

**VISNYK
OF THE LVIV
UNIVERSITY**

Series Law

Issue 50

Published since 1961

**ВІСНИК
ЛЬВІВСЬКОГО
УНІВЕРСИТЕТУ**

Серія юридична

Випуск 50

Виходить з 1961

**Ivan Franko National
University of Lviv**

**Львівський національний
університет імені Івана Франка**

2010

Міністерство освіти і науки України
Львівський національний університет імені Івана Франка

Вісник Львівського університету. Серія юридична.

2010. Випуск 50. 415 с.

Visnyk of the Lviv University. Series Law.

2010. Issue 50. 415 p.

У „Віснику” опубліковано статті, що висвітлюють актуальні проблеми теорії та історії держави і права, питання удосконалення інститутів конституційного, цивільного, трудового, кримінального та інших галузей права України. Проаналізовано 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.

„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.

Редакційна колегія: д-р. юрид. наук, проф. **В.Т. Нор** – головний редактор; д-р. юрид. наук, проф. **П.М. Рабінovich** – заступник головного редактора; канд. юрид. наук, доц. **В.М. Бурдін** – відповідальний секретар; канд. юрид. наук, доц. **А.М. Бойко**; д-р юрид. наук, проф. **В.М. Коссак**; д-р юрид. наук, проф. **І.Б. Заверуха**; д-р юрид. наук, проф. **П.Д. Пилипенко**; д-р юрид. наук, проф. **З.В. Ромовська**; д-р юрид. наук, проф. **Л.А. Луць**.

Professor **V. Nor** – Editor-in-Chief,

Professor **P. Rabinovych** – Assistant Editor,

Assistant Professor **V. Burdin** – Managing Editor.

Адреса редакційної колегії:

ЛНУ ім. Івана Франка
Юридичний факультет
вул. Січових Стрільців, 14
79000 Львів, Україна
Тел.: (032) 260-33-83
E-mail: deklaw@law.franko.lviv.ua
<http://law.lnu.edu.ua/library/journal/>

Editorial office address:

Ivan Franko National University of Lviv,
Law Faculty
Sichovkykh Striltsiv Str. 14
79000 Lviv, Ukraine
Tel.: 38 (032) 260 33 83
E-mail: deklaw@law.franko.lviv.ua

Відповідальний за випуск: доц. А.М. Бойко

Переклад англійською мовою: доц. Л.В. Мисик, Д.Є. Крикливець

Редагування текстів англійською мовою: доц. Л.В. Мисик

Редактор: А.М. Габрук

Макетування: М.Б. Левкуц

Друкується за ухвалою Вченої Ради

Львівського національного університету імені Івана Франка.

Свідомство про державну реєстрацію серія КВ № 14624-3595 Р від 30 жовтня 2008 р.

© Львівський національний університет
імені Івана Франка, 2010

ЗАГАЛЬНА ТЕОРІЯ ДЕРЖАВИ І ПРАВА

ДО ПИТАННЯ ПРО ЗМІСТ ЮРИДИЧНОЇ НОРМИ ЯК ОБ'ЄКТ ЇЇ ТЛУМАЧЕННЯ (У СВІТЛІ ПРАКТИКИ ЄВРОПЕЙСЬКОГО СУДУ З ПРАВ ЛЮДИНИ)

В. Гончаров

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

У статті розглянуто проблемні аспекти тлумачення змісту юридичної норми у світлі практики Європейського суду з прав людини.

Ключові слова: Європейський суд з прав людини, тлумачення, юридична норма.

Для правознавства тлумачення юридичних норм здавна є однією зі стрижневих проблем. Та попри неабияку увагу науковців до тих чи інших сторін цього явища, деякі його моменти залишаються ще не до кінця з'ясованими. Серед них і питання про те, що належить з'ясувати за посередництвом такого тлумачення та що є його об'єктом?

У цій статті зроблено спробу висвітлити деякі аспекти означеного питання та застосувати отримані висновки до аналізу правотлумачної практики Європейського суду з прав людини (далі – Суд).

Теорії змісту юридичної норми можуть бути умовно розподілені на дві групи: теорії авторського змісту та теорії неавторського змісту.

Перша об'єднує ті теорії, які пов'язують зміст юридичної норми із намірами безпосереднього нормотворця з його волею. Означені теорії інколи називають “суб'єктивістськими”. Існують дві інтерпретації авторського змісту норми: зміст як всі наміри, що були в законодавця на час її створення, та зміст виключно як наміри безпосередньо об'єктивовані.

Друга група, своєю чергою, охоплює теорії, котрі тлумачать зміст юридичної норми як такий, що не залежить від намірів його безпосереднього автора. Зміст тут інтерпретується як наміри “актуального законодавця” (законодавця часу застосування норми) або як “воля закону”. Інколи теорію змісту як “волі закону” називають “об'єктивістською”.

Варто звернути увагу на певні суперечності у характеристиці означених теорій змісту юридичних норм за посередництвом терміно-понять “суб'єктивістська” та “об'єктивістська”. Називаючи отождоження змісту норми і волі законодавця “суб'єктивістською теорією змісту юридичної норми”, а тлумачення, яке на такий зміст спрямовується, відповідно, “суб'єктивістською теорією тлумачення юридичних норм”, зазвичай намагаються підкреслити, що цей зміст безпосередньо пов'язаний із суб'єктом її прийняття – її автором та його намірами. Проте щодо свідомості кожного інтерпретатора воля автора, закладена в юридичну норму, є явищем об'єктивним, оскільки ця воля конституювалась поза свідомістю інтерпретатора. Отже, називаючи тлумачення, що спрямоване на явище об'єктивне (в означеному сенсі) суб'єктивістським, можна внести додаткову плутанину в і без того складну проблему.

Певні незручності викликає й використання словосполучення “об'єктивістська теорія змісту юридичної норми”. Він вживається задля того, аби підкреслити, що

зміст інтерпретовуваної норми не залежить від намірів її автора. Це, проте, ще не означає, що незалежний від намірів автора зміст норми є “об’єктивним”. Можна вести мову про об’єктивне щодо інтерпретатора існування намірів законодавця, про об’єктивне існування тексту, який є позначенням цих намірів, та навряд чи є підстави говорити про позасуб’єктний об’єктивний зміст¹: [1], адже будь-який зміст як явище є невіддільним від суб’єкта. З огляду на це, назва “об’єктивістська теорія змісту юридичної норми” теж навряд чи є коректною. Словосполучення ж “воля закону” можна вживати лише умовно, оскільки воля є складовою психіки особи, а отже, навряд чи може бути притаманна джерелу права.

Зміст норми – в його розумінні як наміру автора, історичного законодавця – можна охарактеризувати як комунікативний, тобто такий, що передається у процесі комунікації від одного суб’єкта до іншого. Теорія змісту норми як волі актуального законодавця також є комунікативною, але пропонує, не відмовляючись від “присутності автора у тексті”, вважати змістом норми наміри, які б законодавець, формулюючи текст нормативно-правового акта, мав на час її застосування. Нарешті, третя з розглядуваних теорій – теорія “волі закону”, намагається фетишизувати останній та забрати в його автора “права на зміст”.

Зміст норми в першому випадку включається у відносини історичний законодавець-інтерпретатор, у другому – у відносини актуальний законодавець – інтерпретатор, а в третьому – інтерпретатор-текст.

Викликає інтерес погляд на зміст тексту крізь призму теорії “мовної гри” австро-англійського філософа Людвіга Вітгенштейна. На його думку, основною властивістю висловлювання є його спрямованість на досягнення певної мети. За цією теорією у висловлюванні слід бачити знаряддя, а його зміст шукати в його вжитку [1]. Якщо людина знає, як і для чого вживається той чи інший знак, – вона знає і його значення: “Оскільки навчання (як вживати знак – В.Г.) викликає асоціацію, відчуття впізнання і таке інше, воно є причиною феномена розуміння, виконання тощо.” [2]. Застосовуючи теорію Л. Вітгенштейна, зокрема, до поняття складу злочину, німецький дослідник Ульф Шрот зазначав, що “склади злочинів, таким чином, мають значення, коли зрозуміло, яким чином їм необхідно слідувати” [3]. Зробимо невеличке уточнення: теорія Л. Вітгенштейна оперує поняттями “значення” та “зміст”, які, однак, філософ не завжди чітко розмежовує. Це зумовлено їх тісним зв’язком: значення висловлювання, як спосіб його вжитку, є засобом передання змісту.

Л. Вітгенштейн наголошував на конвенційній природі мови: для того, щоб передати зміст, суб’єкт використовує мову, слова якої мають узгоджені правила вжитку. Тому знання значення виразу є водночас й знанням його змісту. Теорія Л. Вітгенштейна переносить наголос від інтенціональної природи висловлювання до його конвенційності, а отже, послідовно розгортаючи цю думку, відкидає герменевтику свідомості та орієнтує на застосування plain meaning rule. З цих позицій теорія мовної гри, що може бути застосована і до юридичних норм, відкидає теорії змісту, які пов’язують останній із намірами законодавця (часу прийняття норми чи часу її застосування).

Означена теорія, як видається, є різновидом теорій змісту як “волі закону”, чи, інакше кажучи, змісту в контексті “смерті автора”, що вже віднайшли небезпідставну критику в літературі [4].

¹ В межах цієї роботи ми будемо вживати термінопоняття “зміст” та “зміст” як синонімічні.

