатувати, що загального "універсального" поняття моральної шкоди у законодавстві України немає. Рівночасно наведені дефініції не збігаються за змістом, хоча повинні ґрунтуватися на суттєвих онтологічних ознаках феномену моральної шкоди як цілісного факту людського буття. Це породжує значні ускладнення у правозастосуванні інституту компенсації моральної шкоди, знижує його ефективність на всіх рівнях. Безумовно, такий стан неприйнятний ані з теоретичного, ані з практичного поглядів.

Значну роботу щодо подолання такого незадовільного стану провів Верховний Суд України. У постанові Пленуму від 31 березня 1995 р. №4 "Про судову практику в справах про відшкодування моральної (немайнової) шкоди" міститься офіційне тлумачення аналізованого поняття – воно визначене як "втрати немайнового характеру внаслідок моральних чи фізичних страждань, або інших негативних явищ, заподіяних фізичній чи юридичній особі незаконними діями або бездіяльністю інших осіб" [5, с.2].

Аналіз існуючої практики тлумачення поняття моральної шкоди судовою системою України, звичайно, буде неповним без офіційного роз'яснення його змісту Вищим Господарським Судом України. "Моральною визнається шкода, заподіяна організації порушенням її законних немайнових прав" – вказано у п.2 роз'яснення №02-5/95 від 29 лютого 1996р. "Про деякі питання практики вирішення спорів, пов'язаних з відшкодуванням моральної шкоди" [6, с.95]. На наш погляд, ані термін моральна шкода, ані запропонована Вищим Господарським Судом інтерпретація його змісту не відповідають ідеї захисту немайнових прав юридичних осіб, яка нами повністю підтримується.

Наведений витяг із законодавства та його офіційних роз'яснень дає підставу констатувати відсутність дефініції моральної шкоди, яка була б науково обґрунтованою та адекватною фактичній сутності позначуваного явища. Водночас нами виявлена невідповідна колізійність визначень цього терміна, хоча мало б використовуватись єдине цивільно-правове його поняття. До того ж видаються непридатними спроби одним методом правового регулювання захистити немайнові права цілковито різних суб'єктів права.

Правове регулювання, безперечно, не повинне суперечити закономірностям об'єктивного світу, оскільки в іншому разі воно втрачає фактичну підставу і не здатне до ефективного задоволення суспільного запиту. Відповідно, правове регулювання компенсації моральної шкоди повинно бути адекватним психологічним закономірностям буття людини. Отже, метою пропонованої статті окреслити психологічний підхід до тлумачення правової категорії моральна шкода, що з необхідністю передбачає комплексний науковий аналіз із залученням даних природничих наук про психологічну природу суб'єктивної здатності людини зазнавати страждань унаслідок порушення її прав. Це дасть можливість у такий спосіб сформулювати механізм заподіяння моральної шкоди. Видається, що фактична підстава вимог про компенсацію моральної шкоди може бути належно з'ясована та оцінена лише за такого підходу.

На нашу думку, механізм заподіяння моральної шкоди складається із поступального, безперервного ланцюга психічних процесів: 1) сприйняття факту правопорушення, злочину за допомогою сенсорних органів центральної нервової системи; 2) усвідомлення факту порушення права; 3) оцінка змісту події, її наслідків; 4) емоційне реагування особи на вчинене проти неї посягання.

Пізнання певного об'єктивного факту, зокрема правопорушення, відбувається за допомогою сенсорних органів центральної нервової системи. Будь-який факт об'єктивної дійсності виступає специфічним подразником і в міру своєї інтенсивності фіксується ними. І.А. Кудрявцев зазначав, що сприйняття факту залежить не лише від фізіологічних властивостей сенсорних органів, але й значно зумовлюється особистісним компонентом, що відображається у впливі мотивів, установок, емоцій та потреб особистості [7, с.135]. Про цей ефект ми згадуємо тому, що він може призводити до ігнорування певних сторін дійсності як неістотних або

акцентуації (особливої концентрації уваги) на особистісно значущих фактах. Утім, як зазначає Н.Д. Левітов, правопорушення є шокуючим, негативним фактом практично у кожному випадку його осмисленого сприйняття [8, с.30]. Злочини проти особи з причин своєї яскраво вираженої небезпечності та аморальності викликають інтенсивні негативні почуття – обурення, образу, інколи страх [9, с.17].

Після сприйняття події злочину відбувається його усвідомлення – факт залучається у особистісний досвід людини. Можна вважати, що саме цей етап є визначальним у механізмі заподіяння страждань. Пояснюється така оцінка тим, що емоційне реагування виникає лише в разі достатнього функціонування психіки, що є умовою пізнавально-оцінювальної діяльності. Цей висновок підтверджується дослідями з хімічними препаратами. З їхньою допомогою науковці довели, що без участі кори головного мозку психічні реакції зокрема, емоції, не виникають [10, с.8]. Саме активність мозку людини миттєво пов'язує, співвідносить те, що людина сприйняла чуттєво. Ця обставина дала підставу В. Белоконєву зробити правильний, як видається, висновок: людина здатна на душевне страждання саме тому, що вона здійснює усвідомлене буття [11, с.23]. Моральна шкода, на думку Є. Солодка, негативно впливає на емоційну сферу особистості, порушує його душевну рівновагу, що відбувається у результаті усвідомлення громадянином факту порушення його законних прав та інтересів [12, с.15]. Відразу ж слід зауважити правомірність висновків Б. Лапіцького, О.М. Ердєлевського про те, що несвідомі суб'єкти (непритомні, психічно хворі, з одного боку, та юридичні особи – з іншого) не зазнають негативного психологічного впливу, а отже, не здатні на емоційне страждання [13, с.128; 14, с.95].

Однак лише інтелектуального опанування певним фактом дійсності недостатньо для заподіяння моральної шкоди: конкретний злочин повинен бути усвідомлений потерпілим не абстрактно, а як продукт особистісної (хоч і не завжди адекватної) оцінки. Водночас здійснення функції психічної оцінки неможливе без допомоги емоцій, які є невід'ємним компонентом відображення. Привертає увагу своєю універсальністю концепція психічної оцінки значення події для особи, сформульована психологом Ю.Л. Метеліцею. На думку цього науковця, адекватна оцінка потерпілим посягання щодо нього можлива після "проходження" фактом чотирьох взаємопов'язаних рівнів розуміння. Оскільки наша точка зору узгоджується із цією концепцією, спробуємо дати її стислий виклад.

В основі першого рівня розуміння автор вбачає усвідомлене сприйняття зовнішнього боку подій (час, місце, особа правопорушника, послідовність його дій тощо). Цей рівень є первинною умовою здатності до розуміння характеру та значення події, виникнення емоційних наслідків. Другий рівень уособлюється у здатності до розуміння фактичної сторони (внутрішнього змісту) вчинених щодо потерпілого протиправних діянь. Автор пов'язав цей рівень із розумінням біологічного, фізіологічного, механічного та ін. характеру взаємодії. Третій рівень передбачає здатність потерпілого до осмислення події на рівні соціальних значень, тобто усвідомлення її аморальності та протиправності. Зауваження автора актуальне і у контексті четвертого рівня – його змістом автор вважає розуміння особистісного сенсу фактів. Для того щоб соціальна значимість ситуації була правильно зрозуміла та оцінена потерпілою особою, необхідна збереженість здатності розуміти особистісний сенс, оскільки саме на цьому рівні фіксується суб'єктивне значення осмисленої події. Негативна оцінка злочину потерпілим на підставі усвідомлення себе об'єктом посягання закономірно зумовлює астенічний (негативно забарвлений) характер емоційного реагування на правопорушення, злочин [15, с.58-61]. Людині

притаманно реагувати відповідно до розуміння нею ситуації, що зайвий раз підкреслює інтелектуальний зміст емоцій. Не важко помітити, що інформаційні характеристики психотравмуючого впливу цілком індивідуальні та детерміновані як об'єктивними умовами злочину, так і суб'єктивними особливостями сприйняття – динамічними (швидкість пізнавальних процесів, здатність до концентрації, особливості пам'яті тощо) та змістовими (світогляд, досвід, інтелект тощо). Відтак психотравмуючий вплив не може бути встановлений та оцінений лише на підставі вивчення зовнішнього боку посягання, без з'ясування індивідуальної оцінки самого правопорушення, злочину та його наслідків потерпілим. В.С. Лукьянов з цього приводу зауважив, що відчуття як відображення об'єктивного світу мають разом з тим суб'єктивне забарвлення [10, с.4].

Суб'єктивний характер моральної шкоди рельєфно відображений у рішенні Євросуду у справі Кемпбел та Козенс проти Великобританії від 25 лютого 1982 р. Цей Високий Суд відзначив, що "погроза на адресу вкрай нечутливої людини може не вчинити на неї якогось помітного впливу, однак може бути, беззаперечно, такою, що принижує гідність; і, навпаки, чутлива людина може бути надзвичайно глибоко вражена погрозою, яку можна було б визнати такою, що принижує гідність, лише спотворивши нормальне та звичайне значення цього слова" [16, с.23].

Оцінений факт спонтанно та миттєво оволодіває увагою суб'єкта, він ніби переміщається у "центр" свідомості, витісняючи інші об'єкти сприйняття на її периферію [7, с.80]. Окреслена закономірність у психології має назву особистісної домінанти – стійкого керівного психологічного чинника у емоційно-вольовій сфері [17, с.30]. Емоційна домінанта здатна впливати на перебіг інших психічних процесів. Так у разі різко вираженого емоційного переживання можливою є вибірковість сприйняття, поляризація змісту свідомості, її "звуження" [18, с.412]. У цій ситуації пізнавальна діяльність починає визначатися не об'єктивними умовами ситуації, а характером домінуючих негативних переживань [11, с.23]. Отже, у результаті психотравмуючого впливу посягання страждають емоційна, вольова, інтелектуальна сфери психіки потерпілого.

Показово, що ВС України обстоює аналогічне бачення механізму заподіяння страждань. Зокрема, ним відзначено, що неправомірні дії викликають негативну реакцію у осіб, стосовно яких вони спрямовані. Інтенсивність реагування залежить від об'єктивних (сутність дії, сфера людського буття, на яку посягає делікт; ступінь шкідливості наслідків тощо) та суб'єктивних причин (темпераменту потерпілого, відносин із делінквентом тощо) [19, с.5].

Проведений аналіз психологічних закономірностей реагування людини дає підставу сформулювати висновок: моральна шкода гіпотетично може бути заподіяна будь-яким порушенням права особи, тим більше злочинним. Проте лише особа, права якої порушено, може визначити, чи заподіяні їй страждання.

Повертаючись до проблеми роз'яснення змісту поняття моральної шкоди суб'єктами правозастосування, варто звернутися і до його офіційного роз'яснення. Аналіз вище наведеного тлумачення Пленуму ВС України дає підставу констатувати, що ключовим оцінювальним поняттям, яке реально розкриває зміст моральної шкоди, є "страждання", а не абстрактні "втрати немайнового характеру" або "інші негативні наслідки". Визначення результату психотравмуючого впливу у психології особистості через категорію "астенічні почуття", а в юриспруденції через оцінювальне поняття "страждання", є тотожним за своїм функційним навантаженням, оскільки окреслюють негативно забарвлений емоційний стан психіки людини.

Вищий судовий орган нашої держави диференціював страждання потерпілого на моральні та фізичні (абз.1 п.3 постанови Пленуму ВС України від 31 березня 1995 р. №4). Але ж будь-які страждання існують у сфері психічної діяльності. А це робить зайвим ужиток у дефініції епітетів "моральні" та "фізичні". Такий висновок обстоюють співавтор цієї статті професор В.Т. Нор та професор З.В. Ромовська [20, с.163; 21, с.195]. І справді у контексті компенсації моральної шкоди безпідставно та методологічно хибно диференціювати біль фізичний та душевний. Він є внутрішньо цілісним феноменом, оскільки будь-який біль, незалежно від причини виникнення, заподіює емоційну шкоду.

Безумовно, не можна передбачити та описати заздалегідь усі негативні психологічні наслідки, які й становлять зміст психотравмуючого впливу злочину на конкретну особистість – майже усе залежатиме від особливостей її реагування. Однак узагальнити ці наслідки на підставі спостережень медиків, психологів та юристів вдалося. У сучасній психології класифіковані такі неспецифічні (стереотипні) стани психічної діяльності негативного характеру як дистрес, фрустрація, криза та конфлікт. За своєю фактичною сутністю вони виступають конкретними формами страждань, їх типовими (наскільки це можливо у психології особистості) проявами. І у цьому сенсі є підстави пов'язувати конкретний зміст моральної шкоди саме з ними. Вони характеризуються усталеним обсягом, оскільки є елементами категорійного апарату психологічної науки. Своєю чергою, це дає можливість юриспруденції та правозастосуванню забезпечити однакове тлумачення оцінювальних понять інституту компенсації моральної шкоди.

Сучасна теорія стресу та дистресу започаткована канадійським психофізіологом Гансом Сельє. Цей науковець уперше описав комплекс фізіологічних реакцій організму на психотравмуючий вплив [22, с.38]. Значення цієї концепції для нашого дослідження є дуже важливим. Адже методики та результати досліджень Г. Сельє становлять науково-теоретичне підґрунтя для дослідження та доказування характеру і обсягу моральної шкоди.

Судові психологи, психіатри та кримінальні віктимологи констатували комплекс психологічних, емоційних, інтелектуальних зрушень у осіб, які були піддані насильству. зазначене явище набуло назву "синдром жертви нападу" [23, с.8]. Психогенно зумовлені розлади психічної діяльності констатовані у працях М.Д. Шаргородського, О.С. Вікторова, М.Г. Сердюкова, Н.П. Загороднікова як можливі наслідки тілесних ушкоджень [15, с.34]. Достатньо добре вивченим судовими психологами є сумнозвісний "синдром жертв зґвалтування", який позначає такі загальні симптоми психотравмуючого впливу сексуального насильства, як неспокій, страх залишатися з представником протилежної статі наодинці, думки про самогубство, вимушені зміни у способі життя [24, с.273]. У міжнародних документах, присвячених захисту потерпілих від злочинів, значення аксіоми має теза про травматичний вплив злочинного посягання на жертву, її близьких. Віктимологічні дослідження дали підставу констатувати, що першою реакцією потерпілого на злочин є потрясіння та небажання повірити у той факт, що він став жертвою. Згодом відбувається тимчасова втрата життєвої орієнтації, після чого виникає відповідна емоційна реакція. Такого роду психологічні наслідки злочину обтяжуються відповідними обмеженнями, які жертви накладають на своє соціальне та приватне життя [25, с.3]. У сучасній психології ця закономірність має назву "посттравматичного стресового синдрому" [15, с.36].

Відзначимо, що породжені негативні зміни способу життя потерпілого (тимчасові чи довічні обмеження або додаткові зусилля для його продовження)

пов'язані законодавцем із змістом поняття моральної шкоди. У психології вказаний комплекс змін у особистісній сфері має власний відповідник – "розлад динамічного стереотипу". Під ним розуміють узгоджену внутрішню систему нервових процесів, які закріплені у свідомості людини за допомогою кори великих півкуль мозку на ґрунті звичайного розпорядку, занять, соціального статусу у сукупності із певним самоусвідомленням [10, с.11].

Отже, в результаті проведеного дослідження стає очевидним, що юридична ідея компенсації моральної шкоди знаходить наукову методологічну підтримку, фундаментальне ґносеологічне забезпечення у психологічній науці.

Визначення результату психотравмуючого впливу у психології особистості через категорію "астенічні емоції", а в юриспруденції через оцінювальне поняття "страждання", є тотожним за своїм функційним навантаженням, оскільки окреслюють негативно забарвлений емоційний стан психіки людини. Вважаємо, що є підстави пов'язувати конкретний зміст моральної шкоди саме з астенічними (негативними) емоціями та психічними станами. Вони характеризуються усталеним обсягом, оскільки є елементами категорійного апарату психологічної науки. Своєю чергою, це дає змогу юриспруденції та правозастосуванню забезпечити однакове тлумачення поняття "моральна шкода".

З огляду на викладене перспективними дослідженнями у річищі цієї наукової проблеми вважаємо узагальнення психологічних, медичних, етичних знань про форми астенічних (негативних) емоцій та психічних станів, що можуть виникати в результаті порушення прав особи, подальші дослідження згаданих у статті синдромів жертв різних груп злочинів. Не лише перспективним у науковому плані, а й гуманістичним буде напрацювання психологічних рекомендацій щодо тактики проведення слідчих та інших процесуальних дій за участю потерпілих від злочинів, і які переживають стрес, шок, фрустрацію та однорідні негативні психічні стани.

-
1. Відомості Верховної Ради України. – 1991. – №29. – Ст.377.
 2. Відомості Верховної Ради України. – 1992. – №49. – Ст.668.
 3. Відомості Верховної Ради України. – 1996. – №1. – Ст. 1.
 4. Відшкодування матеріальної і моральної шкоди та компенсаційні виплати: нормативні акти, роз'яснення, коментарі / Відп. ред. П.І. Шевчук. – К.: Юрінком Інтер, 1998. – 928 с.
 5. Постанова Пленуму Верховного Суду України від 31 березня 1995 р. №4 "Про судову практику в справах про відшкодування моральної (немайнової) шкоди" із змінами і доповненнями, внесеними постановою Пленуму Верховного Суду України від 25 травня 2001 року №5 // Вісник Верховного Суду України. Вкладка. – 2001. – №3. – С.1-7.
 6. Збірник рішень та арбітражної практики ВАС України // Українська правнича фундація. – 1996. -№2 (7). – С. 95-97.
 7. Кудрявцев И.А. Судебная психолого-психиатрическая экспертиза. – М.: Юрид. лит-ра, 1988. – 224 с.
 8. Левитов Н.Д. О психических состояниях человека. – М.: Просвещение, 1964. – 344 с.
 9. Нор В.Т., Костицкий М.В. Судебно-психологическая экспертиза в уголовном процессе. – К.: Выща школа. – 1985. – 54 с.
 10. Лукьянов В.С. Эмоции и здоровье. – М.: Знание, 1966. – 47 с.
 11. Белоконев В. Возмещение морального ущерба военнослужащим // Юридичний вісник України. – 1997. – №51 (129). – С. 23-26.

12. Солодко Е. Моральный вред. Понятие и порядок возмещения // Бизнес. – 1994. – №8. – С. 15-16.
13. Лапицкий Б. Вознаграждение за неимущественный вред // Сборник Ярослав. гос. ун-та. Вып.1, 1918-1919. – Ярославль, 1920. – С. 105-134.
14. Эрделевский А.М. Компенсация морального вреда в России и за рубежом. – М.: Изд. группа "Форум-Инфра-М", 1997. – 240 с.
15. Метелица Ю.Л. Судебно-психиатрическая экспертиза потерпевших. – М.: Юрид. лит-ра, 1990. – 204 с.
16. Рабінович П.М. Рішення Європейського суду з прав людини: концептуально-методологічні засади обґрунтування // Практика Європейського суду з прав людини. – Вип.1./ За ред. П.М. Рабіновича. – Львів: Кальварія, 1997. – 80 с.
17. Коновалова В.Е. Правовая психология. – Харьков: Консум, 1997. – 160 с.
18. Васильев В.П. Юридическая психология. – СПб.: Питер Ком, 1998. – 656 с.
19. Узагальнення практики розгляду судами справ про відшкодування моральної шкоди // Архів Верховного Суду України. – К. 1997. – 20 с.
20. Нор В.Т. Имущественная ответственность за неправильные действия должностных лиц. – Львов: И О "Выща школа", Изд-во при Львов. гос. ун-те, 1974. – 213 с.
21. Цивільне право. Частина перша: Підручник / Ред. кол.: Д.В.Боброва, О.В.Дзера, Н.С.Кузнецова, О.А.Підопригора. – К.: Вентурі, 1997. – 544 с.
22. Селье Г. Стресс без дистресса / Пер. с англ. -М.: Прогресс, 1979. -124 с.
23. Яни П. Моральный вред как основание для признания потерпевшим // Советская юстиция. – 1993. – №8. – С. 6-7.
24. Parrot A., Bechhofer L. Acquaintance Rape. The Hidden Crime. – New York: A Wiley-Interscience Publication, 1991. – 278 p.
25. Руководство для сотрудников системы уголовного правосудия в отношении осуществления Декларации основных принципов правосудия для жертв преступлений и злоупотребления властью: 8-ой конгресс ООН по предупреждению преступности и обращению с правонарушителями. Док-нт A/ Conf. 144/ 20. – Гавана, 1990. – 38 с.

PSYCHOLOGICAL APPROACH TO THE INTERPRETATION OF NOTION "MORAL DAMAGE"

*V.Nor *, A.Krykunov ***

**Ivan Franko National University of Lviv
Universitetska Str. 1, UA-79000 Lviv, Ukraine,
Tel.(0322) 96-47-28;*

***Lesya Ukrainka Volyn' state university
Vynnychenka str., 30, 43000, Lutsk, Ukraine*

The comparative analysis of definitions of the concept «moral damage» in the legislation of Ukraine gives the basis to ascertain their nonagreement and inconsistency.

In the article the attempt to open the psychological contents of the concept "moral damage" is made. For this purpose the authors formulate the psychological mechanism of causing sufferings; typical emotional reactions of victims from offences and crimes are elucidated.

Key words: moral damage, offence, crime, victim.

Стаття надійшла до редколегії 13.02.2003

Підписана до друку 30.10.2003

ОБСЯГ ДІЄЗДАТНОСТІ ОСОБИ ТА ЇЇ ЗАКОННЕ ПРЕДСТАВНИЦТВО У КРИМІНАЛЬНОМУ ПРОЦЕСІ

В. Самолюк

*Національний університет "Острозька академія"
вул. Семінарська, 2, 35800 Острог, Україна
e-mail: samolyuk@ukr.net*

Розглядається питання кримінально-процесуальної дієздатності учасника процесу, обмежений обсяг якої зумовлює участь у справі його законного представника. Увагу зосереджено на визначенні поняття кримінально-процесуальної дієздатності, підставах та обсязі її обмеження у різних осіб. Учасників процесу за обсягом дієздатності пропонується поділити на повністю дієздатних, частково дієздатних та недієздатних. Частково дієздатні учасники реалізують свої права за допомогою законного представника або через нього, права недієздатних реалізує законний представник самостійно.

Ключові слова: дієздатність, неповноліття, малоліття, фізичні вади, психічні вади, законні представники

Утвердження у кримінальному процесі принципів змагальності та диспозитивності, розширення прав учасників кримінального судочинства зумовили необхідність перегляду старих та відшукування нових гарантій реалізації їхніх прав. У цьому аспекті нового змісту набуває питання кримінально-процесуальної дієздатності учасників процесу, від вирішення якого залежить забезпечення реальної юридичної рівності сторін. Будь-який учасник провадження у справі, який з об'єктивних причин не може самостійно реалізувати своє право чи сукупність прав потребує додаткових гарантій. На даному етапі однією з таких гарантій є обов'язкова участь на стороні неповнолітнього або такого, який має фізичні чи психічні вади обвинувачуваного захисника (ст.45 КПК). Разом з тим очевидним є факт, що такі ж причини, які обмежують особу у здатності реалізувати своє право, можуть мати й інші учасники: потерпілі, цивільні позивачі чи відповідачі. Крім того, недієздатність чи часткова дієздатність учасника процесу має тягти за собою залучення до справи його законного представника, функція якого відмінна від функції захисника чи представника за договором а, відтак не може бути компенсована ними.

Визначення обсягу кримінально-процесуальної дієздатності має закласти теоретичну основу надання окремій категорії учасників процесу додаткових гарантій, пов'язаних з встановленням особливостей участі на стороні таких осіб захисника чи представника за договором, а також визначення питань їх законного представництва.

Зауважимо, що проблема кримінально-процесуальної дієздатності хоча і порушувалась у працях як вітчизняних, так і радянських процесуалістів, проте законодавчого вирішення не знайшла. Питання кримінально-процесуальної дієздатності в межах загальних праць з представництва торкалися В. Адаменко, М. Гошовський, О. Кучинська, Л. Кокорев, В. Лазарева, О. Ландо, В. Шимановський та ін. Комплексне дослідження проблеми у 80-х роках проведене В. Полосковим. Розробки згаданих процесуалістів у цілому сформулювали концепцію розуміння кримінально-процесуальної дієздатності і, що найголовніше, визначили три головні підстави її обмеження – неповноліття, фізичні та психічні вади учасника, які на

теоретичному рівні є досить обґрунтованими і можуть лягти в основу подальших досліджень, пов'язаних з цією проблематикою. Разом з тим питання взаємозв'язку обсягу кримінально-процесуальної дієздатності та меж участі у процесі законного представника обвинувачуваного, потерпілого чи цивільного позивача залишається не дослідженим, що зумовлює труднощі під час визначення кола його повноважень, адже участь законного представника на стороні відповідного недієздатного чи частково дієздатного учасника не повинна перетворитись з гарантії прав на додаткову перепону їх реалізації.

Метою пропонованого дослідження є визначення меж законного представництва учасників процесу залежно від обсягу їхньої дієздатності. Водночас з'ясовується зміст поняття кримінально-процесуальної дієздатності, проводиться аналіз підстав її обмеження та визначається градація її обсягу.

Однією з умов законного представництва учасника кримінального процесу є відсутність у нього повної процесуальної дієздатності. На відміну від цивільно-процесуального кримінально-процесуальний закон не пояснює, з якими обставинами може бути пов'язана її відсутність чи обмеження, хоча аналіз окремих норм дає підстави стверджувати, що такі обставини існують. Нерозкриття в законі поняття процесуальної дієздатності, її обсягу та підстав обмеження призводить до неоднозначного розуміння ролі законного представника у процесі, труднощів у визначенні меж реалізації ним повноважень з представництва підопічного.

Попри те, що більшість процесуалістів погоджуються з необхідністю виокремлення і вивчення кримінально-процесуальної дієздатності, є думка, що таке виокремлення в інших галузях права, окрім цивільного, не має практичного значення. Пояснюється це тим, що правовідносини поза безпосередньою участю в них самих носіїв прав та обов'язків можуть існувати лише в цивільному праві. В інших же галузях мова має йти про правосуб'єктність як єдину право-дієздатність, оскільки момент настання право та дієздатності тут співпадають [1, с.335]. Така позиція, висловлена в теорії права, є необґрунтованою, оскільки виділення з правосуб'єктності особи її правоздатності і дієздатності має підстави і в інших галузях права, в тому числі і процесуальних. Відомо, що чинний ЦПК, України спеціально розмежовує вказані поняття. Як випливає зі змісту ст.101 ЦПК цивільно-процесуальна дієздатність є необхідною умовою участі особи в цивільно-процесуальних відносинах. Під нею розуміють здатність учасника процесу особисто здійснювати свої суб'єктивні права, виконувати процесуальні обов'язки і доручати ведення справи представникові [2, с.223].

Якщо процесуальна дієздатність у цивільному процесі є окремим правовим інститутом, існування такого інституту в кримінальному процесі вбачається також цілком доцільним. Викликане воно і причинами об'єктивного характеру. Так різні особи об'єктивно мають різний рівень фізичного та психічного здоров'я, у результаті чого, будучи рівними як суб'єкти права формально, вони є нерівними у здатності реалізувати свої права реально. Така нерівність, не компенсована юридичними засобами, в кінцевому підсумку може спричинити нерівне становище сторін у змагальному процесі, що неприпустимо.

Що ж розуміють під кримінально-процесуальною дієздатністю? Традиційне її визначення сформульоване П.В.Полосковим, який процесуальну дієздатність розуміє як визнану кримінально-процесуальним правом психічну і фізичну здатність особи до самостійного здійснення процесуальних дій, тобто до свідомої реалізації

своїх кримінально-процесуальних прав та виконання кримінально-процесуальних обов'язків [3, с.7-8]. Процесуальну дієздатність, отже, пропонується розуміти як здатність правоздійснювальну або правовиконавчу. Разом з тим, виділяють ще кілька елементів правоздатності, до яких відносять: здатність своїми діями набувати суб'єктивних прав і створювати для себе юридичні обов'язки (правонабувальна здатність); здатність своїми діями розпоряджатися належними особі правами (праворозпорядча здатність); здатність нести юридичну відповідальність за вчинення правопорушень (деліктоздатність) [4, с.86]. Вказані елементи також підлягають включенню до структури кримінально-процесуальної дієздатності. Наприклад, правонабувальна здатність потрібна при заявленні цивільного позову в кримінальному процесі, а деліктоздатність – при обранні нового запобіжного заходу в разі неналежної поведінки обвинувачуваного, коли запобіжний захід може бути замінено на суворіший. Відтак, *процесуальну дієздатність слід розуміти як здатність особи самостійно набувати та реалізувати процесуальні права та обов'язки, розпоряджатися набутими правами і нести відповідальність за невиконання покладених обов'язків*. Зауважимо, що метою інституту дієздатності у кримінальному процесі є не встановлення формальних перепон для реалізації учасником свого права, а надання для нього додаткових процесуальних гарантій, в тому числі і через допуск до справи його законного представника.

Виявлення кола обставин, через які в особи може бути відсутня повна процесуальна дієздатність, має проблемний характер, оскільки кримінально-процесуальний закон прямо їх не встановлює. Спеціально не врегулювавши вікову градацію обсягу кримінально-процесуальної дієздатності, а також підстави недієздатності дорослих осіб, законодавець, вірогідно, виходив з того, що ці питання досить добре врегульовані іншими галузями права, зокрема цивільним і цивільно-процесуальним. Однак унаслідок специфіки кримінально-процесуальних відносин, органічного зв'язку галузі не з цивільним, а саме з кримінальним правом, механічне перенесення градації обсягу дієздатності з інших галузей права, передусім цивільного, досить утруднене, і крім того не знаходить повного відображення в кримінальному законі. Зауважимо, що навіть цивільно-процесуальну дієздатність обґрунтовано відмежовують від цивільної дієздатності як самостійний процесуальний інститут [2, с.224]. На нашу думку, це важливе питання потребує нормативного врегулювання в новому кримінально-процесуальному кодексі.

Однак, якщо виходити з того, що повна дієздатність особи найперше пов'язується з її психічною та фізичною здатністю усвідомлювати значення процесуальних дій, розуміти і реалізувати свої права, виконувати обов'язки та нести відповідальність за їх невиконання, то така здатність об'єктивно можлива лише за умови досягнення учасником процесу віку фізичної та психічної зрілості, а також якщо у нього немає психічних чи фізичних вад здоров'я, які можуть утруднювати або взагалі унеможливити його участь у кримінально-процесуальній діяльності. Зауважимо, що недосягнення особою віку фізичної та психічної зрілості є *формальною* підставою визнання її процесуально недієздатною, оскільки в силу особливостей індивідуального розвитку кожної людини, встановлений вік досягнення повної дієздатності не є досить об'єктивним критерієм її реального прояву. Щодо психічних чи фізичних вад як індивідуальних характеристик прямо пов'язаних з реальною здатністю бути повноцінним учасником процесу, то вони завжди є *реальними* підставами.

Чинне галузеве законодавство по-різному визначає обсяг дієздатності особи залежно від віку. Цивільне право до повністю дієздатних відносить осіб, які досягли 18 років (ст.11 ЦК), частково дієздатних – 15 років (ст.13 ЦК). Аналогічна градація і в цивільно-процесуальному праві (ст.101 ЦПК). Кримінальний закон, норми якого реалізуються через кримінально-процесуальні відносини, подає лише градацію деліктоздатності суб'єкта: загальна кримінально-правова деліктоздатність – з 16 років, часткова – з 14 років (ст.22 КК). З огляду на нерозривний зв'язок галузей матеріального та процесуального права в кримінальному процесі дієздатність особи можна було б пов'язати з кримінально-правовою деліктоздатністю, визнавши повну дієздатність учасника процесу з 16 років, часткову – з 14. Проте 16-літній вік не може вважатись віком повної кримінально процесуальної дієздатності – адже, на підставі ст.6 СК, особа до 18 років за правовим статусом все ще є дитиною. Крім того, аналіз низки норм кримінально-процесуального закону дає підставу зробити висновок, що повна процесуальна дієздатність настає тільки з 18 років. Так розділом VIII та іншими статтями КПК України обвинувачуванним у віці саме до 18 років передбачено низку гарантій, серед яких: обов'язкова участь захисника, залучення до участі у справі законних представників. Законодавець у цьому питанні виходить з того, що внаслідок недостатнього розумового розвитку такий обвинувачуваний не в змозі повною мірою усвідомлювати своє процесуальне становище і самостійно здійснювати право на захист, тобто не володіє повною процесуальною дієздатністю.

Зрештою, можна погодитись з думкою В.Д. Адаменка, що обов'язок громадянина нести кримінальну відповідальність не означає наявності у нього достатньої здатності захищатись від пред'явленого обвинувачення і цивільного позову [5, с.15]. Очевидно, що 18-літній вік досягнення повної процесуальної дієздатності повинен стосуватися й інших учасників процесу: потерпілого, цивільного позивача і відповідача. До 18 років неповнолітні не володіють кримінально-процесуальною дієздатністю у повному обсязі, а тому потребують додаткових гарантій забезпечення своїх прав.

Щодо вікового критерію визнання часткової кримінально-процесуальної дієздатності особи, то його безсумнівне встановлення є досить проблематичним. Стосовно обвинувачуваного, то самоочевидно, що вже з моменту притягнення до відповідальності він може користуватись відповідними правами у повному обсязі, оскільки в законі не передбачається якесь обмеження його прав через недосягнення певного віку, окрім випадку видалення з залу судового засідання в порядку ст.444 КПК. Таким чином, часткова дієздатність обвинувачуваного настає з 14 років. Відносно потерпілих, пропонується таку дієздатність визнавати також з 14 років [6, с.59; 7, с.9-10]. Відтак, у потерпілого буде однакова з обвинувачуванним процесуальна можливість обстоювати інтереси. Крім того, досягнення особою 14 років, відповідно до ст.6 СК, збігається з набуттям нею статусу неповнолітнього, і, тому тягне за собою наділення новим обсягом дієздатності порівняно з малолітніми особами. Водночас на підставі положень цивільного та цивільно-процесуального права часткова дієздатність цивільного позивача і відповідача, за аналогією, мала б настати з 15 років, в результаті чого виникає неузгодженість між 14-літнім віком часткової дієздатності потерпілого і 15-літнім віком часткової дієздатності цивільного позивача.

Проблемність достатньо обгрунтованого визначення віку часткової процесуальної дієздатності, з якого учасники кримінального процесу набувають

здатності виступати в процесі поряд зі своїм законним представником, окремим процесуалістам дала підставу відмовитись від цієї градації, визнавши, що учасники процесу до досягнення 18-літнього віку використовують процесуальні права і виконують обов'язки здебільшого через представника [5, с.19; 8, с.60].

Однак визнання часткової дієздатності неповнолітніх учасників процесу з певного мінімального віку дало б їм змогу краще захистити власні інтереси і мало б значний виховний вплив. На нашу думку, вік часткової процесуальної дієздатності в результаті тенденцій розвитку галузевого законодавства бажано було б встановити на рівні 14 років, закріпивши це положення в кримінально-процесуальному законі. Завдяки цьому всі неповнолітні учасники віком від 14 до 18 років набули б можливість реалізувати процесуальні права за погодженням зі своїми законними представниками або через них.