Коментуючи підхід теорії мовної гри до інтерпретації змісту юридичних норм, зазначимо, що процес комунікації (в тому числі і той, що здійснюється за посередництвом юридичних норм) відбувається у такий спосіб: певна інформація зароджується в думках автора, кодується в знаках мови і виражається назовні – через висловлювання вербальне чи письмове, тобто через текст. Реципієнт отримує інформацію та декодує її зі знакової системи на мисленнєві одиниці. Отож, для того, щоб між задумом автора та результатом тлумачення виникла тотожність, необхідно є однаковість мовного досвіду учасників комунікації: адже процес номінації тих чи інших явищ обома суб'єктами повинен бути однаковим. Для досягнення такої мети необхідно, аби учасники комунікації, за висловленням Ю.М. Лотмана, “в семіотичному плані представляли ніби подвоєну одну й ту саму особистість” [5]. Це положення не береться до уваги в теорії мовної гри Л. Вітгенштейна.

Якому ж смислу знака надати перевагу у випадку, якщо між учасниками комунікації виникає конфлікт інтерпретацій? У буденній комунікативній ситуації його можна вирішити через перефразування незрозумілого висловлювання або застосування так званого остенсивного визначення (тобто визначення через вказівку на предмет). Але як бути, коли зробити це неможливо (наприклад, у разі комунікації за посередництвом нормативно-юридичного акта), та якому смислу слід надати перевагу у ситуаціях, коли конвенційне значення висловлювання допускає різні навіть взаємовиключні смисли? Теорія Л. Вітгенштейна залишає це питання без відповіді, оскільки абсолютизує конвенційний бік мови та ігнорує її комунікативний аспект. Означені недоліки не дають змоги теорії мовної гри стати універсальним підходом до витлумачення змісту юридичної норми.

У радянському правознавстві теорія тлумачення юридичних норм розвивалася переважно з позицій теорії авторського змісту. Так, свого часу П. О. Недбайло зазначав, що в юридичних нормах держави “воля народу отримує загальнодержавне значення, стає державною волею, волею законодавця. До неї і слід звертатися для розкриття змісту радянських правових норм (курсів наш – В.Г.) з метою їх реалізації”, а твердження про те, що “закон базується на самому собі, має свою волю, володіє власною духовною та творчою силами незалежно від законодавця і т.п., дозволяють тлумачити його свавільно на розсуд застосувача” [6].

Цей погляд без суттєвих модифікацій і нині домінує у вітчизняній літературі. Так, О.Ф. Скакун предметом тлумачення називає зміст права, виражений у ньому соціальний компроміс як результат узгодження суспільних, соціально-групових та індивідуальних інтересів (воля народу) [7]. У новітніх вітчизняних (а зрештою – й російських) дисертаційних дослідженнях концепція волі історичного законодавця домінує [8].

Спільним знаменником для цих позицій є ототожнення змісту юридичної норми з волею законодавця, його намірами, на з'ясування яких начебто і повинна спрямовуватися інтерпретаційна діяльність.

Правотлумачення може розглядатися як складова процесу комунікації за посередництвом юридичних норм. Як і будь-яка інша комунікаційна діяльність, вона “підвладна” певним об'єктивним закономірностям. Загальні ж закономірності комунікації вивчаються прагматикою як підрозділом мовознавства. Видається, що звернення до її положень може виявитись корисним і для дослідження тлумачення юридичних норм.

Один із родоначальників прагматики Г. Грайс розглядав значення мовного акта через вказівку на намір і бажання того, хто говорить, аби цей намір був упізнав адресат висловлювання [9]. Тобто процес комунікації (у тому числі й той, що може відбуватися і за посередництвом юридичних норм) описують тут з погляду автора повідомлення. Італійський дослідник П. Чіассоні зазначає, що принцип інтерпретативного співробітництва є стрижневим в концепції Г. Грайса, а всі інші правила, за якими здійснюється ця інтерпретаційна гра, є похідними [10]. До них належать:

1. Принцип повного тлумачення: учасник комунікативного акту не повинен виривати слова з контексту, тлумачити потрібно все сказане співрозмовником.

2. Принцип чесного тлумачення: в процесі комунікації співрозмовникам забороняється приписувати словам один одного такі значення, яких (як вони заздалегідь упевнені) автор повідомлення не мав на увазі. Інакше кажучи, співрозмовники повинні тлумачити висловлювання один одного тільки відповідно до авторських намірів.

3. Принцип відповідності тлумачення: забороняється вичитувати у повідомленнях співрозмовника зайвий, непотрібний зміст.

4. Принцип зрозумілого тлумачення: перекладати висловлене співрозмовником можна тільки на зрозумілу чи ще зрозумілішу мову.

Загалом комунікативна модель Г. Грайса є продовженням теорії авторського змісту юридичної норми на вищому рівні дискурсу. Вищезазначені положення, вважаємо, можуть бути застосовані і для пояснення правотлумачної діяльності.

В процесі комунікації будь-яке висловлювання тлумачиться у контексті. Контекст розуміють як широку сферу – все, крім самого знака, що підлягає тлумаченню. “Слово, – писав Л. Вітгенштейн, – отримує своє значення тільки в реченні” [11], тобто контекст породжує значення слова. У теорії права контекст, що зумовлений усіма нормативними актами та іншими джерелами права з певного питання, з’ясовують системним тлумаченням. Контекст, який охоплює все зовнішнє щодо тексту джерела права на час його прийняття, виявляють тлумаченням історичним. Якщо час вираження висловлювання та час його тлумачення не збігаються, необхідно є реконструкція історичного контексту (культурного, соціального, політичного тощо) – контексту, що впливав на наміри автора.

Комунікативна модель Г. Грайса, отже, унеможливорює те, що Г.-Г. Гадамер називав завданням герменевтики – зрозуміти текст краще, ніж його розумів автор. Розглядаючи зміст норми права як закладену в неї волю законодавця, ми підходимо до інтерпретації, так би мовити, як історики.

Спробуємо визначити, яку модель (концепцію) змісту юридичних норм застосовує у своїй правотлумачній практиці Суд.

Дослідники вже констатували випадки, коли Суд задля тлумачення норм Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод (далі – Конвенція) здійснював реконструкцію її історичного контексту [12]. Так, у справі “Джеймс та інші проти Об’єднаного Королівства” (James and others v. the United Kingdom) перед Судом постало питання, чи поширюється поняття “відповідність визнаним принципам міжнародного права” (ст. 1 Першого протоколу до Конвенції) на випадки вилучення майна у громадян тієї держави, яка здійснює таке вилучення. Звернувшись до Підготовчих матеріалів до Конвенції, Суд встановив, що це положення поширюється на іноземних громадян, але не поширюється на громадян держави, яка таке вилучення здійснює [13]. У справі “Кемпбел і Козанс проти

Об'єднаного Королівства” (Campbell and Cosans v. the United Kingdom) Суд повинен був з'ясувати смисл терміна “філософський”, вміщеного у ст. 2 Першого протоколу до Конвенції (йшлося про відповідність застосування у школах Шотландії тілесних покарань до норм Конвенції та протоколів до неї). Для з'ясування смислу цього терміна Суд знову ж звернувся до Підготовчих матеріалів Конвенції та дійшов висновку про те, що “зміст терміна “філософський” не є настільки вичерпним, як це випливає із Підготовчих документів” [14]. У цих рішеннях Суду прикметне те, що він зробив спробу реконструкції початкового контексту Конвенції, на підставі чого і були винесені згадані рішення. Викладені вище позиції Суду узгоджуються і з комунікативною моделлю Г.Грайса, і з домінуючим у вітчизняній теорії права поглядом про необхідність в процесі тлумачення юридичних норм встановити волю саме історичного законодавця.

Проте зовсім інший підхід Суду простежується в його рішенні у справі “Янг, Джеймс та Вебстер проти Об'єднаного Королівства” (Young, James and Webster v. the United Kingdom). У цій справі йшлося про право заявників не входити до складу профспілки. Суд так само звернувся до Підготовчих матеріалів Конвенції з метою реконструкції початкового наміру її укладачів. Знайшовши там підтвердження того, що держави-члени Ради Європи, які ухвалювали Конвенцію, не мали наміру включати в зміст права на свободу об'єднання оспорюване право, Суд попри це встановив, що примусовий вступ до профспілки порушує саму суть свободи об'єднання [15].

Як було зазначено вище, основною засадою комунікаційної концепції Г.Грайса є інтерпретаційне співробітництво. Видається, процес побутової комунікації навряд чи можна було б вважати ефективним, якщо реципієнт намагатиметься витлумачити те чи інше висловлювання всупереч наміру його автора. Тому прихильники грайсівської теорії комунікації та теорії авторського змісту юридичної норми можуть заперечити правомірність вищенаведеного рішення Суду, адже воно, на їхню думку, відображає помилкове розуміння норм Конвенції.

У справі “Соєрінг проти Об'єднаного Королівства” (Soering v. the United Kingdom) перед Судом постало питання, чи можна розглядати позбавлення життя (яке згідно ч. 1 ст. 2 Конвенції допускається на виконання вироку суду, винесеного після визнання особи винною у вчиненні злочину, за що законом передбачено таке покарання) як поведіння, несумісне зі ст. 3 Конвенції. Суд неодноразово наголошував, що Конвенція категорично забороняє катування та нелюдське або таке, що принижує гідність людини, поведіння чи покарання незалежно від поведінки потерпілого. У цьому ж рішенні Суд зазначив, що він “не може не відчувати впливу сучасних тенденцій розвитку та загальновизнаних норм у галузі політики визначення покарань за злочини в державах – членах Ради Європи в цій сфері” [16]. Психологічна напруженість та постійний привід смерті, що супроводжують засуджених до смертної кари, отже, були визнані такими, що суперечать ст. 3 Конвенції.

Ухвалюючи це рішення, Суд не обмежував себе історичним контекстом ухвалення Конвенції (історичним тлумаченням). Згідно з комунікативною концепцією Г.Грайса та теорією авторського змісту юридичної норми, суд повинен був би обмежитись встановленням намірів укладачів – держав-членів Ради Європи. У цьому ж випадку для з'ясування змісту ст. 3 Конвенції тут було використано вже контекст функціонування норми або, інакше кажучи, еволюційне

тлумачення, якому відповідає неавторський зміст норми, а саме зміст як воля уявного (презюмованого) законодавця часу застосування норми.

Загалом практика Суду демонструє недостатність “археології закону” (термін У. Ескріджа) [17]. Так, у справі “Селмоні проти Франції” (*Selmouni v. France*) Судом було зазначено: “Беручи до уваги той факт, що Конвенція – це “живий інструмент, який можна застосовувати по-різному, з урахуванням сучасних умов”, Суд вважає, що певні дії, які раніше кваліфікувалися як “нелюдське чи таке, що принижує гідність, поводження”, на противагу катуванню, можуть бути кваліфіковані в майбутньому по-іншому” [18].

Стандарти прав людини перебувають у русі, і Суд намагається спрямовувати еволюцію змісту Конвенції щоб вона залишалась взірцем у галузі прав людини [19].

У практиці Суду трапляються питання, щодо яких реконструкція історичного контексту є неприпустимою. Так, в рішенні у справі “Вінтерверп проти Нідерландів” (*Winterwerp v. the Netherlands*) Суд зазначив: “Конвенція нічого не каже про те, що слід розуміти під словом “душевнихворі”. Цей термін не можна остаточно витлумачити: (...) його значення постійно змінюється із розвитком досліджень в галузі психіатрії” [20]. Ясна річ, послідовно дотримуючись грайсівської комунікаційної моделі та теорії авторського змісту юридичної норми, можна було б спробувати реконструювати зміст поняття “душевнихворі” на час ухвалення Конвенції, що може становити певний, скажімо, історичний інтерес. Проте для потреб наступної та сучасної юридичної практики цілком очевидно буде недостатність і навіть, можливо, помилковість такої реконструкції.

Рішення Суду у справах “Ейрі проти Ірландії” (*Airey v. Ireland*), “Яса проти Турції” (*Yasa v. Turkey*), “Маркс проти Бельгії” (*Marckx v. Belgique*), “Даджен проти Об’єднаного Королівства” (*Dudgeon v. the United Kingdom*), “Інформанонсферайн Лентія та ін. проти Австрії” (*Informationsferein Lentia v. Austria*) експліцитно засвідчують його небажання констатувати зміст та обсяг прав людини, керуючись як визначальним чинником волею укладачів Конвенції. [21] Суд наголошував на тому, що Конвенція повинна бути ефективним інструментом захисту прав людини, мета якої полягає “в захисті не теоретичних і ілюзорних прав, а прав конкретних і справжніх” [22].

У деяких рішеннях Суду відображена теорія “волі закону”. На такий підхід орієнтують, зокрема, ст. 31–33 Віденської конвенції про право міжнародних договорів 1969 року, згідно з якими тлумачення будь-якого міжнародного договору здійснюється, крім усього іншого, керуючись звичайним значенням термінів, що вживаються у цьому договорі. Означений підхід був відображений, наприклад, у рішеннях Суду у справах “Джонстон проти Ірландії” (*Johnston v. Ireland*), “Літгоу проти Об’єднаного королівства” (*Lithgow v. the United Kingdom*), “Лудіке, Белькасем і Кох проти Німеччини” (*Leudicke, Belkasem and Koq v. Germany*) [23].

Отож, у практиці Суду застосовані усі три означені теорії змісту юридичних норм: авторська теорія змісту, зміст як воля законодавця часу застосування норми та зміст як “воля закону”.

Кожна з означених теорій має, на наш погляд, певні недоліки. Зокрема, теорія авторського змісту норми, як видається, дещо спрощено трактує процес комунікації за посередництвом юридичних норм, намагаючись уподібнити його буденній комунікації. До того ж, наголошуючи на тому, що воля (наміри) автора є єдиним справжнім змістом норми, вона не враховує, що для комунікації необхідні як мінімум двоє суб’єктів, а тому навряд чи слід відмовляти реципієнтам у праві на смислотворення.

Однією з найбільших проблем теорії авторського змісту юридичної норми є також постановка нею питання про волю законодавця як про цілісну гомогенну волю. Між тим нормотворення далеко не завжди представлене однією особою. До того ж навіть у випадках, коли існує один офіційний нормотворець (скажімо, президент держави), питання намірів не перестає бути актуальним: адже можлива участь у нормопроектуванні помічників, консультантів та ін. Більше того, теорія авторського змісту норми у своєму непоміркованому варіанті може створювати загрозу режиму законності: якщо найкраще розуміння тексту – це розуміння його творця, то, наприклад, найкраще розуміння Сімейного кодексу України втілено у коментарі професора З.В. Ромовської, яка фактично є його основним автором. А такий підхід орієнтує на використання позап правового матеріалу як джерела права.

Викликає деякі труднощі і застосування на практиці теорії “волі закону”, оскільки, як вже було зазначено, їй бракує критеріїв для вибору одного з-поміж можливих смислів у випадках неоднозначності тексту. Проте ця теорія забезпечує можливість передбачення наслідків власної та “чужої” поведінки, тобто забезпечує підґрунтя для функціонування принципу правової певності.

Підсумовуючи, зазначимо, що ми не переслідуюмо мети цілком спростувати необхідність тлумачення юридичних норм у світлі задумів автора тексту та перейти до теорій неавторського змісту, зокрема до теорії волі “актуального” законодавця (яка насправді може бути підмінена бажаною волею законодавця) чи до теорії “волі закону”. Тлумачення юридичних норм так чи інакше залишається складовою процесу комунікації, яка неможлива без автора. До того ж текст, як зазначав Ю.М. Лотман, наділений властивостями, що дають йому змогу бути конденсатором культурної пам’яті [24]. На нашу думку, мову можна вести лише про недостатність та збиткову для юридичної практики однобічність встановлення лише намірів історичного чи лише намірів актуального законодавця, або звернення винятково до звичайного значення термінів. Свідченням обґрунтованості цього твердження є, зокрема, практична реалізація усіх трьох підходів у правотлумачній практиці Суду.

Цією нашою розвідкою ми хотіли вказати на недоліки досить поширеної у вітчизняному правознавстві теорії тлумачення юридичних норм, позиції якої стосовно поняття “зміст юридичної норми” не переглядалися майже півстоліття, що зумовило певне “відставання” її від потреб практики. Видається, що ні в якості описової (що описує тлумачення таким, яким воно є), ні в якості нормативної (що описує тлумачення таким, яким воно повинно бути) означена теорія не може більше посідати монопольне становище у вітчизняній юридичній науці. Свідченням цього є, зокрема, вчинені окремими науковцями спроби дослідити так зване динамічне (“пристосувальне”, “функціональне”, “інструментальне”) тлумачення юридичних норм, до якого вдаються, зокрема, національні та міжнародні судові органи (праці П. Рабіновича, Т. Дудаш та ін.).

1. Арутюнова Н.Д. Предложение и его смысл. – М., 1976. – С. 43.
2. Витгенштейн Л. Голубая и коричневая книги: предварительные материалы к “Философским исследованиям”, – Новосибирск, 2008. – С.40.
3. Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart/ Herausgegeben von Arthur Kaufmann und Winfried Hassemer. – Heidelberg : Müller Juristischer Verlag. – 1994. – С. 353.