Іншу категорію підстав відсутності у особи повної процесуальної дієздатності становлять вади психічної діяльності, які поділяють на два види: перші призводять до повної недієздатності особи, чим унеможливають її участь у процесі; другі тягнуть лише часткову втрату дієздатності.

До перших належить таке психічне захворювання чи недоумство, внаслідок яких особа не може усвідомлювати своїх дій і керувати ними. Щодо осіб, які вчинили суспільно – небезпечне діяння, то, відповідно до ст.19, 20, 93 КК, ст.116 КПК, до процесуально недієздатних належать: 1) неосудні особи; 2) обмежено осудні, щодо яких будуть застосовані примусові заходи медичного характеру; 3) особи, які вчинили злочин у стані осудності, але захворіли на психічну хворобу до постановлення вироку або під час відбування покарання. Такі особи є повністю недієздатні, оскільки за ст.419 КПК, їхня участь у судовому розгляді не є обов'язковою і може бути лише в тому разі, якщо цьому не перешкоджає характер захворювання. Аналогічне значення мають також душевна хвороба або недоумство потерпілого і цивільного позивача, внаслідок яких вони, відповідно до ст.16 ЦК, позбавлені дієздатності. Від імені зазначених вище учасників у кримінальному процесі повинні виступати їхні законні представники, які самостійно реалізують відповідні процесуальні права.

Підставою визнання процесуально-недієздатною особи, яка вчинила суспільно-небезпечне діяння, щоразу повинен бути висновок судово-психіатричної експертизи, призначеної у даній справі. Щодо інших учасників (потерпілих, цивільних позивачів), то такою підставою може бути лише рішення суду про позбавлення громадянина цивільної дієздатності відповідно до ст.16 ЦК.

Щодо психічних вад, які допускають процесуальну дієздатність особи, то критерії їхньої оцінки по-різному тлумачаться правниками. Так С.Щерба під психічними вадами пропонує розуміти такий тимчасовий розлад психічної діяльності, хронічне душевне захворювання, слабоумство чи інший хворобливий стан, що не унеможливає осудності обвинувачуваного, однак послабляє, знижує його пізнавальні здатності або призводить до патологічних особливостей емоційно-вольової сфери, і тому перешкоджає брати активну участь у процесуальній діяльності й самостійно захищати свої права [9, с.21-22]. Л.Захожий до таких вад пропонує відносити лише тривалі розлади психічної діяльності [10, с.60]. Інші процесуалісти, психічними вадами, які не унеможливають процесуальної дієздатності особи, вважають будь-які порушення, що, виникнувши як той чи інший стійкий хворобливий розлад психічної діяльності, обмежують здатність особи адекватно

сприймати, осмислювати і запам'ятовувати обставини, а отже, повноцінно здійснювати право на захист і самостійно використовувати надані для цього законом засоби [11, с.49].

Вирішуючи це питання, визначальним має бути саме юридичний критерій, тобто оцінка здатності особи самостійно здійснювати свої права та виконувати обов'язки. Для цього потрібен такий стан вищих психічних функцій (сприйняття, уваги, пам'яті, мислення та ін.) та емоційно-вольової сфери, який забезпечить правильне відображення дійсності і створить передумови для повноцінної інтелектуальної діяльності. При потребі такий стан підлягає встановленню судово-психіатричною експертизою, однак слушною є думка, що таку експертизу можна не проводити, якщо часткове обмеження дієздатності підтверджують інші матеріали [12, с.69]. Такими матеріалами можуть бути документально підтверджені відомості, що особа інвалід певної групи, встановленої з приводу психічного захворювання; є рішення суду, яке визнає особу недієздатною у зв'язку з душевною хворобою чи слабоумством; особа перебуває на обліку в психоневрологічному диспансері або навчається в школі для розумово відсталих дітей; визнана медичною установою хронічним алкоголіком. Участь на стороні названих осіб законного представника є необхідною. При цьому він виступає у процесі поряд з учасником, який має психічні вади, оскільки вони на підставі ст.16 ЦК повністю не позбавляють його дієздатності. Правом брати участь у процесуальній діяльності наряду із законним представником повинні мати і громадяни з обмеженою, відповідно до ст.15 ЦК, дієздатністю.

Стосовно фізичних вад, які утруднюють самостійне здійснення учасниками процесу своїх прав і виконання обов'язків, то під ними зазвичай розуміють повну або часткову втрату зору, слуху, здатності говорити, внаслідок чого особа позбавлена або ослаблена можливість правильно і повно сприймати обставини, які мають значення для захисту її інтересів, відтворювати сприйняте, самостійно обстоювати свої інтереси на слідстві і в суді [9, с.16; 3, с.8-9]. Такий висновок впливає і зі змісту ст.45 КПК, яка передбачає обов'язкову участь захисника на стороні таких учасників. Щодо законного представника, то він може бути допущений до справи лише за окремим клопотанням осіб, які мають зазначені фізичні вади. Його участь у такому випадку має допоміжний характер і її необхідність повинна виявлятися виходячи з конкретних обставин.

Отже, учасників процесу за обсягом дієздатності поділено на такі три категорії:

- 1) Процесуально недієздатні: малолітні до 14 років; психічно хворі, визнані судово-психіатричною експертизою неосудними чи обмежено осудними, однак такими, стосовно яких розглядатиметься питання про застосування примусових заходів медичного характеру; громадяни, визнані судом недієздатними. Такі особи не можуть брати участь у кримінально-процесуальних діях, а тому в сфері реалізації прав їх повністю повинні замінювати законні представники.
- 2) Частково дієздатні: неповнолітні віком від 14 до 18 років; учасники з фізичними чи психічними вадами, що утруднюють самостійне здійснення ними своїх прав і виконання обов'язків. Такі особи хоч і не усуваються від самостійної участі в процесі, проте об'єктивно обмежені в здатності реалізувати свої права. Вони потребують додаткових гарантій у вигляді допуску в процес законного представника, який повинен діяти поряд з ними, допомагаючи реалізувати надані законом права.

- 3) Процесуально дієздатні: повнолітні, фізично і психічно здорові особи, які діють у процесі самостійно і на власний розсуд розпоряджаються наданими правами.

Зауважимо, що наведена вище градація обсягу дієздатності різних категорій осіб є досить умовною, оскільки кримінально-процесуальний закон чітко не врегульовує цього питання. Разом з тим визначення обсягу дієздатності конкретного учасника процесу є необхідною умовою визначення прав та обов'язків його законного представника, а також меж участі останнього в процесуальній діяльності.

Відтак пропонується доповнити кримінально-процесуальний кодекс нормою такого змісту:

У кримінальному процесі здатність самостійно здійснювати свої права та доручати ведення справи представникові належить учасникам, які досягли повноліття, а також юридичним особам.

Учасники процесу віком від 14 до 18 років, а також учасники з психічними чи фізичними вадами, що утруднюють самостійне здійснення ними своїх прав і виконання обов'язків, користуються допомогою законного представника.

Права та охоронювані законом інтереси малолітніх учасників процесу, громадян, визнаних недієздатними внаслідок душевної хвороби чи недоумства, а також громадян, визнаних судово-психіатричною експертизою неосудними чи обмежено осудними, проте такими, щодо яких розглядатиметься питання про застосування примусових заходів медичного характеру, реалізують їхні законні представники.

-
1. Лазарев В.В., Липень С.В. Теория государства и права. – М., 2000. – 511 с.
 2. Курс советского гражданского процессуального права. – Т.1. – М., 1981. – 463 с.
 3. Полосков В.П. Правоспособность и дееспособность в советском уголовном процессе. Автореф. дис. канд. юрид. наук. – М., 1985. – 24 с.
 4. Цивільне право України / За ред. О.В.Дзери, Н.С.Кузнєцової. – К., 2000. – Кн. перша. – 806 с.
 5. Адаменко В.Д. Советское уголовно-процессуальное представительство. – Томск, 1978. – 196 с.
 6. Гошовський М.І., Кучинська О.П. Потерпілий у кримінальному процесі України. – К., 1998. – 192 с.
 7. Лазарева В.А. Охрана прав и законных интересов несовершеннолетних потерпевших в советском уголовном процессе. Автореф. дис. канд. юрид. наук – М., 1980. – 20 с.
 8. Шимановский В. Законные представители обвиняемого и потерпевшего в предварительном следствии // Социалистическая законность. – 1971. – №7. – С. 57-60.
 9. Щерба С.П. Расследование и судебное разбирательство по делам лиц, страдающих физическими или психическими недостатками. – М., 1975. – 144 с.
 10. Захожий Л. Гарантии права обвиняемого на защиту при его психических недостатках // Социалистическая законность. – 1974. – №9. – С.59-61.
 11. Боброва И., Метелица Ю., Шишков С. О критериях оценки психических недостатков, препятствующих обвиняемому осуществить право на защиту // Социалистическая законность. – 1983. – №11. – С.47-49.
 12. Коченов М., Кульчицкий Б. Определение способности самостоятельно осуществлять свое право на защиту // Социалистическая законность. – 1978. – №5. – С.68-69.

THE SCOPE OF ACTIVE CAPACITY AND LEGAL REPRESENTATION OF PERSON IN CRIMINAL PROCEEDINGS

V. Samolyuk

*The National University of Ostroh Academy
Seminarska str., 2, 35800 Ostroh, Ukraine
e-mail: samolyuk@ukr.net*

The article deals with the issue of criminal proceedings participant's active capacity, the limited scope of which determines legal representative's involvement. The attention is focused on the definition of the criminal procedural active capacity, reasons for and scopes of its limitation for different persons. Procedural participants are proposed to be classified accordingly: persons with full active capacity, persons with partial active capacity, and incapable persons. Persons with partial active capacity realize their rights with the help of their legal representatives, whilst the rights of incapable persons are realized by legal representatives solely.

Key words: active capacity, minority, infancy, corporal defects, mental disabilities, legal representatives.

Стаття надійшла до редколегії 14.04.2003

Підписана до друку 30.10.2003

ЗЛОВЖИВАННЯ ПОСАДОВИХ ОСІБ, ЯКІ ВЕДУТЬ КРИМІНАЛЬНИЙ ПРОЦЕС ЯК ОДНА З ПІДСТАВ ДЛЯ ПЕРЕГЛЯДУ СУДОВИХ РІШЕНЬ ЗА НОВОВІЯВЛЕНИМИ ОБСТАВИНАМИ

Н. Бобечко

*Львівський національний університет імені Івана Франка,
вул. Університетська, 1, 79000 Львів, Україна*

Стаття присвячена розгляду однієї з підстав для перегляду судових рішень за нововиявленими обставинами. Дані пропозиції щодо вдосконалення кримінально-процесуального законодавства.

Ключові слова: нововиявлені обставини, суддя, прокурор, слідчий, злочин.

Останніми роками як теоретики, так і практичні працівники дедалі частіше зосереджують увагу на судовому захисті прав та законних інтересів особи в кримінальному процесі України. І це зрозуміло, оскільки лише незалежний та неупереджений суд, керуючись принципом верховенства права у своїй діяльності у справі здійснення правосуддя, гарантує ефективний, надійний захист прав, свобод та законних інтересів усіх суб'єктів права України. Створення в Україні кримінально-процесуального законодавства охоронного типу потребує глибоких досліджень з питань саме судової форми захисту прав особи, до яких і належить перегляд судових рішень за нововиявленими обставинами.

Жодне неправосудне судове рішення, в тому числі й те, що набрало законної сили, не має права на існування, а допущені під час його винесення судові помилки тягнуть за собою застосування санкцій у вигляді скасування чи зміни такого рішення, притім слід керуватися підставами, за наявності яких рішення суду підлягає перегляду за нововиявленими обставинами. Особливе значення серед цих підстав мають зловживання посадових осіб, які ведуть кримінальний процес. Цим питанням і присвячена пропонована стаття.

Проблеми, пов'язані із переглядом судових рішень за нововиявленими обставинами, були предметом спеціальних досліджень таких авторів, як Г.З. Анашкін, В.І. Басков, М.К. Белобабченко, В.М. Блінов, М.П. Ведіщев, М.О. Громов, І.Б. Михайловська, І.Д. Перлов, В.С. Поснік, А.Л. Рівлін, М.С. Строгович, Б.С. Тетерін, О.П. Тьомушкін.

Однак, у процесуальній літературі ще недостатньо досліджені питання про юридичну природу зловживань посадових осіб, які ведуть кримінальний процес, про вплив цих зловживань на винесення правосудного судового рішення, про окремі прояви таких зловживань. Крім того, у працях названих процесуалістів не враховані зміни, новели, які були запроваджені у кримінально-процесуальне законодавство України у червні-липні 2001 р. З того часу і дотепер в Україні немає жодного монографічного дослідження, присвяченого перегляду в кримінальному судочинстві судових рішень за нововиявленими обставинами, в тому числі й підставам для такого перегляду.

Мета цієї статті – дослідити теоретичні та практичні проблеми зловживань посадових осіб, які ведуть кримінальний процес, як однієї з підстав для перегляду

судових рішень за нововиявленими обставинами, а також висунути пропозиції щодо вдосконалення законодавчої регламентації цієї підстави для перегляду судових рішень, що набрали законної сили.

Пункт 2 ч.1 ст.400⁵ Кримінально-процесуального кодексу України (далі – КПК) та п.2 ч.1 ст.523 проекту Кримінально-процесуального кодексу України [1] (далі – проект КПК) до нововиявлених обставин відносить **зловживання** (виділено мною. – **Н.Б.**) посадових осіб, які ведуть кримінальний процес та залучають до його сфери всіх інших учасників процесу.

Що ж являє собою зловживання таких посадових осіб? Для відповіді на це запитання звернемося до ст.364 КК України (далі – КК), яка містить загальне визначення зловживання владою або службовим становищем. Під ним розуміють умисне, з корисливих мотивів чи в інших особистих інтересах або в інтересах третіх осіб використання службовою особою влади чи службового становища всупереч інтересам служби, якщо воно заподіяло істотну шкоду охоронюваним законом правам, свободам та інтересам окремих громадян або державним чи громадським інтересам, або інтересам юридичних осіб. З цього визначення випливає, що однією з характерних ознак зловживання владою або службовим становищем є заподіяння істотної шкоди зазначеним у законі суспільним відносинам. Вона може полягати у заподіянні як матеріальної шкоди, так і шкоди нематеріального характеру. Відповідно до п.3 примітки до ст.364 КК, істотною шкодою, якщо вона полягає у заподіянні матеріальних збитків, вважається така шкода, яка в 100 і більше разів перевищує неоподаткований мінімум доходів громадян.

Істотна шкода, що не полягає в заподіянні матеріальних збитків, є поняттям оцінювальним, тому питання, чи є заподіяна шкода істотною, вирішується з урахуванням конкретних обставин справи. Водночас слід брати до уваги реальні наслідки, що настали від дій з використанням службового становища. Самогубство чи психічний розлад незаконно засудженого, призначення покарання у вигляді довічного позбавлення волі особі, винній у вчиненні менш тяжкого злочину та ін., поза сумніву, заподіюють істотну шкоду, порушуючи конституційні права і свободи людини та громадянина, підбиваючи авторитет правоохоронних органів та правосуддя в цілому.

В п.2 ч.1 ст.400⁵ КПК (п.2 ч.1 ст.523 проекту КПК) та ч.2 ст.400⁵ КПК (ч.2 ст.523 проекту КПК) йдеться про такі зловживання дізнавача, слідчого, прокурора та суддів під час провадження у справі, що спричинили саме істотну шкоду як одну з ознак злочину, а не будь-яку іншу шкоду. Тому коли немає істотної шкоди в результаті зловживань посадових осіб, які ведуть процес, то це не злочин у сфері службової діяльності чи проти правосуддя, а дисциплінарний проступок, який вироком, що набрав законної сили, встановлений не може бути і, відповідно, судові рішення в порядку виключного провадження за п.2 ч.1 ст.400⁵ КПК (п.2 ч.1 ст.523 проекту КПК) переглядові не підлягатиме. Виходячи з цього, для усунення неточності редакції п.2 ч.1 ст.400⁵ КПК (п.2 ч.1 ст.523 проекту КПК), автор пропонує вживати не просто термін *зловживання*, а *злочинні зловживання*, який чітко розкриває зміст норми закону.

Отже, під злочинними зловживаннями дізнавача, слідчого, прокурора чи суддів під час провадження у справі слід розуміти передбачені кримінальним законом дії цих осіб, учинені ними винятково внаслідок їхнього службового становища, що

спричинили винесення незаконного, необґрунтованого та несправедливого судового рішення, а також підри́в авторитету правоохоронних органів та правосуддя загалом.

Розглянемо окремі види нововиявлених обставин, передбачених п.2 ч.1 ст.400⁵ КПК (п.2 ч.1 ст.523 проекту КПК).

Злочинні зловживання дізнавача, слідчого та прокурора під час провадження у справі. Злочинні зловживання осіб, які проводять досудове розслідування, а також прокурора перешкоджають суду зробити правильний висновок про винність чи невинність особи, про ступінь суспільної небезпеки вчиненого особою злочину, винести по справі законне, обґрунтоване та справедливе судове рішення, навіть, у випадку повної добросовісності самих суддів [2, с.138].

Дії вказаних осіб можуть виявлятися у завідомо незаконному арешті або триманні під вартою; у притягненні завідомо невинного до кримінальної відповідальності; у примушуванні давати показання шляхом погроз, застосування насильства, знущання над особою; у фальсифікації речових доказів, протоколів слідчих дій та протоколів з відповідними додатками, складеними уповноваженими органами за результатами оперативно-розшукових заходів; у вилученні зі справи процесуальних документів; в одержанні хабара тощо.

Крім того, злочинні зловживання можуть виражатися і в дачі прокурором письмових чи усних вказівок, які впливають на прийняття особою, яка проводить дізнання чи досудове слідство незаконних та необґрунтованих рішень. Як слушно зауважує М.О.Громов, аналогічні злочинні зловживання можуть допустити й заступник чи помічник прокурора, начальник органу дізнання або начальник слідчого відділу у випадках, коли в їх провадженні знаходилися кримінальні справи, а також оперативні працівники тих органів, які, відповідно до законодавства здійснюють оперативно-розшукову діяльність [3, с.20]. Таку позицію повністю поділяє й М.П. Ведіщев [4, с.63].

У процесуальній літературі відомі різні погляди щодо питання про те, чи злочинні зловживання осіб, які проводили дізнання або досудове слідство, а також прокурора завжди повинні тягнути за собою скасування судового рішення, на яких воно ґрунтується.

А.Л. Рівлін вважав, що за наявності цих обставин судове рішення підлягає безумовному скасуванню [5, с.268-269].

На думку Б.С. Тетеріна, злочинні зловживання таких осіб повинні визнаватися підставою для відновлення справи не в усіх випадках, а тільки тоді, коли вони спричинили винесення незаконного та необґрунтованого судового рішення. Якщо ж ці зловживання не призвели до судової помилки, то вони не є підставами для відновлення справи і тягнуть за собою лише кримінальну відповідальність особи, яка допустила зловживання, не скасовуючи винесене по справі судове рішення. Далі автор доходить висновку, що злочинні зловживання осіб, які проводили досудове розслідування, можуть бути обставинами, що тягнуть відновлення справи тільки в тих випадках, коли ці злочинні зловживання виражалися у фальсифікації доказів, тобто лише тоді, коли наслідком цих зловживань стала фальсифікація доказів, на яких ґрунтується вирок [6, с.47 – 49].

В.М. Блінов висловив думку, згідно з якою встановлені вироком суду, який набрав законної сили злочинні зловживання осіб, які проводили дізнання або досудове слідство, тягнуть скасування судового рішення за нововиявленими

обставинами, якщо ці зловживання вплинули або могли вплинути на винесення незаконного і необґрунтованого судового рішення. Якщо ж винесене судове рішення виявиться законним та обґрунтованим, то мова може йти тільки про порушення кримінальної справи щодо посадових осіб органів розслідування, які допустили злочинні зловживання [7, с.68-69].

В.С. Поснік вважає, що закон має на увазі лише такі зловживання вказаних осіб, які спричинили винесення незаконного та необґрунтованого судового рішення. Однак, якщо злочинні дії особи, яка проводила розслідування своєчасно виявлені прокурором або якщо про них стало відомо суду, який розглядав кримінальну справу, то ці зловживання до судової помилки не призведуть і судові рішення не підлягатиме скасуванню [8, с.18].

Позиції Б.С. Тетеріна, В.М. Блінова та В.С. Посніка є доволі спірними. Фальсифікація доказів є лише одним із різноманітних проявів злочинних зловживань осіб, які проводять досудове розслідування. Крім того, коли суд виявить факти злочинних зловживань ще під час судового розгляду, то про жодні нововиявлені обставини мову вести уже неможна.

Дещо іншої думки з цього приводу О.П. Тьомушкін. Він підкреслює, що коли в обґрунтування судового рішення покладено доказ, який виявився недоброякісним, недопустимим, оскільки одержаний із застосуванням заборонених методів розслідування, то таке судове рішення не може бути залишене в силі і підлягає безумовному скасуванню [9, с.221].

Кримінально-процесуальний закон та судова практика чітко та послідовно виходять з того, що фактичні дані, одержані з порушенням закону не можуть вважатися доказами і визнаються такими, що не мають юридичної сили. Відповідно, такі фактичні дані не можуть бути покладені в основу обвинувачення і на них не може ґрунтуватися судове рішення, а також використовуватися для доказування обставин, передбачених ст.64 КПК.

Якщо у кримінальній справі мали місце факти злочинних зловживань осіб, які проводили досудове розслідування та прокурора, не викриті під час судового розгляду, то жоден суддя із стовідсотковою впевненістю не може запевнити, що винесене за його участі судове рішення відповідає об'єктивній дійсності. В основі норм п.2 ч.1 ст.400⁵ КПК лежать кримінально-правові та кримінально-процесуальні заборони, які не мають винятків. Злочинні зловживання осіб, які проводили у справі досудове розслідування та прокурора не тільки підривають авторитет правоохоронних органів, але й знецінюють віру людей в неупереджене та об'єктивне правосуддя, а тому заподіюють шкоду не меншу, ніж злочинні зловживання по справі судді. Адже вони походять від тих, хто від імені держави зобов'язаний охороняти та захищати права, свободи і законні інтереси людини та громадянина. Такі обставини, мають комплексний характер і завжди неминуче негативно впливають на хід правильного вирішення справи по суті.

Тому навряд чи можна погодитися з тими дослідниками, які заперечують необхідність виділення в законі безумовних підстав для скасування судових рішень у зв'язку із злочинними зловживаннями зазначених посадових осіб та вважають, що за наявності таких обставин питання про відновлення справи щоразу повинно вирішуватися судом.

Як і щодо першої групи нововиявлених обставин (п.1 ч.1 ст.400⁵ КПК), так і щодо злочинних зловживань дізнавача, слідчого та прокурора діє вимога, що вони можуть бути підставою для перегляду судових рішень за нововиявленими обставинами тільки в тому разі, коли вони встановлені вироком суду, що набрав законної сили.

Злочинні зловживання суддів під час провадження у справі. Суддя, в силу здійснюваних ним процесуальних функцій та встановлених законодавством гарантій його професійної діяльності, є одним з найголовніших суб'єктів кримінально-процесуальної діяльності. Конституція України надає судді (суду) виняткове право від імені держави визнати особу винною у вчиненні злочину і призначити їй покарання або визнати її невинуватою і оберегти від кримінальної відповідальності. Крім того, суддя (суд) здійснює правосуддя і у випадку звільнення особи від покарання чи кримінальної відповідальності. В таких наданих судді (суду) повноваженнях містяться надійні гарантії захисту прав та законних інтересів людини і громадянина, суворого дотримання законності під час провадження у справі.

Тому будь-які прояви недобросовісності судді, порушення ним закону є особливо нестерпними і завдають інколи непоправної шкоди учасникам процесу, підривають престиж та соціальний авторитет судової влади загалом.

Відповідно до ч.1 ст.58 Закону України "Про судоустрій України" від 7 лютого 2002 р. №3018-III [10], правосуддя в Україні здійснюють професійні судді та, у визначених законом випадках, народні засідателі і присяжні. Згідно з ч.2 ст.65 та ч.1 ст.72 Закону, народний засідателю під час вирішення всіх питань, пов'язаних з розглядом справи і постановленням судового рішення, користується усіма правами судді. Тому норма п.2 ч.1 ст.400⁵ КПК (п.2 ч.1 ст.523 проекту КПК) поширюється і на факти злочинних зловживань народних засідателів під час провадження у справі. Очевидно, після запровадження суду присяжних, до нововиявлених обставин слід віднести й злочинні зловживання присяжних засідателів, які спричинили винесення неправосудного вердикту.

Злочинні зловживання професійних суддів та народних засідателів під час провадження у справі можуть полягати у винесенні завідомо неправосудного судового рішення; у фальсифікації протоколів судових дій; в одержанні хабара у зв'язку з розглядом справи тощо.

Неправосудність судового рішення може виражатися у завідомо неправильному викладенні у ньому фактів, які були в дійсності; у завідомо неправильній їх оцінці; у завідомо неправильній кваліфікації діянь особи; у засудженні завідомо невинного та виправданні завідомо винного; у незаконному та необґрунтованому закритті кримінальної справи; у призначенні явно несправедливого покарання, яке не відповідає тяжкості вчиненого злочину та особі винного.

Відповідальність суддів за постановлення завідомо неправосудного вироку, рішення, ухвали або постанови передбачена ст.375 КК.

Однією з ознак учинення вказаних дій є корислива чи інша особиста заінтересованість. Тому факти неправильного застосування закону, невірної оцінки доказів, неправильного призначення покарання, якщо вони не були результатами злочинних зловживань судді, не можуть бути нововиявленими обставинами.

У літературі цілком слушно звернено увагу на те, що злочинне зловживання судді порушує принцип його незалежності в процесі здійснення правосуддя та

підпорядкування тільки законові [11, с.67]. Будучи заінтересованим у результатах справи і, відповідно, приховуючи наявність цієї підстави для самовідводу (п.3 ст.54 КПК), суддя порушує вказаний принцип кримінального судочинства. Пояснюється це тим, що суддя, виявляючи корисливу або іншу особисту заінтересованість у результатах справи, в такий спосіб стає залежним від особи, в інтересах якої він діє. Причому про цю обставину як судді, так і цій особі відомо ще під час провадження у справі та на момент винесення судового рішення. Це призводить до того, що усувається одна з найважливіших ознак нововиявлених обставин – їх невідомість суду під час провадження у справі та на момент винесення судового рішення і, відповідно, можливість їх урахування.

Тому вчинення суддею злочинного зловживання під час провадження у справі означає, що вона розглянута незаконним складом суду, яка є безумовною підставою для скасування судових рішень на підставі п.2 ч.2 ст.370 КПК, а не за нововиявленими обставинами, оскільки в цьому випадку матимемо порушення вимог кримінально-процесуального закону.

На підставі викладеного, М. Громов та О. Ломоносова дійшли висновку про необхідність вилучити зловживання суддів з числа підстав для відновлення справ за нововиявленими обставинами і віднести їх до підстав перегляду справ у порядку нагляду [11, с.67; 12, с.11, 13, с.26].

Справді, участь у розгляді справи судді, який особисто, безпосередньо чи опосередковано заінтересований в її результатах, не може кваліфікуватися інакше як незаконний склад суду, що, своєю чергою, є безумовною підставою для скасування судового рішення внаслідок істотного порушення вимог кримінально-процесуального закону (п.2 ч.2 ст.370 КПК). М. Громов та О. Ломоносова справедливо зазначають і те, що про наявність обставин, які унеможливають його участь у справі, судді відомо ще до моменту винесення судового рішення.

Та попри це, ми не можемо погодитися з їхньою пропозицією вилучити зловживання суддів з числа підстав для відновлення справ за нововиявленими обставинами і віднести їх до підстав перегляду справ у порядку нагляду.

По-перше, у розглядуваному нами випадку йдеться не просто про істотні порушення вимог кримінально-процесуального закону, які перешкодили чи могли перешкодити суду об'єктивно розглянути справу і винести правосудне судове рішення. Законодавець окремо звертає увагу на ще шкідливіше за своїм характером порушення – на вчинення суддею суспільно небезпечного діяння, результатом якого є незаконне, необґрунтоване та несправедливе судові рішення по суті, а не можливі негативні наслідки його дій. Адже жодна з підстав для скасування судових рішень, вказаних у ч.2 ст.370 КПК, не є суспільно небезпечним діянням і, відповідно, не тягне за собою кримінальної відповідальності посадових осіб, які допустили такі порушення.

По-друге, нововиявлені обставини як одна з підстав для перегляду судових рішень у порядку виняткового провадження, будучи відмінними від усіх інших підстав для скасування або зміни судових рішень за формою, водночас є подібними до них за змістом. І ті й інші підстави взаємопов'язані, тому допущене судом порушення, пов'язане із з'ясуванням фактичних обставин справи, неодмінно тягне за собою і порушення у застосуванні закону та, навпаки, невиконання приписів процесуальних норм може призвести до спотворення суті справи.

По-третє, незрозуміло, в який спосіб суд наглядної інстанції (в нашому випадку – Судова палата в кримінальних справах та Військова судова колегія Верховного Суду України на спільному засіданні) перевірятиме судові рішення по суті – адже, факт злочинного зловживання судді не відображений в матеріалах справи і не встановлений вироком суду, що набрав законної сили.

По-четверте, знання обставини одним із суддів не рівнозначне тому, що про це було відомо й іншим суддям. Навпаки, якщо б вони знали про наявність такої обставини, то винесення неправосудного рішення було б відвернене [8, с.13]. Відтак, видається не зовсім точною редакція п.2 ч.1 ст.400⁵ КПК (п.2 ч.1 ст.523 проекту КПК) про зловживання **суддів** (виділено мною. – **Н.Б.**) під час провадження у справі. З її змісту можна дійти помилкового висновку про те, що встановлені вироком суду, який набрав законної сили, злочинні зловживання по справі судді, котрий одноособово її розглядав, не є підставою для перегляду судових рішень за п.2 ч.1 ст.400⁵ КПК (п.2 ч.1 ст.523 проекту КПК). Точність формулювання правової норми має важливе значення для правильного її застосування в практичній діяльності. Тому, точніше та правильніше було б вести мову про злочинні зловживання **судді** (виділено мною. – **Н.Б.**) під час провадження у справі.

Отже, встановлені вироком, що набрав законної сили, злочинні зловживання судді під час провадження у справі є підставою для перегляду судового рішення за нововиявленими обставинами (п.2 ч.1 ст.400⁵ КПК), а не за п.2 ч.2 ст.370 КПК внаслідок істотного порушення вимог кримінально-процесуального закону.

В процесуальній літературі загальноновизнано, що злочинні зловживання судді під час провадження у справі у всіх випадках повинні тягнути за собою скасування судового рішення [13, с.306-307; 5, с.268-269; 2, с.139; 6, с.46-47; 7, с.68; 9, с.220; 14, с.7; 3, с.20; 4, с.61]. Така позиція відповідає вимогам закону і правильно скеровує судову практику.

Підсумовуючи вищевикладене, автор пропонує викласти п.2 ч.1 ст.400⁵ КПК (п.2 ч.1 ст.523 проекту КПК) в такій редакції:

"Нововиявленими обставинами вважаються:

- встановлені вироком, що набрав законної сили, злочинні зловживання дізнавача, начальника органу дізнання, слідчого, начальника слідчого відділення, прокурора, а також судді, вчинені під час провадження у справі."

Проблема великого практичного значення – підстав для перегляду судових рішень за нововиявленими обставинами – ще не набула достатнього висвітлення у вітчизняній юридичній літературі, відтак потребує серйозного теоретичного осмислення. Питання про розмежування нових та нововиявлених обставин, юридичну природу інших двох груп обставин для перевірки судових рішень у зв'язку з нововиявленими обставинами, їх співвідношення з іншими підставами для перегляду судових рішень у порядку виключного провадження ще не вирішені і потребують подальших досліджень у працях учених-правознавців.

1. Кримінально-процесуальний кодекс України. Проект підготовлений робочою групою Кабінету Міністрів України за станом на 1 березня 2000 року. – К., 2000; Кримінально-процесуальний кодекс України. Проект підготовлений групою народних депутатів України (М.І. Хандурін, М.Д. Катеринчук та ін.). – К., 2003.

2. Михайловская И.Б. Возобновление дел по вновь открывшимся обстоятельствам в советском уголовном процессе // Ученые записки Всесоюзного института юридических наук. – М.: Госюриздат, 1959. – Вып.10. – С. 125 – 182.
3. Громов Н.А. Возбуждение производства по вновь открывшимся обстоятельствам: Учебное пособие. – Волгоград: ВС МВД СССР, 1984. – 44 с.
4. Ведищев Н.П. Возобновление производства по уголовному делу ввиду новых или вновь открывшихся обстоятельств. – М.: Юрлитинформ, 2003. – 256 с.
5. Ривлин А.Л. Пересмотр приговоров в СССР – М.: Госюриздат, 1958. – 311 с.
6. Тетерин Б.С. Возобновление дел по вновь открывшимся обстоятельствам. – М.: Госюриздат, 1959. – 97 с.
7. Блинов В.М. Возобновление дел по вновь открывшимся обстоятельствам. – М.: Юрид. лит., 1968. – 119 с.
8. Посник В.С. Возобновление дел по вновь открывшимся обстоятельствам. Лекция. – Волгоград, 1976. – 40 с.
9. Темушкин О.П. Организационно-правовые формы проверки законности и обоснованности приговоров. – М.: Наука, 1978. – 239 с.
10. Закон України "Про судоустрій України" від 7 лютого 2002 року. – К.: Атіка, 2002.
11. Громов М., Ломоносова О. Одна з підстав відновлення справ за нововиявленими обставинами // Радянське право. – 1988. – №12. – С. 66-67.
12. Громов Н.А. Теоретические и практические проблемы возобновления уголовных дел по вновь открывшимся обстоятельствам: Автореф. дисс. ... д-ра юрид. наук. – М., 1993. – 44 с.
13. Строгович М.С. Проверка законности и обоснованности судебных приговоров. – М.: Изд-во Академии наук СССР, 1956. – 319 с.
14. Анашкин Г.З., Перлов И.Д. Возобновление дел по вновь открывшимся обстоятельствам. – М.: Юрид. лит., 1982. – 80 с.

**THE ABUSE OF POWER BY OFFICIALS ADMINISTERING
CRIMINAL JUSTICE AS ONE OF THE GROUNDS FOR
JUDGEMENTS REVIEW BECAUSE OF NEWLY-DISCOVERED
FACTS**

N. Bobechko

*Ivan Franko National University of Lviv,
Universytetska Str. 1, UA-79000 Lviv, Ukraine,*

The article is devoted to one of the grounds for judgements review because of new circumstances. The proposals of improving criminal procedure legislation are made.

Key words: new circumstances, judge, prosecutor, investigator, crime.

Стаття надійшла до редколегії 27.02.2003

Підписана до друку 30.10.2003

ПРО ВИНИКНЕННЯ І РОЗВИТОК ІНСТИТУТУ КАСАЦІЇ У КРИМІНАЛЬНОМУ ПРОЦЕСІ УКРАЇНИ

Л. Кульчак

*Юридичний інститут
Прикарпатського університету імені Василя Стефаника
вул. Шевченка, 44а, 76000 м.Івано-Франківськ, Україна*

Стаття присвячена питанням виникнення і розвитку інституту касації. Висвітлено особливості цього інституту у радянський період і ті зміни, яких він зазнав у сучасний період розвитку кримінально-процесуального законодавства.

Ключові слова: інститут касації, касаційна скарга, касаційне подання, перегляд справ у касаційному порядку, касаційний суд.

Дослідження присвячене питанням виникнення, становлення і розвитку інституту касації у кримінальному судочинстві України. Висвітлювались ці питання у працях В.Т. Маляренка, Л.А. Богословської, В.М. Хотенця, Г.І. Загорського, Н.Н. Ковтуна, А.С. Александрова, В.М. Тertiшника. Мета пропонованої статті – дослідити історичні аспекти виникнення і розвитку інституту касації, як важливої гарантії правосуддя і прав особи у кримінальному процесі.

Період Російської імперії 30-70-х років XIX ст. увійшов в історію як час реформ та прогресивних перетворень у більшості сфер суспільного життя. Не винятком у цьому плані була і сфера судоустрою, яка зазнала значних демократичних змін.

У 1832 р. Микола I затвердив Звід законів Російської імперії, який впроваджено в дію з 1 січня 1835 р. Серед прийнятих законів був і перший Кримінально-процесуальний кодекс під назвою "Про судочинство по злочинах". "Для першого систематизованого, кодифікованого "КПК Росії", який можна вважати і першим Кримінально-процесуальним кодексом України, як частини російської держави характерно було сім розділів: про кримінальне судочинство взагалі, про попереднє розслідування, про слідчі дії, про провадження у суді першої інстанції, про ревізію кримінальних справ у судів другої інстанції, про виконання вироків, про особливі форми провадження" [1].

Після скасування кріпацтва 20 листопада 1864 р. Олександр II затвердив другий Кримінально-процесуальний кодекс – Статут кримінального судочинства.

Проаналізувавши норми, які були викладені у цьому Статуті, можна з цілковитою впевненістю стверджувати, що це був прогресивний процесуальний закон того часу, а деякі його положення навіть і тепер є джерелом для творчих пошуків учених. Це стосується й інституту касації у кримінальному процесі.

Виходячи із загальних положень, Статут кримінального судочинства 1864 р. [2] встановив два види перегляду вироків – *апеляційний та касаційний*. Автори судових статутів не механічно запровадили кримінально-процесуальні норми, які діяли у країнах Європи у російське законодавство. Приміром, перегляд вироків за Статутом кримінального судочинства містив низку положень, що відрізняли його від перегляду, який був встановлений західноєвропейськими кодексами, зокрема французьким кримінально-процесуальним кодексом, що послужив зразком для багатьох європейських законодавств XIX ст.

Статут кримінального судочинства повністю відкинув прийняту у французькому кодексі систему касаційних підстав, які були основою для зміни вироків, ухвал, постанов, і встановив лише загальні підстави тих порушень, які можуть викликати зміну вироків.

На відміну від процесуальних кодексів Західної Європи прокурор, за Статутом кримінального судочинства, мав право вносити касаційне подання і на виправдувальні вироки, що були винесені з участю присяжних. Також система перегляду, запроваджена Статутом, не знала попереднього розгляду поданих касаційних скарг, як і внесення касаційних застав, що були відомі процесуальним кодексам Європи.

Касаційною інстанцією для уїзних з'їздів, за законом від 12 липня 1889 р., була губернська присутність у складі губернатора, губернського керівника дворянства, двох постійних членів і голови чи члена окружного суду.

Чимало змін та доповнень було запроваджено у систему касаційного перегляду законами від 1 липня 1868 р. та 10 червня 1878 р. Зокрема, було запроваджено грошові застави при внесенні касаційних скарг на вироки з'їздів мирових суддів, вироки окружних судів та судових палат. У разі відхилення скарги ці застави надходили в дохід держави, а Законом від 10 червня 1877 р. встановлено попередній розгляд касаційних скарг у розпорядчих засіданнях з метою недопущення касаційного розгляду тих з них, які були подані з порушеннями встановлених законом вимог.

Указом від 7 серпня 1878 р. у місцевостях, де був оголошений військовий стан, справи про державні злочини і злочини проти посадових осіб були вилучені із загальної підсудності і передані військовим судам. Оскарження і перегляд вироків, що були винесені по цих справах військовими судами, як і все судочинство у військових справах, регулювались військово-судовими та військово-морськими статутами, які передбачали касаційне оскарження вироків у головний військовий та головний військово-морський суд.

Отже, головною особливістю касаційного перегляду вироків було те, що Сенат, як вищий Касаційний суд не вирішував справи по суті, а тільки стежив за дотриманням точної сили закону.

Як і апеляційний, так і касаційний перегляд не міг виходити за межі тих підстав, які були вказані у касаційних скаргах та протестах, і не міг поширюватися на підсудних, що не оскаржили вирок чи стосовно яких вирок не був опротестований.

Особливістю касаційного перегляду була і заборона переглядати справу по суті і обмежувати перегляд тільки межами касаційних вимог.

У період перевороту 1917 р. та громадянської війни судова система перебувала у занепаді.

Декретом Ради народних комісарів від 24 листопада 1917 р. про Суд №1 були ліквідовані всі існуючі судові та слідчі органи, скасовано правовий інститут діяльності суду присяжних та мирових суддів, поряд з тим встановлювалися нові форми здійснення судочинства, зокрема: створювалися місцеві суди у складі судді і двох народних засідателів та трибунали, проведення розслідування доручалося судді чи особливим слідчим комісіям, які були утворені при Радах робітничих, солдатських та селянських депутатів. Для боротьби з контрреволюцією 7 грудня 1917 р. ухвалено

рішення про заснування "ЧК" (надзвичайні комісії), в яких слідство проводилося одноособово.

Відповідно до Декрету про Суд №2 від 7 березня 1917 р., правосуддя здійснювалося народними судами. Згодом гетьман П. Скоропадський підписав Закон про тимчасовий державний устрій України та Закон про Генеральний суд, який складався з трьох департаментів: цивільного, карного, адміністративного. Судді генерального Суду призначалися гетьманом.

З встановленням радянської влади інститут касації був характерний для судових рішень (вироків, ухвал, постанов), які не набрали законної сили, а на судові рішення, які набули законну силу можна було внести протест у порядку нагляду.

Постановою Народного комісаріату юстиції (далі НКЮ) РРФСР від 26 листопада 1920 р. [3] розгляд у порядку нагляду окремих вироків і рішень народних судів, порушення справ за нововиявленими обставинам покладался на відділ судового контролю НКЮ.

У прийнятому в 1920 р. КПК РРФСР розгляд протестів у порядку нагляду на вирoki, що були винесені революційними трибуналами, покладался на Верховний трибунал, а по справах, що розглядалися губернськими Радами народних судів, – на НКЮ РРФСР.

Положенням про прокурорський нагляд, що був прийнятий на третій сесії ВЦВК 28 травня 1922 р. [4], опротестування в порядку вищого судового контролю вироків судів першої інстанції, які набрали законної сили, і касаційних рішень Рад народних судів покладалось на Прокуратуру республіки.

Постановою 4 сесії ВЦВК від 11 листопада 1922 р. було прийнято Положення про судоустрій РРФСР, який передбачав створення судової системи у вигляді народного суду, губернського суду, Верховного суду РСФСР. Згідно з цим Положенням, право розглядати справи в порядку нагляду було надано тільки Пленуму Верховного Суду РРФСР, а, згідно з Положенням про судоустрій УРСР від 16 грудня 1922 р., розгляд усіх справ, за винятком тих, що були розглянуті у воєнних та воєнно-транспортних трибуналах, у порядку нагляду належало Верховному Суду УРСР.

У КПК РРФСР в редакції від 15 лютого 1923 р. був встановлений такий порядок вирішення справ у порядку нагляду: справи за протестом голови губернського суду, губернського прокурора розглядав пленум губернського суду, а за протестом Голови верховного суду РРФСР, Прокурора республіки чи їхніх заступників – колегії Верховного Суду РРФСР.

Як органи судового нагляду, за положенням про судоустрій РРФСР 1926 р., діяли пленум губернського суду і Президія верховного суду РРФСР. Пленуму Верховного суду РРФСР належало право затвердження постанов Президії Верховного суду РРФСР про зміну чи скасування вироків колегії Верховного Суду РРФСР, а також будь-якого суду республіки.

У 1924 р. створено Верховний суд СРСР (в його складі була судово-наглядова колегія), який постановою ЦВК СРСР від 10 липня 1934 р. набув права зміни чи скасування вироків, ухвал і постанов верховних судів республік і всіх нижчестоящих судів.

Нові зміни в провадженні у порядку нагляду були внесені Законом про судоустрій СРСР, союзних та автономних республік, прийнятий 16 серпня 1938 р. На

основі цього закону були скасовані президії краєвих, обласних судів та президії верховних судів союзних республік. Згідно із ст.16 Закону про судоустрій СРСР, союзних та автономних республік, вирoki, рішення які набрали законної сили? могли бути опротестовані у порядку нагляду тільки Прокурором СРСР, головою Верховного Суду СРСР, прокурором союзної республіки і головою верховного суду союзної республіки. Останні дві посадові особи могли внести протест у порядку нагляду тільки в судову колегію Верховного Суду союзної республіки, а прокурор СРСР і голова Верховного Суду СРСР вправі були внести протест у порядку нагляду у всі судові інстанції, які розглядав вирoki, рішення, які набрали законної сили.

Протести в порядку нагляду могли розглядати такі судові інстанції: судові колегії верховних судів союзних республік, судові колегії Верховного Суду СРСР і Пленум Верховного Суду СРСР. Отже, Закон про судоустрій 1938 р. значно скоротив число інстанцій, що розглядали справи в порядку нагляду, а також кількість посадових осіб, які мали право вносити протести.

Проте практика роботи судових органів показала, що встановлений порядок перегляду судових рішень, які набрали законної сили, повністю не забезпечував своєчасний і оперативний розгляд справ у порядку судового нагляду. У зв'язку з цим Президія Верховного суду СРСР видала указ від 14 серпня 1954 р., згідно яким були утворені президії верховних судів союзних та автономних республік, краєвих, обласних судів і судів автономних областей у складі: голови суду, заступників голови і двох членів суду. Згодом був прийнятий указ Президії Верховного Суду СРСР від 25 квітня 1955 р. "Про порядок розгляду справ президіями судів".

Подальший розвиток інституту перегляду вироків, постанов, що набрали законної сили, дістав своє втілення в Основах кримінального судочинства Союзу та його республік, прийнятих на сесії Верховної ради СРСР 25 грудня 1958 р., які були процесуально закріплені 28 грудня 1960 р. у третьому Кримінально-процесуальному кодексі УРСР.

З прийняттям Україною незалежності важливого значення набула всебічна охорона прав та інтересів людини у суспільному житті в цілому, а особливо в галузі кримінального судочинства. Прийнято низку нормативно-правових актів, які визначили подальший розвиток кримінально-процесуального законодавства України. Зокрема, це Постанова Верховної ради України "Про концепцію судово-правової реформи в Україні"(1992), "Перехідні положення" Конституції України (1996), Закон України "Про судоустрій України"(2002), на основі яких було внесено суттєві зміни до Кримінально-Процесуального кодексу України.

Якщо порівняти чинний Кримінально-процесуальний кодекс України з кодексом 1960 р., можна простежити зміни, які відбулися у стадії судового перегляду рішень у касаційному порядку.

Зокрема, за старим кодексом підставами для касаційного перегляду рішень, які не набрали законної сили, були: односторонність або неповнота дізнання, попереднього чи судового слідства; невідповідність висновків суду, викладених у вирoku, фактичним обставинам справи; істотне порушення кримінально-процесуального закону; помилкове застосування кримінального закону; невідповідність призначеного судом покарання тяжкості злочину та особі засудженого. Підставами перегляду в порядку нагляду були обставини, характерні для касації, крім того вирoki, ухвали і постанови суду першої інстанції, а також ухвали і постанови касаційної інстанції та наглядної інстанції підлягали скасуванню або зміні, коли суд, розглядаючи протест, визнає, що

цим вироком, ухвалою або постановою прийнято незаконне або необґрунтоване рішення судом першої інстанції, необґрунтовано залишились у силі скасовані або змінені вищестоящим судом попередні ухвали, постанови чи вирок у справі, або якщо під час розгляду справи в касаційній чи наглядній інстанції були допущені порушення закону, які вплинули чи могли вплинути на правильність винесеної ним ухвали або постанови.

За чинним КПК України підставами для скасування або зміни вироку, ухвали чи постанови, які набрали і не набрали законної сили є:

- істотне порушення вимог кримінально-процесуального закону;
- неправильне застосування кримінально-процесуального закону;
- невідповідність призначеного покарання тяжкості злочину та особі засудженого.

Згідно із попереднім законодавством, касаційну скаргу слід було подавати до судової колегії в кримінальних справах Верховного Суду Республіки Крим, обласних, Київського і Севастопольського міських судів; на вироки, ухвали і постанови військових судів гарнізонів – військовий суд відповідного регіону, Військово-Морських Сил; на вироки, ухвали і постанови Верховного Суду Республіки Крим, обласного, Київського і Севастопольського міських, міжобласного суду, військових судів регіонів, Військово-Морських Сил – відповідно судово колегія в кримінальних справах та військова колегія Верховного Суду України.

Відповідно до положень Закону "Про судоустрій України" [5], визначено дволанкову систему касаційних судів шляхом утворення Касаційного суду України і залишено право на звернення з повторною касацією до Верховного суду України.

На думку Голови Вищої Ради юстиції С. Ківалова, чинне законодавство не визначає, які саме справи розглядатимуться касаційним судом, а які Верховним Судом України. У зв'язку з цим можуть виникнути певні суперечності. Тому потрібно чітко розділити повноваження цих двох касаційних ланок. Верховний Суд як касаційна інстанція має розглядати лише особливо важливі справи. Крім того, виникає питання щодо доцільності створення самої дволанкової системи касаційних судів. Адже це потребує певних матеріальних коштів, яких у судів і так замало. Гадаємо, що слід було б створити один суд, який розглядав би всі справи у касаційному порядку [6].

На наш погляд, законодавець справедливо запровадив встановлення дволанкової системи касаційних судів, оскільки це буде додатковою гарантією права особи на судовий захист, яка після подання скарги до Касаційного суду має можливість оскаржити ухвалені рішення і у Верховному Суді України.

Отже, підсумовуючи викладене, можна зробити висновок, що касаційна інстанція перегляду судових рішень має тривалу історію; вона у своєму історичному розвитку зазнала багато змін, які, зокрема, стосуються касаційних підстав перегляду; переліку осіб, які мають право на касаційне оскарження чи внесення касаційного подання; судових інстанцій, які наділені повноваженнями перегляду справ у касаційному провадженні. На цій основі ми цілком правомірно можемо стверджувати, що касаційна інстанція є гарантією відновлення, захисту та реалізації прав та законних інтересів осіб, які беруть участь у кримінальному судочинстві.

1. Тертишник В.М. "Кримінально-процесуальне право України". – К.: А.С.К., 2003. – С. 68.
2. Устав уголовного судопроизводства от 20 ноября 1864 года. Российское законодательство X – XX веков. – М. – 1991 – Том 8. – Судебная реформа. С. 120-251.
3. Советская прокуратура в важнейших документах. М., 1956. – С. 215.
4. Советская прокуратура в важнейших документах. М., 1956 – С. 237.
5. Закон України "Про судоустрій". – К.: Видав. дім ІнЮРЕ, 2002. – С. 17;47.
6. С. Ківалов. Судова реформа. Крок за кроком // Урядовий кур'єр. – 2003.–№13.-С. 6.

ON EMERGENCE AND DEVELOPMENT OF CASSATION INSTITUTION IN CRIMINAL PROCEDURE OF UKRAINE

L. Kultchak

*Law Institute of V. Stefanyk Pre-Carpathian University
Shevchenko Str.,44a, UA-76000, Ivano-Frankivsk, Ukraine*

The article deals with the issues of emergence and development of cassation institution. The peculiarities of this institution in the soviet period as well as its modifications in the contemporary period of criminal procedural legislation development are analysed.

Key words: cassation institution; cassation claim; cassation submission; cassation review of cases; court of cassation.

Стаття надійшла до редколегії 24.03.2003
Підписана до друку 30.10.2003

ПІДСТАВИ СТЯГНЕННЯ СУДОВИХ ВИТРАТ У КРИМІНАЛЬНОМУ ПРОЦЕСІ УКРАЇНИ

А. Павлишин

*Львівський національний університет імені Івана Франка,
вул. Університетська, 1, 79000 Львів, Україна.*

Стаття присвячена теоретичним проблемам стягнення судових витрат у кримінальному процесі України. У ній на підставі аналізу думок різних учених, чинного кримінально-процесуального законодавства України сформульовано правову та матеріальну підставу стягнення судових витрат у кримінальному судочинстві.

Ключові слова: підстави, стягнення, судові витрати.

Однією з ознак судових витрат є те, що їх стягують з особи, визнаної винною у вчиненні злочину. Стягнення судових витрат – найгостріше питання, що виникає на практиці, оскільки воно пов'язане із покладенням обов'язку на особу, з вини якої здійснювалося провадження, покрити витрати на процес його реальним виконанням. Із стягненням судових витрат припиняються компенсаційні відносини щодо відшкодування різного роду витрат на процес. Однак, незважаючи на неабияке значення цього питання для практики, зокрема в плані захисту майнових інтересів держави у кримінальному судочинстві, йому в українській кримінально-процесуальній науці не приділено жодної уваги. Зважаючи на це, у запропонованій статті вперше в Україні зроблено спробу дослідити це питання, аналізуючи підстави стягнення судових витрат. Глибоке розуміння підстав стягнення судових витрат у кримінальному процесі, своєю чергою, сприятиме ефективнішій реалізації правових норм у правозастосовчій діяльності.

Відповідно до ст.93 КПК України, судові витрати покладаються на засуджених, крім сум, що видані і мають бути видані перекладачам або приймаються на рахунок держави. При визнанні підсудного винним суд постановляє стягти з нього судові витрати.

З аналізу цих норм виникає низка запитань: чому одні витрати можна покласти на засуджених, а інші у всіх випадках приймаються на рахунок держави; чому в окремих випадках витрати стягують не з засуджених, а з інших учасників кримінального процесу; що взагалі є підставою для стягнення судових витрат?

Стягнення судових витрат з осіб, з вини яких вони виникли, на думку І.А. Алієва і Н.А. Сидорової, є одним із правових засобів зменшення шкоди, спричиненої злочинном, шляхом часткового відновлення майнової сфери одних суб'єктів кримінально-процесуальних відносин (держави в особі її органів) за рахунок зменшення майна інших (засудженого, його батьків) [1, с.66].

Як зауважив А.Я. Грун, будучи самостійним по відношенню до цивільного позову, кримінального покарання та реституції способом впливу на майнові відносини у ході кримінального судочинства, стягнення судових витрат із засудженого є одним із "видів відповідальності" громадян перед державою, "своєрідним цивільним позовом" держави до засудженого [2, с.14-15].

Проте стягнення судових витрат можливе лише за відповідних умов, підстав, з наявністю або відсутністю яких законодавець пов'язує можливість або необхідність

(право чи обов'язок) їх стягнення. Такою підставою, на нашу думку, є: визнання особи винною у вчиненні злочину, оформлене обвинувальним вироком суду, який набрав законної сили. Це формальна (процесуальна) підстава для стягнення судових витрат.

Однак ця, як і будь-які інші формальні підстави, знаходиться у сфері правових явищ, а тому відображає лише зовнішні сторони і властивості матеріальної підстави (умови) стягнення судових витрат, діючу причину, яка породжує можливість виникнення формальних підстав [3, с.202].

Що ж виступає матеріальною підставою, безпосередньою умовою стягнення судових витрат?

На думку О.В. Горбачова, безпосередньою причиною виникнення і відповідною умовою стягнення судових витрат є кримінальне судочинство [4, с.135].

Навряд чи можна погодитися з такою думкою. Кримінальний процес – це врегульована нормами кримінально-процесуального права діяльність органів дізнання, слідчого, прокурора, судді і суду з розкриття злочинів, викриття і покарання винних та недопущення покарання невинних, а також система правовідносин, що виникають у перебігу цієї діяльності, вказаних органів один з одним та з громадянами, посадовими особами, установами, підприємствами, громадськими об'єднаннями й трудовими колективами, які залучаються до сфери кримінально-процесуальної діяльності [5, с.14-15; 6, с.11; 7, с.20-22]. Судові витрати, як один із видів матеріальних затрат боротьби із злочинністю у сфері кримінального судочинства, виникають не в результаті, а безпосередньо у ході кримінального судочинства. Якщо увійти в суть проблеми глибше, то переважно без таких витрат процес був би неможливий. Зокрема, коли не буде необхідних коштів – не проводитимуться експертизи, певні слідчі. Отже, судові витрати – це не наслідок кримінального судочинства, а його невід'ємна властивість.

Цікаві думки щодо підстав стягнення судових витрат висловила Н.О. Сидорова. Відштовхуючись від поглядів російських дореволюційних учених-процесуалістів і в той же час критично оцінюючи їхнє заперечення існування єдиної підстави стягнення судових витрат, вона вважає, що такою виступає протиправне винне заподіяння матеріальної шкоди у сфері кримінального судочинства [8, с.18].

Цей підхід до визначення підстави стягнення судових витрат знайшов свій розвиток у спільно написаній нею з І.А. Алієвим монографії. На підкріплення висловленої Н.О. Сидоровою тези наводяться такі аргументи. В ряді зарубіжних держав на той час судові витрати могли стягуватися не лише із засуджених і потерпілих у справах приватного обвинувачення, а також із свідків, експертів, перекладачів, захисників (параграфи 31, 41, 65 КПК НДР, §1 ст.246 КПК ПНР); з осіб, з вини яких не вручені повістки чи повідомлення, не доставлені судові документи; з осіб, які подали безпідставні клопотання про перегляд справи (§367 КПК НДР, ст.551 КПК ПНР), і навіть з виправданої особи (§366 КПК НДР). На їхню думку, такий підхід до визначення кола суб'єктів, з яких можуть стягуватися судові витрати, дає можливість чітко виділити матеріальну підставу стягнення судових витрат. В усіх вищезазначених випадках, коли витрати стягуються із свідка чи з засудженого, вони стягуються не просто у зв'язку з порушенням обов'язку свідком чи у зв'язку з доведенням факту вчинення злочину саме підсудним. Законодавець у цих випадках підкреслював, що матеріальною підставою стягнення судових витрат є

сам факт заподіяння винним матеріальної шкоди у сфері кримінального судочинства [1, с.71-72].

Справді такі положення були закріплені у КПК колишніх НДР та ПНР. Проте якщо детальніше їх проаналізувати, то побачимо, що: 1) норми, які передбачали можливість стягнення судових витрат із свідків, експертів, спеціалістів, секретарів судових засідань, вміщені не в розділах цих кодексів, які регулювали інститут судових витрат; 2) за загальним правилом, яке закріплено в цих кодексах, судові витрати (з деякими варіаціями) стягувалися з осіб, визнаних винними у вчиненні злочину; 3) якщо в аналізованих вище випадках свідки, експерти та ін. під час стягнення з них судових витрат несуть відповідальність за заподіяну матеріальну шкоду лише у зв'язку з невиконанням своїх обов'язків, то засуджені чи обвинувачі (приватні) у такому випадку не притягуються до відповідальності. Вони не відповідають за порушення якогось правила, а на них покладається публічний обов'язок відшкодувати державі частину затрат на розслідування вчиненого ними злочину чи злочину розслідуваного за їхньою заявою; 4) випадки стягнення судових витрат із свідків, експертів є своєрідними винятками із загального правила, коли судові витрати не стягуються з особи, визнаної винною. Це зумовлено тим, що ця частина витрат утворилася внаслідок невиконання свідком, експертом, секретарем судового засідання своїх обов'язків, а не з вини обвинуваченого чи підсудного. Для підсилення цього положення зачитуємо іншого дореволюційного вченого В. Волжина: "При цьому, звичайно, не стягуються із засудженого судові витрати за відстрочку судового засідання не з його вини, а з причин, які від нього не залежали. Наприклад, коли справа була відкладена через неявку свідка, на якого за це, крім грошового стягнення, накладалися ще й судові витрати, чи з вини інших учасників процесу" [9, с.1].

Та звернемось знову до матеріальної підстави стягнення судових витрат. Поява судових витрат, як уже зазначалось, не перебуває у прямій залежності від кримінально-правового відношення, зв'язок тут має опосередкований характер. Не пов'язана можливість стягнення судових витрат (прямо) з характером (видом) розслідуваного злочину. Для підтвердження цієї тези наведемо такий аргумент. Злочини, віднесені законом до категорії тяжких або особливо тяжких, інколи можуть потягти за собою менші витрати у ході провадження у справі, ніж злочини невеликої або середньої тяжкості. Наприклад, розслідування вбивства, вчиненого з особливою жорстокістю, коли злочинець з'явився з повинною, і розслідування хуліганства, вчиненого невідомою особою, але в присутності свідків. Очевидно, що на розслідування хуліганства витрати можуть бути більші, аніж у першому випадку.

Отже, встановлення даних, які вказують на наявність у діяннях особи ознак злочину, є безпосередньою причиною порушення кримінальної справи і відповідно опосередкованою можливістю для проведення слідчих та інших процесуальних дій і виникненням у зв'язку з цим судових витрат. Кожна з цих дій має свою безпосередню підставу для їх проведення і відповідну передумову для виникнення судових витрат. На підставі викладеного, враховуючи, що загальною причиною виникнення судових витрат є розслідуване суспільно-небезпечне діяння, виводиться і матеріальна підстава для стягнення судових витрат. Як видається, матеріальною підставою для стягнення судових витрат (базовою умовою стягнення) в силу публічного характеру кримінального процесу є факт понесення органами дізнання, досудового розслідування і судом у зв'язку із розслідуванням, розглядом і

вирішенням кримінальної справи проти певної особи матеріальних затрат, які законодавець відносить до судових. Чому так?

Якщо розглядати стягнення судових витрат як обов'язок особи визнаної винною у вчиненні злочину, покрити понесені державою на його розслідування витрати, то зрозуміло, що матеріальною підставою стягнення судових витрат буде не суспільно небезпечне діяння, не злочин, не скарга потерпілого у справах приватного обвинувачення, які лише опосередковано спричиняють появу судових витрат. Такою підставою може виступати лише факт заподіяння шкоди з вини конкретної особи. У нашому випадку, виходячи із публічного характеру кримінального процесу та й публічного інтересу, оскільки прямого заподіяння шкоди з вини злочинця немає, а існує лише опосередкований зв'язок – шкода завдається не винними діями злочинця, а виникає внаслідок розслідування вчиненого ним діяння у вигляді судових витрат, – матеріальною підставою стягнення судових витрат може бути ніщо інше як факт понесення органами розслідування і судом матеріальних затрат, віднесених законом до судових. Цей факт обов'язково має бути доказаний на підставі відповідних документів: постанови про відшкодування судових витрат свідкам та іншим суб'єктам процесу, довідки про судові витрати тощо.

Отже, ми знову повернулися до процесуально-правової (формальної) підстави стягнення судових витрат, оскільки однієї матеріальної підстави недостатньо для цього.

Як уже зазначалося, формальною підставою стягнення судових витрат є обвинувальний вирок суду, яким особу визнано винною у вчиненні злочину і який набрав законної сили. Це впливає із аналізу ст.93 КПК України. Проаналізуємо детальніше цю статтю.

У частині 1 ст.93 КПК йдеться про те, що судові витрати покладаються на засуджених, крім сум, що видані і можуть бути видані перекладачам або приймаються на рахунок держави.

Частина 2 ст.93 КПК уже зазначає, що при визнанні підсудного винним, суд постановляє стягти з нього судові витрати.

У частині 3 ст.93 КПК передбачено, що якщо підсудний буде визнаний винним, але звільнений від покарання, суд має право покласти на нього судові витрати.

Відповідно до частини 4 ст.93 КПК, при закритті справи у зв'язку з примиренням потерпілого з обвинуваченим, у справах про злочини, зазначені у частині 1 ст.27 цього кодексу, суд може покласти судові витрати на одного з них або на обох.

Аналіз норм, що містяться у цій статті, приводить до певних висновків і разом з тим викликає певні запитання. Із змісту ст.93 КПК випливає, що обвинувальний вирок є не єдиною процесуальною (формальною) підставою стягнення судових витрат, такою може бути і постанова чи ухвала про закриття справи у разі примирення потерпілого з обвинуваченим у справах приватного обвинувачення, як виняток із загального правила. Крім того, зіставлення ч.1, 2 і 3 ст.93 КПК породжує ще одне запитання: чи всі види обвинувального вироку є підставою для стягнення судових витрат?

У теорії кримінального процесу раніше розрізняли такі види обвинувального вироку: 1) з призначенням підсудному покарання; 2) без призначення покарання; 3) із звільненням засудженого від покарання [10, с.127]; 4) з призначенням засудженому покарання, але із звільненням його від відбування з випробуванням [6, с.400].

У всіх цих випадках особа визнавалася винною у вчиненні злочину, хоча й з різними для неї наслідками.

Однак зауважимо, що у зв'язку із змінами, які були внесені до КПК України у липні 2001р., ст.327 КПК вже не передбачає обвинувального вироку без призначення покарання. Що ж до обвинувального вироку із звільненням від покарання, то, згідно з ч.3 ст.327, він постановляється у випадках, передбачених ст.80 КК, – у зв'язку із закінченням строків давності виконання обвинувального вироку. Разом з тим ч.2 ст.6 КПК передбачає, що коли у процесі судового розгляду справи буде встановлено, що на момент його проведення прийнято акт про амністію, яким усувається застосування покарання за вчинене діяння чи підсудного помилувано (п.4 ч.1 ст.6 КПК), суд зобов'язаний довести розгляд справи до кінця і винести обвинувальний вирок із звільненням засудженого від покарання; а відповідно до ч.5 ст.7 КПК суд своїм вироком може звільнити від покарання особу, яка вчинила злочин невеликої або середньої тяжкості, коли визнає, що, з урахуванням бездоганної поведінки і сумлінного ставлення до праці, цю особу на час розгляду справи в суді не можна вважати суспільно небезпечною.

Проаналізуємо цю ситуацію. Відповідно до ч.1 ст.93, судові витрати покладаються на засуджених. Як вважають укладачі Великого юридичного словника, засудженими визнаються особи, стосовно яких винесено обвинувальний вирок суду, що вступив у законну силу, за яким їм призначено покарання, передбачене кримінальним законом [11, с.463].

Якщо виходити з цього положення, то судові витрати будуть стягуватися лише на підставі обвинувального вироку із призначенням покарання.

Однак аналіз ч.2 цієї ж статті дозволяє спростувати таке твердження. Згідно з цією статтею, визнаючи підсудного винним, суд постановляє стягти з нього судові витрати. Отже, судові витрати стягуються незалежно від того, який вид обвинувального вироку постановлено. Визначальним тут є те, що особа визнається винною у вчиненні злочину, на розслідування якого були понесені необхідні судові витрати.

Видається, що таке правило є логічним і правильним. Проте ч.3 цієї ж статті містить ще одне положення, яке вносить непорозуміння у вирішення цього питання. Зокрема, у ній зазначено: якщо підсудний буде визнаний винним, але звільнений від покарання, то суд має право покласти на нього судові витрати. Тобто, якщо за попередніми нормами на суді лежав обов'язок стягувати судові витрати з осіб, визнаних винними у вчиненні злочину, то за цією нормою йому надається лише таке право. Очевидно, що подібне формулювання норм аж ніяк не сприяє їхній активній реалізації. Зараз важко зрозуміти, що мав на увазі законодавець, формулюючи норми таким чином. Правильним було б викладення цієї норми у спосіб, за яким би передбачався обов'язок суду стягувати судові витрати з осіб, визнаних винними у вчиненні злочину. За таких обставин судові витрати можна було б стягувати без згаданих застережень і під час постановлення обвинувального вироку із звільненням від покарання, чи з призначенням покарання, але із звільненням від його відбування з випробуванням.

Отож, правовою (формальною) підставою для стягнення судових витрат за чинним законодавством є обвинувальний вирок, яким особу визнано винною у вчиненні злочину. Матеріальною ж, як зазначалося, виступає факт понесення

органами розслідування та судом у зв'язку з провадженням конкретної кримінальної справи матеріальних затрат, віднесених законом до судових.

1. Алиев И.А., Сидорова Н.А. Судебные издержки в уголовном судопроизводстве. – Баку, 1989. – 125с.
2. Грун А. Недостатки во взыскании судебных издержек // Советская юстиция. – 1962. – №10. – С.14-15.
3. Шептулин А.П. Категории диалектики. – М.: Высшая школа, 1971. – 279с.
4. Горбачов А.В. Судебные издержки: законодательство и практика // Правовые и общественно-экономические науки. Труды Горьковской Высшей школы МВД СССР. – Горький, 1975. – Вып 4. – Ч.2. – С.133-140.
5. Кримінальний процес України: підруч. для студентів юрид. спец. вищ. закладів освіти / Ю.М.Грошевой, Т.М.Мірошніченко, Ю.В.Хоматов та ін.; За ред. Ю.М.Грошевого та В.М.Хотенця. – Харків: Право, 2000. – 496с.
6. Михеєнко М.М., Нор В.Т., Шибіко В.П. Кримінальний процес України: Підручник. 2-ге вид., перероб. і доп. – К.: Либідь, 1999. – 536с.
7. Элькин П.С. Сущность советского уголовно-процессуального права. – Л.: Изд-во Ленингр. ун-та, 1963. – 172с.
8. Сидорова Н.А. Судебные издержки в уголовном судопроизводстве: Автореф. дис...канд юрид. наук:12.00.09. – Ленинград, 1987. – 23с.
9. Волжин В. О судебных издержках по делам частного обвинения // Журнал гражданского и уголовного права. – 1883. – Кн. 9. – С.1-9.
10. Грошевой Ю.М. Сущность судебных решений в советском уголовном процессе. – Харьков: Издательство при Харьковском государственном университете издательского объединения "Вища школа", 1979. – 143с.
11. Большой юридический словарь / Под ред. А.Я.Сухарева, В.Д.Зорькина, В.Е.Крутских. – М.: ИНФРА-М, 1998. – 790с.

GROUND FOR COURT COSTS EXACTION IN THE CRIMINAL PROCEDURE OF UKRAINE

A. Pavlyshyn

*Ivan Franko National University of Lviv,
Universytetska Str. 1, UA-79000 Lviv, Ukraine.*

The article deals with some theoretical problems of court costs exaction in the criminal procedure of Ukraine. On the basis of various scholars' ideas and Ukraine's effective criminal procedural legislation analysis, legal and material grounds for court costs exaction in the criminal proceedings are formulated.

Key words: grounds, exaction, court costs.