4. Див. напр. Бочаров Д. Проблема інтерпретації юридичних текстів у контексті смислового виміру // Вісник академії правових наук України. – 2008. – № 3. – С. 29; Кравец А.С. Теория смысла Ж. Делеза: pro и contra // Логос. – 2005. – № 4. – С. 227–258.
5. Лотман Ю.М. Внутри мыслящих миров. Человек – текст – семиосфера – история. – М., 1996. – С. 13.
6. Недбайло П. Е. Применение советских правовых норм. – М., 1960. – С. 325, 337.
7. Скакун О.Ф. Теорія держави і права (Енциклопедичний курс): Підруч. – Харків, 2006. – С. 600. Див. також: Власов Ю.Л. Проблеми тлумачення норм права : Монографія. – К., 2001. – С. 10; Тодыка Ю.Н. Толкование Конституции и законов Украины: теория и практика. – Харьков, 2003. – С. 106–108.
8. Див. напр. Чулінда Л.І. Юридико-лінгвістичне тлумачення текстів нормативно-правових актів. Дис. ... канд. юрид. наук. – К., 2003. – С. 28 ; Хабриева Т.Я. Толкование Конституции Российской Федерации (теория и практика). Дис. ... д-ра юрид. наук. – М., 2005. – С. 33; Волвенко П. В. Діяльність Конституційного суду України щодо тлумачення Конституції України: теоретичний аспект. Дис. ... канд. юрид. наук. – К., 2006. – С. 36–37.
9. Grice H.P. Meaning // The Philosophical Review. – 1957. – V. 66 N 3. – P. 388.
10. Chiassoni Pierluigi. Interpretive Games: Statutory Construction Through Gricean Eyes [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.giuri.unige.it/intro/dipist/digita/filo/testi/analisi_1999/Chiassoni_inglese.pdf
11. Витгенштейн Л. Логико-философский трактат. – М., 2008. – 3.314. С. 60.
12. Рабінович П. М., Федик С.Є. Особливості тлумачення юридичних норм щодо прав людини (за матеріалами практики Європейського суду з прав людини) // Праці Львівської лабораторії з прав людини. Сер. 1. Дослідження та реферати. Вип. 5.– Львів, 2004. – С. 76–78.
13. Рішення у справі “James and others v. the United Kingdom” від 21.02.1986 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: www.echr.coe.int
14. Рішення у справі “Campbell and Cosans v. the United Kingdom” від 25.02.1982 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: www.echr.coe.int
15. Рішення у справі “Young, James and Webster v. the United Kingdom” від 13.08.1981 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: www.echr.coe.int
16. Рішення у справі “Soering v. the United Kingdom” від 07.07.1989 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: www.echr.coe.int
17. William N. Eskridge, Jr. Dynamic Statutory Interpretation. – Harvard University Press 1994. – С. 13.
18. Рішення у справі “Selmouni v. France” від 28.07.1999 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: www.echr.coe.int
19. Мармазов В.Є. Методи динамічного тлумачення Конвенції про захист прав людини та основних свобод в юриспруденції Європейського Суду з прав людини. – К., 2002. – С. 44.
20. Рішення у справі “Winterwerp v. the Netherlands” від 24.10.1979 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: www.echr.coe.int
21. Рішення у справах: “Airey v. Ireland” від 09.10.1979, “Yasa v. Turkey” від 02.09.1998, “Marckx v. Belgique” від 13.06.1979, “Dudgeon v. the United Kingdom” від 22.10.1981, “Informationsverein Lentia v. Austria” від 24.11.1993 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: www.echr.coe.int
22. Рішення у справі “Artico v. Italy” від 13.05.1980 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: www.echr.coe.int

23. Рішення у справах: “Johnston v. Ireland” від 18.12.1986; “Lithgow v. the United Kingdom” від 8.07.1986; “Leudicke, Belkasem and Koq v. Germany” від 28.11.1978 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: www.echr.coe.int
24. Лотман. Ю.М. Вказ. праця. – С. 21.

**ON THE ISSUE OF LEGAL NORM CONTENT
AS OBJECT OF ITS INTERPRETATION (IN THE LIGHT
OF THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS PRACTICE)**

V. Goncharov

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

The article deals with the issues of legal norm content interpretation in the light of the European Court of Human Rights practice.

Key words: the European Court of Human Rights, interpretation, legal norm.

**К ВОПРОСУ О СОДЕРЖАНИИ ЮРИДИЧЕСКОЙ НОРМЫ
КАК ОБЪЕКТЕ ЕЕ ТОЛКОВАНИЯ (В СВЕТЛЕ ПРАКТИКИ
ЕВРОПЕЙСКОГО СУДА ПО ПРАВАМ ЧЕЛОВЕКА)**

В. Гончаров

*Львовский национальный университет имени Ивана Франка
ул. Университетская, 1, 79000 Львов, Украина*

В статье рассмотрены проблемные аспекты толкования содержания юридической нормы в светлые практики Европейского суда по правам человека.

Ключевые слова: Европейский суд по правам человека, толкования, юридическая норма

Стаття надійшла до редколегії 02.12.2009
Прийнята до друку 10.01.2010.

РЕЛІГІЙНО-ФІЛОСОФСЬКІ ІНТЕРПРЕТАЦІЇ ПОНЯТТЯ “ЗЛА” (НА ПРИКЛАДІ ХРИСТІАНСТВА)

С. Добрянський, Т. Полянський

*Львівський національний університет імені Івана Франка
вул. Університетська, 1, 79000 Львів, Україна
тел. (032) 260–33–83 E-mail: svatolex@yahoo.com, polianskyi.t@gmail.com*

У статті проаналізовано ті аспекти християнської релігії, які є дотичними до проблеми формування системи уявлень сучасної людини про добро і зло. Стверджується, що у соціальній практиці зло проявляється у спотвореній (гріховній) мотивації поведінки людини, а загальним механізмом духовного контролю над проявами зла в діяльності людини є її духовне виховання з апеляцією до сумління як закладеного Богом внутрішнього критерію розмежування понять “добро” та “зло”.

Ключові слова: добро, зло, християнство, сумління, основні права людини.

XX–XXI ст. характеризуються подальшим поступом наукового пізнання. Здавалося б, що для людини третього тисячоліття немає нічого неможливого, і вона як свідок щоразу нових і нових відкриттів, має всі підстави очікувати, що на одному з поворотів історії нарешті відкриється вся повнота буття: від витоків аж до неосяжного майбутнього. Втім, яким би парадоксальним це не було, озираючись на свою мандрівку крізь час, людина виявляє незмінного та вірного (незважаючи на будь-які ідеологічні перипетії) супутника – релігію.

В окремі моменти людської історії здавалося, що ось-ось “таємнича завіса” релігії прорветься і людська свідомість “осяється” усією повнотою пізнання. Так, у окремі періоди будівництва “світлого комуністичного майбутнього” з уст “видатних” політичних діячів Радянського Союзу звучали заяви про те, що “найближчим часом наша країна побачить по телебаченню останнього віруючого”. Однак, як кажуть у народі: “не так сталося, як гадалося”. Всупереч найсміливішим прогнозам лідерів однієї з наймогутніших соціалістичних держав подальший розвиток подій виявив зворотній перебіг обставин: з гуркотом розпалася ще донедавна “супердержава”, ідеологія комунізму відійшла на узбіччя історії, а на теренах держав, які входили до складу Радянського Союзу, розпочалося духовне відродження.

Вартим уваги є і той факт, що власне історія права людства часто була чинником “дієвості”, “життєздатності” основних релігій світу. У вітчизняній правовій літературі свого часу була висловлена думка про те, “сучасна, новітня історія людства є історією боротьби саме за межі прав людини” [1, с. 8]. Це твердження у дещо перефразованому вигляді можна поширити і на всю історію людства: справді історичний екскурс у рабовласницький, феодальний та буржуазний періоди дає підстави виявити, що людина поступово отримувала дедалі більший обсяг свободи. Свобода феодально залежної людини більша від свободи раба, але менша від свободи представника буржуазного суспільства.

Свого апогею ідея людської свободи отримала у XXI ст. Сьогодні законодавство держав Західної Європи фіксує настільки розгорнутий перелік прав та свобод людини, що, на перший погляд, споконвічна ідея “свободи” нарешті отримала своє втілення: людина може вирішувати не тільки який фах їй обирати, де працювати, але навіть те, чи бути їй чоловіком або жінкою, вступати в шлюб з особою своєї статі чи протилежної, залишатися при житті, чи позбавити себе життя (!).

Парадоксально, але саме за таких умов небувалого науково-технічного прогресу простежують значну людиновимірну (антропологічну) криза. Підтвердженням вищенаведеного постулату є, зокрема, введення на рівні органів та структур Організації Об'єднаних Націй нового критерію виміру якості людського життя – “людська безпека” (“human security”). Виявляється, наявність значного каталога прав та свобод людини та навіть ефективного механізму забезпечення таких можливостей прямо-пропорційно не відображається на рівні стану задоволеності своїм життям, інакше кажучи, не покращує душевний стан чи психологічний комфорт людини.

Отже, проблемою далеко не однієї розвинутої західної держави в умовах офіційно проголошеного ідеологічного плюралізму є відсутність у людей чіткої системи смисложиттєвих орієнтацій, визначення сенсу людського існування. Напрошується логічний висновок про те, що безумовною передумовою плідного використання людиною сфери своєї “правової свободи” є моральне повноліття людини, тобто формування власної системи життєвих пріоритетів та цінностей, які належать до царини релігійних систем.

Метою цієї статті є аналіз тих аспектів християнської релігії, які є дотичними до проблеми формування системи смисложиттєвих орієнтацій сучасної людини. Зокрема, досліджується становлення у неї уявлень про добро та зло – поняття, котрі з погляду теорії соціальної діяльності, використовуються як центральні мотиви осмисленої людської діяльності. Крім того, оскільки категорія зла вкорінена у термінологічному виразі “зловживання правом”, деякі результати цього дослідження використовуватимуться й в аналізі явища зловживання правом.

В основу релігійних досліджень явища зла покладено аксіоматичну віру в існування вищої (чи вищих) надприродної сутності, яка сама по собі є джерелом зла або ж допускає його існування. На думку німецького теолога Г. Кюнга, проблема можливості взаємного існування зла та Бога є настільки важливою, що стала “наріжним каменем” атеїзму. Ця проблема однаковою мірою постає перед трьома найбільшими монотеїстичними релігіями: Іудаїзмом, Християнством та Ісламом [2, с. 1].

В системі підходів до інтерпретації християнським віровченням проблеми існування зла виділяють декілька підходів: 1) філософський (апологетичний) та 2) власне релігійний.

Відповідно до першого підходу, ймовірність існування Бога, який є всеблагим і всемогутнім, але при цьому допускає існування зла, поставлена під сумнів. Є три аспекти такого підходу: логічний, очевидний (від англ. – “evidential”) та екзистенційний.