Стаття надійшла до редколегії 3.03.2003
Підписана до друку 30.10.2003

ОБШУК В СПРАВАХ ПРО ФАЛЬШИВОМОНЕТНИЦТВО

О. Калужна

*Львівський національний університет ім. І. Франка
вул. Університетська, 1, 79000 Львів, Україна*

Зроблено спробу виявити особливості проведення обшуку, як важливої слідчої дії, що сприяє виявленню джерел доказової інформації в процесі розслідування злочинів, пов'язаних з підробкою грошей, цінних паперів, білетів державних лотерей.

Визначено можливі предмети пошуку та вірогідні місця їх схову, а також запропоновано певні способи дій слідчого залежно від ситуацій обшуку.

Ключові слова: фальшивомонетництво, обшук, об'єкт обшуку, тактичний прийом, ситуація обшуку.

У нинішніх економічних умовах одним із наслідків бурхливого розвитку офісної техніки, поліграфічного обладнання та їхнього поширення в Україні є надзвичайне збільшення діапазону способів підробки грошових знаків, а відтак появи в обігу досконало підроблених грошей. Практика свідчить, що відсоток розкриття справ, порушених за фактом виявлення фальшивих грошових знаків, досить низький [1, ст.499].

Пошуки шляхів підвищення результативності розслідування висунули необхідність всебічного вивчення нових процесів та явищ, пов'язаних з підробкою грошей, цінних паперів, білетів державних лотерей та діянь, спрямованих на випуск сурогату в обіг. Однією з передумов подолання цієї проблеми є розроблення та постійне оновлення методичних рекомендацій для розслідування фальшивомонетництва, зокрема, визначення комплексу заходів на початковому етапі розслідування та особливості їх реалізації.

Якщо є достатні підстави, то відразу після порушення кримінальної справи про злочини згаданої категорії може проводитися обшук, процесуальний режим якого визначений кримінально-процесуальним законом (Ст.ст.177, 179-186, 188, 189 КПК України). Залежно від категорії злочинів тактика проведення обшуку має певні відмінності. Методика розслідування тих чи інших видів злочинів вивчає доцільність проведення обшуку на тому чи іншому етапі розслідування, встановлює місце обшуку в системі слідчих дій, його найоптимальнішу послідовність. Тому раціональність обшуку у справах про фальшивомонетництво потребує керування не тільки правилами криміналістичної тактики проведення цієї слідчої дії, а й врахування особливостей розслідування злочинів, передбачених ст.199 КК України.

Проблематика розслідування фальшивомонетництва на сьогоднішні є предметом досліджень Б.С. Болотського, О. Воробей, А.Р. Гільмутдінова, В.С. Кузьмичова, В.Д. Ларічева, В.С. Мацишина, Г.А. Матусовського, Г.І. Прокопенка, В.С. Солдатченкова, С.П. Щерби та ін. Проте у наукових працях названих та інших авторів про обшук в справах про фальшивомонетництво є лише поверхневі згадки. Тому видається доцільним зосередити увагу на дослідженні специфіки (особливості прогностичної діяльності слідчого, підготовки і планування, тактичних прийомів та тактичних комбінацій) проведення обшуку в даній категорії справ.

Вибір напрямів пошукової діяльності та найраціональніших способів дій слідчого зумовлений найперше об'єктами пошуку, об'єктами обшуку та слідчою ситуацією на момент проведення обшуку.

У криміналістичній літературі використовуються різні терміни, які характеризують об'єкти, які мають значення для обшуку, зокрема, "об'єкти обшуку" і "об'єкти пошуку". Так ст.177 КПК України констатує, що обшук проводиться слідчим у тих випадках, коли він має достатні підстави вважати, що зняряддя злочину, речі й цінності, здобуті злочинним шляхом, а також інші предмети і документи, які мають значення для встановлення істини в справі чи забезпечення цивільного позову, знаходяться в певному приміщенні або місці чи в якій-небудь особи. У цій нормі законодавець визначив головні риси об'єктів, які мають значення в процесі обшуку. Аналіз норми закону дає змогу встановити два головні роди об'єктів: 1) *об'єкти пошуку* – це те, що необхідно відшукати, виявити під час обшуку (зняряддя злочину, речі і цінності здобуті злочинним шляхом, а також інші предмети та документи, які мають значення для встановлення істини в кримінальній справі чи забезпечення цивільного позову); об'єктом пошуку може бути і злочинець, що переховується, а також труп чи його частини; 2) *об'єкти обшуку* – це те, стосовно чого (кого) проводять дослідження (певне приміщення, місце чи особа).

Для проведення обшуку достатньо знати загальні ознаки предметів пошуку, але все ж таки бажано до початку його проведення мати дані про пошукуване (характер і ознаки, кількість, зовнішній вигляд, форму, індивідуальні ознаки), оскільки це допоможе вирішити питання про належність виявленого до кримінальної справи. Джерелами таких даних є: протоколи огляду місця події, затримання; покази свідків, заяви цивільних позивачів; відомості, отримані від підприємств, установ, організацій, посадових осіб і громадян; пояснення спеціалістів та ін.

Стосовно виготовлення, зберігання, придбання, перевезення, пересилання та ввезення в Україну підроблених грошей, державних цінних паперів чи білетів державних лотерей пропонуємо такий орієнтовний перелік відповідних груп предметів – об'єктів пошуку, які можуть бути речовими доказами:

1. *Предмети злочину*. Підроблені: національна, іноземна валюта – грошові знаки у вигляді банкнот, монет; цінні папери, які випускаються і забезпечуються державою – облігації внутрішніх державних позик, облігації державних ощадних позик, облігації зовнішніх державних позик, в тому числі в іноземній валюті; казначейські векселі, приватизаційні папери; білети державних лотерей.

2. *Засоби і зняряддя вчинення фальшивомонетництва*

а) справжні грошові знаки і цінні папери, що служили зразком для виготовлення фальшивок [2, с.307], які мають однакові з фальшивками серії і номери;

б) предмети, спеціально виготовлені для вчинення злочину (приладдя і засоби для підробки грошей, цінних паперів, білетів державної лотереї, виготовлені кустарним способом; предмети, спеціально виготовлені для зберігання, пересилання, перевезення та ввезення в Україну фальшивок);

г) предмети, які використовуються в побуті, у виробничій чи іншій легальній діяльності (копіювально-множильна та комп'ютерна техніка і периферійні пристрої до неї; програмне забезпечення для редагування; струменеві, лазерні, воскодруку-принтери; сканери; поліграфічні станки, наприклад, малоформатні офсетні машини; фарби; хімічні реактиви; преси для забезпечення щільного прилягання при

склеюванні лицьової і зворотної частин грошового знаку; фоторізки; різні побутові інструменти та предмети; обладнання для виготовлення друкарських форм (широкоформатний фотоапарат, фотозбільшувач, фотоплівка, фотопапір, проявник, фіксатор, освітлювальні лампи); фотоформи (фотопозитиви та фотонегативи); пластини мідних і цинкових сплавів для виготовлення друкарських форм, хлорне залізо чи сірчана кислота для їх травлення; друкарські форми (кліше та фрагменти кліше); граверні інструменти; засоби для обробки відбитків; різні сорти і типи паперу; прилади для різки паперу; двостороння клейка стрічка);

д) В.О. Коновалова та В.Ю. Шепітько до цієї групи предметів пошуку відносять транспортні засоби [3, ст.15]. Проте, слід мати на увазі, що предметом пошуку при проведенні обшуку транспортний засіб може бути лише за наявності двох умов: а) транспортний засіб використовувався як знаряддя злочину; б) слідчий має достатні підстави вважати, що транспортний засіб захований у певному конкретному приміщенні або місці. За відсутності згаданих умов транспортний засіб може виступати об'єктом пошуку в ході проведення оперативно-розшукових заходів, спрямованих на його встановлення та виявлення (Ст.ст.103, 104, 114 КПК України; ст.ст.7, 8, 10 Закону України "Про оперативно-розшукову діяльність").

3. *Предмети, які зберегли на собі сліди злочину*, зокрема: одяг, взуття, предмети інтер'єру приміщень, де здійснювалася підробка – підлога, стіни, меблі, на яких можуть бути виявлені сліди фарб – плями, напилени її частинки; сліди-відображення, що передають зовнішню будову друкарських станків; предмети, які зберегли на собі запахові сліди кислот, розчинників; запахові сліди озону, які утворюються внаслідок роботи копіювально-множильної техніки; жорсткий диск комп'ютера, компакт-диски, дискети; предметами, які зберегли на собі сліди злочину будуть і самі фальшиві грошові знаки чи цінні папери; пробні відбитки їх зображень.

4. *Об'єкти і предмети, використані для приховання злочину і злочинця* (предмети схову фальшивої валюти, тайники; можливі предмети, що служили камуфляжем злочинців тощо);

5. *Різні документи*: 1) які характеризують особу злочинця (дипломи про спеціальність, трудові книжки, військові квитки та ін.); 2) які містять зразки почерку – особисте листування, блокноти, різні записи, що свідчать про злочинну діяльність та ін.; 3) які містять іншу інформацію, що цікавить органи розслідування (документи на комп'ютерну, ксеро-копіювальну, поліграфічну техніку – технічні паспорти, листи гарантійного обслуговування; документи на транспортні засоби, на приміщення, де виготовлялись фальшивки; митні декларації про ввезення в Україну фальшивої валюти, зазначеної техніки, фарб, паперу та інших, необхідних для фальшування грошових знаків чи цінних паперів предметів);

6. *Інші предмети, які перебувають в певному зв'язку зі злочинном і служать засобом для встановлення істини по справі* (література з цинкографії, поліграфії, фотосправи).

Перелік об'єктів пошуку не обмежується лише предметами, які за природою пошукуваного можуть бути речовими чи письмовими доказами в справах про фальшивомонетництво, а охоплює ще й такі об'єкти:

1. Предмети, зберігання чи використання яких заборонено під загрозою кримінальної відповідальності (наприклад, вогнепальна зброя) чи потребує спеціального дозволу (газова зброя). Наприклад, для забезпечення надійної охорони

поліграфічного обладнання, матеріалів та виготовлених фальшивих грошей громадянин Т. незаконно придбав пістолет "Беретта" та 43 бойові набії до нього, після чого, озброєний цим пістолетом, постійно перебував у приміщенні винаймуваної квартири, у якій виготовлялися фальшивки, охороняючи цю квартиру, та зазначені предмети злочинної діяльності [4, ст.379].

2. Предмети, здобуті внаслідок вчинення фальшивомонетництва (гроші, товари та інше майно, отримані внаслідок як безпосереднього збуту, так і в якості "оплати" чи "долі" за виготовлення, зберігання, перевезення, пересилання, ввезення фальшивок).

3. Цінності і майно обвинуваченого чи підозрюваного з метою забезпечення цивільного позову чи можливої конфіскації. Вивчення слідчої практики в даній категорії справ дає можливість констатувати, що на початковому етапі розслідування цінності і майно обвинуваченого чи підозрюваного з метою забезпечення цивільного позову чи конфіскації спеціально не пошукуються, а постанови про накладення арешту на майно обвинуваченого виносяться, як правило, на завершенні розслідування і своїм наслідком позитивного результату не мають.

4. Особи, які переховуються від слідства і суду.

5. Предмети і документи, які можуть бути доказом по іншій кримінальній справі. Так, під час проведення обшуку жилого будинку у гр. Ж., якого було затримано при спробі збуту фальшивої 50-гривневої купюри, підроблених грошей не виявлено і не вилучено, проте встановлено, що Ж. зберігав у житлі 200г. макової соломки, і самовільно під'єднався і безобліково використовував у своєму жилому будинку електроенергію [5, с.71].

Готуючись до обшуку, слід прогнозувати наявність предметів пошуку в місці чи в осіб, які піддаватимуться обшуку. Орієнтація на ймовірні предмети пошуку допомагає визначити напрям пошуку, встановити особливості дослідження тих чи інших об'єктів, вибрати відповідну тактику. Ф.В. Глазирін зазначає, що при розшуку прихованого діяч слідчого повинна передувати думка про найвірогідніші місця і способи приховання залежно від фізичних характеристик розшукуваних предметів, приміщення, що оглядається, особи злочинця [6, ст.59]. Орієнтування на певні об'єкти обшуку відбувається на підставі аналізу обставин вчинення конкретного злочину. Виходячи з положень кримінально-процесуального закону (ст.177 КПК), є три їх різновиди: а) певне приміщення (житлові, нежитлові, приміщення дипломатичних представництв); б) певне місце (ділянки місцевості, транспортні засоби); в) яка-небудь особа (одяг, взуття та інші носильні речі, тіло живої людини). Місцем зберігання підроблених грошей, збрарядь і засобів їх виготовлення здебільшого є житло підозрюваних чи обвинувачених. Обладнання та матеріали можуть зберігатися також у належних обвинуваченому, його родичам або спеціально винаймуваних для цього квартирах, гаражах, господарських спорудах, дачах, а також у приміщеннях підприємств, установ, організацій, які мають копіювальну і комп'ютерну техніку чи обладнаних під фотолабораторію; у майстернях художників.

Попередня спланованість, продуманість, організованість й узгодженість дій злочинців виражається в способі вчинення фальшивомонетництва, в тому числі і в якості фальшивок, а відтак і в способі приховання злочинної діяльності. Вивчення протоколів обшуків у даній категорії справ дає змогу виділити такі ситуації обшуку, що визначаються припущенням про спосіб зберігання предмета пошуку: 1) ситуації, в яких припускається природний спосіб зберігання предмету пошуку; 2) предмет

пошуку видозмінений чи знищений; 3) предмет пошуку схований у спеціальних тайниках, тяжко доступних і незвичних місцях. Найпоширенішими є ситуації, коли предмети пошуку знаходяться у звичних природних умовах зберігання, якщо при цьому обшук проводиться у присутності обшукуваного, то трапляється добровільна видача.

Вивчення теоретичної бази та практики проведення обшуку в справах про фальшивомонетництво дає підстави запропонувати тактичні прийоми, які сприяють пошуку схованих об'єктів.

Зокрема, важливим тактичним прийомом є аналіз обстановки місця обшуку з метою визначення місць природного, звичайного зберігання предмета пошуку. Притім слідчий повинен керуватися загальнолюдськими уявленнями і нормами. Природне місце зберігання пошукуваного залежить від характеристик самого предмета пошуку: так пошукувані документи мали б зберігатися в письмовому столі чи в іншому спеціально відведеному для цього місці, цілком можливо, що вони знаходяться серед інших документів, які відношення до справи не матимуть; грошовий сурогат – у меблевому сейфі, серед книжок; комп'ютерна техніка – на письмових столах в офісі чи житлі.

Якщо припустити, що пошукувані предмети можуть бути видозмінені чи знищені, то слід проаналізувати можливості видозмінення чи знищення, тобто слідчий повинен уявити собі, яким способом міг бути видозмінений чи знищений пошукуваний предмет (водночас варто враховувати суб'єктивне ставлення обшукуваного до предмета пошуку – бажання зберегти чи знищити його, властивості цього предмета та особливості місця обшуку), як співвідносяться виявлені сліди з предметами пошуку.

Викриття предметів пошуку укритих у тайниках, важкодоступних, незручних, непридатних для зберігання місцях передбачає з'ясування найвірогідніших місць їх схову і способів маскування. Для цього необхідно проаналізувати властивості та інші особливості (розмір, вагу, об'єм, специфіку умов зберігання) предметів пошуку. Важливе значення матиме і з'ясування такої особливості предмета пошуку як його подільність – можливість розукомплектування його на окремі самостійні частини (наприклад, друкарський верстат, ПК), які можуть бути роздільно заховані. Іншим прийомом за такої ситуації є зіставлення предмета пошуку з різними об'єктами місця обшуку. Такий прийом дає змогу встановити найвірогідніші місця можливого зберігання пошукуваного і вилучити ті з них, в яких предмет пошуку не може бути схований через свої розміри, особливості будови, руйнівний вплив та ін. Аналіз окремих частин приміщення, меблів та інших об'єктів з метою встановлення демаскуючих ознак дає можливість виявити негативні обставини, які вказують на необхідність ретельніших пошуків у певному місці. Для визначенні місця схову варто взяти до уваги також професійні та інші навички обшукуваного. Професія визначає наявність в нього тих чи інших інструментів, матеріалів, які можуть бути використані для створення тайників, приховання слідів та знарядь злочину. Як тактичний прийом можна використовувати можливість типових аналогів, якими є типові повторювані випадки виявлення тих чи інших об'єктів у певних місцях. Наприклад, грошовий сурогат залежно від кількості банкнот виявляється в книгах, м'яких меблях, серед одягу; в кульках, коробках, кейсах; у підсобних приміщеннях, санітарних вузлах.

Проведення обшуку пов'язане з вибором найоптимальнішого часу його проведення. Головним із тактичних правил обшуку є його раптовість [7, с.312]. Це

позбавляє особу, яка вчинила злочин, можливості знищити або приховати сліди вчинення злочину і речові докази. Методика розслідування фальшивомонетництва рекомендує проводити обшук на початковому етапі розслідування [2, с.304]. В силу специфіки злочину, що розглядається, обшук часто проводиться як невідкладна початкова слідча дія і передую огляду місця події [8, с.325; 9, с.14]. На початковому етапі більш сприятлива ситуація для застосування раптовості. В.П. Бахін, В.С. Кузмічов, Е.Д. Лук'янчиков відзначають залежність реалізації раптовості від етапів розслідування: проведення обшуків у день порушення кримінальної справи є результативним у 82% випадків; потім результативність цієї слідчої дії зменшується: протягом 3 днів – до 25%, протягом 10 днів – до 15% [11; с.22]. Проте, проведення обшуку залежно від слідчої ситуації може бути доцільним і на завершальному етапі розслідування.

Серед різноманітних комбінацій тактичних прийомів обшуку, спрямованих на виявлення пошукуваного під час розслідування фальшивомонетництва, найпроблемнішим видається використання зіставлення виявлених у місці обшуку (зокрема, якщо ними є місця виготовлення фальшивок) слідів, предметів і їх ознак з предметами пошуку, тобто вирішення питання про належність знайденого до справи. На початковому етапі розслідування злочину слідчий здебільшого володіє дуже обмеженою інформацією, яка дає змогу скласти лише фрагментарне уявлення про окремі моменти розслідуваної події, причетних до неї осіб та об'єктів. Тактичний ризик у процесі проведенні обшуку зумовлений тим, що предмет пошуку відомий орієнтовно. Обмаль часу для підготовки обшуку викликає труднощі не тільки з обранням оптимальних тактичних прийомів, а й з вивченням наявної та зібранням додаткової інформації, визначенням кола учасників обшуку, підготовкою необхідних науково-технічних засобів, з організацією проведення пошукових дій. А завдання слідчого полягає саме в тому, щоб із всієї маси виявлених у місці обшуку об'єктів вибрати те, що має відношення до справи. Наприклад, під час затримання злочинця у нього вдома в момент збуту фальшивих грошей, шовкографічний апарат, який використовувався для виготовлення фальшивок, був закамуфльований під пральну машину, і в ході обшуку не був ідентифікований та вилучений як знаряддя злочину [4; с.266]. Тому необхідність професійно грамотно вирішувати всі завдання обшуку в даній категорії справ потребує до складу слідчо-оперативних груп залучати спеціаліста-криміналіста з технології підроблення документів.

Оскільки лівова частка роботи по збиранню доказової інформації в процесі розслідування фальшивомонетництва виконується в строки максимально наближені до моменту порушення кримінальної справи, враховуючи вищенаведені труднощі, суб'єкти, які здійснюють заходи з виявлення і розкриття злочинної діяльності фальшивомонетників, повинні бути обізнані з особливостями кримінальних технологій виготовлення грошей. Тому подальше вивчення фактів вчинення фальшивомонетництва і досвіду їхнього розкриття слугувало б інформаційному забезпеченню слідчої діяльності щодо їх розслідуванню.

1. Дяченко О.Ф., Щербаковська Л.П. Боротьба з контрабандою: щодо криміналістичного дослідження про підробні документи та паперові гроші // Уряду України, Президенту, законодавчій, виконавчій владі: "Боротьба з контрабандою:

- проблеми та шляхи її вирішення" (аналітичні розробки, пропозиції наукових і практичних працівників). – К., 1998. – Т.11. С. 496-500.
2. Кузьмічов В.С., Прокопенко Г.І. Криміналістика: Навч. посіб. // За заг. ред. В.Г. Гончаренка та Є.М. Моїсєєва. – К.: Юрінком Інтер, 2001. – 368с.
 3. Коновалова В.Е., Шепитько В.Ю. Обыск: тактика и психология: Учеб пособие. – Харьков: Гриф, 1997, 256с.
 4. Архів Апеляційного суду Львівської області. – Спр. №1-6/00. – Т.5. – 391с.
 5. Архів Апеляційного суду Львівської області. – Спр. №1 – 12 / 01. – 209с.
 6. Денисюк С.Ф., Шепитько В.Ю. Обыск в системе следственных действий (Тактико-криминалистический анализ): Научно-практическое пособие. – Харьков: Консум, 1999. – 160с.
 7. Біленчук П.Д., Лисиченко В.К., Клименко Н.І. та ін. Криміналістика: Підручник. / За ред. П.Д. Біленчука. – 2-ге вид., випр. і доп. – К.: Атіка, 2001. 544с.
 8. Болотский Б.С. и др. Фальшивые деньги (фальшивомонетничество) / Под ред. проф. В.Д. Ларичева – М.: Экзамен, 2002. – 384с.
 9. Мацишин В.С. Особливості розслідування фальшивомонетництва: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – Харків, 2002. – 18с.
 10. Тактика использования внезапности в раскрытии преступлений органами внутренних дел: Учебн. пос. // В.П. Бахин, В.С. Кузмичев, Э.Д. Лукьянчиков; – К.: КВШ МВД СССР им. Ф.Э. Дзержинского, 1990. – 54с.

SEARCH IN CASES OF MONEY COUNTERFEITING

O.Kaluzhna

*Ivan Franko National University of Lviv,
Universytetska Str. 1, UA – 79000 Lviv, Ukraine*

The author of the article attempts to define the peculiarities of conducting the search as an important investigative action for obtaining material evidence in investigation of money, securities and lottery tickets counterfeit cases.

The possible objects of search and places of their possible location as well as certain modus operandi depending on search situations are described in the article.

Key words: money counterfeiting; search; object of search; tactical method; search situation.

Стаття надійшла до редколегії 1.04.2003

Підписана до друку 30.10.2003

ОСОБЛИВОСТІ ПОЧАТКОВОГО ЕТАПУ РОЗСЛІДУВАННЯ КОНТРАБАНДИ НАРКОТИЧНИХ ЗАСОБІВ, ПСИХОТРОПНИХ РЕЧОВИН ТА ПРЕКУРСОРІВ

Я. Береський*, І. Швець**

**Львівський національний університет імені І.Франка, вул.
Університетська, 1, 79000 м.Львів, Україна*

***Галицька митниця, с.Шегині, Мостиський р-н., Львівська обл.*

У статті досліджуються проблеми початкового етапу розслідування контрабанди наркотичних засобів, психотропних речовин і прекурсорів, визначається оптимальна послідовність першочергових слідчих дій, розкриваються їхні завдання та зміст.

Ключові слова: наркотичні засоби, слідчий огляд, обшук, допит, освідчення.

Складність сучасного соціально-економічного стану суспільства, інтенсивна міграція населення та його кримінально-активної частини, розширення міждержавних відносин за наявності потужних регіональних джерел для нелегального виробництва наркотичних засобів і значних доходів від їх незаконного обігу створюють передумови виникнення та функціонування організованих злочинних угруповань, які займаються збутом наркотиків і володіють у багатьох випадках тісними міжрегіональними й міжнародними зв'язками. Контрабанда наркотиків тісно пов'язана з проблемою відмивання "брудних" грошей, яка історично виникла саме у зв'язку з контрабандою наркотиків (8, 154). Досить відзначити, що щорічні доходи наркоділків від незаконного обігу наркотиків у світі останніми роками перевищують 400 млрд доларів США. Почалось активне проникнення міжнародного наркобізнесу на територію України, яка розглядається як великий перспективний ринок наркотичних засобів і як транзитний пункт для їхнього контрабандного транспортування, передусім у Європу, – адже з країн-виробників наркотики повинні бути переправлені в країни-споживачі. У рішенні Координаційного комітету по боротьбі з корупцією і організованою злочинністю при Президенті України від 24 січня 2002 року "Про стан протидії незаконному обігу наркотиків, психотропних речовин і прекурсорів та зловживання ними, ефективності заходів, спрямованих на запобігання негативного впливу наркоманії на молодь протягом 2000-2001 років", відзначено, що кількість споживачів наркотиків у державі на початок 2002 року становила 107,1 тис. осіб, 68% з них – віком до 30 років, понад 5,4 тис.-неповнолітні. Враховуючи високу латентність цього явища, реальні показники, за підрахунками спеціалістів, перевищують наведені майже вдесятеро. [12, с.121]. Щодо географічного розміщення України, то значною мірою вона сприяє активному використанню її міжнародними наркосиндикатами як транзитної держави при транспортуванні наркотичних засобів з країн Золотого трикутника та Золотого півмісяця. Підтвердженням цього є затримання в лютому 2002 року значних партій героїну в Борисполі і в Криму, а в квітні того ж року найбільших за останні десятиріччя партій героїну у Медиці (82 кг вартістю майже 6 млн доларів США), який не був виявлений українськими митниками, і в Одеському морському порту (203 кг вартістю близько 20 млн доларів США) [10]. З 1997 по 2001 рік співробітниками митниць було виявлено і вилучено понад 5 т наркотичних засобів, з яких у 2001 р. – 3,5 т [5]. Тому не випадково Програмою протидії контрабанді та

захисту внутрішнього ринку на 2002 – 2005 рр. передбачається здійснення правоохоронними та митними органами скоординованих заходів щодо припинення незаконного переміщення через митний кордон України наркотичних засобів та психотропних речовин [3]. Вживаються заходи для впорядкування ввезення в Україну та вивезення з України наркотичних засобів, психотропних речовин і прекурсорів. [4].

Контрабанда наркотичних засобів, психотропних речовин, їх аналогів або прекурсорів, тобто їх переміщення через митний кордон України поза митним контролем або з приховуванням від митного контролю, утворює склад злочину, передбаченого ст.305 КК України.

Чинний кримінально-процесуальний кодекс передбачає дві форми досудового розслідування справ про контрабанду – початкову (допоміжну), тобто дізнання, та досудове слідство.

У митній системі України дізнання у справах про контрабанду здійснюють органи дізнання – Державна митна служба України та митниці (ст.101 КПК, ст.102 МК), а досудове слідство – слідчі органи Служби безпеки України (ст.112 КПК) [1; 2]

На жаль, доводиться констатувати, що переважна більшість справ призупиняється або закривається через недоліки розслідування, особливо на первинному етапі – під час проведення дізнання та невідкладних слідчих дій. Так за даними СБУ до суду доходить лише 25% порушених митними органами кримінальних справ про контрабанду, а реальне покарання застосовується тільки до 10% обвинувачених.

Специфіка розслідування контрабанди наркотичних засобів, психотропних речовин, їх аналогів або прекурсорів полягає в тому, що лише надзвичайно рідко приводима для порушення кримінальної справи про цей злочин стаття заяви і листи громадян, організацій, посадових осіб, явка з повинною. Переважна більшість кримінальних справ цієї категорії порушується у зв'язку з виявленням ознак цього злочину безпосередньо митними органами під час проведення митного огляду. Зокрема, митні органи мають можливість виявити сліди контрабанди під час:

- здійснення митного контролю посадовими особами митних органів у межах своїх службових функцій;
- застосування для митного контролю технічних засобів, залучення спеціалістів, використання пошукових собак;
- особистого догляду громадян, стосовно яких є аргументовані підстави вважати, що вони переміщують через митний кордон, або, перебуваючи в зоні митного контролю чи в транзитній зоні міжнародного аеропорту, переховують на собі предмети контрабанди [9, с.178-179]

Розслідування справ цієї категорії найчастіше починається із затримання особи, яка незаконно переміщує через митний кордон України наркотичні засоби, психотропні речовини чи прекурсори або транспортного засобу, на якому такі речовини переміщуються. Іноді для переміщення наркотичних засобів використовуються міжнародні поштові відправлення.

До слідчих дій, які проводяться на початковому етапі розслідування контрабанди наркотичних засобів, належить *слідчий огляд*. Ця слідча дія має важливе значення для своєчасного виявлення, фіксації та вилучення предметів, документів, речовин і

слідів, а також для здобуття вихідної інформації, необхідної для розробки версій про способи переміщення контрабанди, її учасників тощо.

Предмети контрабанди найчастіше виявляються у спеціально обладнаних схованках на транспортних засобах, у предметах багажу та ін. Приміром, уже згадана партія героїну, затримана в Одеському морському порту, розфасована в пакетики по 1 кг, була захована в обшивці вантажівки, яку перевозили на борту судна [10, с.1]. Практика роботи митних органів свідчить про те, що у контрабанді героїну для його приховування найчастіше використовуються батарейки живлення, газові та аерозольні балони, фото-, відео – й аудіокасети. За допомогою пульверизатора наркотик наносять на поверхню аркушів паперу, які потім пресують. Запакований у поліетиленовий пакет наркотик зашивають під прокладку валіз як ущільнювач. Кокаїн ховають у подвійному дні дорожніх валіз і сумок, у банках з-під соків, кави, пива та ін. [11, с.132].

Об'єктами слідчого огляду можуть бути місце затримання підозрюваного, приміщення, в якому він проживає, підпільна лабораторія (місце виготовлення наркотиків), місце зберігання наркотичної речовини, приміщення притулку. Огляду підлягають також підроблені рецепти, інші документи, які дають право на отримання наркотиків чи психотропних речовин.

Особливою категорією об'єктів слідчого огляду можуть бути сліди наркотичних засобів і психотропних речовин у вигляді нальотів, нашарувань на різного роду об'єктах-носіях. В якості таких об'єктів-носіїв можуть бути одяг, шприци, пакувальні матеріали, а також інструменти і обладнання, що використовуються для виготовлення наркотичних засобів і психотропних речовин, – посуд, м'ясорубки, кавові млинки та ін. [6, с.179].

До огляду місця вчинення злочину доцільно залучити експерта-хіміка, який методом експрес-аналізу встановить, чи є та чи інша речовина наркотичною. З цією метою застосовують певні комплекти хімічних реактивів (вони, здебільшого, дають кольорову реакцію). Наприклад, "NIK-1" застосовується для швидкої перевірки та розпізнавання сильнодіяних ліків, наркотиків або галюциногенів, "Cannabispray" дає можливість швидко й надійно перевірити наявність гашишу та маріхуани, "Herosob" призначений для виявлення кокаїну. Водночас необхідно враховувати, що такі проби не відзначаються особливою точністю та надійністю – негативний результат допускає ймовірність наявності наркотику, а позитивний цього не гарантує. Переважна більшість наркотичних засобів може бути надійно ідентифікована лише шляхом лабораторного аналізу.

Огляд транспортного засобу – літака, вагона, автомашини – бажано проводити в присутності керівника підприємства, якому належить транспортний засіб (його власника), спеціалістів із числа інженерів транспорту, які можуть допомогти дізнавачу або слідчому виявити спеціально облаштовані схованки, ємності, де захована контрабанда, показати, як їх найпростіше відкрити [7]. Метою огляду є виявлення наркотичних засобів, прихованих у внутрішніх порожнинах спеціально обладнаних схованок, слідів злочину і слідів самого злочинця [14, с.456].

Для виявлення схованок потрібно старанно оглянути транспортний засіб, контейнер, товари, серед яких можуть бути заховані наркотичні речовини. Ефективність огляду значно підвищується за умови використання сучасних науково-технічних засобів.

До них передусім належать **рентгенапарати**. Сучасні рентгенапарати обладнані телевізійними камерами та моніторами. Блок пам'яті дає змогу досліджувати зображення предмета впродовж тривалого часу після короткочасної (частки секунди) дії на нього імпульсу рентгеновського випромінювання. Рентгеновські апарати можуть з успіхом використовуватися для оперативного виявлення заборонених вкладень у предметах та вантажах, які перетинають митний кордон.

Доглядові дзеркала призначені для огляду важкодоступних неосвітлених місць у транспортних засобах. З цією метою використовують комплекти дзеркал з підсвіченням. Для догляду в кабінах та салонах автомашин, літаків та інших місцях застосовують дзеркала типу "CF-142", телескопічна ручка яких складається з двох частин. У складеному вигляді дзеркало легко вміщається в кишені.

У своїй роботі працівники митних органів використовують також **ендоскопи**. Зокрема, трубка доглядова гнучка ТСГ призначена для неруйнівного контролю елементів конструкції; трубка доглядова ТСС використовується для візуального контролю важкодоступних порожнин транспортних засобів і вантажів під час їх огляду;

Мініскопи – це портативні мікроскопи тридцятикратного збільшення. Мініскоп моделі "1171" призначений для мікроскопічних досліджень різних об'єктів. Під час митного догляду використовується для ідентифікації основних рослинних наркотичних речовин, які попередньо хімічно не оброблені.

Широко використовують також **детектори контрабанди**. Вони мають джерело рентгеновського випромінювання, за допомогою якого визначають наявність та міру заповненості порожнин у різноманітних предметах (колеса та двері автомобілів, порожнечі стінок у залізничних вагонах та ін.).

Детектор "Канабіса", або **детектор наркотичних речовин "САС"**, призначений для виявлення основних рослинних наркотичних речовин, які не піддавалися попередній хімічній обробці. За допомогою приладу виявляють такі речовини, як гашиш, маріхуану. Частинки рослин мають форму, характерну тільки для цих рослин, і тому легко виявляються під час розгляду в мікроскоп, вмонтований у прилад.

Дізнавачу чи слідчому необхідно враховувати, що контрабандисти постійно очікують на можливе затримання і вже мають на озброєнні готову неправдиву версію про те, як наркотик міг до них потрапити; вони здатні залежно від психологічного стану швидко орієнтуватися і вживати необхідних заходів захисту. Особливо бурхливі реакції можуть проявитися при затриманні осіб, які перебувають під впливом наркотичних засобів. У такій ситуації допит слід відкласти до закінчення дії наркотиків, а затриманого піддати **медичному освідуванню**. Проведення освідкування доручається лікарю-наркологу, про що виноситься відповідна постанова. Судово-медичне освідкування наркоманів дає змогу виявити ознаки ін'єкцій наркотичних засобів, їх давність для встановлення періоду вживання наркотиків.

Специфіка освідкування по справах про контрабанду пов'язана з тим, що останнім часом контрабандисти, які перевозять наркотичні засоби, щоразу частіше використовують у якості "контейнерів" різні порожнини свого тіла, такі як шлунок, шлунково-кишковий тракт(перевізник проковтує герметичні упаковки з наркотичними засобами), статеві органи і пряму кишку. Неодноразово фіксувались випадки загибелі контрабандистів, які перевозили вантаж в такий спосіб – у

результаті пошкодження упаковок відбувалось отруєння організму надмірною дозою наркотику. Практика показує, що значна кількість наркотиків перевозиться в гумових контейнерах (переважно використовуються презервативи) у шлунках перевізників. Останнім часом щорічно затримують декількох кур'єрів, які перевозять у собі від 25 до 75 контейнерів загальною вагою до 1200 г. У таких випадках проводиться промивання шлунка і кишечника.

Відтак, якщо є підозра на перевезення наркотиків у порожнинах тіла, необхідно провести рентгенографію або ультразвукове обслідування на предмет наявності в них сторонніх предметів [13, с.170].

У тих випадках, коли наркотичні засоби переміщуються через митний кордон особами, які самі вживають наркотики, виявити таких осіб можна і за певними зовнішніми ознаками. Зокрема, для осіб, що перебувають під впливом наркотичних засобів, як правило, характерні стан млявості, апатії, мовчазності і байдужості до всього навколишнього, відчужений погляд. Часто очі наркоманів стають ніби безбарвними, а зіниці сильно звужуються. При надмірному вживанні наркотичних засобів у людини спостерігається швидка збудливість, занепокоєння, нервозність, бувають сльозотеча, нежить, позіхання, розширення зіниць. Осіб, що вдихають кокаїн, часто визначають за червоним кольором ніздрів, легкою висипкою і венозними судинами, що перетинаються біля ніздрів. Тривале вживання будь-яких форм кокаїну веде до швидкої втрати ваги і до фізичної слабкості, викликає надзвичайну блідість обличчя.

У затриманого необхідно відразу ж вилучити верхній одяг, на якому можуть знаходитись частинки наркотичних речовин, і направити його на експертизу разом із вилученими у затриманого речовинами.

Важливо також перевірити, чи не стоїть затриманий на обліку в психоневрологічному чи наркологічному диспансері, чи лікувався він від наркоманії, як давно вживає наркотики, які саме, спосіб вживання, дози.

У процесі *допиту підозрюваного* необхідно з'ясувати за які кошти купувались наркотики і з яких джерел; прізвища, імена, по батькові, адреси осіб, у яких придбаний наркотик; номери телефонів, способи зв'язку, місця зустрічей. Якщо наркотик виготовлений безпосередньо особою, затриманою з контрабандою, потрібно з'ясувати, в який спосіб виготовлені наркотичні засоби, які обладнання при цьому використовувались, де і у кого вони були придбані, в якому місці виготовлений наркотик, у кого куплена сировина, на якому транспорті вона перевозилась, який спосіб упаковки наркотику використовувався, хто і як обладнував транспортний засіб тайниками, у якій кількості наркотик виготовлений, по якій ціні продавався, для кого був призначений, паролі і засоби зв'язку з відправником і отримувачем. Важливо також з'ясувати, як передбачалось подолати прикордонний і митний контроль, яка винагорода належить за перевозку, від кого і в який спосіб вона має бути одержана, чи підозрюваний має зв'язки з посадовими особами, які допомагали йому у здійсненні незаконних операцій.

Під час затримання підозрюваного невідкладно проводиться **обшук**, в процесі якого детально обслідується одяг, особливо шви, взуття, тіло затриманого, наявні при ньому предмети. Якщо на тілі є пов'язки, наклейки, їх знімають і перевіряють. У таких випадках до обшуку залучаються медичні працівники.

Типовими місцями зберігання наркотичних засобів у квартирах є шафи, духовки плит, постіль, ніжки предметів меблів, сумки, сантехнічні бачки, спеціальні сховища в стінах, підлозі; непрозорі, закриті плафони світильників у автомашині; дверцята, крісла, запасні камери, полки під акумулятором та ін.

Для приховування наркотичних засобів під час їхнього перевезення використовуються тайники, обладнані в транспортних засобах, валізи з подвійним дном, одяг пасажирів, підошви взуття, різноманітні предмети (статуетки, іграшки), спеціально пошиті пояси і жилети.

Оскільки контейнерами для наркотиків часто служать продукти харчування, гігієни (наприклад, тубик із зубною пастою, банка з варенням), проводиться детальний огляд усіх таких предметів. Потрібно також враховувати, що, наприклад, кокаїн розчиняють у пляшках з вином або флаконах із шампунем, а наркотики в порошкоподібному вигляді змішують з іншими речовинами.

Метою *обшуку* є виявлення наркотичних та інших речовин, а також предметів і речовин, призначених для їх виготовлення (лабораторний посуд, апаратура, сита, вага, сировина для виготовлення наркотиків, відходи їх виготовлення, компоненти синтетичних наркотиків, спеціальна література, інструкції, рецепти), засобів їх транспортування; предметів, в яких вони зберігались; а також записних книжок, фотознімків, телеграм, записок, квитанцій про поштові перекази, грошей, ошадних книжок, зброї, документів і предметів, які можуть бути належними до справи або містити докази, що викривають особу у вчиненні контрабанди. Об'єктами обшуку можуть також бути ампули і шприци із залишками речовини, недопалки та скрутки із слідами насичення гашишем або з добавкою анаші; бинти, марля інші об'єкти з плямами жовтого кольору.

Бажаною є участь експерта в проведенні обшуків у приміщеннях, де є інші речовини, зовні подібні на наркотичні – в хімічних лабораторіях, квартирах, притонах. Оперативний експрес-аналіз цих речовин необхідний для того, щоб не вилучати ті з них, які не мають жодного відношення до наркотичних. Однак потрібно пам'ятати, що, за рідкісним винятком, точно ідентифікувати наркотик за його виглядом, смаком, запахом або шляхом простого хімічного аналізу складно. Більшість наркотиків точно ідентифікують лише шляхом лабораторного аналізу. До проведення обшуку доцільно також залучити кінолога із спеціально навченою для пошуку наркотиків собакою.

Під час виявлення і огляду різних предметів треба виявляти обережність, оскільки на їхній поверхні можуть бути відбитки пальців, залишки поту, слюни, мікрослідів та мікрочастинки тощо.

Після огляду і вилучення наркотичних та інших подібних речовин їх слід направляють на *судово-хімічну експертизу* на вирішення якої необхідно поставити такі запитання: чи є вилучена сировина такого-то кольору, такого-то обсягу наркотичним чи іншим засобом, а якщо так, то яким; яка вага даної речовини; чи використовувалась ця речовина для виготовлення наркотику і якщо так, то як давно; в який спосіб виготовлявся наркотик.

Допит свідків. Першими допитуються очевидці, які виявили предмети контрабанди, інспектори митниці, військовослужбовці контрольно-пропускних пунктів прикордонних військ, працівники транспорту, члени туристичних груп і делегацій, у складі яких був підозрюваний. У них з'ясовується, за яких обставин

виявлена контрабанда, з допомогою яких технічних засобів, як перевірялись документи, як поводить себе підозрюваний в цей момент, які давав пояснення з приводу виявлення у нього предметів контрабанди. В процесі проведення допиту митників дізнавач (слідчий) також з'ясовує характер поведінки представника вантажоотримувача (вантажовідправника) під час митного огляду: чи надходили від нього погрози, пропозиції винагороди за виконання митним працівником тих чи інших протизаконних дій. Необхідно також з'ясувати, чи не був працівник митниці раніше знайомий з вантажовідправником, вантажоотримувачем чи їхніми представниками, оскільки допускається можливість змови злочинців з працівниками митниці.

Допити осіб, у віданні яких знаходились транспортні засоби, осіб, які супроводжували вантажі, де були виявлені наркотичні засоби, і осіб, які опинились поряд з місцем їх приховання потребують особливої уваги, оскільки вони можуть бути причетними до контрабанди.

Свідкам злочинної діяльності після їхнього допиту, як правило, підозрюваний **пред'являється для впізнання**, а якщо це неможливо, то впізнання проводять за фотографією.

Залежно від результатів, отриманих внаслідок проведення першочергових слідчих дій, планується подальше розслідування цього злочину.

1. Кримінально-процесуальний кодекс України. – К., 2002.
2. Митний кодекс України. К., 2002.
3. Програма протидії контрабанді та захисту внутрішнього ринку на 2002-2005 роки. Затверджена постановою Кабінету Міністрів України від 23 серпня 2002 р. №1240 // Офіційний вісник України. – 2002. – №35. – ст.1648.
4. Інструкція про порядок узгодження зі Службою безпеки України видачі сертифікатів на ввезення в Україну та вивезення з України наркотичних засобів, психотропних речовин і прекурсорів. Затверджена наказом Служби безпеки України і Міністерства охорони здоров'я №224/350 від 23.09.2002р. // Офіційний вісник України. – 2002. – №42. – Ст.1959.
5. Аналітична довідка про типові порушення чинного законодавства у сфері зовнішньоекономічної діяльності Державної митної служби України за 1997-2001 роки.
6. Вещественные доказательства: Информационные технологии процессуального доказывания / Под общ.ред. проф. В.Я. Колдина. – М., 2002.
7. Девяткина Е.М. О производстве обыска автотранспортного средства // Проблемы теории и практики таможенного дела: Сб. науч. трудов. – М., 1997. – Ч.2.
8. Диканова Т.А., Осипов В.Е. Борьба с таможенными преступлениями и отмыванием "грязных денег". – М.. – 2000. – С.154.
9. Жорін Ф.Л. Правові основи митної справи в Україні (Конспект курсу лекцій з програмних тем): Навч. посіб. – К., 2001. – С.178-179.
10. Зінчук В. Знову героїн. І не 82, а 203 кілограми! // Високий замок. – 2002. – №8. – 17 квітня.
11. Гнатюк А.З. Контрабанда и иные правонарушения во внешнеэкономической деятельности. Теория и практика расследования. – Минск. – 2001. – С.132.
12. Максимюк А. Наркоманія як суспільне лихо // Вісник прокуратури. – 2002. – №4. – С.121-124.

13. Основи митної справи. Навч. посіб. /За ред. П.В.Пашка. – К.; Знання. 2002. –С.170.
14. Таможенное право // Под ред В.Г.Драганова, М.М. Рассолова. – М.,2001.
15. Тяжкие и особо тяжкие преступления: квалификация и расследование: Руководство для следователей // Под ред. С.Г. Кехлерова. – М.:Спарк, 2001. – С.160.

**THE PECULIARITIES OF THE INITIAL STAGE OF
INVESTIGATING THE SMUGGLING OF NARCOTIC DRUGS
PSYCHOTROPIC AGENTS AND PRECURSORS SMUGGLING**

Y. Bereskiy*, I. Shvets**

**Ivan Franko National University of Lviv,
Universitetska Str. 1, UA-79000 Lviv, Ukraine,
Tel.(0322) 96-47-40*

***Galytska Customs,
Shegyni, Mostysk District, Lviv Region, Ukraine.*

The article deals with the issues of the initial stage of investigating the smuggling of narcotic drugs and psychotropic agents and precursors smuggling. The optimal consecution of primary investigative actions is determined. Their task and contents are elucidated.

Key words: narcotic drugs, investigative inspection, search, interrogation, inspection of person.

Стаття надійшла до редколегії 5.03.2003
Підписана до друку 30.10.2003

КРИМІНАЛІСТИЧНА ТЕХНІКА І НАУКОВО-ТЕХНІЧНИЙ ПРОГРЕС

Р. Єзерський

*Львівський національний університет імені Івана Франка,
вул. Університетська, 1, 79000, Львів, Україна*

З розвитком науково-технічного прогресу зростають можливості криміналістичних засобів і методів у розкритті злочинів. В умовах науково-технічного прогресу значною мірою підвищується роль криміналістичної техніки. Науково-технічний прогрес невід'ємний від суспільного прогресу і є одним із його складових.

Ключові слова: криміналістична техніка, науково-технічний прогрес, засоби і методи криміналістичної техніки.

Поступальний розвиток суспільства характеризується багатьма діалектично обумовленими суперечностями, внаслідок яких закономірно проявляються різноманітні негативні явища: техногенні і екологічні катастрофи, епідемії і епізоотії, стихійні лиха та війни. Проте, мабуть, жодне з них у соціальному аспекті не створює таких тяжких, інколи трагічних наслідків, як злочинність у всіх її різнобічних формах прояву. На відміну від інших негативних явищ, при всій їхній небезпечності для суспільства, злочинність не має меж ні в часі, ні в просторі. Вона спотворює людську спільноту, деформує загальнолюдські цінності, підриває економіку, постійно загрожуючи життю і благополуччю всіх і кожного. Причому її небезпека в історичному аспекті розвитку суспільства постійно зростає. У наш час у всіх країнах світу ріст злочинності випереджує зростання кількості населення. Ось чому боротьба із злочинністю часто асоціюється з боротьбою за виживання суспільства.

У загальній системі заходів боротьби зі злочинністю, що вживаються суспільством в особі його державних структур, а саме правоохоронних органів, особлива увага традиційно приділяється профілактиці і поєднанні із засобами розкриття та розслідування злочинів. Усвідомлена суспільством потреба наукового обґрунтування системи таких заходів, їх напрацювання і практичної реалізації завжди була і є залежною від досягнень науки і техніки. Це у кінцевому підсумку і зумовило свого часу зародження криміналістики як науки. Найвиразніше така зумовленість простежується у сфері криміналістичної техніки, де у найскладніших формах і способах поєдналися проблеми науки, техніки, суспільства і людини. Власне, ці проблеми, а точніше закономірності їхнього виникнення й зумовлюють потребу їх подальшого дослідження, що і є завданням нашої статті.

На сьогоднішні досить ґрунтовно висвітлювались питання щодо характеру взаємозв'язків розвитку загальної теорії криміналістики, криміналістичної техніки і науково-технічного прогресу у працях багатьох криміналістів, зокрема В.М. Панюшкіна ("Науково-технічний прогрес і кримінальне судочинство"), М.А. Селіванова ("Науково-технічні засоби розслідування злочинів"), Є.П. Іщенко ("ЕОМ в криміналістиці"), А.А. Ексархопуло ("Основи криміналістичної теорії"). Однак ця багатоаспектна проблема потребує свого подальшого глибокого системного вивчення. Як видається, є потреба комплексного з'ясування питань, пов'язаних з теорією і практикою виникнення й розвитку криміналістичної техніки, аналізом

закономірного зв'язку цього процесу не тільки з науково-технічним прогресом, а й суспільним прогресом. Потребують дослідження й вивчення питання правового регулювання, організації, науково-методичного забезпечення розвитку криміналістичної техніки, шляхів ефективного використання її у розкритті та розслідуванні. Крім того, досліджується характер і напрями впливу суспільного та науково-технічного прогресу на розвиток криміналістичної техніки, аналізується специфіка організації та правового регулювання запровадження досягнень науки й техніки у практику боротьби із злочинністю.

Історично зумовлені тенденції формування правових та організаційних основ застосування криміналістичної техніки внаслідок свого закономірного характеру, діють і сьогодні. Незважаючи на цей чинник, їхній зміст має свої особливості, зумовлені економічними, соціальними і політичними особливостями розвитку суспільства.

З розвитком науково-технічного прогресу зростають можливості криміналістичних засобів і методів у розкритті злочинів. Треба враховувати, що досягнення науково-технічного прогресу доступні також і кримінальному середовищу. З цього приводу С.М. Трегубов зауважив, що покращуючи суспільне життя, багаточисленні технічні відкриття дають в руки злочинців нові удосконалені знаряддя для вчинення злочинів і створюють сприятливу обстановку для їхньої діяльності [1, с.4]. В сучасних умовах ця тенденція дедалі посилюється: використання комп'ютерної техніки, сучасних засобів "електронного спостереження" в злочинній діяльності перестало бути рідкістю.

Значною мірою підвищується роль криміналістичної техніки. Як зазначає В.М. Панюшкін, необхідність використання досягнень науки і техніки в кримінально-процесуальній діяльності визначається особливостями функціонування процесу праці службовців слідчих органів та суддів, зумовленими специфікою завдань кримінального судочинства. Це спричинює залежність ефективності правоохоронної діяльності від застосування науково-технічних засобів і методів [2, с.47]. Використання криміналістичної техніки у виявленні, розкритті та розслідуванні злочинів посилює дію безпосередності і наглядності, суттєво полегшує оцінку речових доказів з позиції їхньої достовірності, покращує їхню індивідуалізацію, попереджуючи підміну одних предметів іншими. Засоби і методи криміналістичної техніки, забезпечуючи виявлення і правильну оцінку матеріальних ознак злочину, полегшують пізнавальну діяльність слідчого і суду. Окрім цього, надаючи можливість для пізнавального відображення об'єктів, вони створюють найкращі можливості для переконання в істинності знань щодо встановлених фактів.

Підкреслюючи зростаючу роль засобів криміналістичної техніки, важливо наголосити, що вони, окрім іншого, забезпечують, високу точність і повноту відтворення доказового матеріалу, просторових і часових співвідношень предметів і явищ; полегшують як індивідуальне так і колективне оцінювання доказів; сприяють закріпленню гарантій прав усіх учасників кримінального процесу. Це підтверджує і статистичні дані, які свідчать про наявність залежності між ефективністю кримінального судочинства та використанням для вирішення його завдань досягнень науки і техніки. Зокрема, це виявляється ось у чому:

- по-перше, зростає загальна кількість випадків використання засобів криміналістичної техніки і спеціальних знань щодо їхнього застосування в діяльності у ході виявлення розкриття та розслідування злочину.

Збільшується і кількість судових експертиз, що проводяться фахівцями-експертами;

- по-друге, збільшується загальна кількість випадків використання криміналістичної техніки, що призводить до підвищення результативності процесу розкриття злочину.

Ігнорування потреби застосування засобів та методів криміналістичної техніки в розкритті злочинів закономірно спричинює низьку результативність цієї діяльності, що диктує необхідність створення нових правових і організаційних умов для усунення цієї прогалини. Ці умови найповніше повно розкривають потенціальні можливості досягнень науки і техніки в боротьбі із злочинністю.

Все це дає підставу стверджувати про суттєве розширення можливостей використання новітніх досягнень криміналістичної теорії і практики у боротьбі із злочинністю, і створення на цьому ґрунті умов для всебічного, максимально допустимого застосування засобів та прийомів криміналістики у виявленні розкритті та розслідуванні злочину.

Отже, значення криміналістичної техніки у розкритті злочинів (у широкому розумінні, тобто і як наукових положень, і засобів) щоразу зростає і в умовах стабільного росту науково-технічного прогресу має свій закономірний характер.

Окремі тенденції, що діють на різних історичних етапах розвитку правових та організаційний основ застосування напрацювань криміналістичної техніки мають стійкий закономірний характер, що виражається в таких положеннях:

По-перше, зростаюча потреба суспільства забезпечити свою безпеку, захист від злочинності, об'єктивно зумовлює пошук найсучасніших засобів і методів вирішення цієї проблеми. Науково-технічний прогрес відкриває нові можливості у боротьбі із злочинністю, а його досягнення виступають джерелом і головним засобом розвитку науки криміналістичної техніки.

По-друге, необхідність у застосуванні криміналістичної техніки зумовлює появу відповідних правових і організаційних форм. Вони впливають на процеси "об'єктивізації і технізації" кримінального судочинства, сповільнюючи, чи прискорюючи їх. головна роль тут належить правовим, передусім кримінально-процесуальним формам регулювання застосування засобів і методів криміналістичної техніки в розкритті та розслідуванні злочинів.

По-третє, в своєму розвитку право і організація тісно взаємодіють між собою і взаємозумовлюють одне одного. З одного боку, організаційні форми застосування криміналістичної техніки удосконалюються під впливом змін у правовому регулюванні і виступають похідними від них, характеризуючи їх. З іншого боку, організаційні форми внаслідок їхньої динамічності упорядковують застосування криміналістичної техніки з питань, які не знайшли свого закріплення у правових нормах, а отже, виступають підґрунтям для удосконалення законодавства.

Така взаємозумовленість організації і права пояснюється тим, що кримінально-процесуальні норми, регулюють організаційні відносини (процедуру судочинства) і мають винятково організаційно-процедурний, управлінський характер. Їх правовий зміст можна пояснити суспільною значущістю регульованих організаційних відносин.

Удосконалення правових і організаційних основ необхідно розглядати комплексно, що можливо в рамках всієї системи техніко-криміналістичного забезпечення розкриття злочинів.

Відомо, що застосування традиційних фотографічних методів фіксації процесу і результатів слідчих дій може бути піддано сумніву з точки зору формальних вимог кримінально-процесуального законодавства. Використання багатоступеневих процесів отримання фотознімків не дає підстави учасникам слідчої дії піддавати сумніву їхню достовірність. Розвиток науково-технічного прогресу надає широкий спектр можливостей для отримання зображень уже в ході слідчої дії чи безпосередньо після її завершення:

- по-перше, удосконалюються експерсні методи виготовлення фотознімків (фотоапарати типу "Полароїд"). Переваги цих методів фотографій зауважив ще в 1965 р. М.О. Селіванов, підкреслюючи, що саме оперативною фотографія стане лише тоді, коли слідчий буде повністю відокремлений від "мокрих" і "темних" фотолабораторних процесів. У цьому аспекті є перспективним дифузійний "одноступеневий" метод фотографії. Переваги експерсної фотографії перед звичайною фотозйомкою мають для слідчого особливе значення, оскільки, окрім економії часу надається можливість підвищити ефективність процесуального оформлення фотографій шляхом засвідчення їх достовірності безпосередньо на місці виконання слідчих дій [3, с.573];
- по-друге, дедалі більшого поширення набувають оптико-електронні методи захисту зображень (з допомогою спеціальних фотоапаратів і звичайних відеокамер). Внаслідок цього запису зображення може бути роздрукованим. Так спеціальні відеопринтери (інша назва – фотопринтери) дають можливість отримувати порівняно недорогі знімки, близькі за якістю до звичайної фотографії.

Зауважимо, що сучасні можливості комп'ютерної техніки також дають змогу обробляти записане зображення, а потім роздруковувати його на принтерах, і отримувати якісне зображення. У цьому процесі може використовуватись звичайний папір, що є перевагою перед застосуванням досить дорогих касет для відеопринтерів і фототехніки "Полароїд". До того ж використання комп'ютерів у ході проведення слідчих дій дасть змогу вирішити й інші проблеми розслідування. Очевидні переваги зазначених методів отримання зображень дають підставу говорити про можливості витіснення ними традиційної фототехніки. При тім висока вартість таких апаратних засобів окупається економікою часу і затратних матеріалів на виготовлення знімків.

Вважаємо, що така апаратура може знайти застосування в криміналістичній практиці, особливо в її використанні у складі пересувних криміналістичних лабораторій. Зауважимо також, що економічні реформи, які відкрили доступ по передових технологій, мали дієвіший вплив на умови масового використання досягнень науки і техніки у боротьбі із злочинністю. Дія цього чинника особливо посилилась останнім часом. Наочне свідчення того – чим раз ширше і активніше застосування в слідчій практиці інформаційних технологій, що зробили останніми роками колосальний стрибок у бік не тільки зменшення вартості комп'ютерних пристроїв, але й безумовно підвищення їхніх якісних характеристик (швидкої дієвості, об'ємів інформації, що зберігається та ін.). Є.П. Іщенко помічав у розвитку інформатики дивне явище: щорічно ціна однієї логічної операції, що виконується на

ЕОМ, зменшується на 25%, а вартість елемента пам'яті на 40%. Більше того, кожні півроку більш як удвічі збільшується загальна ємність пам'яті ЕОМ усіх класів. Отже, за останні 25 років вартість техніки засобів, віднесена до однієї логічної операції зменшилась у 10000 разів [4, с.6]. Разом з прогресом в електронно-обчислювальній техніці розвиваються і стають доступнішими інші радіоелектронні засоби (звуко – і відеозапису), що становлять значну частину криміналістичної техніки. В сучасних умовах виявляються чим раз гостріші суперечності між потенційними можливостями криміналістичної техніки для вирішення проблематики питань кримінального судочинства і існуючою системою права і організаційною системою забезпечення її застосування. Сформоване чотири десятиріччя назад, але поки що діюче кримінально-процесуальне законодавство і регламентоване ним судочинство орієнтовані на колишню систему соціально-економічних відносин і відповідний їм рівень розвитку науки і техніки. Сучасні методи і засоби не сприймаються, а часто просто відкидаються застарілою системою організації і правового регулювання їхнього застосування, що склалася в інших умовах. Це головна причина того, що вітчизняна криміналістика освоює досягнення науково-технічного прогресу, на 15-20 років відстаючи з багатьох позицій від розвинутих країн. Фактично існуючий щодо цього правовий порядок є гальмом на шляху до втілення в практику розслідування злочинів не лише найновіших досягнень науки і техніки, але й широкого застосування наявних засобів і методів криміналістичної техніки. Про це свідчить, наприклад, досить обмежене застосування одорології, засобів електронно-обчислювальної техніки, ігнорування поліграфа. Недосконалість системи правового регулювання пояснює і багаточисленні кримінально-процесуальні процедурні проблеми використання криміналістичної техніки.

Стає дедалі очевиднішим, що суспільство поступово повинно бути підготовлено до сприяння і використання нової техніки і технологій (особливо інформаційних).

Науково-технічний прогрес невід'ємний від суспільного прогресу і є одним із його складових. З позиції теорії криміналістики на односторонній підхід до використання досягнень наукових знань у боротьбі із злочинністю звернув увагу О.О. Ексархопуло, зазначаючи, що сучасний рівень технічного оснащення правоохоронних органів дає можливість лише умовно говорити як про досягнення науково-технічного прогресу, оскільки "намагання розробників до щоразу більшого насичення комплексів технічних засобів дедалі новішими зразками" не узгоджується з рішенням правових, організаційних проблем використання техніки в розкритті злочинів [5, с.10].

Інтеграція наук взагалі, а в криміналістику зокрема не самоціль, а спосіб вирішення її наукових і практичних завдань. Ці завдання об'єктивно ускладнюються в сучасних умовах науково-технічного прогресу і потребують нових методів і засобів їх пізнання, нових підходів до їх вирішення.

Історія науки, а точніше науково-технічного прогресу переконує в тому, що вирішення найскладніших, соціально-значущих наукових проблем ставало можливим лише на стику різних галузей наукового знання в результаті комплексного використання досягнень науково-технічного прогресу.

Важливо зазначити, що упродовж довгих років уявлення про науково-технічний прогрес пов'язували лише з істотними змінами засобів виробництва. І це пояснювалось з погляду того значення, що надається матеріалізації наукових знань. Зауважимо, що поняття криміналістичної техніки ще й до цього часу уявляється як

сукупність приладів, інструментів, матеріалів, рекомендацій щодо їхнього застосування. Така точка зору, а саме – прагматичне трактування цього питання також має право на існування, хоча й вона не дає простору для комплексного, системного наукового аналізу всіх явищ, що характеризують процес інтеграції технічних наук і криміналістику в процесі науково-технічного прогресу.

Найбільш концентровано ця точка зору була виражена Д.А. Керимовим, який зазначав, що розгляд науково-технічного прогресу як відношення "наука-техніка" спрощений, що це поняття більш об'ємніше і складніше, й охоплює такі категорії, як суспільство і людина [6, с.83]

В аспекті криміналістичних проблем суспільний прогрес розглядається в його суперечностях, що безпосередньо впливає на стан злочинності, на форми, методи і засоби боротьби з нею. Тільки так можна пояснити той факт, що в різних державах з однаковим рівнем розвитку науково-технічного прогресу, проте з різними успіхами в суспільному прогресі помітна суттєва різниця в стані злочинності, в її динаміці та структурі і, звичайно, в науково-технічному забезпеченні діяльності правоохоронних органів. У цьому аспекті дуже показовим є сучасний стан справ в нашій державі, де труднощі формування нових суспільно-економічних і суспільно-політичних відносин, окрім іншого, спричинили значний ріст злочинності, яка загострила суспільно-державну потребу удосконалити діяльність українських правоохоронних органів, удосконаливши їхнє науково-технічне забезпечення. В цих умовах не тільки загострюються лише попередні, але й з'являються нові суперечності, об'єктивно зростає вартість їх вирішення, а, відповідно, і роль у цьому суспільних і соціально-економічних відносин. Суспільство, прагнучи прогресу, змушене враховувати необхідність забезпечення безпеки свого існування. Науково-технічний прогрес породжує суперечності, проте він і дає можливість їх вирішення – інтеграційно-взаємопов'язаних з використанням досягнень науки і техніки.

Злочинність як соціальне явище, як антипод суспільного процесу, суттєво зазнає його безпосереднього впливу. З позиції криміналістики акцентується увага на зміну видів злочинної діяльності, способах, засобах вчинення злочинів і, звичайно, проводиться диференціювання злочинців, їхнього професіоналізму.

Б.Л. Бразоль зазначав: "Інколи здається, що найглибші висновки науки, найсприятливіші технічні засоби, найпотаємніші місця психіки і потреби моралі уклали між собою тісний союз з тією метою, щоб ускладнити розкриття злочину і з'ясувати його мотиви" [7, с.181].

Злочинці озброюються не лише всіма доступними їм досягненнями науково-технічного прогресу, але використовують у своїх цілях спричинені ним зміни в соціально-економічному житті суспільства. Отже, криміналістика, як вид діяльності і наука, основне призначення якої полягає в розробці засобів і методів розкриття і розслідування злочинів, у цьому контексті не в змозі буде виконати цю роль, якщо не використовуватиме (не інтегруватиме) досягнення інших наук.

У боротьбі із злочинністю, яка, як уже наголошувалось, широко використовує досягнення науково-технічного прогресу, можна розраховувати на успіх, лише протиставляючи їй адекватні, розроблені на підставі досягнень того ж науково-технічного прогресу, засоби і методи.

Без науково-технічного прогресу, без урахування його досягнень, як відзначав А.І. Вінберг, неможливо було б "правильно зрозуміти сутність криміналістики,

службовою роллю якої є впровадження в кримінальне судочинство сучасних можливостей науки і техніки для завдань розкриття і розслідування злочинів" [8, с.22]

У цьому значенні розвиток безпосередньо криміналістики, удосконалення її пізнавальних можливостей є ще одним чинником, який зумовлює інтеграцію в неї досягнень інших наук. Важливо враховувати те, що криміналістика повинна вирішувати ці завдання з орієнтацією на можливе і необхідне випередження злочинів, тобто більш організовано, планомірно, послідовно, з урахуванням прогнозу розвитку злочинності.

В умовах науково-технічного прогресу, як досить влучно і точно відзначив О.Ф. Волинський, "злочинців, які літають на літаках, можна обігнати лише з допомогою електроніки". Їхній винахідливості помноженій на сучасні технічні можливості "необхідно об'єктивно протиставити випереджуючий розвиток сучасних науково-технічних засобів і методів... відповідно забезпечивши ними органи внутрішніх справ" [9, с.58].

Це можна підтвердити не лише історичними, але й сучасними фактами, пов'язаними із застосуванням в криміналістичну практику напрацювань генної дактилоскопії, лазера, засобів автоматизації і обчислювальної техніки. Навіть уже згадувана одорологія, заслуга відкриття якої належить вітчизняним науковцям (А.І. Вінберг 1956р. та ін.), знайшла широке застосування за кордоном, а на пострадянському просторі використовується на рівні окремих випадків. Цей приклад показовий ще й тим, що ілюструє, як недосконалість прагматичного застосування і використання криміналістичних засобів і методів у розкритті злочинів впливає на результат освоєння криміналістичною практикою досягнень гуманітарних і технічних наук.

Зростання кількісного і якісного показників злочинності, негативні тенденції в її динаміці й структурі є очевидно результатом не лише науково-технічного прогресу, але й суперечностей процесу формування нових соціально-економічних ринкових відносин. Зауважимо, що це не ситуативний факт, зумовлений "переходом до ринку (що підтверджується досвідом багатьох держав), а закономірне явище, що виявляється в умовах ринкових відносин. Його аналіз і оцінка дали змогу навіть на рівні ООН констатувати: "...Технічний прогрес використовується злочинцями більшою мірою, ніж тими, хто стоїть на стороні закону" [10, с.113].

З цим висновком важко не погодитись, хоча б тому, що злочинці мають "живі", значні грошові кошти, вони на відміну від правоохоронних органів вільні у виборі засобів і методів своєї злочинної діяльності, оскільки не діють у рамках права, в межах бюджету, лімітів і фондів. На користь цієї тези можна навести численні аргументи-факти, що знайшли своє відображення в періодичній пресі і наукових дослідженнях з досліджуваної проблеми [11, с.4].

Крім цього, було б помилкою не враховувати той очевидний зазначений криміналістикою факт, що "освоюючи" умови ринку і його науково-технічні можливості, злочинці також безпосередньо змінюються. Не випадково останнім часом, поряд з такими поняттями як типізація, професіоналізація злочинності, з'явилося ще одне – "інтелектуалізація" злочинності. Мова йде не про формальні показники щодо освіти, віку, професії, на що завжди зверталась увага і раніше, а про реальне поповнення злочинного середовища інтелектуалами з економіки, промисловості і науки.

На сьогодні важко собі уявити подальший розвиток криміналістичної теорії і вдосконалення практики без активного освоєння ними засобів автоматизації і обчислювальної техніки. По суті мова йде про використання в розкритті і розслідуванні злочинів сучасних інформаційних технологій, в необхідності їх освоєння криміналістикою.

Докази щодо необхідності активізації інтеграції досягнень гуманітарних і технічних наук в криміналістику можна було б продовжувати, зокрема простежується зв'язок цього процесу з проблемами криміналістичної підготовки кадрів правоохоронних органів, вдосконалення організації і правового регулювання їхньої діяльності, однак із викладеного випливає, що негативні тенденції в розвитку злочинності саме ускладнюють умови боротьби з нею. А це ще раз підтверджує необхідність удосконалювати діяльність правоохоронних органів з урахуванням зростаючої ролі науки й техніки в боротьбі із злочинністю, і відповідно, інтегруванням їх досягнень у криміналістику. Це – об'єктивно зумовлене явище, альтернативи якому немає.

Інтеграція досягнень інших наук у криміналістику тісно взаємодіє із розвитком цієї науки, і її зміст визначається єдністю наукового знання про суспільство та індивід, сучасним розумінням науково-технічного прогресу як елемента (його складової) суспільного прогресу, де тісно взаємопов'язані наука, техніка, суспільство, людина.

Інтеграцію досягнень інших наук у криміналістику об'єктивно зумовлено суспільним прогресом, одним з аспектів якого власне і є науково-технічний прогрес. Злочинність як соціальне явище виступає лише причиною розглянутого нами процесу. Загальним фактором, що зумовлює ширше застосування досягнень науки і техніки, виступає уже згадувана потреба суспільства в забезпеченні своєї безпеки, в захисті прав і законних інтересів усіх і кожного члена суспільства.

-
1. Трегубов С.Н. Основы уголовной техники. – П., 1915. – С. 3 – 4.
 2. Панюшкин В.Н. Научно-технический прогресс и уголовное судопроизводство. – Воронеж, 1985. – С.45 – 47.
 3. Селиванов Н.А. Научно-технические средства расследования преступлений. Диссертация...д-ра. юрид. наук. – М., 1965. – С. 572-573.
 4. Ищенко Е.П. ЭВМ в криминалистике. – Свердловск, 1987. – С. 6.
 5. Эксархопуло А.А. Основы криминалистической теории.:СПб: Изд-во Санкт- Петерб. ун-та, 1992. – С. 9 -10.
 6. Керимов Д.А. НТП и дальнейшее развитие государства и права//Советское государство и право. – 1970.№7 – С.83.
 7. Бразоль Б.Л. Очерки по следственной части. – П., 1916. – С.181.
 8. Винберг А.И. Вопросы криминалистической техники в свете ленинских идей о научно-техническом прогрессе// Криминалистика и судебная экспертиза. – К., 1969. – Вып.6. – С.22.
 9. Волинский А.Ф. Специалист – криминалист, на выезд! Или как обогнать преступников, летающих на самолетах//Советская милиция. – 1989.№1 – С.58.
 10. V конгресс ООН по предупреждению злочинності і обходженню з правопорушниками. Розділ 11. Доповідь на тему 6: Роль кримінального законодавства, здійснення правосуддя і інших форм суспільного контролю в попередженні злочинності. – Женева, 1975 // Див.: Советское государство и право. – 1976. -№6. – С.113.