Логічний аспект (його ще називають проблемою “a priori” чи дедуктивною проблемою існування явища зла), як правило, інтерпретується через такий умовивід: 1) добрий Бог знищив би зло; 2) всемогутній Бог може знищити зло; 3) зло не знищується і продовжує існувати; 4) а тому, немає доброго і всемогутнього Бога. Віра в те, що “зло” та добрий і всемогутній Бог існують в одній реальності, є алогічною, оскільки добрий Бог мав би знищити зло [3, с. XII-XIII].

Очевидний аспект (цей аспект ще називають проблемою “a posteriori”, індуктивною проблемою чи емпіричною проблемою існування явища зла) засвідчує те, що присутність зла у світі настільки очевидна і воно набуло таких страхітливих форм, що простежити у його існуванні якийсь Божий “промисел” чи мету неможливо [3, с. XIV-XVI].

Для екзистенційного аспекту основною проблемою і предметом дослідження є те, як осягнення людиною зла впливає на її ставлення до Бога чи до світу загалом. Ця проблема не зводиться до емоційних відчуттів чи психології, вона має місце лише тоді, коли досвід зла стає причиною кризи віри [2, с. 6–7].

У сучасній науці існують дві фундаментальні теорії-відповіді на зазначені філософські інтерпретації зла: теорія захисту (defense) та теодицея. Метою теорії захисту є довести, що логічний чи очевидний антитеїстичні аргументи є неправильними, а метою теодицеї є надати позитивні, виправдовувальні причини існування зла у теїстичному всесвіті [2, с. 8].

На нашу думку, наведені вище аспекти філософського підходу до інтерпретації поняття “зла” потрібно оцінювати в контексті комплексного тлумачення положень Біблії.

Головним недоліком зазначених інтерпретацій аналізованого поняття є, як нам видається, спроба замінити логіку Біблії, в поясненні причин появи та існування “зла”, масштабів цього явища, можливостей вибору людини чинити добро чи зло, логікою людського бачення цієї проблеми. Канонічна книга, в якій висвітлено основи християнського віровчення, – Біблія включає в себе застереження про те, що прояви свідомої людської поведінки як явища за своїм походженням винятково духовного світу можуть бути правдиво осмислені тільки унаслідок погляду на них через призму Біблії.

Тепер охарактеризуємо власне релігійної інтерпретації поняття “зло”.

У релігійному способі ставлення до проблеми існування зла це явище оцінюється з погляду віруючої людини, яка піддається випробуванням через страждання. До цього способу ставлення до проблеми існування зла найближчою є теорія про виправдання Бога за існування зла у світі (теодицея). Розрізняють три найпоширеніші типи теодицеї: августинівський (започаткований А. Августином і згодом підтриманий Т. Аквінським та сучасними неотомістами), іренеуський (походить від ідей єпископа ранньої східної православної церкви Іренеуса) типи теодицеї та теодицея процесу.

На думку А. Августина та Т. Аквінського, все, що створене, повинне нести на собі відбиток творця та зберігати, хоча й у послабленому вигляді, його властивості. А тому, все, що існує, тільки через те, що воно існує, є благом. Таким чином було ототожнено сили добра, творчих потенцій та милосердя в одному суб'єкті та була започаткована ідея про всемогутність і всеблагість Бога¹.

Іренеуський тип теодицеї започаткував сучасний дослідник Дж. Гіком (він ще називає цей тип теодицеї “soul-making theodicy”, тобто “теодицея творення душі”).

¹ Проте внаслідок такого бачення буття відразу виникли два запитання, які й стали основними проблемами теодицеї: 1) звідки взялося зло?; 2) чому Бог допускає його? А. Августин стверджував, що зло походить не від Бога, а з нічого, тобто з того, з чого Бог створив світ. Все, що створене має властивість використаного будівельного матеріалу, а тому може псуватися, пошкоджуватись, відхилятися від того, чим воно є. Зло, за А. Августином, не є субстанцією, матерією чи річчю. Це – заперечення, втрата чи зіпсованість речей. Якщо річ погана, то це не означає, що в ній є щось таке, чого немає в добрій речі. Навпаки, це означає, що в ній нема того, що є у добрій речі, а саме блага. “Зло без добра існувати не може... І викорінюється зло не через знищення якої-небудь речі чи її частини, а через оздоровлення та виправлення зіпсованої і розбещеної природи”. Причиною вад та розбещення є свавілля, тобто відособлення і вихід з-під Божої ласки.

Відповідаючи на друге питання, А. Августин зазначав, що Бог допускає зло для того, щоб цілісність, краса та досконалість світу не зазнали шкоди. Гріх та інші людські вад, кати та бої з півнів, розпусниця та інші непристойні речі існують для того, щоб зміцнювати віру і доброчесність. Моральне зло відіграє необхідну йому роль у світовій драмі. “Весь світ подібний до картини, де чорна фарба стоїть на своєму місці: світ прекрасний навіть зі своїми грішниками, хоча, якщо розглядати їх самих по собі, вони потворні”. (Детальніше про це див.: Скрипник А.П. Моральное зло истории этики и культуры. – М.: Политиздат, 1992. – 351 с.).

Ця теодицея не досліджує причини походження зла, а наголошує на еволюційному розвитку (вирішенні) проблеми зла. Згідно з Дж. Гіком, зло розглядається не як пошкодження чи “падіння” первісно ідеальної речі, а як необхідний етап переходу (розвитку) відносно нерозвиненої істоти у розвинену [2, с. 12].

Теодицея процесу стверджує, що Бог не володіє монополією влади, а тому люди, маючи право вільного вибору, можуть відкинути вічний (божественний) план; інакше кажучи, вони мають владу творити зло. Однак Бог намагається переконати чи привабити їх вчиняти добро і уникати зла: “Бог продовжує взаємодіяти із людським вибором, сплітаючи воєдино добро і зло у загальній картині буття” [2, с. 13].

У філософській літературі, присвяченій проблемам теодицеї, охарактеризовано три види зла: природне, моральне та метафізичне. До природного зла, за А. Августиним, належить будь-яке зло, причиною якого не є люди і яке проявляється у негативному досвіді, якого зазнають чутливі живі організми – люди чи нелюдські істоти (тварини чи інші розвинені організми). Моральне зло ототожнюється з гріхом, а метафізичне зло належить до факту обмеженості та кінченості створеного Богом всесвіту. Августинівська традиція теодицеї причиною морального та природного зла вважає метафізичне зло [4, с. 18–19].

Християнське віровчення передбачає існування ще однієї класифікації видів зла, в основі якої лежать суб’єктивні переживання людини як суб’єкта чи об’єкта зла. Відповідно до цієї класифікації є два види зла: гріх та страждання. Поняття гріха – теологічна назвою морального зла. Слово гріх в однині позначає людську недосконалість у відносинах з Богом, а гріхи в множині – погані людські вчинки та дії, які здійснюються проти волі Бога [4, с. 12–13]. Концепція гріха ґрунтується на двох етичних ідеях: перша полягає у розумінні гріха як поганого діяння особи грішника, а друга – як певної негативної риси характеру цієї особи [4, с. 298].

Із вищенаведеного робимо висновок, що гріх є активним різновидом зла, що проявляється у діяннях грішника чи негативних рисах його характеру, які й призводять до вчинення гріхів. Найважливішою ознакою гріха є те, що він вчиняється проти волі Бога. Страждання є пасивним різновидом зла, в якому людина зазнає шкоди внаслідок діянь інших людей (в тому числі гріхів) чи природних, не залежних від волі інших людей, подій. Важливо зазначити, що страждання допускає Бог і попри те, що, на перший погляд, воно може завдавати людині шкоди, насправді має на меті вдосконалити її духовно та дати змогу досягнути “вічне життя”. А тому, відповідно до християнського світогляду, страждання має позитивну роль у житті людини.

Поведінковими проявами гріха є гординя та хтivism. За Євангелієм (на думку А. Августина та християнської традиції богослов’я й філософії), найбільшим та найголовнішим джерелом морального зла вважається гординя.

Є кілька видів гордині. Для людини зі сатанинським типом гордині прикметним є, по-перше, особлива ненависть до безмежної доброти і нетварного світла Бога та, по-друге, повстання проти Нього як проти Абсолютного Господа. Така людина будь-що уникає підкорення, не визнає жодних авторитетів, відкидає будь-яке підпорядкування і послух Богом даному авторитетові, не хоче нікому нічим завдячувати.

Людина із гординею самопрослави черпає усвідомлення своєї величчї з цінностей або чеснот, якими, на її думку, вона наділена чи прагне оволодіти. Є три стадії гордині самопрослави. Перша полягає в тому, що людина або приписує собі якусь цінність чи досконалість, або вважає себе вже наділеною ними. На другій

стадії вона починає смакувати власну досконалість, насолоджується своєю красою, розумом чи добротою. На третій же стадії людина починає поклонятися своїй величчю, що прямо суперечить смиренній настанові людини, яка вбачає у кожній цінності та досконалості дар Божий.

Третім різновидом гордині є марносластво. Подібно до самопрослави, воно стосується цінностей власної особи і досконалостей своєї поведінки, однак марносластво є за своїм характером винятково статичним і ніколи – динамічним. Це не гарячкове прагнення щораз нових досконалостей, а смакування наявних – справжніх чи уявних – досконалостей. Марносластво стосується лише певної сфери цінностей, наприклад, краси власного обличчя, елегантності чи вишуканості свого вигляду. Воно отримує задоволення від цих досконалостей і залишається байдужим до решти, наприклад, до розуму чи моральної досконалості [5, с. 424–431].