11. Роменский А. Чей арсенал солидней?// Известия. – 1989. – 9 октября.

**CRIMINALISTIC TECHNIQUES AND SCIENTIFIC-
TECHNOLOGICAL PROGRESS**

R. Jeserskiy

*Ivan Franko National University of Lviv,
Universytetska Str. 1, UA-79000 Lviv, Ukraine*

The opportunities of means and methods of criminalistic techniques application in crimes investigation grow with the development of scientific-technological progress. In conditions of scientific-technological progress a role of criminalistic techniques considerably grows. The scientific-technological progress is an integral part of the social progress.

Key words: criminalistic techniques, scientific-technological progress, means and methods of criminalistic techniques.

Стаття надійшла до редколегії 11.04.2003
Підписана до друку 30.10.2003

КРИМІНАЛІСТИЧНІ АСПЕКТИ У ПЛАНУВАННІ СУДОВОГО РОЗГЛЯДУ КРИМІНАЛЬНИХ СПРАВ

І. Козутич

*Львівський національний університет імені Івана Франка
вул. Університетська, 1, 79000 Львів, Україна
тел. (0322) 96-44-77*

У статті на підставі використання напрацювань криміналістики показано значення підготовки і планування дослідження доказів для забезпечення повноти і всебічності судового слідства. Головну увагу звернуто на зміст плану дослідження доказів у судовому розгляді кримінальних справ. Наголошується на значенні криміналістичних рекомендацій для відповідного програмування такого дослідження.

Ключові слова: планування, судовий розгляд, криміналістичні рекомендації.

Повноту і цілеспрямованість судового слідства забезпечує чітке його планування. Виконувати цю багатоетапну роботу потрібно як суду, так і сторонам процесу.

Вибір обґрунтованого, раціонального порядку дослідження й використання доказів має, окрім процесуального, організаційне і тактичне значення. Порядок дослідження доказів у суді повинен бути доцільним і з точки зору криміналістичної тактики, максимально сприяючи встановленню дійсних обставин справи. Головний зміст планування, власне, і становить визначення тактичної лінії дослідження доказів, а також тактики окремих слідчих дій. Ефективність судового слідства значною мірою залежить від правильного визначення як головних питань, що потребують дослідження судовим розглядом, так і шляхів та способів такого дослідження.

До тепер методику планування судового розгляду кримінальних справ розробляли здебільшого фахівці у галузі кримінального процесу і практики. Але цього, вочевидь, недостатньо. По-перше, наукових праць на цю тему було не так вже й багато. Зокрема можна назвати таких авторів як І.Д. Перлова, Т.Д. Чеджемова, Г.О. Воробйова, Л.А. Сергєєва, Л.А. Соя-Серко, М.О. Якубовича тощо [13; 15; 17; 19].

По-друге, у працях згаданих авторів розглядались здебільшого процесуальні аспекти планування доказів у суді, і тільки щодо суддів як суб'єктів судового розгляду кримінальної справи¹.

Проте забезпечення повного і всебічного дослідження фактичних обставин у ході судового розгляду кримінальної справи, а отже, значною мірою й правильного її вирішення, залежить не тільки від точного додержання й застосування судом та учасниками судового розгляду процесуального закону (хоча це – первинна, необхідна, елементарна умова правосуддя). Це також залежить від доцільного, умілого використання прийомів та методів, що розробляються криміналістикою загалом і щодо планування тих чи інших дій, заходів у ході підготовки провадження в кримінальних справах зокрема. Остання теза слугує приводом для окремого, у межах наукової статті, дослідження зазначеної проблематики.

¹ Єдиним посібником, в якому більш – менш комплексно розглядались криміналістичні аспекти судового слідства, у тому числі його планування, є книга Л.Є. Ароцкера [2; 3].

План стадії судового провадження у кримінальних справах складається вже під час підготовки до участі в її судовому розгляді, тобто у ході вивчення справи. Це не механічне перерахування матеріалів справи. Головним у цьому процесі виступає їх аналіз, з'ясування рівня повноти досудового дослідження всіх істотних обставин, чи є достатньою інформація, необхідна для правильного вирішення справи, і якщо є прогалини, то як вони можуть бути усунуті¹.

Планування судового провадження у кримінальній справі – складна логічна діяльність суддів, а якщо вести мову про судове слідство, то також обвинувача і захисника. Кожен із них має свої прийоми та принципи цієї діяльності взагалі і щодо планування зокрема.

У ході судового розгляду справи сторони обвинувачення, захисту, суд (суддя) можуть повноцінно діяти, виконувати свої завдання тільки за умови, якщо вони вичерпно ознайомились із наявними у ній доказами, знають їхні сильні та слабкі місця. Це стосується не тільки доказів, які, скажімо, обвинувачення чи захист передбачають використати для підтвердження обраної ними позиції, а також тих, які можуть бути використані стороною протиборства для спростування їхньої позиції; доказів, які можуть призвести до спору, суперечки, неоднозначного тлумачення, можуть змінитись у судовому засіданні тощо.

Уже із ознайомлення зі справою у кожного із професійних учасників процесу повинно скластись чітке уявлення: що саме йому необхідно з'ясувати, дослідити у ході судового розгляду і як це може бути зроблено. На цьому етапі попередньо визначають коло обставин, що підлягають встановленню у даній справі; з'ясовують, які з них встановлені або недостатньо перевірені досудовим слідством; обмірковують, за допомогою яких слідчих дій ці обставини можуть бути найповніше і найбільш достовірно досліджені; як тактично правильно, доцільно виконати ці слідчі дії.

Планування дослідження доказів, як і взагалі методика судового слідства у кримінальних справах (яка також потребує окремого дослідження), ґрунтується на трьох началах: законах кримінальному і кримінально-процесуальному та положеннях, напрацьованих криміналістикою. Отже, не дивно, що у багатьох наукових працях з криміналістики широко висвітлюються одночасно питання і кримінального права, і кримінального процесу: у методиці дослідження доказів під час судового розгляду різних категорій кримінальних справ вони нерозривно пов'язані і розглядати їх відокремлено неможливо.

Відтак план дослідження доказів у судовому розгляді кримінальних справ має містити все те, що потрібно для з'ясування предмета доказування або, за термінологією кримінального процесу, – обставини, що підлягають доказуванню у кримінальній справі. Перелік цих обставин визначається передусім Законом.

¹ Питання методики вивчення матеріалів справи під час підготовки до судового розгляду – це окреме питання. Як саме це робити, – значною мірою залежить від індивідуальних властивостей судді, прокурора, адвоката, а саме від їх пам'яті, вміння критично оцінити, обмірковувати матеріали справи, уміння робити відповідні висновки і накреслювати подальші дії, від досвіду, навичок кожного із них. Головне, щоб у результаті вивчення справи були з'ясовані названі вище питання і накреслений чіткий план дослідження доказів під час судового розгляду.

Відповідно до ст.64 КПК України у будь-якій кримінальній справі підлягають доказуванню: подія злочину (час, місце, спосіб та інші обставини вчинення злочину); винність обвинуваченого у вчиненні злочину і мотиви злочину; обставини, що впливають на ступінь тяжкості злочину, а також обставини, що характеризують особу обвинуваченого, пом'якшують та обтяжують покарання; характер і розмір шкоди, завданої злочином, а також розміри витрат закладу охорони здоров'я на стаціонарне лікування потерпілого від злочинного діяння.

Ці загальні вказівки конкретизуються в кожному конкретному випадку, по-перше, виходячи із кримінально-правової характеристики того чи іншого злочину, наведеної в диспозиції відповідної статті (або частини статті) Особливої частини КК України, а, по-друге, залежно від конкретної періодної криміналістичної (слідчої) ситуації, яка виникає у справі на різних стадіях провадження у ній.

Якщо у кримінальному законі склад злочину описано вичерпно, визначити коло обставин, що підлягають встановленню, нескладно. Наведемо, наприклад, ст.185 КК України, яка передбачає відповідальність за крадіжку: "Таємне викрадення чужого майна (крадіжка) – карається...".

Як впливає із диспозиції цієї статті, з урахуванням примітки до неї, у ході провадження в справі про крадіжку необхідно встановити, що підсудний таємно викрав, тобто навмисно, безоплатно, із корисливою метою вилучив та (або) звернув на свою користь або на користь інших осіб чуже майно, заподіявши відповідну шкоду власнику чи іншій особі, в якій це майно знаходиться в оперативному управлінні.

Однак у багатьох випадках, щоб правильно визначити обставини, що підлягають доказуванню, необхідно розкрити, розтлумачити зміст Особливої частини КК, а отже, виникне потреба опрацювати науковий коментар до цього Кодексу, звернутись до роз'яснень Пленуму Верховного Суду України, підручників з кримінального права, відповідних посібників та методичних матеріалів.

Розглянемо для прикладу ст.367 КК України. Злочинну службову недбалість ця стаття визначає як "невиконання або неналежне виконання службовою особою своїх службових обов'язків через несумлінне ставлення до них, що заподіяло істотну шкоду охоронюваним законом правам, свободам та інтересам окремих громадян, або державним чи громадським інтересам, або інтересам окремих юридичних осіб".

Щоб здобути дані для обґрунтованого вирішення питання про винуватість (або невинуватість) службової особи, необхідно не тільки встановити наявність зазначеного у ст.367 порушення прав і законних інтересів відповідних суб'єктів, скажімо, заподіяння громадянину або організації істотної шкоди (що, здебільшого, робиться), але й з'ясувати цілий комплекс інших питань.

Передусім необхідно встановити, що охоронювані законом права та інтереси порушені саме в результаті дій (або, частіше, бездіяльності) підсудного, а не через якісь інші причини; що заходи, які б могли запобігти такому порушенню, мав вжити підсудний, що входило в коло його службових обов'язків; що, зрештою, ці заходи не були вжиті не через об'єктивні причини, які від нього не залежали (відсутність необхідної кваліфікації, досвіду), а саме внаслідок недбалості, самонадіяності або недобросовісності. Крім того, тут недостатньо обвинувачень у загальній формі, а потрібні конкретні факти, що підтверджуватимуть саме таке ставлення до роботи.

Навіть, на говорячи вже про те, що потрібно встановити, чи підсудний за своїм статусом є службовою особою.

Потреба у з'ясуванні, встановленні цих обставин (або їх спростуванні, якщо мова йде про сторону захисту) повинна бути передбачена планом.

Не менш складно визначити предмет доказування у справах про злочини, відповідальність за які передбачена статтями Особливої частини КК, із так званими бланкетними диспозиціями. Як приклад, наведемо статті про відповідальність за порушення різних правил (вимог): правил безпеки руху або експлуатації залізничного, водного чи повітряного транспорту; вимог охорони праці; правил безпеки на вибухонебезпечних підприємствах; правил ядерної або радіаційної безпеки тощо.

Безпосередні правила, про порушення яких йдеться у статтях КК, зрозуміло, не наводяться, оскільки це неможливо зробити внаслідок їхньої різноманітності та значного об'єму. Але в обвинувальному висновку у вирочі їх необхідно вказати, інакше обвинувачення буде неконкретним. Які саме правила було порушено обвинуваченим (підсудним), має встановити розслідування і судовий розгляд справи.

У КК України, який набрав чинності з 1 вересня 2001 року, передбачена відповідальність за деякі нові як для вітчизняного законодавства злочини, зокрема у сфері економічної діяльності. Оскільки практика у справах щодо таких злочинів поки що незначна (а щодо деяких складів вона взагалі відсутня), можуть виникати значні складнощі під час визначення предмета їх доказування.

Одним із таких злочинів, боротьба з яким у сьогоdnішніх економічних умовах надзвичайно актуальна, – легалізація (відмивання) грошових коштів та іншого майна, здобутих злочинним шляхом (ст.209). У диспозиції статті склад цього злочину описаний досить коротко: "Вчинення фінансових операцій та інших угод з грошовими коштами та іншим майном, здобутих завідомо злочинним шляхом, а також використання зазначених коштів та іншого майна для здійснення підприємницької або іншої господарської діяльності, а також створення організованих груп в Україні чи за її межами для легалізації (відмивання) грошових коштів та іншого майна, здобутих завідомо злочинним шляхом...".

Необхідно виходити з того, що ст.209 КК України скерована проти будь-яких спроб введення незаконно здобутих грошових коштів та іншого майна у легальний обіг, приховання їхнього незаконного походження, надання їм зовні легітимного характеру. Саме у цьому сенс вжитих у назві статті слів "легалізація" і "відмивання"¹.

Необхідної для наукового узагальнення судової практики у справах щодо цього злочину в Україні недостатньо. Щоби правильно визначити коло обставин, які підлягають встановленню у таких справах необхідно, звернутись як до праць, присвячених цій проблемі [13, с.151-154], так і до міжнародних та окремих найновіших внутрішньонаціональних нормативно-правових актів [9, с.415-430]².

¹ Вперше з цим явищем на державному рівні, зіткнулися правоохоронці США за часів сумнозвісного Аль Капоне, який у період дії "сухого закону" легалізував свої злочинні надприбутки через мережу спеціально створених пралень (звідти і пішла назва, яка використовується у повсякденні, – "відмивання брудних грошей" [7, с.160-171].

² Зокрема мова йде про Закон України "Про запобігання та протидію легалізації (відмиванню) доходів, одержаних злочинним шляхом" від 28 листопада 2002 року, який набирає чинності через шість місяців з дня його опублікування, тобто з 11 червня 2003 року [10].

Отже, для того щоб притягнути особу до кримінальної відповідальності згідно із ст.209 КК України, необхідно встановити, що:

а) грошові кошти та інше майно (тобто гроші, цінні папери в українській або іноземній валюті, інше рухоме чи нерухоме майно, а також майнові права й інші об'єкти цивільних прав), про легалізацію яких йде мова, здобуті завідомо злочинним шляхом. Це означає, що предметом цього злочину може бути майно, здобуте тільки в результаті суспільно небезпечного діяння, тобто злочину, а не шляхом адміністративного проступку чи цивільно-правового делікту;

б) із злочинно набутими грошовими коштами та іншим майном проводились фінансові операції (внесено на рахунки у банках; було придбано на ці кошти акції, облигації та інші цінні папери; проведено обмін таких засобів на іноземну валюту; надано їх у кредит та ін.) чи інші угоди або вони використовувались для підприємницької та іншої економічної діяльності (тобто діяльності без мети одержати прибуток, проте такої, що потребує грошових витрат або використання іншого майна для досягнення іншої мети);

в) зрештою, вказівка у диспозиції ст.209 на "завідомо злочинне" походження грошових коштів та іншого майна означає потребу доказати, що особа, яка брала участь у фінансових операціях, інших угодах із грошовими коштами, майном або ж, яка використовувала їх для здійснення підприємницької діяльності, усвідомлювала, що ці кошти та майно здобуті злочинним шляхом, і діяла навмисно, з метою їх легалізації.

Поки що йшла мова, головню, про планування процесу встановлення обставин, які є об'єктивною стороною злочину.

Як уже зазначалось, серед обставин, що підлягають доказуванню, у ст.64 КПК названа також винність обвинуваченого, а це, окрім встановлення факту вчинення саме ним злочину, означає потребу з'ясування суб'єктивної сторони злочину – форми вини: умислу або необережності.

Вивчення практики засвідчує, що прогалини у дослідженні доказів суб'єктивної сторони виступають однією із найпоширеніших причин постановлення необґрунтованих вироків із подальшим їх скасуванням вищими судовими інстанціями.

Такі недоліки виявляються найперше у справах про злочини проти життя і здоров'я громадян. Вони трапляються на практиці, коли виникає, наприклад, питання щодо розмежування умисного і необережного вбивства, вбивства (або замаху на вбивство) і тяжких тілесних ушкоджень, що спричинили або не спричинили смерть потерпілого. Це можна пояснити, зокрема, тим, що у деяких слідчих, прокурорів і суддів немає чіткої уяви про те, які саме обставини мають значення для встановлення суб'єктивної сторони злочину.

Вирішити ці, інколи досить складні ситуації допомагають роз'яснення Пленуму Верховного Суду України [15, с.96-106]. Під час вирішення питання про умисел винного необхідно враховувати сукупність усіх обставин вчиненого діяння і враховувати, зокрема, спосіб та знаряддя злочину, кількість, характер та локалізацію тілесних ушкоджень (наприклад, поранення життєво важливих органів людини), а також докримінальну і посткримінальну поведінку винної особи і потерпілого, їхніх взаємовідносини.

Як свідчить аналіз практики, такі із перелічених обставин, як спосіб, знаряддя злочину, характер спричинених травм, тобто обставин, що входять в об'єктивну сторону злочину, встановлюються, здебільшого, достатньо повно. Однак цього ще не досить для обґрунтованого висновку про зміст умислу, про мету діяння. Аналогічні за своїм характером дії, із застосуванням одних і тих самих знарядь можуть вчинятись як з метою вбивства, так і для заподіяння різного ступеня тяжкості тілесних ушкоджень без умислу на позбавлення життя.

Для чіткого розмежування зазначених діянь необхідно з'ясувати й інші обставини, перелічені у постанові Пленуму. Найперше це взаємовідносини між обвинуваченим і потерпілим до події злочину: чи могли ці відносини за своїм характером спонукати обвинуваченого вчинити вбивство, чи зіткнення між ними було випадковим, скажімо, між ними відбулась бійка, далека, як правило, від такої мети. Доказами умислу на вбивство можуть слугувати, наприклад, висловлювання обвинуваченим погроз, наміру позбавити потерпілого життя, попереднє готування знарядь убивства.

Також важливими є відомості про докримінальну поведінку обвинуваченого і потерпілого (наприклад, хто був ініціатором сварки, бійки) і про поведінку винного після спричинення поранень потерпілому (намагався завдавати і далі поранення або, навпаки, вживав заходів для надання йому допомоги, викликав "швидку допомогу").

У ході планування дослідження доказів у справах про злочини проти особи, як і в багатьох інших справах, не можна залишати без уваги необхідність встановлення причинного зв'язку між діями підсудного та їх результатом, що деколи також становить певну складність.

Окрім вищенаведеного, як уже зазначалось, у ст.64 КПК передбачено встановлення обставини, що характеризують особу обвинуваченого. Здебільшого мова йде про передбачені ст.66, 67 КК України пом'якшуючі та обтяжуючі покарання обставини, що має суттєве значення для встановлення ступеня вини підсудного, за умови визнання його винним, для призначення йому відповідного справедливого покарання. Але буває й так, що від даних про особу значною мірою може безпосередньо залежати рішення про визнання (або невизнання) підсудного винним у вчиненні злочину.

Така увага предмету доказування була нами приділена тому, що саме це зумовлює структуру і зміст плану дослідження у справі доказів.

Далі у криміналістичному контексті проаналізуємо роль сторін та суду в плануванні дослідження доказів у судовому розгляді.

Виходячи з конституційного принципу змагальності судочинства, суд у ході розгляду кримінальних справ здійснює винятково функцію відправлення правосуддя і не повинен підміняти обвинувачення і захист.

Головна роль у дослідженні доказів, а отже, і в плануванні такого дослідження належить саме сторонам – обвинувачу і захиснику.

З урахуванням розбіжності їхніх процесуальних функцій, їхньої позиції, тактичної лінії, що визначилася в результаті вивчення матеріалів досудового розслідування, кожна зі сторін по-різному планує свою участь у дослідженні доказів; далеко не завжди збігаються і їхні пропозиції суду про порядок дослідження доказів.

Головний процесуальний обов'язок державного обвинувача – прокурора – доводити обґрунтованість пред'явленого підсудному обвинувачення. Цим

визначаються, зокрема, і пропозиції обвинувача про порядок судового слідства. Так, якщо говорити про послідовність допиту підсудних у групових справах з позицій обвинувачення, за загальним правилом, доцільно першими допитувати тих, хто визнає себе винним і дає розгорнуті показання: таким шляхом можна здобути найповнішу інформацію про обставини злочину.

Крім того, показання цих підсудних можуть вплинути на інших підсудних і навіть на свідків, попередивши очікувану зміну ними своїх показань, даних на досудовому слідстві з метою виправдання обвинуваченого. З цих же позицій допити зазвичай варто починати не з головних, а другорядних учасників злочину, від яких ймовірніше очікувати правдивих і повних показань (хоча може скластися ситуація, що потребує іншого рішення). Нарешті, обвинувачу іноді доцільно запропонувати допит того чи іншого підсудного, якщо немає інших підсудних, і є підстави побоюватися, що на нього буде чинитиметься тиск (особливо це торкається справ, в яких, поряд з дорослими підсудними, є неповнолітні).

Інші міркування можуть бути в сторони захисту. Відповідно до закону захисник зобов'язаний використовувати всі зазначені законом засоби і способи з метою виявлення обставин, що виправдовують підсудного, пом'якшують його відповідальність. Тобто він, коли для цього є підстави, повинен спростувати докази обвинувачення, безпосередньо вказувати на їхню неприпустимість, невірогідність або недостатність для обґрунтування обвинувачення, наводити нові докази, що свідчать про невинуватість чи меншу винуватість підзахисного. Цим, власне, і визначаються пропозиції захисника щодо порядку дослідження доказів у судовому засіданні.

Якщо, наприклад, є підстави припускати, що показання підсудного, який не визнає себе винним, можуть істотно похитнути обвинувачення, або ж можуть визначати з самого початку основні напрями перевірки і підтвердження згаданих показань, то захиснику доцільно запропонувати суду допитати такого підсудного першим. Однак у багатьох справах важко передбачати, як саме потерпілі та свідки у судовому розгляді озвучать докази обвинувачення.

У таких випадках захисник часто пропонує перенести допит підсудного в завершальну частину судового слідства, щоб той міг дати показання з урахуванням уже досліджених доказів. А іноді (зокрема, якщо суд не погодиться зі згаданою пропозицією) навіть ініціювати відмову підсудного від дачі показань (принаймні, на початку судового слідства).

Саме ці та багато подібних тактичних міркувань зумовлюють пропозиції обвинувача і захисника щодо порядку дослідження в судовому засіданні й інших доказів у конкретних справах.

Окремого акцентування потребує питання про участь у плануванні дослідження доказів суду, точніше – професійних суддів. На сьогодні це питання набуває особливого значення у зв'язку з висловлюваною багатьма юристами думкою про непотрібність, і навіть, недопустимість активної участі суду (судді) в процесі дослідження доказів.

Уже загальновизнано, що норми ст.22, 65-67 КПК України, які покладають на суд нарівні з органами розслідування і прокурором обов'язок повно, всебічно і об'єктивно досліджувати обставини справи, встановлювати обвинувальні та виправдувальні, пом'якшуючі та обтяжуючі відповідальність підсудного обставини,

не узгоджуються з принципом змагальності судочинства, означають підміну судом сторін обвинувачення і захисту, а тому потребує корінного перегляду. Не аналізуючи перебіг дискусії, що відбувається нині з цього приводу у правовій літературі, і не заперечуючи того, що обов'язок дослідження доказів у судовому розгляді покладено передусім на сторони процесу, зауважимо, однак, що суд не може цілком усунутися від участі в процесі доказування.

Стаття 312 проекту КПК України, яка радикальніше, ніж ст.260 чинного КПК України визначає обов'язок головуючого в судовому засіданні щодо дослідження доказів, містить такі положення: "Головуючий в судовому засіданні керує судовим засіданням, спрямовуючи судове слідство на забезпечення повного, всебічного і об'єктивного встановлення обставин, що підлягають доказуванню, і встановлення істини, усуває з судового слідства все те, що не стосується предмета судового розгляду" [12].

Одним із важелів такого спрямування виступають правила щодо встановлення судом, з урахуванням пропозицій та позицій сторін, порядку дослідження доказів. Зрозуміло, що встановлення судом такого порядку у жодному разі не замінює докладного плану їхньої участі в дослідженні доказів. І такий план складає для себе кожна із сторін. В ухвалі суду (постанові судді) зазначається лише перелік та послідовність проведення слідчих дій: в якій черговості допитуватимуться підсудні, потерпілі, свідки, призначені й проведені судові експертизи і допитані експерти, досліджені речові докази та документи. Зрозуміло, що коло запланованих слідчих дій має бути достатнім для того, щоб забезпечувати з'ясування всіх істотних обставин справи.

У планах обвинувачення і захисту повинні бути накреслені зміст і, особливо, методика проведення допитів та інших слідчих дій і що саме повинно бути з'ясовано їх виконанням; які та в якій послідовності мають бути поставлені запитання допитуваним; які в зв'язку з цим процесуальні дії можуть знадобитися (наприклад, очна ставка, пред'явлення для впізнання, відтворення обстановки і обставин події тощо); застосування тих чи інших тактичних прийомів чи технічних засобів, покликаних забезпечити належність, достатність і достовірність одержуваних доказів.

Отже, рішення суду щодо порядку дослідження доказів має офіційний, процесуальний характер і конкретно визначає хід судового слідства, а все, що торкається тактики і методики дослідження доказів, це – предмет планування сторонами. Оскільки суд не відстоює якого-небудь заздалегідь визначеного процесуального інтересу, ці елементи планування (так звані криміналістичні елементи), що значною мірою залежать від процесуальної функції сторони, судом звичайно не плануються.

Якщо ж у результаті здійснення наміченого сторонами дослідження доказів ті чи інші істотні обставини не будуть з'ясовані, суд (суддя), зрозуміло, вправі задати допитуваним додаткові, уточнюючі запитання, за власною ініціативою призначити експертизу, оглянути речові докази та ін. Ці повноваження суду безпосередньо передбачені діючим КПК України як обов'язки суду. Вони зберігаються й у проекті КПК України (ст.354 – 367 проекту). На особливу увагу в цьому контексті заслуговує норма ст.368 проекту: "З метою перевірки і уточнення фактичних даних, одержаних у ході судового слідства, суд мотивованою ухвалою, а суддя – постановою вправі доручити органу, який проводив розслідування, провести перевірку показань на місці,

слідчий експеримент, обшук, виїмку, освідування, ексгумацію трупа, відібрання та вилучення зразків, необхідних для експертного дослідження, або виконати інші слідчі дії. В ухвалі (постанові) зазначається, для з'ясування яких обставин і які саме слідчі дії необхідно провести та встановлюється строк виконання доручення".

Коротко розглянувши питання, пов'язані з формуванням плану дослідження доказів у судовому слідстві, змістом плану й участю в плануванні сторін і суду, доцільно проаналізувати окремі аспекти тактики цього планування, методики складання плану.

Найперше, відзначимо, що планування дослідження доказів – справа індивідуальна і залежить вона як від характеру (обсягу, складності) справи, так і від професійних та особистих якостей прокурора й адвоката.

Розглянемо, для прикладу, справу про хуліганство, в якій двоє підсудних обвинувачуються в побитті людини, що зробила їм зауваження з приводу занадто зухвалого поведіння в громадському місці. Один з підсудних стверджує, що, хоча знаходився на місці події разом із своїми товаришем, сам потерпілому ударів не завдавав. На досудовому слідстві під час допитів потерпілого й очевидців злочину дії кожного з обвинувачуваних не конкретизувалися. Закономірно, що з'ясування цього факту повинне бути головним завданням судового слідства. Готуючись до участі в процесі, достатньо зробити позначки, короткі нотатки питань, які доцільно задати потерпілому, свідкам, підсудним і які дадуть змогу індивідуалізувати дії обвинувачуваних: що кожний з допитуваних бачив сам і що конкретно може сказати про поведінку кожного з підсудних.

Якщо ж йдеться про більш складну справу, в якій залишилось багато нез'ясованих або недостатньо з'ясованих питань і знадобляться не тільки поглиблені допити вже раніше допитаних на досудовому слідстві осіб, але й залучення нових доказів, проведення інших, крім уже виконаних, слідчих дій, у такому випадку необхідний докладний і максимально деталізований план.

Зрозуміло, що тут багато залежить і від особистих якостей юриста: його інтелекту, пам'яті, знань, уміння швидко орієнтуватися в обстановці судового процесу, який часто змінюється, від професійного досвіду прокурора, адвоката, набутих ними навичок, звичок.

Головне, щоб кожен професійний учасник майбутнього судового розгляду мав достатню, чітку і зрозумілу для себе робочу програму дій ходу цього розгляду.

Загальні положення щодо складання, графічного оформлення плану дослідження доказів у суді містяться у посібниках для суддів, прокурорів і адвокатів [4, с.45-60; 10, с.9-16; 8, с.80-82]. Однак важливо врахувати такі рекомендації.

1. Непотрібно перевантажувати план, оскільки це утруднює користування ним у судовому розгляді. У деяких із названих вище посібників пропонується наводити в плані зміст викладених в обвинувальному висновку доказів, на яких ґрунтується обвинувачення, щоб, виходячи з цього, планувати способи їхнього дослідження. Видається, що в цьому немає потреби. Звичайно, у відносно складних справах, бодай, короткий конспект наявних у них істотних доказів (а іноді, особливо, коли можна очікувати, скажімо, зміни показань, одержаних на досудовій стадії, – і навіть дослівний виклад найважливіших з них) необхідний, причому з точною вказівкою томів і аркушів справи, де ці докази знаходяться, щоб їх, у разі потреби, легко можна було знайти. Але це не елемент плану, а результат ознайомлення зі справою,

вихідний матеріал для планування. Власне, ретельне вивчення матеріалів справи, аналіз зібраних доказів, завчасна їхня оцінка – усе це і дає можливість виявити не з'ясовані ще питання, спірні положення, дослідження яких має бути передбачене в плані.

Вищенаведене стосується також різного роду схем, що складаються в результаті вивчення справи (наприклад, схема злочинних зв'язків між підсудними у групових справах), таблиць, що відображають причетність кожного з підсудних до тих чи інших епізодів обвинувачення, та ін. Такі матеріали можуть допомогти передусім обвинувачу орієнтуватися у великій за об'ємом, багатоепізодній, складній справі. Будучи у плані додатками, вони виступають підготовчим етапом його складання, безпосередньо полегшують процес планування.

2. Для більшої зручності користування планом в умовах судового розгляду планування умовно може проводитися на декількох рівнях.

Перший рівень. Загальний план дослідження доказів, в якому визначаються обставини, що підлягають встановленню в поєднанні з криміналістичними засобами та способи цього процесу.

Другий рівень. В об'ємних і складних кримінальних справах може виникнути потреба в окремому плануванні дослідження доказів щодо тих чи інших елементів складу злочину, різних епізодів обвинувачення, стосовно конкретних підсудних. Це можуть бути самостійні плани або розділи загального плану.

Третій рівень. Унаслідок особливої важливості або складності тієї чи іншої наміченої слідчої дії (такої, наприклад, як допит підсудного, потерпілого, свідка, показання якого мають винятково суттєве значення, огляд місця події, відтворення обстановки і обставин події тощо) деколи, поряд із загальним планом, доцільно складати детальний план виконання саме цієї слідчої дії.

Вищевикладене дає підстави дійти такого висновку. План судового слідства – це кінцевий підсумок ходу планування, зовнішній його вираз. Сутність цього процесу полягає у виборі такого порядку й об'єму дослідження доказів, який би забезпечив високу якість судового слідства, його повноту, об'єктивність та всебічність. Цей процес обов'язково потребує застосування напрацьованих криміналістики, зокрема рекомендації щодо періодизації, структури, змісту, суб'єктного складу та форми процесу планування дослідження доказів у ході судового слідства в кримінальних справах.

-
1. Альперт С.А. Обвинение в советском уголовном процессе. – Харьков, 1977.
 2. Ароцкер Л.Е. Использование данных криминалистики в судебном разбирательстве уголовных дел. – М., 1964
 3. Ароцкер Л.Е. Применение государственным обвинителем тактических приемов и методов советской криминалистики. // Поддержание государственного обвинения в суде. – М., 1970.
 4. Воробьев Г.А. Планирование судебного следствия. – М., 1978.
 5. Диканова Т.А., Осипов В.Е. Борьба с таможенными преступлениями и отмыванием "грязных денег": Метод. пособие. – М., 2002.
 6. Європейська конвенція про відмінування, виявлення, вилучення і конфіскацію доходів від злочинної діяльності. 8 листопада 1990 року. //Міжнародні договори України про правову допомогу. – Ужгород, 2000.

7. Закон України "Про запобігання та протидію легалізації (відмиванню) доходів, одержаних злочинним шляхом" від 28 листопада 2002 року. //Урядовий кур'єр, – 2002. – 11 грудня
8. Защита по уголовному делу. – М., 1998.
9. Зейкан Я.П. Захист у кримінальній справі: Науково-практичний посібник. – К., 2002.
10. Кириллова Н.П. Процессуальные и криминалистические особенности поддержания государственного обвинения в суде первой инстанции. – СПб., 1996.
11. Козін А.А., Літвінов О.В. Деякі проблеми застосування статті 209 "Легалізація (відмивання)" грошових коштів та іншого майна, здобутих злочинним шляхом" // Новий Кримінальний кодекс України: Питання застосування і вивчення. – Київ – Харків, 2002. С.151-154.
12. Кримінально-процесуальний кодекс України. Проект робочої групи Кабінету Міністрів України. – К., 2000 (станом на 1 березня 2000 року).
13. Настольная книга судьи. – М., 1972.
14. Нор В.Т., Когутич І.І. та ін. Прокурорський нагляд в Україні. – Львів, 2002
15. Перлов И.Д. Судебное следствие в советском уголовном процессе. – М., 1955.
16. Про судову практику в справах про злочини проти життя і здоров'я людини: постанова Пленуму Верховного Суду України від 1 квітня 1994 р. №1. // Збірник постанов Пленуму Верховного Суду України в кримінальних справах. – Львів, 1998.
17. Сергеев Л.А., Соя-Серко Л.А., Якубович Н.А. Планирование расследования.
18. Стецовский Ю.И. Адвокат в уголовном судопроизводстве. – М., 1972.
19. Чеджемов Т.Б. Судебное следствие. – М., 1978.

CRIMINALISTIC ASPECTS OF PLANNING CRIMINAL TRIAL

I. Kogutych

*Ivan Franko National University of Lviv
Universitetska Str. 1, UA-79000 Lviv, Ukraine*

The significance of preparation and planning of evidence examination for thorough and comprehensive court trial providing is analysed in the article on the basis of criminalistic knowledge. The main attention is paid to the contents of the evidence examination plan during criminal trial. The significance of criminalistic recommendations for programming such examination is emphasized.

Key words: planning, trial, criminalistic recommendations.

Стаття надійшла до редколегії 3.02.2003
Підписана до друку 30.10.2003

ПОНЯТТЯ ТА СТРУКТУРА ЗОВНІШНОСТІ ОСОБИ

І. Жолнович

*Львівський національний університет імені Івана Франка
вул. Університетська, 1, 79000 Львів, Україна*

У статті аналізується склад зовнішності людини. Пропоновано власне визначення ознаки зовнішності і зовнішності особи загалом, а також власний поділ ознак зовнішності людини на види і наводяться аргументи на його підтвердження.

Ключові слова: ознака, властивість, зовнішність, види ознак зовнішності.

Розслідування злочинів і їх профілактика так чи інакше пов'язані з дослідженням різноманітних форм взаємодії людини з матеріальною сферою, які виступають джерелами пізнання подій. Під час процесу розслідування людина виступає в різноманітних якостях, наприклад, у процесуальному плані – обвинуваченим, потерпілим, свідком, упізнаючим, і тим кого впізнають, у трасологічному – тим, хто утворює сліди, чи тим, хто їх сприймає.

Пізнання події злочину здійснюється через дослідження, передусім, людини – підозрюваного, обвинуваченого, в ряді випадків і потерпілого, і свідка, яка володіє максимальною кількістю властивостей, що, відображаючись ззовні, створюють джерела інформації для її розшуку і ототожнення.

Людині властива сукупність фізичних, біологічних і соціальних рис, інформація про які відображається у вигляді матеріальних і ідеальних слідів її діяльності.

Кожне матеріальне тіло характеризується особливими лише йому властивими певними ознаками. І людина в цьому випадку не виняток. Її, як об'єкт криміналістичного дослідження, характеризують багато відображень: сліди рук, ніг, зубів, особливості письма. Важливе місце серед них займають певні ознаки, властивості зовнішності. У кожної людини зовнішній вигляд є суто індивідуальним, який хоч і змінюється з роками, однак залишаються характерні особливості за якими можна її ідентифікувати, навіть якщо і пройшов значний проміжок часу.

Тому правильне встановлення і фіксування ознак зовнішності має велике практичне значення. Зовнішність особи використовується під час проведення різноманітних оперативно-розшукових заходів та багатьох слідчих дій. Такі ознаки можна встановлювати і фіксувати в один час, а їх використання може відбуватися через деякий проміжок часу. Наприклад, ознаки зовнішності підозрюваного зі слів потерпілого фіксуються відразу ж після вчинення злочину, а подальше пред'явлення для впізнання такої особи може відбуватися навіть через декілька місяців.

Останнім часом в Україні не вийшло жодної праці, де б з'ясовувалося питання поняття та структура зовнішності особи, її видів ознак та властивостей. Частков ця проблема відображена у підручниках "Криміналістика", виданих під редакціями П.Д. Біленчука, М.В. Салтєвського, В.Г. Гончаренка та Є.М. Моїсєєва. Зауважимо, що майже така ж сама ситуація була і в колишньому Радянському Союзі. Започаткував дослідження зовнішності людини М.В. Терзієв своєю монографією "Криминалистическое отождествление личности по признакам внешности" (Москва, 1956). Окремі наукові праці з цього питання були видані П.П. Цветковым ("О криминалисти-ческом исследовании внешнего облика человека", Ленінград, 1972);

В.О. Снетковим ("Криминалистическое описание внешности человека", Москва, 1984). Проте у цих працях головна увага приділена питанню класифікації ознак зовнішності особи та порядку проведення криміналістичного опису. Проблему властивостей особи досліджує М.В. Салтевський у своїй монографії "Следы человека и приемы их использования для получения информации о преступнике и обстоятельствах преступления" (Київ, 1983).

У пропонованій статті подано власне бачення автором проблеми поняття та структури зовнішності особи, видів її ознак та властивостей.

У науковій літературі немає одностайності серед науковців щодо визначення структури зовнішності людини: одні вказують, що до її складу входять ознаки, інші – властивості.

Терміни ознака і властивість загалом можна використовувати як синоніми, які не суперечать один одному за змістом. Поняття властивість визначають як якість, ознака, характерні для кого-, чого-небудь [1, с.703], а ознаку – як рису, властивість, особливість кого-, чого-небудь [2, с.655]. Однак, якщо говорити про зовнішність особи як про криміналістичне вчення, то тоді вони є зовсім різними. Щодо цього можна повністю погодитися з П.Д. Біленчуком, який зазначає, що ознака являє собою зовнішній вид, він очевидний і доступний для безпосереднього сприймання, а властивість – це, скоріше за все, внутрішня сторона об'єкта, його якість, яка оточена внутрішніми границями всякого тіла [3, с.148].

Різне трактування виявляється не лише у термінології, а і в тлумаченні самих термінів, особливо це стосується поняття ознака. Одні криміналісти називають зовнішніми ознаками і елементи зовнішності (стать, вік, національність, частини і деталі тіла, функції та ін.) і окремі характеристики (показники) елементів зовнішності (їхню форму, величину, колір, положення, темп, варіацію, функції і ін.). Інші вважають ознаками лише окремі характеристики елементів зовнішності [4, с.124].

Ознака повинна включати певні елементи тіла людини та їхні функції, які в сукупності становитимуть зовнішність людини. Відтак можна сказати, що ознака зовнішності людини – це зовнішній прояв будови чи функції органу тіла, який індивідуалізує особу і сприймається через органи відчуття. Тоді зовнішність людини включатиме всю сукупність зовнішніх ознак людини, які створюють єдиний індивідуально визначений об'єкт.

Недоцільно в науковій літературі проводити відмінності між поняттями ознака і прикмета, оскільки вони є синонімами і мають одну сферу застосування.

Дискусійним у криміналістичній науці є питання поділу ознак на види як складових зовнішності людини. На наш погляд, вирішальним щодо з'ясування цього питання є визначення видів таких ознак за способом їхнього вираження або характером прояву. Тому що подальше їх ділення на види, наприклад за місцем знаходження або чи є вони природного, штучного, чи патологічного походження, вже такого великого визначального значення не матимуть оскільки такому поділу підлягатимуть ознаки за вищенаведеним першим критерієм.

Ми погоджуємося з думкою деяких авторів щодо поділу ознак зовнішності особи на власні і супутні. Власні ознаки – це такі, які належать цій людині як матеріальному тілу. Супутні ж ознаки доповнюватимуть характеристику зовнішності. До них відносять одяг, прикраси, макіяж та ін.

Власні ж ознаки зовнішності особи включають:

- 1) фізично-демографічні ознаки – це вік, ріст, стать, статуру, національність, громадянство та ін. З'ясовувавши такі ознаки, відразу ж вимальовується певний прообраз зовнішності тієї особи, яка встановлюється. Якщо людина, зі слів якої встановлюють ознаки, вказує, що ця особа була, наприклад, "кавказької національності", то можна зробити припущення, що це брюнет або шатен із специфічним тембром голосу, і аж ніяк не блондин;
- 2) анатомічні ознаки – це характеристики зовнішньої будови тіла людини;
- 3) функціональні ознаки характеризуватимуть людину як суб'єкта з вмінням виконувати певну роботу, здійснювати певні рухи;
- 4) особливі прикмети (особливі ознаки) даватимуть специфічну характеристику тих ознак, які притаманні саме цій людині. Це можуть бути різні аномалії, патології як анатомічних так і функціональних ознак. Вони бувають як природного так і штучного походження (шрами, рубці, "заяча губа", татування, кульгавість та ін.)

Чому нами запропоновано такий поділ ознак на види? Про класифікацію ознак на власні і супутні вже зазначалося вище. Можна повністю погодитися з думкою П.П. Цветкова щодо поділу ознак на загальні і власні, який вказує, що такий поділ суперечить головним вимогам побудови будь-якої класифікації, згідно з якими, кожний класифікуючий об'єкт може водночас перебувати тільки в одній ланці системи. Якщо ж дотримуватися запропонованого поділу, то більшість зовнішніх ознак, особливо соматичних, водночас стануть і загальними і власними, тому що вони за своїм розміщенням та співвідношенням мають змішаний загально власний характер. Наприклад, ознаки носа загалом є власними щодо ознак голови й обличчя, але в той же час загальними стосовно ознак спинки і крил носа тощо [4, с.125].

Такі ознаки людини, як стать, вік, ріст, національність, народність не можуть бути віднесеними ні до анатомічних, ні до функціональних, ні до особливих і супутніх ознак зовнішності. П.Д. Біленчук з цих ознак пропонує утворити дві групи ознак: 1) загальнофізичні – ознаки статі, віку; 2) демографічні, які характеризуватимуть певну расу, національність, народність, етнічну групу або іншу популяцію, що населяє певну територію [5, с.236]. Такої ж точки зору дотримується і П.П. Цветков [4, с.125]. На наш погляд, у зв'язку з невеликою кількістю цих ознак, мабуть, недоцільно виокремлювати їх у дві групи, а слід об'єднати в одну.

Головне місце у процесі ототожнення посідають анатомічні ознаки, оскільки вони досить стійкі для спостереження і для сприймання і не потребують створення будь-яких спеціальних умов.

П.Д. Біленчук визначає анатомічні ознаки як особливості зовнішньої будови тіла та скелета людини [6, с.184]. Мабуть, не варто говорити про анатомічні ознаки як про особливості зовнішньої будови тіла людини, оскільки вони містять її загальні характеристики, а такі особливості входять до складу особливих ознак. Враховуючи викладене, не можна погодитися з Р.С. Белкіним, який до складу анатомічних ознак вводить також і стать, і вік, і ріст особи [7, с.337].

П.П. Цветков пропонує анатомічні ознаки називати зовнішньосоматичними або просто соматичними (soma – тіло) [4, с.125].

М.В. Терзієв зазначає, що, оскільки анатомічні ознаки можуть спостерігатися як під час руху людини, так і в стані повного спокою тіла, їх можна назвати статичними. Однак, вважаємо точніше буде називати їх анато-мічними [8, с.6].

На наш погляд, ці ознаки треба називати саме анатомічними. У науковій літературі поняття анатомія (грец. *anatomy* – розсічення, розчленування) визначається як наука про будову і форми організму, органів і тканин людини та тварини. Анатомія людини дає систематизований опис форми, будови, розташування і топографічних взаємовідносин частин тіла і органів з урахуванням їхніх вікових змін, статевих відмінностей та індивідуальних особливостей [9, с.425]. З цього визначення можна зробити висновок, що анатомічні ознаки включатимуть будову і форму органів тіла людини, їхнє взаємне розташування та зміну і розвиток. А саме це і має важливе значення для ідентифікації особи за ознаками зовнішності.

З анатомічними ознаками тісно пов'язані функціональні ознаки. Хоча вони і є різними за своїм вираженням, однак у деяких випадках одна виступає причиною, наслідком іншої. Тут простежується зв'язок органа і функції. Скороченість однієї ноги – анатомічна ознака, а в результаті цього кульгавість – це функціональна ознака. Ці два види ознак зовнішності особи взаємо пов'язуються між собою і в інших подібних випадках.

Визначаючи функціональні ознаки, П.Д. Біленчук вказує, що вони характеризують людину як живу динамічну систему [5, с.237]. Р.С. Белкін точніше визначає – функціональні ознаки виявляються в процесі життє-діяльності людини, характеризуючи його рухові і фізіологічні функції [7, с.338].

Як уже зазначалося, деякі науковці функціональні ознаки називають ще динамічними. На наш погляд, назва функціональні є точнішою, оскільки вони виявляються через функції людини. А термін динамічні скоріше може стосуватися "рухових" функціональних ознак, що в результаті зменшувало б усю сукупність цих ознак і не включало б до них постави, міміки, голосу, мови.

Останню групу власних ознак зовнішності становлять особливі ознаки, або, як їх ще називають, особливі прикмети. На наш погляд, ці поняття є ідентичними.

Має рацію М.П. Яблоков, який зазначає, що особливі ознаки – це ознаки, які рідко трапляються і є, по суті, відхиленнями від нормальної будови чи стану (аномалії). Вони можуть бути вродженими і набутими протягом життя. До анатомічних особливих ознак належать, наприклад, викривлення хребта, сліди віспи, скороченість рук, ніг, зроснені пальці та ін. Функціональні особливі ознаки – це, наприклад, манера тримати голову закинutoю назад або сильно опущеною [10, с.308]. П.Д. Біленчук ще доповнює таке ж визначення тим, що ці ознаки різко вирізняють одну людину з-поміж інших через їх неповторність і незвичність [6, с.184].

В.О. Образцов в окрему групу ознак також виокремлює і помітні ознаки, які порівняно рідкісні, яскраво виражені та легко запам'ятовуються [11, с.239]. Р.С. Белкін помітні ознаки в окрему групу виділяє із особливих ознак [7, с.338].

Як видається, недоцільно виводити помітні ознаки в окрему групу, оскільки за своїм змістом вони ідентичні з особливими прикметами – і перші, і другі рідко трапляються в людини. Вони кидаються у вічі і якщо їх хтось побачить, то легко запам'ятає через їхню неповторність і незвичність.

Деякі науковці у склад зовнішності людини включають властивості. Так М.В. Салтевський поділяє їх на такі види:

1. Фізичні властивості, які відображають будову тіла людини як будь-якого матеріального утворення. Вони своєю чергою поділяються на два підвиди: а)

зовнішні, або анатомічні, які характеризують будову тіла взагалі і його частини зокрема; б) внутрішні, або фізіологічні, які характеризують будову тканин, органів, різноманітні виділення людського тіла в процесі його фізіологічної діяльності.

2. Біологічні властивості, які характеризують людину як біологічну систему, яка функціонує в соціальному середовищі. Відтак біологічні властивості – це певні навички і вміння здійснювати конкретні рухи, наприклад, виконувати графічні знаки при письмі, певні рухи під час роботи, ходьбі, вимовляти звуки і слова.

3. Соціальні властивості, які характеризують людину як особистість на рівні індивідуального і суспільного пізнання. Вони своєю чергою поділяються на такі підвиди:

а) персоно графічні властивості, що характеризують людину як суспільну сутність, яка має прізвище, ім'я, стать, рік, місце народження і проживання, національність, мову, сімейний стан, місце праці, громадянство, судимість і ін.;

б) психофізіологічні і психологічні властивості, які відображають стан людини: пригніченість, веселість, збудженість; характеризують типи нервової системи. Сюди ж слід віднести і фізичні вади: глухоту, сліпоту, слабоумство, різноманітне виродство;

в) світоглядні властивості, що відображають ідейно-політичне обличчя людини, його ідейність, принциповість, вірність, зрадливість, патріотизм, націоналізм, шовінізм, правовий нігілізм;

г) морально-побутові властивості, які характеризують людину в побуті, сім'ї, у малому колективі друзів. До них прийнято відносити: гуманізм, відлюдність, черствість, чесність, нахабство, скромність, ввічливість, цинізм і ін.;

д) виробничо-ділові властивості, що характеризують ставлення людини до праці, колективу, а саме: колективізм, індивідуалізм, працелюбність, лінивість, бережливість, акуратність, безгосподарність, старанність, жадібність, щедрість [12, с.9]. Як бачимо такі види властивостей особи або дублюють власні ознаки її зовнішності, або дають її кримінологічну, психологічну та інші характеристики. Тому властивості особи не слід використовувати під час характеристики її зовнішності. Вони можуть мати важливе значення під час проведення судово-медичних, психіатричних експертиз, інших процесуальних дій.

Пропоноване дослідження слід розглядати як одну із спроб з'ясування суті зовнішності людини, і як пропозицію для подальшого висвітлення цього питання.

-
1. Словник української мови. – К: Наук. думка", 1970. – Т.1, -799с.
 2. Словник української мови. – К: Наук. думка", 1974. – Т.5, -840с.
 3. Криміналістика.: Підручник для слухачів, ад'юнктів, викладачів вузів системи МВС України /П.Д.Біленчук, О.П.Дубовий, М.В.Салтевський, П.Ю.Тимошенко; За ред.акад. П.Д.Біленчука. – К.:АТІКА, 1998. – 416 с.
 4. Цветков П.П. О криминалистическом исследовании внешнего облика человека.//Правоведение.-1972, №2. – март – апрель Изд-во Ленингр. ун-та., 1972 с.121-127.
 5. П.Д.Біленчук, В.К.Лисиченко, Н.І.Клименко та ін. Криміналістика: Підручник.. За ред.П.Д.Біленчука. – 2-ге вид., випр. і доп. – К.: Атіка, 2001.-544с.
 6. Криміналістика (криміналістична техніка): Курс лекцій/ П.Д.Біленчук, А.П.Гель, М.В.Салтевський, Г.С.Семаков. – К.: МАУП, 2001. – 216 с.

7. Аверьянова Т.В., Белкин Р.С., Корухов Ю.Г., Россинская Е.Р. Криминалистика: Учебник для вузов/ Под ред. проф. Р.С.Белкина. – М.:Изд-во НОРМА (Изд. группа "НОРМА – ИНФРА. М"), 2001. – 990 с.
8. Терзиев Н.В. Криминалистическое отождествление личности по признакам внешности: Учеб. пособие. – М. 1956. – 131с.
9. Большая медицинская энциклопедия. / Гл. ред. Б.В.Петровский. 3-е. изд. Т.1-30, М.: Сов. энциклопедия, 1974. Т.1. – 576с.
10. Криминалистика. Учебник для вузов / Отв. ред. проф. Н.П.Яблоков. – М.: Изд-во БЕК, 1995.-708с.
11. Криминалистика / Под ред.. проф. В.А.Образцова.-М.: Юрист, 1995.-592с.
12. М.В.Салтевский. Следы человека и приемы их использования для получения информации о преступнике и обстоятельствах преступления: Лекция. – К.: НИ и РИО Киевской высшей школы МВД СССР им. Ф.Э.Дзержинского, 1983.-44с.

CONCEPT AND STRUCTURE OF HUMAN EXTERIOR

I. Zholnovich

*Ivan Franko National University of Lviv
Universitetska Str. 1, UA-79000 Lviv Ukraine*

The structure of human exterior is analysed in the article. The definitions of human exterior as well as human exterior features are proposed by the author. His own classification of human exterior features is substantiated.

Key words: feature, characteristic, exterior, kinds of human exterior.

Стаття надійшла до редколегії 13.02.2003

Підписана до друку 30.10.2003

ОЗНАКИ І МЕТОДИ ВИЯВЛЕННЯ ІНСЦЕНУВАНЬ НАВМИСНИХ ВБИВСТВ

О. Саїнчин

*Міжнародний гуманітарний університет
юридичний факультет*

У статті зроблено спробу висвітлити взаємодії слідчих і оперативно-розшукових установ щодо сумісних дій під час розробки поняття "криміналістична характеристика вбивств". Накреслені подальші кроки у напрямі розробки методики розкриття та розслідування вбивств, пов'язаних з інсценуванням або приховуванням злочинів.

Ключові слова: злочин, вбивство, вбивство приховане інсценуванням, мета і спосіб убивства, криміналістична класифікація, слідча та оперативна ситуація.

Аналіз наукових і практичних досліджень стосовно тематики вбивств, пов'язаних з інсценуванням, свідчать про її недостатню розробку. Такі науковці, як В.П. Бахін, В.О. Коновалова, В.Ю. Шепітько, В.П. Колмоков, Ю.П. Аленін та деякі інші вивчали проблему розкриття навмисних вбивств у загальному аспекті. Однак проблемам розробки криміналістичної характеристики цього виду вбивств увага приділяється вкрай недостатня.

А проте для аналізу поведінки обвинуваченого (підозрюваного) і встановлення його винності слідчому надзвичайно важливо знати, які чинники спонукали злочинця висувати ту чи іншу виправдовувальну версію, пов'язану з інсценуванням, виявити причину вибору того чи іншого її виду та загалом простежити поведінку обвинуваченого (підозрюваного) після вчинення вбивства в різних ситуаціях.

Науковці криміналісти, зокрема О.Я. Баєв, Р.Ф. Белкін, О.Ф. Волинський, В.О. Коновалова, В.А. Образцов, розглядаючи цю проблему в різні часи, висловлювати з цього приводу різні думки. Так О.Я. Баєв і А.С. Самохтін під інсценуванням розуміють навмисний підбір злочинцем доказів, які у своїй сукупності створюють обстановку, необхідну для вчинення тієї чи іншої конкретної події [1]. Р.С. Белкін тимчасом стверджує, що інсценування злочину є створення обстановки, яка практично не відповідає події, що сталася на цьому місці, і ще може доповнюватися поведінкою і помилковими повідомленнями, як виконавця інсценівки, так і зв'язаних з ним осіб" [2].

Які ж ознаки інсценування і яка криміналістична методика її виявлення?

У тих випадках, коли на стадії порушення кримінальної справи немає повної ясності чи справді відбулося вбивство, чи смерть загиблого викликана іншою причиною, наприклад самогубством слідчий стикається з необхідністю перевірити, чи відбулося у цьому випадку:

- самогубство, подібне за обстановкою на убивство;
- вбивство, яке нагадує деякими своїми ознаками картину самогубства;
- убивство, замасковане інсценуванням.

Отже, передусім слідчий повинен з'ясувати найважливіше для цієї категорії справ питання: виявити причину смерті загиблого та встановити, за яких обставин вона настала.

Від правильного розв'язання досліджуваного питання, що найчастіше має і вирішальне значення, залежить весь подальший хід розслідування. Першою чергою необхідно встановити причину смерті і визначити, чи є вона насильницькою. Відповідь на ці питання слідчий одержує часто вже під час проведення первинних слідчих дій: огляду трупа і місця його виявлення, судово-медичної експертизи трупа і допиту виявлених на місці події свідків. Однак у більшості випадків на початковому етапі слідства питання про рід, а іноді і про причину смерті загиблого ще не з'ясоване.

Якщо не враховувати справи з інсценуванням убивства, скоєного нібито третіми особами, і з версіями про необережний характер вбивства чи про вчинення його в стані необхідної оборони (коли факт убивства очевидний і ніким не заперчується), у всіх інших випадках факт убивства лише передбачається. Саме це припущення і викликає необхідність у порушенні кримінальної справи.

Звідси, природно, випливає, що у всіх справах аналізованої категорії з самого початку розслідування треба висувати версію про убивство незалежно від того, чи є дані про вбивство, замаскованим інсценуванням якою-небудь нейтральною причиною смерті, чи ознаки інсценування відсутні і в наявності просто сумнівний випадок смерті, можливо, викликаний вбивством [3]. Поряд з версією про убивство, слідчий, виходячи з даних судово-медичного дослідження трупа й інших обставин, обов'язково повинний включити в план для ретельної перевірки й інші версії про рід смерті загиблого. Обов'язковій перевірці підлягають також версії, висунуті ким-небудь із членів родини, близьких і знайомих загиблого.

Версії про убивство і версія обвинуваченого (підозрюваного), підтверджувана інсценуванням, треба перевіряти вже в процесі проведення первісних слідчих дій. Оглядаючи місце події і труп, при допиті свідків слідчий обов'язково повинен домагатися одержати відповіді на запитання, які впливають із версії про вбивство. Відповідні запитання слідчий ставить і судово-медичному експерту.

У тих же, у випадках, коли факт убивства очевидний і ніким із близьких осіб чи оточення потерпілого не піддається сумніву, однак учинення злочину або приписується ними стороннім особам, або пояснення як наслідок необхідної оборони, слідчий, поряд із відповідною версією, перевіряє версію про вчинення навмисного, не спровокованого убивства ким-небудь із близьких потерпілого.

Отже, одним із головних тактичних завдань у ситуації, коли немає чіткості стосовно розслідуваної події, є "установлення наявності чи відсутності інсценування, її змісту і спрямованості" [4].

Незалежно від того, чи вдається убивця до інсценування смерті потерпілого від якої-небудь нейтральної причини, чи обмежується висуванням відповідної версії, в обох випадках він переслідує одну мету – ввести в оману слідчого, перешкодити йому, встановити, істину і викрити винного.

Передбачаючи, що слідчий першою чергою оглядатиме труп і навколишнє оточення, злочинець оцінює їхній стан з позиції своєї версії. Якщо він вважає, що місце знаходження трупа, його поза і виявлені на ньому ушкодження, так само, як і вся обстановка місця події, нічим не суперечить поданому їм у своє виправдання поясненню, убивця не вдається до зміни обстановки. Якщо ж обстановка на місці події не відповідає версії злочинця, то він часто створює нові, штучні, сліди й ознаки, спеціально залишає на місці події ті чи інші предмети, тобто інсценує обстановку

нейтральних для нього причин і роду смерті. Однак уважний слідчий, який вміє зіставити факти, завжди може розпізнати інсценування. Пояснюється це тим, що абсолютно точно відтворити обстановку події, що інсценується вбивця не може. Передусім, тому, що коли вбивство вчинено вперше, то злочинець не має досвіду в інсценуваннях. Після вчинення вбивства злочинець майже завжди перебуває у збудженому стані, що не дає йому змоги помітити всіх деталей навколишнього оточення, осмислити значення кожної з них. Далеко не всі сліди убивства, що викривають характер, зрозумілий злочинцю, можуть бути ним цілком знищені чи замасковані.

Відтак розпізнати інсценування слідчий може за такими ознаками:

- випадково не знищеним злочинцем і тому уцілілим слідам і предметам, що є ознаками-наслідками вчиненого ним убивства;
- спеціально перебільшеному, неприродному характеру слідів і предметів, які підтверджують версію про нейтральні причини смерті загиблого;
- за слідами, предметами, ознаками і обставинами, які суперечать обстановці у випадку від нейтральної причини, зазначеної у версії близьких загиблого, що впливає із загальної картини місця події;
- неможливість здійснення дій, що приписуються загиблому;
- суперечності у поясненнях заінтересованих осіб поводження потерпілого і дійсних причин його смерті.

Серед таких негативних обставин найчастіше вказують на інсценування:

- зміни в обстановці місця злочину;
- ознаки боротьби, зокрема сліди самооборони на тілі потерпілого;
- ознаки переміщення трупа з місця, де настала смерть;
- невідповідність розміщення трупних плям позі трупа;
- характер ушкоджень на трупі, що не впливає зі способу й обставин позбавлення життя, описаних у версії близьких загиблого;
- невідповідність зазначеного в цій версії часу смерті загиблого стану трупних явищ, виявлених під час огляду.

Головна властивість негативних обставин полягає в тому, що вони заперечують певне пояснення, певну версію, тобто один і той самий факт виявляється негативною обставиною до однієї версії і водночас може підтверджувати іншу [5].

Розслідуючи справи про убивства, замасковані інсценуванням, слідчий вже в процесі проведення первинних слідчих дій застосовує спеціальні методи, найефективніші для встановлення, чи сталося вбивство чи смерть загиблого була викликана якою-небудь іншою причиною.

Сутність цих методів виражається ось в чому:

1.Зіставлення картини смерті загиблого, даних у поясненнях близьких, з об'єктивними обставинами, встановлюваними первинними слідчими діями, зокрема оглядом трупа на місці його виявлення і судово-медичною експертизою.

2.Зіставлення кожної з виявлених об'єктивних обставин зі звичною обстановкою під час смерті від причини, зазначеної в поясненнях близьких потерпілого чи події, що впливають з обстановки на місці.

3.Виявлення обставин, зокрема негативних, які вказують або на те, що в обстановку внесені навмисні зміни, тобто має місце інсценування, або просто

спростовують версію, висунуту близькими загиблого, і вказують на її свідомо помилковий характер.

4. Виявлення обставин, які прямо чи побічно вказують на те, що смерть загиблого викликана убивством, зокрема, навмисно зробленим ким-небудь з осіб, що висунули версію про нейтральну причину смерті [6].

Перелічені методи застосовуються під час проведення первинних слідчих дій взаємозалежно й одночасно. Це забезпечує цілеспрямованість усієї діяльності слідчого, починаючи вже з початкових дій, спрямованих на встановлення дійсної причини й обставин смерті загиблого.

-
1. Расследование отдельных видов преступлений./Под ред. О.Я.Баева. -Воронеж, 1986. – С.43
 2. Криминалистика./ Под ред. А.Ф. Волынского. – М.,1999. – С.246; Криминалистика./ Под ред.В.А.Образцова. – М.,1999. – С.594
 3. О понятии следственных версий, основаниях их выдвижения, классификации: Васильев А.Н. Следственная тактика. – М.,1976;
 4. Ларин А.М. От следственной версии – к истине. – М.,1976;
 5. Пешак Ян. Следственные версии. – М.,1976;
 6. Арцишевский Л.Я. Выдвижение и проверка следственных версий. – М.,1978.
 7. Аленин Ю.П., Тищенко В.В. Особенности расследования тяжких преступлений против личности. – Одесса: Бахва, 1996. – С.15
 8. Під негативними обставинами розуміють такі факти і сліди, які не відповідають суперечать фактам, які є звичайними і необхідними під час певної події чи поясненнями певних осіб, що нібито подія тоді відбувалась. Расследование отдельных видов преступлений/ Под ред. О.Я.Баева. – Воронеж, 1986; Медведев С. Негативные обстоятельства и их использование в раскрытии преступлений. – Волгоград, 1973.
 9. Мудьюгин Г.Н. Расследование убийств, замаскированных инсценировками. – М.,1973. – С.28-29.

FEATURES AND METHODS OF DISCLOSURE OF STAGING WILLFUL HOMICIDES

O. Sainchin

International Humanitarian University

The author of the article attempts to elucidate the cooperation of investigative and operative-research institutions in the joint activities of elaborating the concept "criminalistic characteristics of homicides". The further steps concerning the development of methods of disclosure and investigation of crimes connected with the staging or concealment of crimes are described.

Key words: crime, homicide, homicide concealed by staging, purpose and way of homicide, criminalistic classification, investigative and operative situation.

Стаття надійшла до редколегії 7.04.2003

Підписана до друку 30.10.2003

ЗМІСТ

ПРАВА ЛЮДИНИ

<i>І. Панкевич</i> ПРОБЛЕМИ ВИКЛАДАННЯ ПРАВ ЛЮДИНИ У ВИЩИХ НАВЧАЛЬНИХ ЗАКЛАДАХ	3
<i>І. Сенюта</i> СИСТЕМА ПРАВ ГРОМАДЯН УКРАЇНИ У СФЕРІ ОХОРОНИ ЗДОРОВ'Я.....	8

ЗАГАЛЬНА ТЕОРІЯ ДЕРЖАВИ І ПРАВА

<i>Н. Раданович</i> ОСОБЛИВОСТІ ДІЇ МІЖНАРОДНИХ ДОГОВОРІВ НА ТЕРИТОРІЇ ДЕРЖАВИ.....	14
<i>М. Рісний</i> ДЕТЕРМІНАНТИ ПРАВОЗАСТОСУВАЛЬНОГО РОЗСУДУ	21
<i>М. Дамірлі</i> ПРАВОВА НАУКА – САМОСТІЙНИЙ ОБ'ЄКТ ТЕОРЕТИЧНОЇ САМОРЕФЛЕКСІЇ.....	28

ІСТОРІЯ ДЕРЖАВИ І ПРАВА

<i>Г. Федущак-Паславська</i> ІНСТИТУТИ РЕЧОВОГО ПРАВА У РИМСЬКОМУ ПРИВАТНОМУ ПРАВІ.....	33
<i>Б. Тищик, Л. Правосудько</i> НАНТСЬКИЙ ЕДИКТ 1598 РОКУ – ПЕРША СПРОБА ПРАВОВОГО ЗАХИСТУ РЕЛІГІЙНОЇ СВОБОДИ У ФРАНЦІЇ	40
<i>М. Демкова</i> ЦИВІЛЬНЕ ПРАВО ЗА ВІРМЕНСЬКИМ СТАТУТОМ 1519 р.....	48
<i>М. Кобилецький</i> САМОВРЯДУВАННЯ У МІСТІ ЖОВКВИ ЗА МАГДЕБУРЗЬКИМ ПРАВОМ (ДО 400-РІЧЧЯ З ДНЯ НАДАННЯ)	56
<i>І. Бойко</i> СОЦІАЛЬНО-ПРАВОВЕ СТАНОВИЩЕ ВІРМЕНСЬКОЇ ГРОМАДИ МІСТА ЗОЛОЧЕВА (XVI-XVIII ст.)	63
<i>П. Гураль</i> ТЕРИТОРІАЛЬНІ ГРОМАДИ МІСТ ГЕТЬМАНЩИНИ ТА ЇХ ВИКОНАВЧИЙ АПАРАТ	68
<i>Н. Сфремова</i> ХАРАКТЕРИСТИКА МЕМОРІАЛУ П. ОРЛИКА "ВИВІД ПРАВ УКРАЇНИ" ТА ЙОГО ЗАГАЛЬНЕ ЗНАЧЕННЯ ДЛЯ РОЗВИТКУ УКРАЇНСЬКОЇ ПОЛІТИКО-ПРАВОВОЇ ДУМКИ ПОЧАТКУ XVIII ст.	77
<i>І. Настасяк</i> ІСТОРИКО-ПРАВОВИЙ АНАЛІЗ ВХОДЖЕННЯ ГАЛИЧИНИ ДО СКЛАДУ АВСТРІЙСЬКОЇ ІМПЕРІЇ	84

<i>В. Кульчицький, Л. Пристаи</i> ГАЛИЦЬКЕ НАМІСНИЦТВО: СТРУКТУРА І ДІЯЛЬНІСТЬ	90
<i>В. Качур</i> ДЕРЖАВНО-ПРАВОВИЙ РОЗВИТОК КАНАДИ В XVII – 60-х РОКАХ XIX ст. (СТАН РОЗРОБКИ ПРОБЛЕМИ ТА ОГЛЯД ЛІТЕРАТУРИ).....	95
<i>О. Сидорчук</i> УЧАСТЬ ПРИСЯЖНИХ ЗАСІДАТЕЛІВ У СУДОВОМУ ПРОЦЕСІ ЗА СУДОВИМИ СТАТУТАМИ 1864 РОКУ	106
<i>Л. Ясінська</i> НОТАРІАТ В ГАЛИЧИНІ ЗА АВСТРІЙСЬКИМ ПОЛОЖЕННЯМ 1871 р.	112
<i>І. Гловацький</i> ОСОБЛИВОСТІ РОЗВИТКУ ІНСТИТУТУ АДВОКАТУРИ НА ЗЕМЛЯХ СХІДНОЇ ГАЛИЧИНИ І БУКОВИНИ	119
<i>Б. Ринажевський</i> ГУЦУЛЬСЬКА РЕСПУБЛІКА 1918-1919 рр. ТА ЇЇ ПРАВОВИЙ СТАТУС	128
<i>О. Липитчук</i> ПОЛЬСЬКИЙ КРИМІНАЛЬНО-ПРОЦЕСУАЛЬНИЙ КОДЕКС 1928 р. ТА ЙОГО ХАРАКТЕРИСТИКА	136