Прояви хтивості як іншого поведінкового прояву гріха можна зустріти у “...всякій нечистоті, жадібності, пияцтві, злодійстві, зажерливості, лінивстві у значенні відмови від будь-якої роботи або глибокому духовному лінивстві людини, загальній антипатії до будь-якого закону та порядку, чуттєвій насолоді без стримувань і т. ін.” [5, с. 417].

Є три типи хтивої людини. Перший тип – це пристрасна людина, чие бажання приємного стає несамовитим, а темперамент поривчастим. Другий тип – це люди вегетативного, флегматичного типу, чия хтивість має характер лінивого та заземленого поневолення приємним. Для них важливіший комфорт, ніж велика приємність. Люди третього типу – м’які, які, хоч і не прагнуть суб’єктивно задовольняючого пристрасно і не поневолені лінивством та безголосю схильністю до приємного, все ж є надчутливими, – щоправда, тільки тоді, коли це стосується їхньої особи. Людина цього типу жаліє себе, вважає, що в будь-якій ситуації з нею поводяться грубо, вона не спроможна віддати себе уважливому в собі і зацікавитись ним заради нього самого. Вона завжди думає тільки про себе та про власні почуття, насолоджується своїми емоціями, замість того, щоб зосередитись на об’єкті, який їх мотивує.

Вимога об’єктивності наукового дослідження проблеми “зла” (його походження, різновидів та проявів) окрім вивчення творів “отців церкви”, спеціальної філософсько-релігійної літератури, потребує звернення до авторитетного канонічного джерела християнства – Святого Писання (Біблії).

Книга Буття (1:1–31) описує процес створення світу: живих істот (тварин, птахів, риб, плазунів), природного середовища їх існування і констатує оцінку усього створеного твердженням самого Бога: “І ото, – вельми добре воно”. Отже, у досконалому Божому плані створення світу місця для “зла” (гріха) не було: кожне твориво мало своє досконале (добре, правильне) призначення, втілювати яке була покликана людина.

У подальших розділах Книги Буття (3: 1–7) описано історію гріхопадіння перших людей на Землі – Адама та Єви. Гріхопадіння людини мало наслідком те, що у досконалий створений Богом світ, де панували гармонія та порядок, увійшов зіпсований духовний елемент (щодо Творця та людини), який Біблія описує як гріх. Гріх на Землі, своєю чергою з’явився унаслідок впливу на перших людей ворожого Богові-творцеві духа, який схилив (спокусив) Єву та Адама порушити волю Бога.

Воля людини назовні виражена у споживанні забороненого плода вперше порушила волю Творця: людина вперше в історії зробила зло і досконалий

духовний зв'язок з Творцем Всесвіту втратився. Людська природа втратила свою божественну чистоту і стала тілесною. Книга Буття (3: 8–13) описує перші поведінкові реакції вже тепер грішної людини: страх Адама як відповідь на перше запитання Бога, самовиправдання Адама через його бажання перекинути відповідальність з себе на Єву, сором перших людей, коли вони вперше зрозуміли, що були неодягнутими.

Втім Біблія не лише констатує факт гріхопадіння людини, внаслідок якого зло як окреме, вороже Богові-творцеві, начало увійшло в природу людини (мотиви її поведінки, негативні думки розуму, зіпсованість характеру). Св. Писання відкриває і те, що Бог як всезнаючий і передбачливий Творець вклав у внутрішній світ кожної людини (навіть тієї, яка вважає себе невірною у християнському розумінні цього терміна) специфічний духовний механізм розрізнення, ідентифікації понять “добро” та “зло”. У посланні св. Апостола Павла до Римлян (2:14–15) зафіксовано: “Бо коли погани, що не мають Закону, з природи чинять законне, вони, не мавши Закону, самі собі Закон, що виявляють діло Закону, написане в серцях своїх, як свідчить їм сумління та їхні думки, що то осуджують, то виправдують одна одну...”. Цей духовний механізм, який з народження так би мовити “вмонтований” у духовну сутність кожної людини, позначається поняттям “людське сумління”.

Узагальнюючи сучасне християнське розуміння явища зла, можна дійти таких висновків:

- зло – це реально існуюче духовне явище, яке онтологічно являє собою спотворення встановленої Творцем досконалої Божої волі;
- зло у всесвіті з'явилося як результат непослуху (протидії) Богові-творцеві ворожой деструктивної духовної сили, яка позначається в християнстві поняттям “диявол”, а на Землю воно потрапило унаслідок гріхопадіння людини, тобто непослуху людини Богові, внаслідок чого у досконалий Божий порядок речей проник диявольський хаос;
- у практиці людських стосунків зло проявляє себе у спотвореній (гріховній) мотивації поведінки людини, яка призводить до втрати розуміння нею призначення та сенсу власного життя, спотворює її характер і мотивацію поведінки та завдає шкоди не лише їй самій, але й іншим особам;
- загальним механізмом духовного контролю над проявами зла в людській природі, а відтак в її діяльності, є навчання людини духовних істин, її духовне виховання з апеляцією до внутрішнього сумління як закладеного Богом-творцем внутрішнього критерію розмежування понять “добро” та “зло”.

1. Рабінович П. М. Межі здійснення прав людини (загальнотеоретичний аспект) // Вісник Академії правових наук України. – 1996. – № 6. – с. 8.
2. The problem of evil: selected readings / edited by Michael L. Peterson. Notre Dame, Indiana: University of Notre Dame Press, 1992. – 391 p.
3. The evidential argument from evil / edited by Daniel Howard-Snyder. Notre Dame, Indiana: Indiana University Press, 1996. – 357 p.
4. Hick John. Evil and the God of Love. Cleveland, Ohio: Fount Paperbacks Collins + World, 1978. – 389 p.
5. Гільдебранд Д. фон. Етика. Львів: Видавництво українського католицького університету, 2002. – 445 с.

RELIGIOUS-PHILOSOPHICAL INTERPRETATIONS OF THE CONCEPT “EVIL” IN CHRISTIANITY

S. Dobrianskyi, T. Polianskyi

*Ivan Franko National University of Lviv,
Universytetska Str. 1, UA – 79000 Lviv, Ukraine,
tel. (032) 260–33–83 E-mail: svatolex@yahoo.com, polianskyi.t@gmail.com*

The article is dedicated to the analysis of Christian religion aspects connected with the ideas of “good” and “evil” in the contemporary human life. It is asserted that in the practice of human relations an evil becomes apparent through distorted (sinful) motivation of human behaviour. The authors argue that inner education of any human being, with paying attention to her conscience, is general control mechanism over evil displaying in human behaviour.

Key words: good, evil, Christianity, conscience, fundamental human rights.

РЕЛИГІОЗНО ФІЛОСОФСЬКІ ІНТЕРПРЕТАЦІЇ ПОНЯТТЯ “ЗЛА” (НА ПРИМЕРЕ ХРИСТІАНСТВА)

С. Добрянський, Т. Полянський

*Львівський національний університет імені Івана Франка
ул. Университетская, 1, 79000 Львов, Украина
тел. (032) 260–33–83 E-mail: svatolex@yahoo.com, polianskyi.t@gmail.com*

В статье проанализированы те аспекты христианской религии, которые являются касательными к проблеме формирования системы представлений современного человека о добре и зле. Утверждается, что в социальной практике зло проявляется в обезображенной (греховной) мотивации поведения человека, а общим механизмом духовного контроля над проявлениями зла в деятельности человека является ее духовное воспитание с апелляцией к совести как заложенному Богом внутреннему критерию разграничения понятий “добро” и “зло”.

Ключевые слова: добро, зло, христианство, совесть, основные права человека.

Стаття надійшла до редколегії 04.12.2009

Прийнята до друку 10.01.2010

ДЕЯКІ ГЕРМЕНЕВТИЧНІ ПОНЯТТЯ У ТЕОРЕТИЧНІЙ ТА ПРАКТИЧНІЙ ЮРИСПРУДЕНЦІЇ

Т. Дудаш

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

Простежено застосовуваність герменевтичних понять розуміння та пояснення у правовому регулюванні, зокрема у правотлумаченні, правореалізації та правозастосуванні, й у теоретичній юриспруденції. З'ясовано зміст вказаних герменевтичних понять, що відображають різні пізнавальні процедури з урахуванням основних підходів до їх розуміння.

Ключові слова: герменевтика, розуміння, пояснення, правотлумачення, правозастосування, правореалізація.

Розвиток суспільства зумовлює потребу теоретичного осмислення наслідків такого розвитку. Одним із проявів останнього є ускладнення законодавства, що призводить до ускладнення його тлумачення та застосування. А це, безперечно, впливає і на параметри правового регулювання суспільних відносин. Відтак, виникає потреба з'ясувати ті механізми, які опосередковують правотлумачення та правозастосування, зокрема через посередництво таких герменевтичних понять, як “розуміння” та “пояснення”. Це завдання ускладнюється тим, що останні поняття є недостатньо досліджені у юриспруденції, а відтак потребує певної систематизації підходів щодо інтерпретації цих понять, в тому числі і у герменевтиці.