КОНСТИТУЦІЙНЕ ПРАВО

<i>П. Стецюк</i> КОНСТИТУЦІЯ ЯК ФОРМА ПРАВОВОГО ЗАКРІПЛЕННЯ ЗМІНИ ВЛАДНИХ ВІДНОСИН В ДЕРЖАВІ ПРИ ПЕРЕХОДІ ВІД ТОТАЛІТАРНОГО РЕЖИМУ ДО ДЕМОКРАТИЧНИХ ФОРМ ПРАВЛІННЯ	145
<i>А. Савчак</i> СТАНІСЛАВ ДНІСТРЯНСЬКИЙ ПРО КОНСТИТУЦІЮ ДЕРЖАВИ	153
<i>В. Кіселичник</i> ІСТОРІЯ МІСЦЕВОГО САМОВРЯДУВАННЯ – СКЛАДОВА НАУКИ ПРО МІСЦЕВЕ САМОВРЯДУВАННЯ	160
<i>О. Бориславська</i> ПОЄДНАННЯ ФОРМ БЕЗПОСЕРЕДНЬОЇ І ПРЕДСТАВНИЦЬКОЇ ДЕМОКРАТІЇ У ЗДІЙСНЕННІ МІСЦЕВОГО САМОВРЯДУВАННЯ В УКРАЇНІ	168
<i>М. Гіряк</i> ЄВРОПЕЙСЬКИЙ ВИБІР ТА МІСЦЕВЕ САМОВРЯДУВАННЯ УКРАЇНИ: СТЕР ВУ СТЕР (КОНСТИТУЦІЙНО – ПРАВОВІ АСПЕКТИ)	174
<i>В. Гіряк</i> ДЖЕРЕЛА КОНСТИТУЦІЙНО-ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ КОМУНАЛЬНОЇ ВЛАСНОСТІ В УКРАЇНІ	182
<i>І. Переш</i> ТРАДИЦІЇ КОНСТИТУЦІЙНОГО ПРАВОСУДДЯ ЧЕХОСЛОВАЧЧИНИ: ДЕЯКІ АСПЕКТИ ПРОБЛЕМИ	191

АДМІНІСТРАТИВНЕ І ФІНАНСОВЕ ПРАВО

<i>Грегорі Лекс</i> РАДНИК З ПИТАНЬ ЕТИКИ.....	197

<i>О. Заверуха</i> АДМІНІСТРАТИВНА ЮСТИЦІЯ: ПОНЯТТЯ, ПРАВОВИЙ ЗМІСТ, ХАРАКТЕРНІ ОЗНАКИ	212
<i>А. Школик</i> ПЕРСПЕКТИВИ АДМІНІСТРАТИВНОЇ РЕФОРМИ В УКРАЇНІ	219
<i>Н. Янюк</i> ПОНЯТТЯ "ПОСАДОВА ОСОБА": ОСНОВНІ ЕТАПИ ДОСЛІДЖЕННЯ В АДМІНІСТРАТИВНО-ПРАВОВІЙ НАУЦІ І ЗАКОНОДАВСТВІ	224
<i>М. Якимчук</i> ТЕОРЕТИКО-ПРАВОВІ ЗАСАДИ ТА СИСТЕМА ПРИНЦИПІВ УПРАВЛІННЯ В ОРГАНАХ ПРОКУРАТУРИ УКРАЇНИ	231
<i>І. Заверуха</i> ПРАВОВІ ПРОБЛЕМИ РЕСТРУКТУРИЗАЦІЇ ДЕРЖАВНОГО ВНУТРІШНЬОГО БОРГУ УКРАЇНИ	240
<i>О. Орлюк</i> ПРАВОВІ ЗАСАДИ ДІЯЛЬНОСТІ БАНКІВСЬКОГО СЕКТОРУ УКРАЇНИ	246
<i>В. Косаняк</i> ОПЕРАТИВНА САМОСТІЙНІСТЬ СУБ'ЄКТІВ ФІНАНСОВО-ПРАВОВИХ ВІДНОСИН ЯК ОДНА ІЗ ОЗНАК МЕТОДУ ФІНАНСОВО-ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ	254
<i>Н. Пришва</i> ОСОБЛИВОСТІ ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ ЗБОРІВ ЗА ВИКОРИСТАННЯ ПРИРОДНИХ РЕСУРСІВ	266

ЦИВІЛЬНЕ, ПІДПРИЄМНИЦЬКЕ ТА ЦИВІЛЬНО-ПРОЦЕСУАЛЬНЕ ПРАВО

<i>О. Яворська</i> ПРОБЛЕМНІ ПИТАННЯ ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ ДІЯЛЬНОСТІ АКЦІОНЕРНИХ ТОВАРИСТВ	273
<i>В. Косак</i> ЗАХИСТ ПРАВ ІНТЕЛЕКТУАЛЬНОЇ ВЛАСНОСТІ, ЯКІ ЗДІЙСНЮЮТЬСЯ У ВИГЛЯДІ ІНОЗЕМНОЇ ІНВЕСТИЦІЇ	280
<i>Л. Винар</i> ПРОБЛЕМА ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ ЮРИДИЧНИХ ОСІБ, ЗАСНОВАНИХ НА ДЕРЖАВНІЙ ВЛАСНОСТІ	286
<i>М. Колонтирська</i> ЗМІСТ ДОГОВОРУ ПОСТАВКИ ПРОДУКЦІЇ ДЛЯ ДЕРЖАВНИХ ПОТРЕБ	293
<i>С. Лепех</i> ЗМІНА УМОВ ТА РОЗІРВАННЯ КРЕДИТНОГО ДОГОВОРУ: ДЕЯКІ НЕДОЛІКИ ЗАКОНОДАВЧОГО РЕГУЛЮВАННЯ	300
<i>С. Сеник</i> СТОРОНИ ДОГОВОРУ СУБПІДРЯДУ НА КАПІТАЛЬНЕ БУДІВНИЦТВО	305
<i>О. Ярешко</i> КАТЕГОРІЯ "ДІЛОВА РЕПУТАЦІЯ" В ЦИВІЛЬНОМУ ПРАВІ	310
<i>Р. Лемик</i> СУДОВО-ПСИХОЛОГІЧНА ЕКСПЕРТИЗА (ІСТОРИКО-ПРАВОВИЙ АСПЕКТ)	316

<i>Л. Фединяк</i> ОКРЕМІ ПИТАННЯ КОДИФІКАЦІЇ НОРМ МІЖНАРОДНОГО ЦИВІЛЬНОГО ПРОЦЕСУ В СУЧАСНИХ ІНОЗЕМНИХ ДЕРЖАВАХ	321
<i>Н. Якібчук</i> ПОШИРЕННЯ НЕПРАВДИВИХ ВІДОМОСТЕЙ ЯК ПІДСТАВА ВИНИКНЕННЯ ПРАВА НА ЗАХИСТ ВІД НЕДОБРОСОВІСНОЇ ІНФОРМАЦІЇ	327
<i>В. Цікало</i> СФЕРА ЗАСТОСУВАННЯ ДАВНОСТІ ПРИМУСОВОГО ВИКОНАННЯ ДОБРОВІЛЬНО НЕВИКОНАНОГО ОБОВ'ЯЗКУ	333
<i>М. Михайлів</i> ПРАВОВІ ЗАХОДИ ЗАОХОЧЕННЯ МІЖНАРОДНОЇ ТЕХНІЧНОЇ ДОПОМОГИ	340
<i>О. Пунда</i> ПРАВОВЕ РЕГУЛЮВАННЯ ВИКОРИСТАННЯ РЕПРОДУКТИВНИХ ТЕХНОЛОГІЙ В УКРАЇНІ	347

ТРУДОВЕ ПРАВО ТА ПРАВО СОЦІАЛЬНОГО ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ

<i>М. Дулик</i> СУЧАСНА НАУКА ТРУДОВОГО ПРАВА: ПРОБЛЕМИ РОЗВИТКУ В КОНТЕКСТІ НЕОБХІДНОСТІ РЕФОРМУВАННЯ ТРУДОВОГО ЗАКОНОДАВСТВА	352
<i>П. Пилипенко</i> ПРО ПІДГОТОВКУ НОВОГО ТРУДОВОГО КОДЕКСУ	357
<i>В. Бурак</i> ДО ПИТАННЯ ПРО ДЖЕРЕЛА ПРАВА СОЦІАЛЬНОГО ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ	362
<i>Д. Леицух</i> ОФОРМЛЕННЯ ТРУДОВОГО ДОГОВОРУ: ПРОБЛЕМИ ТЕРМІНОЛОГІЇ ТА ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ	369
<i>С. Синчук</i> ПРО ПОНЯТТЯ ТА ОСОБЛИВОСТІ СОЦІАЛЬНОГО СТРАХУВАННЯ	375
<i>Л. Русаль</i> ПОДІЇ ЯК ПІДСТАВА ПРИПИНЕННЯ ТРУДОВОГО ДОГОВОРУ	382

ЗЕМЕЛЬНЕ ТА АГРАРНЕ ПРАВО

<i>Н. Титова</i> ЗЕМЕЛЬНИЙ КОДЕКС УКРАЇНИ МІГ БИ БУТИ КРАЩИМ	388
<i>М. Дмух</i> ВИДІЛЕННЯ В НАТУРІ (НА МІСЦЕВОСТІ) ЗЕМЕЛЬНОЇ ЧАСТКИ (ПІАЮ) ЯК СПОСІБ НАБУТТЯ ГРОМАДЯНАМИ ПРАВА ВЛАСНОСТІ НА ЗЕМЛЮ: ОСОБЛИВОСТІ ПРАВОВОЇ РЕГЛАМЕНТАЦІЇ	394

КРИМІНАЛЬНЕ ПРАВО ТА КРИМІНОЛОГІЯ

<i>В. Бурдін</i> ОКРЕМІ ПИТАННЯ СУБ'ЄКТА ЗЛОЧИНУ В КРИМІНАЛЬНОМУ ПРАВІ	399

<i>В. Грициук</i> ВБИВСТВО ЧЕРЕЗ НЕОБЕРЕЖНІСТЬ ЗА КРИМІНАЛЬНИМ КОДЕКСОМ УКРАЇНИ 2001 РОКУ	405
<i>В. Гордієнко</i> СОЦІАЛЬНА ЗУМОВЛЕНІСТЬ КРИМІНАЛІЗАЦІЇ СУСПІЛЬНО НЕБЕЗПЕЧНИХ ДІЯНЬ У ВІДНОСИНАХ БАНКРУТСТВА В УКРАЇНІ	418
<i>Б. Кириць</i> ДОВІЧНЕ ПОЗБАВЛЕННЯ ВОЛІ ЯК ВИД ПОКАРАННЯ ЗА КРИМІНАЛЬНИМ ПРАВОМ УКРАЇНИ	426
<i>В. Навроцький</i> ПОНЯТТЯ ТА ОЗНАКИ МІЖНАРОДНИХ ЗЛОЧИНІВ	437
<i>С. Лихова</i> ОКРЕМІ ПИТАННЯ ВДОСКОНАЛЕННЯ КРИМІНАЛЬНОГО ЗАКОНОДАВСТВА ЩОДО ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ ЗА ПОРУШЕННЯ ПРАВА ГРОМАДЯН УКРАЇНИ НА УЧАСТЬ У РЕФЕРЕНДУМАХ	445
<i>Л. Брич</i> СПІЛЬНІ ТА РОЗМЕЖУВАЛЬНІ ОЗНАКИ СКЛАДІВ ЗЛОЧИНІВ, ПЕРЕДБАЧЕНИХ СТ.130 КК УКРАЇНИ "ЗАРАЖЕННЯ ВІРУСОМ ІМУНОДЕФІЦИТУ ЛЮДИНИ ЧИ ІНШОЇ НЕВИЛКОВНОЇ ІНФЕКЦІЙНОЇ ХВОРОБИ", ІЗ СУМІЖНИМИ СКЛАДАМИ ЗЛОЧИНІВ	454
<i>М. Голомша</i> ОБ'ЄКТИ СКЛАДУ ЗЛОЧИНУ: "ВТЕЧА З МІСЦЯ ПОЗБАВЛЕННЯ ВОЛІ АБО З-ПІД ВАРТИ"	468
<i>М. Сенько</i> СУБ'ЄКТИВНА СТОРОНА САМОВІЛЬНОГО ЗАЛИШЕННЯ ВІЙСЬКОВОЇ ЧАСТИНИ АБО МІСЦЯ СЛУЖБИ	475
<i>К. Марисюк</i> ПРАВОВЕ ВРЕГУЛЮВАННЯ ЕУТАНАЗІЇ ЗА ЗАКОНОДАВСТВОМ АВСТРАЛІЇ	486
<i>А. Романюк</i> ОРГАНІЗАЦІЯ ЗАХИСТУ НЕПОВНОЛІТНІХ У КРИМІНАЛЬНОМУ СУДОЧИНСТВІ США	493
<i>Т. Марітчак</i> ЗАПОБІГАННЯ ПОМИЛКАМ У КВАЛІФІКАЦІЇ ЗЛОЧИНІВ	502

КРИМІНАЛЬНИЙ ПРОЦЕС ТА КРИМІНАЛІСТИКА

<i>А. Маланюк</i> СПЕЦІАЛЬНІ ПРИНЦИПИ НАДАННЯ ПРАВОВОЇ ДОПОМОГИ У СФЕРІ КРИМІНАЛЬНОГО СУДОЧИНСТВА	510
<i>С. Писарчук</i> ДО ПИТАННЯ ПРО ПРОЦЕСУАЛЬНИЙ СТАТУС СЛІДЧОГО В УКРАЇНІ	519
<i>В. Нор, О. Крикунов</i> ПСИХОЛОГІЧНИЙ ПІДХІД ДО ТЛУМАЧЕННЯ ПОНЯТТЯ "МОРАЛЬНА ШКОДА"	523
<i>В. Самолюк</i> ОБСЯГ ДІЄЗДАТНОСТІ ОСОБИ ТА ЇЇ ЗАКОННЕ ПРЕДСТАВНИЦТВО У КРИМІНАЛЬНОМУ ПРОЦЕСІ	530
<i>Н. Бобечко</i> ЗЛОВЖИВАННЯ ПОСАДОВИХ ОСІБ, ЯКІ ВЕДУТЬ КРИМІНАЛЬНИЙ ПРОЦЕС ЯК ОДНА З ПІДСТАВ ДЛЯ ПЕРЕГЛЯДУ СУДОВИХ РІШЕНЬ ЗА НОВОВІЯВЛЕНИМИ ОБСТАВИНАМИ	538

<i>Л. Кульчак</i> ПРО ВИНИКНЕННЯ І РОЗВИТОК ІНСТИТУТУ КАСАЦІЇ У КРИМІНАЛЬНОМУ ПРОЦЕСІ УКРАЇНИ	546
<i>А. Павлишин</i> ПІДСТАВИ СТЯГНЕННЯ СУДОВИХ ВИТРАТ У КРИМІНАЛЬНОМУ ПРОЦЕСІ УКРАЇНИ	552
<i>О. Калужна</i> ОБШУК В СПРАВАХ ПРО ФАЛЬШИВОМОНЕТНИЦТВО	558
<i>Я. Береський, І. Швець</i> ОСОБЛИВОСТІ ПОЧАТКОВОГО ЕТАПУ РОЗСЛІДУВАННЯ КОНТРАБАНДИ НАРКОТИЧНИХ ЗАСОБІВ, ПСИХОТРОПНИХ РЕЧОВИН ТА ПРЕКУРСОРІВ	565
<i>Р. Єзерський</i> КРИМІНАЛІСТИЧНА ТЕХНІКА І НАУКОВО-ТЕХНІЧНИЙ ПРОГРЕС	573
<i>І. Козутич</i> КРИМІНАЛІСТИЧНІ АСПЕКТИ У ПЛАНУВАННІ СУДОВОГО РОЗГЛЯДУ КРИМІНАЛЬНИХ СПРАВ	582
<i>І. Жолнович</i> ПОНЯТТЯ ТА СТРУКТУРА ЗОВНІШНОСТІ ОСОБИ	593
<i>О. Саїнчин</i> ОЗНАКИ І МЕТОДИ ВИЯВЛЕННЯ ІНСЦЕНУВАНЬ НАВМИСНИХ ВБИВСТВ	599

CONTENTS

HUMAN RIGHTS

<i>I. Pankevych</i> ISSUES OF HUMAN RIGHTS TEACHING IN THE INSTITUTIONS OF HIGHER LEARNING	3
<i>I. Seniuta</i> THE SYSTEM OF CITIZENS' RIGHTS IN THE SPHERE OF HEALTH PROTECTION.....	8

GENERAL THEORY OF LAW AND THE STATE

<i>N. Radanovych</i> THE PECULIARITIES OF THE INTERNATIONAL TREATIES OPERATION WITHIN THE TERRITORY OF THE STATE.....	14
<i>M. Risnyy</i> THE DETERMINANTS OF LAW-APPLYING DISCRETION	21
<i>M. Damirli</i> LEGAL SCIENCE AS INDEPENDENT OBJECT OF THEORETICAL SELF- REFLECTION.....	28

HISTORY OF THE STATE AND LAW

<i>H. Fedushchak – Paslavska</i> THE INSTITUTES OF PROPERTY LAW IN ROMAN PRIVATE LAW	33
<i>B. Tyshchuk L. Pravosudko</i> THE EDICT OF NANTES (EDICT OF PACIFICATION) OF 1598 – FIRST ATTEMPT TO PROTECT FREEDOM OF RELIGION IN FRANCE	40
<i>M. Demkova</i> CIVIL LAW UNDER THE ARMENIAN STATUTE OF 1519	48
<i>M. Kobyletskiy</i> SELF-GOVERNMENT OF ZHOVKVA TOWN UNDER MAGDEBURG LAW	56
<i>I. Boyko</i> SOCIO-LEGAL STATUS OF ARMENIAN COMMUNITY IN ZOLOCHIV IN XVI–XVIII CENTURIES.....	63
<i>P. Gural</i> TERRITORIAL COMMUNITIES OF HETMANSHCHYNA'S TOWNS AND THEIR EXECUTIVE MACHINERY	68
<i>N. Efremova</i> CHARACTERISTICS OF P. ORLYK'S MEMORIAL "UKRAINE'S RIGHTS CODE" AND ITS GENERAL SIGNIFICANCE FOR THE UKRAINIAN POLITICO-LEGAL THOUGHT OF EARLY XVIII CENTURY	77

<i>I. Nastasyak</i> HISTORICAL AND LEGAL ANALYSIS OF GALYCHYNA ENTERING INTO THE AUSTRIAN EMPIRE	84
<i>V. Kulchytskij, L. Prystash</i> VICEGERENCY OF GALYCHYNA: STRUCTURE AND ACTIVITY	90
<i>V. Kachur</i> STATE-LEGAL DEVELOPMENT OF CANADA IN THE XVII – 60s OF THE XIX CENTURIES (STATE OF PROBLEM ELABORATION AND LITERATURE SURVEY)	95
<i>O. Sydorchuk</i> PARTICIPATION OF THE JURY IN LEGAL PROCEEDINGS UNDER THE 1864 JUDICIAL STATUTES	106
<i>L. Yasins'ka</i> THE NOTARY IN GALYCHYNA UNDER THE AUSTRIAN PROVISIONS OF 1871	112
<i>I. Glovatskiy</i> PECULIARITIES OF ADVOCACY INSTITUTION DEVELOPMENT IN EASTERN GALYCHYNA AND BUKOVYNA	119
<i>B. Rynazhevskiy</i> THE HUTSUL REPUBLIC OF 1918-1919 AND ITS LEGAL STATUS	128
<i>O. Lypychuk</i> THE 1929 POLISH CODE OF CRIMINAL PROCEDURE.....	136

CONSTITUTIONAL LAW

<i>P. Stetsyk</i> CONSTITUTION AS FORM OF LEGAL FIXATION OF STATE POWER RELATIONS' CHANGES UNDER TRANSITION FROM THE TOTALITARIAN REGIME TO THE DEMOCRATIC FORMS OF GOVERNING	145
<i>A. Savchak</i> STANISLAV DNISTRYANS'KYI ABOUT THE CONSTITUTION OF THE STATE	153
<i>V. Kiselychnyk</i> THE HISTORY OF LOCAL SELF-GOVERNMENT AS COMPONENT OF LOCAL SELF-GOVERNMENT SCIENCE	160
<i>O. Boryslavska</i> INCORPORATION OF DIRECT AND REPRESENTATIVE DEMOCRACY FORMS IN LOCAL SELF-GOVERNMENT REALIZATION IN UKRAINE.....	168
<i>M. Hirnyak</i> EUROPEAN CHOICE AND LOCAL SELF-GOVERNMENT OF UKRAINE: STEP BY STEP (CONSTITUTIONAL-LEGAL ASPECTS).....	174
<i>V. Hirniak</i> SOURCES OF CONSTITUTIONAL-LEGAL REGULATION OF MUNICIPAL PROPERTY IN UKRAINE	182
<i>I. Peresh</i> TRADITIONS OF CZECHOSLOVAKIA'S CONSTITUTIONAL JUSTICE: SOME ASPECTS OF THE PROBLEM.....	191

ADMINISTRATIVE AND FINANCIAL LAW

<i>G. Lacko</i> ETHICS COUNSELLOR	197
<i>O. Zaverukha</i> ADMINISTRATIVE JUSTICE: CONCEPT, LEGAL CONTENT AND FEATURES.....	212
<i>A. Shkolyk</i> PERSPECTIVES OF ADMINISTRATIVE REFORM IN UKRAINE	219
<i>N. Yanyuk</i> THE NOTION "AN OFFICIAL": BASIC STAGES OF RESEARCH IN ADMINISTRATIVE LAW SCIENCE AND LEGISLATION.....	224
<i>M. Yakymchuk</i> THEORETICAL-LEGAL BASICS AND SYSTEM OF PRINCIPLES OF ADMINISTERING THE PROSECUTING BODIES OF UKRAINE.....	231
<i>I. Zaveruha</i> LEGAL ISSUES OF RESTRUCTURING STATE INTERNAL DEBT OF UKRAINE.....	240
<i>H. Orlyuk</i> LEGAL PRINCIPLES OF BANKING SECTOR ACTIVITY IN UKRAINE.....	246
<i>V. Kosanyak</i> OPERATIVE INDEPENDENCE OF FINANCIAL-LEGAL RELATIONS' SUBJECTS AS ONE OF THE FEATURES OF FINANCIAL- LEGAL REGULATION METHOD	254
<i>N. Pryshva</i> THE PECULIARITIES OF THE LEGAL REGULATION OF FEES FOR NATURAL RESOURCES USAGE.....	266

CIVIL, COMMERCIAL LAW AND LAW OF CIVIL PROCEDURE

<i>O. Yavorska</i> TASK ISSUES OF LEGAL REGULATION OF JOINT-STOCK COMPANIES ACTIVITY	273
<i>V. Kossak</i> PROTECTION OF INTELLECTUAL PROPERTY RIGHTS REALIZED IN THE FORM OF FOREIGN INVESTMENTS.....	280
<i>L. Vynar</i> RESPONSIBILITY OF LEGAL ENTITIES FOUNDED ON STATE PROPERTY	286
<i>M. Kolontyrska</i> ESSENCE OF CONTRACT OF GOODS DELIVERY FOR PUBLIC NEEDS	293
<i>S. Lepeh</i> THE CONDITIONS ALTERATION IN CREDIT CONTRACT AND ITS DISSOLUTION: SOME DEFECTS IN LEGISLATIVE REGULATION.....	300
<i>S. Senyk</i> PARTIES TO THE SUBCONTRACT OF CAPITAL CONSTRUCTION.....	305
<i>O. Yareshko</i> THE CATEGORY "BUSINESS REPUTATION" IN CIVIL LAW	310

<i>R. Lemyk</i> FORENSIC PSYCHOLOGICAL EXPERTISE (HISTORICO-LEGAL ASPECTS).....	316
<i>L. Fedynyak</i> SOME ISSUES OF INTERNATIONAL CIVIL PROCEDURE CODIFICATION IN CONTEMPORARY FOREIGN STATES	321
<i>N. Yakibchuk</i> FALSE INFORMATION DISSEMINATION AS GROUND FOR EMERGENCE OF THE RIGHT OF RELIEF FROM BAD FAITH INFORMATION.....	327
<i>V. Tsikalo</i> THE APPLICATION OF NEGATIVE PRESCRIPTION FOR COMPULSORY FULFILMENT OF THE OBLIGATION UNFULFILLED VOLUNTARILY	333
<i>M. Mykhailiv</i> LEGAL MEASURES OF ENCOURAGING INTERNATIONAL TECHNICAL ASSISTANCE	340
<i>O. Punda</i> LEGAL REGULATION OF REPRODUCTIVE TECHNOLOGIES APPLICATION IN UKRAINE.....	347

LABOUR AND SOCIAL SECURITY LAW

<i>M. Doolyk</i> MODERN SCIENCE OF LABOUR LAW: PROBLEMS OF DEVELOPMENT IN THE CONTEXT OF LABOUR LEGISLATION REFORMING NECESSITY	352
<i>P. Pylypenko</i> TOWARDS THE NEW LABOR CODE.....	357
<i>V. Byrak</i> ON THE MATTER OF SOCIAL WELFARE LAW SOURCES.....	362
<i>D. Leshchukh</i> TAKING ON THE STAFF: PROBLEMS OF TERMINOLOGY AND LEGAL REGULATION.....	369
<i>S. Sunchyk</i> THE NOTION AND PECULIARITIES OF SOCIAL INSURANCE.....	375
<i>L. Rusal'</i> EVENTS AS GROUNDS FOR LABOUR CONTRACT TERMINATION.....	382

LAND AND AGRARIAN LAW

<i>N. Titova</i> THE LAND CODE OF UKRAINE COULD HAVE BEEN BETTER	388
<i>M. Dmuh</i> ALLOTMENT OF LAND SHARE AS WAY OF THE RIGHT OF LAND PROPERTY ACQUIRING: PECULIARITIES OF LEGAL REGULATION	394

CRIMINAL LAW AND CRIMINOLOGY

<i>V. Burdin</i> SOME ISSUES OF SUBJECT OF CRIME IN CRIMINAL LAW.....	399

<i>V. Hryshchuk</i> KILLING BY NEGLIGENCE UNDER THE UKRAINE'S CRIMINAL CODE OF 2001	405
<i>V. Hordiyenko</i> SOCIAL CONDITIONALITY OF CRIMINALIZATION OF SOCIO-DANGEROUS DEEDS IN THE SPHERE OF BANKRUPTCY RELATIONS IN UKRAINE	418
<i>B. Kyrys'</i> LIFE IMPRISONMENT AS KIND OF PUNISHMENT UNDER THE CRIMINAL LAW OF UKRAINE	426
<i>V. Navrotsky</i> CONCEPT AND FEATURES OF INTERNATIONAL CRIMES	437
<i>S. Lykhova</i> SOME ISSUES OF CRIMINAL LEGISLATION INVOLVEMENT CONCERNING RESPONSIBILITY FOR THE CITIZENS' REFERENDUM RIGHTS VIOLATION	445
<i>L. Brych</i> COMMON AND DIFFERENTIATING FEATURES OF THE BODIES OF CRIMES, FIXED IN ARTICLE 130 OF THE CRIMINAL CODE OF UKRAINE "HUMAN IMMUNODEFICIENCY VIRUS OR UNTREATABLE INFECTION DISEASE, DANGEROUS FOR HUMAN LIFE" AND RELATED BODIES OF CRIMES	454
<i>M. Golomsha</i> CORPUS DELICTI OBJECTS OF "ESCAPING FROM PRISON OR FROM CUSTODY"	468
<i>M. Senko</i> SUBJECTIVE SIDE OF UNAUTHORIZED ABANDONMENT OF ARMY UNIT OR DUTY STATION	475
<i>K. Marysyuk</i> LEGAL REGULATION OF EUTHANASIA UNDER THE LEGISLATION OF AUSTRALIA	486
<i>A. Romaniuk</i> JUVENILES' DEFENCE ORGANIZATION IN CRIMINAL JUDICATURE OF THE USA	493
<i>T. Maritchak</i> MISTAKES PREVENTION IN THE CRIME QUALIFICATION PROCESS	502

LAW OF CRIMINAL PROCEDURE AND CRIMINALISTICS

<i>A. Malanyuk</i> SPECIAL PRINCIPLES OF LEGAL AID RENDERING IN THE SPHERE OF CRIMINAL JUSTICE	510
<i>S. Pysarchuk</i> ON LEGAL STATUS OF INVESTIGATOR IN UKRAINE	519
<i>V. Nor, A. Krykunov</i> PSYCHOLOGICAL APPROACH TO THE INTERPRETATION OF NOTION "MORAL DAMAGE"	523
<i>V. Samolyuk</i> THE SCOPE OF ACTIVE CAPACITY AND LEGAL REPRESENTATION OF PERSON IN CRIMINAL PROCEEDINGS	530

<i>N. Bobechko</i> THE ABUSE OF POWER BY OFFICIALS ADMINISTERING CRIMINAL JUSTICE AS ONE OF THE GROUNDS FOR JUDGEMENTS REVIEW BECAUSE OF NEWLY-DISCOVERED FACTS	538
<i>L. Kultchak</i> ON EMERGENCE AND DEVELOPMENT OF CASSATION INSTITUTION IN CRIMINAL PROCEDURE OF UKRAINE.....	546
<i>A. Pavlyshyn</i> GROUNDS FOR COURT COSTS EXACTION IN THE CRIMINAL PROCEDURE OF UKRAINE.....	552
<i>O. Kaluzhna</i> SEARCH IN CASES OF MONEY COUNTERFEITING	558
<i>Y. Bereskiy, I. Shvets</i> THE PECULIARITIES OF THE INITIAL STAGE OF INVESTIGATING THE SMUGGLING OF NARCOTIC DRUGS PSYCHOTROPIC AGENTS AND PRECURSORS SMUGGLING	565
<i>R. Jeserskiy</i> CRIMINALISTIC TECHNIQUES AND SCIENTIFIC-TECHNOLOGICAL PROGRESS	573
<i>I. Kogutych</i> CRIMINALISTIC ASPECTS OF PLANNING CRIMINAL TRIAL	582
<i>I. Zholnovich</i> CONCEPT AND STRUCTURE OF HUMAN EXTERIOR.....	593
<i>O. Sainchin</i> FEATURES AND METHODS OF DISCLOSURE OF STAGING WILLFUL HOMICIDES.....	599

Пам'ятка

Вісник Львівського університету Серія юридична виходить два рази на рік.

Редколегія приймає статті на розгляд до **1 лютого** та **1 червня** поточного року.

Для публікації приймаються оригінальні, не опубліковані раніше, відредаговані статті з теоретичних і прикладних проблем правознавства, які відповідають сучасному рівню розвитку юридичної науки і мають наукову та практичну цінність.

Підготовка автором статті до публікації передбачає дотримання наступних правил:

• Приймаються статті українською мовою, надруковані на одному боці стандартного аркуша формату А4, шрифтом **Times New Roman**, розмір якого повинен становити **14 pt**, через **1,5 інтервали**. Текст статті подається у двох примірниках. До статті додаються:

а) **дві рецензії**;

б) **виписки з протоколу** засідання кафедри або іншого навчального чи наукового підрозділу про рекомендацію статті до друку;

в) **дискета 3,5"** з позначкою назви файлу із текстом статті у відповідності до вимог. На дискеті повинен міститися лише **один файл** – файл статті. Файли слід називати за прізвищем автора **латинськими літерами**.

• **Загальні вимоги до статті:**

а) формат файлу у якому знаходиться текст статті має бути сумісним із **Word 6.0; Word 95; Word 97; Rich Text Format (.RTF)**;

б) набір повинен бути здійснений за правилами комп'ютерного набору;

в) обсяг статті не повинен становити менш як 8 сторінок;

г) використовується прийнята для юридичних видань та законодавства система скорочень;

д) автори несуть відповідальність за дотримання авторського права, точність і науковість викладених фактів, відповідність цитат, географічних, історичних назв та власних імен.

• **Вимоги щодо оформлення статті:**

1. Назва статті. Назва статті розміщується посередині. В кінці крапка не ставиться.

2. Автор. Після назви статті повинні міститись перша літера імені автора далі крапка потім пробіл і прізвище. В кінці крапка не ставиться.

3. Назва установи та адреса установи де працює автор (для пошукувачів основне місце роботи) а також якщо є – електронна пошта автора.

Якщо є два автори, то після першого прізвища ставимо одну зірочку " * ", після другого прізвища ставимо дві зірочки " ** ". Відповідно перед назвою першої установи ставимо одну зірочку " * ", перед назвою другої установи ставимо дві зірочки " ** ".

4. Текст резюме українською мовою (3-4 речення).

5. Ключові слова українською мовою.

6. Текст статті. Далі йде основний текст статті.

6.1. Посилання у тексті. Посилання повинні бути заключені у квадратні дужки. У дужках вказується номер посилання, який у свою чергу повинен співпадати з номером посилання що знаходиться в кінці тексту, далі ставиться кома і пробіл та вказується номер сторінки (номери сторінок). При повторному посиланні на одне й теж джерело номер вказується такий як і в першому посиланні з відповідною вказівкою сторінки.

7. Посилання після тексту. Після основного тексту містяться посилання. Посилання повинні розміщуватися по мірі посилання на них.

8. Назва статті англійською мовою.

9. Автор статті англійською мовою.

10. Назва та адреса установи англійською мовою.

8. Текст резюме англійською мовою (3-4 речення).

9. Ключові слова англійською мовою.

10. Стаття надійшла до редколегії дата.

11. Прийнята до друку дата.

Статті оформлені з порушенням перелічених правил редакція не розглядає і повертає авторам.

Зразок оформлення статті

НАЗВА СТАТТІ

Ім'я Прізвище [, Ім'я Прізвище...]

*Львівський національний університет імені Івана Франка,
вул. Університетська, 1, 79000 Львів, Україна
тел. (0322) 74-03-80 E-mail: hryshchuk@mail.ru*

Ім'я Прізвище*, Ім'я Прізвище** [, Ім'я Прізвище...]***

*Львівський національний університет імені Івана Франка,
вул. Університетська, 1, 79000 Львів, Україна
тел. (0322) 74-03-80 E-mail: hryshchuk@mail.ru*

*** місце роботи, адреса, телефон, електронна пошта
2-го автора, якщо він з іншої організації*

Анотація українською мовою (текст).

Ключові слова: 1 слово, 2 слово, N слово.

Текст статті

-
1. <Автори>. <Назва книги>. – <Місто>: <Вид-во>, <рік>. – <кількість сторінок> с.
 2. <Автори>. <Назва статті> // <Назва журналу>. – [Сер. <назва серії>]. – <Рік>. – Т. <№ тому> № (Вип.) <номер або випуск>. – С. <діапазон сторінок>.

RESUME TITLE

Name Surname [, Name Surname...]

*Ivan Franko National University of Lviv,
Universytetska Str. 1, UA-79000 Lviv, Ukraine,
tel. (0322) 74-03-80 E-mail: hryshchuk@mail.ru*

Name Surname*, Name Surname** [, Name Surname...]***

*Ivan Franko National University of Lviv,
Universytetska Str. 1, UA-79000 Lviv, Ukraine,
tel. (0322) 74-03-80 E-mail: hryshchuk@mail.ru*

***Place of work, address, tel. of the second author ect.*

Resume text

Key words: word 1, word 2, word N

Стаття надійшла до редколегії: дд. мм. рррр.

Підписана до друку: дд. мм. рррр

Збірник наукових праць

Вісник
Львівського
університету

Серія юридична
Випуск 37

Видається з 1961 р.

Підп. до друку 27.11.2002. Формат 70х100/16. Папір ???. Друк ???.
Гарн. Таймс. Наклад 300 прим. Обл. вид. арк. ???.
Зам. №???

Віддруковано у друкарні
?????????