Поняття розуміння та пояснення є центральними у різних герменевтичних концепціях. Проте немає єдиного підходу щодо розуміння змісту цих понять. Тут наявні принаймні дві протилежні позиції. Відповідно до першої з них, представленої первинно в історичному плані так званою герменевтикою свідомості, котра вважає сутністю розуміння проникнення у свідомість автора, розуміння притаманне для соціальних наук (наук про дух), а пояснення – для наук природничих (наук про природу). Аргументом на користь цієї позиції, що її представив ще В. Дільтей, Г. Зіммель, Б. Кроче та інші вчені, до якої, зрештою, схилився і російський вчений О. Овчинников, є те, що суспільні науки досліджують не природничі об'єкти, а “живу душу”, яка формує в сукупності собі подібних суспільство, а тому не можна, аналізуючи людську діяльність, керуватися тими самими методологічними принципами астронома, який вивчає розвиток небесних тіл [1, с. 161–182]. Тому безпосереднє знання, інтуїція є методом гуманітарних наук, а опосередковане поняттями знання – метод природничих наук. Відповідно, основним способом вивчення предмета в гуманітарних науках є розуміння (інтерпретація), у природничих науках – пізнання (пояснення). П. Рікер констатує, що науки про природу мають справу з фактами, котрі спостерігаються, як і природа; далі йдуть процедури верифікації, що ґрунтуються на фальсифікованості гіпотез; пояснення є родовим терміном для трьох різних процедур: генетичного пояснення, що спирається на попередній стан; матеріального пояснення, що спирається на систему меншої складності, що покладено в основу; структурного пояснення через синхронне розташування елементів чи складових [2, с. 7]. Науки про дух можуть провести такі протиставлення: відкритим для спостереження фактам протиставити знаки, запропоновані для розуміння; фальсифікованості протиставити симпатію чи інтропатію, і нарешті трьома моделям пояснення

(каузальний, генетичний і структурний) протиставити зв'язок, через посередництво якого ізолювані знаки з'єднуються у знакові сукупності. Тобто, домінувала на цьому етапі теза Дільтея про те, що "будь-яка пояснювальна процедура виходить з наук про природу і може бути поширена на науки про дух лише помилково чи з необережності і, відповідно, будь-яке пояснення у сфері знаків повинно вважатися незаконним і розглядатися як екстраполяція, продиктована натуралістичною ідеологією" [2, с. 7].

Розуміння виглядає як дедуктивний умовивід, в якому першою передумовою є твердження про те, що повинно бути, а меншою – початкова умова, наприклад, у вигляді конкретної ситуації, події, дії. Тобто, за словами А. Івіна, розуміння – це підведення думок, переживань, дій під загальні цінності, певні норми, ідеали принципи [3, с. 43]. Власне у такій інтерпретації цінності слугують необхідним, тим, що повинно бути, і саме знання загальних цінностей, або навіть їхня наявність дає змогу підвести під них конкретні поняття, дії, реалії. А це, своєю чергою, дає відповідь на питання про те, який же смисл та мета конкретних реалій, проявами яких є соціальні дії чи поняття. Згідно з П. Рікером, розуміння – це осягнення значень знаків, які надаються однією свідомістю і сприймаються іншими свідомостями через їх зовнішнє вираження (жести, пози, мовлення). Ціль розуміння – здійснити перехід від цього вираження до того, що є основною інтенцією знака, і вийти назовні через вираження [2, с. 3].

Пояснення є дедуктивним умовиводом, в якому одним посиленням є загальне твердження у вигляді універсального зв'язку речей, наприклад, який-небудь закон природи, а іншим – твердження про первинні умови існування того чи іншого явища. Пояснення простежується тоді, коли з'ясовуються причини явища чи процесу, встановлюються закони причинного зв'язку, окремим випадком якого є це явище чи процес [4, с. 198]. Пояснення базується на тому, що всі явища соціальної дійсності, так само як і в природі, детерміністично пов'язані між собою. Інакше кажучи, пояснення ґрунтується на причинності соціальних явищ. За твердженням Г. фон Рігта, пояснити подію означає показати, що вона повинна була відбутися, тобто подати її як наслідок певної причини, окремий випадок дії закону [4, с. 202]. У такій інтерпретації справді науковим виглядає пояснення, тоді як розуміння – інтуїтивною, ціннісною основою пояснення. З огляду на те, що завданням науки є пошук закономірностей, а вони відшукуються в ході пояснення, наука у раціоналістичному розумінні є неможливою без пояснення.

Протилежних поглядів щодо співвідношення розуміння та пояснення дотримується П. Рікер. Згідно з нею для соціальних наук притаманні як процедури розуміння, так і процедури пояснення. Він називає пояснення "справді методологічним", оскільки основа розуміння залишається інтуїтивною. Дихотомію між науками про природу та науками про дух було подолано у XX ст. на прикладі пари "мова-мовлення", розмежував які Соссюр. Було доведено, що семіологія, застосована до мови, не залежно від її функціонування у мовленні, відноситься якраз до однієї з модальностей пояснення – структурного пояснення [2, с. 7]. Зрештою, саме поширеність структурного аналізу на різні категорії письмового дискурсу призвело до остаточного краху протиставлення пояснення та розуміння. Тому саме текст, на думку П. Рікера, у його прямому розумінні, знаходиться на стику розуміння та пояснення, а не на лінії їх розмежування. П. Рікер доходить висновку, що розуміння супроводжує пояснення тією мірою, якою пара "письмо-читання" продовжує формувати сферу інтерсуб'єктивної комунікації і у цій якості підноситься до діалогічної моделі питання і відповіді, що описав Коллінгвуд і

Гадамер. Нарешті, розуміння завершує пояснення тією мірою, якою воно долає географічну, історичну чи культурну відстань, що відділяє текст від його інтерпретатора. Кінцеве розуміння не знищує дистанцію через певне емоційне злиття, воно швидше за все полягає у грі близькості та відстані, грі, при якій сторонній визнається таким навіть тоді, коли це обертається спорідненістю з ним. Тому розуміння передбачає пояснення тією мірою, якою пояснення розвиває розуміння. З огляду на це П. Рікер пропонує такий девіз герменевтики: більше пояснювати, щоб більше розуміти [2, с. 9].

Проте з наявністю пояснення у соціальних науках, зокрема у юриспруденції, не погоджується російський вчений О. Овчінніков, який стверджує, що те, що на перший погляд виглядає як пояснення у сфері юриспруденції, зокрема, коли вчений говорить про право як про спосіб вирішення конфліктів, насправді ґрунтується на спробі зрозуміти, телеологічно осмислити, наділити смислом таке соціальне явище, як право. На його думку, той факт, що у повсякденному житті правознавець трактує право як інструмент профілактики та мирного вирішення конфліктів, не свідчить про те, що у різних культурах право є закономірним результатом появи конфліктів. Він доходить висновку про квазі пояснювальний характер раціонального науково-правового мислення [5, с. 39].

Відтак, перше завдання цієї статті полягає у тому, аби з'ясувати, які ж пізнавальні процедури наявні у юриспруденції. Видається, що якщо говорити саме про юриспруденцію як науку з урахуванням загальновідомих наукознавчих параметрів, то вона повинна бути спрямована на пошук закономірностей (які можуть бути різних видів – структурними, генетичними та функціональними), аби відповідати таким параметрам. Якщо ж звернутися до аргументу О. Овчіннікова про те, що не завжди те, що пояснюється як закономірність, є таким, то під сумнів ставиться наявність такої науки, як юриспруденція загалом, або ж це, як мінімум вимагає перегляду критеріїв науковості у соціальних науках. Тому пізнавальна процедура пояснення повинна бути присутньою у юриспруденції, хоча питома вага розуміння є значно вищою, аніж пояснення. Це насамперед зумовлене тим, що пояснення у соціальних науках може мати місце тоді, коли його предметом є факти, існування яких не ставиться під сумнів у науці, так званих аксіоматичних фактів, як, наприклад, наявності держави, наявності законодавства та інших фактів. Ці факти, однак, є усталеними у межах певного конкретно-історичного періоду. Проте пояснення, в силу того, що йдеться про науку соціальну, є таким, що становить основу розуміння, а точніше, передрозуміння, оскільки аксіоматичні факти разом з іншими компонентами стають передрозумінням інших явищ. Тобто, у соціальних науках пояснення входить до передрозуміння, яке передує розумінню. Саме тому “розуміння передбачає пояснення у тій мірі, у якій пояснення розвиває розуміння” у термінах П. Рікера. Питома ж вага пояснення у соціальних науках, порівняно з розумінням, є меншою з огляду на те, що ціннісні оцінки, які домінують у соціальних науках, не піддаються верифікації чи фальсифікації.

Правове регулювання значно відрізняється від юридичної науки, оскільки є сферою юридичної практики. Найяскравіше поняття розуміння та пояснення “діють” у правореалізації, правозастосуванні та правотлумаченні. Це зумовлене тим, що ці сфери правотворчості мають справу як з текстами джерел права, так і з соціальними діями, а, як відомо, герменевтика тексту та герменевтика соціальної дії є двома напрямками у герменевтиці, які розвивають поняття пояснення та розуміння.

У правотлумаченні об'єктом розуміння є безпосередньо тексти нормативно-правових приписів. У теорії тлумачення юридичних норм усталеною є позиція, згідно з якою етапами тлумачення є тлумачення-з'ясування та тлумачення-роз'яснення. На перший погляд може видатися, що тлумачення-з'ясування тексту є розумінням, яке завершує інтерпретацію тексту, а тлумачення-роз'яснення є поясненням у герменевтичному сенсі, тобто пояснює причинно-наслідкові, генетичні чи структурні зв'язки. Проте це не зовсім відповідає природі тлумачення-роз'яснення, оскільки, єдиною ознакою, яка відрізняє його від тлумачення-з'ясування є вихід поза межі свідомості суб'єкта тлумачення [6, с. 315]. Відтак, герменевтична природа тлумачення-з'ясування та тлумачення роз'яснення потребує аналізу крізь призму змісту понять "розуміння" та "пояснення". Видається, що з герменевтичної точки зору як тлумачення-з'ясування, так і тлумачення-роз'яснення поєднують процедури розуміння та пояснення з огляду на те, що пояснення аксіоматичних фактів може входити до передрозуміння тексту нормативно правового припису. Крім того, при формулюванні нормативно-правових приписів застосовуються як судження про факти, так і оцінні судження, що також свідчить про необхідність поєднання процедур пояснення та розуміння. З огляду на те, що нормативно-правові приписи формулюють вимоги щодо належної поведінки, то можна припустити, що у правотлумаченні переважають процедури розуміння. Тому якщо у тексті, який тлумачиться, поєднуються оцінні та фактичні компоненти, то основу його розуміння становлять як пояснення, так і розуміння його структурних елементів – залежно від герменевтичної природи останніх. Процедури розуміння та пояснення можуть забезпечуватися різними способами тлумачення, проте винятково для розуміння можуть застосовуватися так звані динамічні способи тлумачення – функціональне, еволюційне.

У процесі правореалізації та правозастосування текст норми належної поведінки підводиться під юридично значимі факти. Отож, відбувається визначення того, чи конкретна дія дозволена, чи заборонена текстом нормативно-правового припису, або які наслідки випливають з певних дій чи подій. Відтак, у процесі правореалізації, здійснюваної суб'єктом права, чи правозастосування, здійснюваного компетентними державними органами, відбувається потрібна процедура. По-перше, з'ясовується зміст норми через процедури розуміння, в основу яких покладено і пояснення. По-друге, з'ясовується зміст фактів. Однак з огляду на те, що герменевтика соціально дії доводить, що дії стають зрозумілими лише тоді, коли вони стають у ланцюжок з іншими діями, можна припустити, що не завжди тлумачення дій матиме характер пояснення. Дуже часто така інтерпретація буде відбуватися через посередництво оцінювальної процедури розуміння. По-третє, пояснюється, чи та чи інша фактична поведінка передбачена, дозволена, заборонена текстом нормативно-правового припису.

Адже у процесі правозастосування відбувається встановлення відповідностей між належним і сущим, між тим, що зрозуміло з тексту припису та фактичною поведінкою через визначення причинно-наслідкових, структурних чи генетичних зв'язків між діями, подіями та іншими фактами. Тому власне правозастосування повинно би було бути пояснювальною процедурою, яка змінює процедуру розуміння тексту нормативно-правового припису та юридично значимого факту. Адже зрозумівши належне, треба пояснити, чи суще йому відповідає. І це не є питанням оцінки, тому що оцінка вже зроблена як щодо належного, так і щодо сущого. Йдеться про встановлення відповідності ознак фактичної поведінки щодо тих ознак, які зрозумілі з тексту правової норми. Це має місце у разі виявлення складу злочину, складу правовідносин тощо. Тому і належне, і суще окремо одне від одного підлягають розумінню, а відтак –

оцінці. Тому виникає те, що можна охарактеризувати як герменевтичний парадокс: пояснення відповідності чи невідповідності одне одному результатів двох оцінок – тексту нормативно-правового припису та фактичних дій.

Основні висновки.

1. Процедури розуміння та пояснення тексту не є взаємовиключними та можуть поєднуватися у соціальних науках. Пояснення стосується фактичних суджень, а розуміння – суджень оцінних. У будь-якому разі, пояснення може лежати в основі розуміння, а не навпаки. Результат пояснення може входити до передрозуміння.

2. З огляду на те, що юриспруденція спрямована на пошук праводержавних закономірностей, вона повинна поєднувати в собі як пізнавальні процедури розуміння, так і пояснення. У протилежному разі ставиться під сумнів наявність такої науки.

3. У тлумаченні нормативно-правових приписів домінують процедури розуміння, тоді як пояснення може мати місце щодо суджень про факти і бути основою розуміння. Застосування таких способів тлумачення, які забезпечують динамізм правового регулювання, свідчить про застосування пізнавальних процедур розуміння.

4. При реалізації та застосуванні нормативно-правових приписів відбувається досить рельєфне поєднання процедур розуміння та пояснення. Текст нормативно правового припису, так само як і юридично значимі дії (факти) стають предметом незалежного розуміння (у передрозуміння якого за загальним правилом може входити і пояснення), тоді як їх відповідність чи невідповідність між собою є предметом пояснення через встановлення закономірних залежностей.

1. Волков Ю.Г., Нечепуренко В.Н., Самыгин С.И. Социология: история и современность. – Ростов н/Д, 1999. – С. 161–182 // Цит. за: Овчинников А.И. Правовое мышление в герменевтической парадигме. – Ростов н/Д: Изд-во Рост. Ун-та, 2002. – С. 33
2. Рикёр П. Герменевтика, этика, политика: Московские лекции и интервью. – М.: Академия, 1995. – 159 с.
3. Ивин А.А. Ценности и понимание // Вопросы философии. – 1987. – №8. – С.31–44
4. Вригт Г.Х. фон Логико-философские исследования: избр. труды. – М., 1986. – 335 с.
5. Овчинников А.И. Правовое мышление в герменевтической парадигме. – Ростов н/Д: Изд-во Рост. Ун-та, 2002. – 288 с.
6. Луць Л.А. Загальна теорія держави і права: Навч.-метод. посібн. (за кредитно-модульною системою). – К.: Атіка, 2007. – 412 с.

SOME HERMENEUTIC CONCEPTS IN ANALYTICAL AND PRACTICAL JURISPRUDENCE

T. Dudash

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

The author makes an attempt to examine understanding and explanation of hermeneutic notions applicability to legal regulation, namely to law interpretation, law realisation and law enforcement, as well as to analytical jurisprudence. The essence of the above-mentioned hermeneutic notions, which reflect different cognitional procedures, is determined with regard to their understanding the main approaches.

Key words: hermeneutics, understanding, explanation, law interpretation, law realisation, law enforcement.

НЕКОТОРЫЕ ГЕРМЕНЕВТИЧНИ ПОНЯТИЯ В ТЕОРЕТИЧЕСКОЙ И ПРАКТИЧЕСКОЙ ЮРИСПРУДЕНЦИИ

Т. Дудаш

*Львовский национальный университет имени Ивана Франка
ул. Университетская, 1, 79000 Львов, Украина*

Прослежено применения герменевтичних понятий понимания и объяснения в правовой регуляции, в частности в правотолковании, правореализации и правоприменении, и в теоретической юриспруденции. Выяснено содержание указанных герменевтичних понятий, которые отображают разные познавательные процедуры с учетом основных подходов к их пониманию.

Ключевые слова: герменевтика, понимание, объяснение, правотолкования, правоприменение, правореализация.

Стаття надійшла до редколегії 15.12.2009

Прийнята до друку 10.01.2010

ФОРМАЛЬНО НЕВИЗНАЧЕНІ ТЕРМІНИ ЯК ЗАСІБ ПРАВОВОГО ВПЛИВУ

В. Косович

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

Серед юридичних термінів, що використовуються для формування правових норм є такі, що посідають проміжне місце між формально визначеними і формально невизначеними – напівочіночні (проміжні). Одна із основних їх властивостей виступати засобом правового впливу і правового регулювання.

Ключові слова: формально невизначені поняття, ніпівочіночні (проміжні поняття), правовий вплив, правове регулювання.

Ефективність правового впливу на відносини у сучасному суспільстві поряд з іншими чинниками визначається і досконалістю юридичної термінології, що використовується у нормативно правових актах. Необхідність підвищення якості юридичної діяльності в Україні зумовлює потребу дослідження регулятивних можливостей правових термінів, серед яких особливе місце посідають формально невизначені терміни, що зумовлюють формальну невизначеність правових норм. Стосовно правових норм серед науковців тривалий час ведеться дискусія про можливість та необхідність їх використання у новітньому законодавстві України. Така ситуація визначає актуальність, важливість та дискусивність обраної теми.

Питання використання формально невизначених термінів (які є формою вираженою передусім оціночних понять) у правових нормах та і питання правового впливу у вітчизняній літературі спеціально розглядається мало. Цю тему певною мірою досліджували у колишній радянській загальнотеоретичній науці і розробляється російськими теоретиками у призмі особливостей російського права. Відповідно задекларована тема потребує вивчення з метою формулювання певних наукових узагальнень та практичних рекомендацій, що можуть використовуватись для вдосконалення правового регулювання суспільних відносин в Україні.

З метою висвітлення основних положень нашого дослідження розглянемо блок взаємопов'язаних питань (з огляду на складність та дискусивності з'ясуємо лише їхні основні риси): загальна характеристика формально невизначених термінів (у літературі частіше йдеться мова про формально невизначені, передусім оціночні поняття); співвідношення правового впливу та правового регулювання; формально невизначені поняття (об'єктом нашої уваги будуть такі з них, як проміжні між оціночними та формально визначеними, оскільки ця категорія понять у літературі не досліджувалась) як засіб правового впливу та правового регулювання в Україні; юридичні норми з формально невизначеними поняттями як чинник забезпечення функцій права.

Формально невизначені правові норми – це такий різновид правових норм, які закріплені у статтях нормативно правових актів із використанням формально невизначених термінів (понять). Оскільки такі терміни надають правовій нормі особливого характеру, коротко з'ясуємо їх природу та властивості. Формально невизначені терміни форма виразу оціночно-правових понять, спосіб закріплення соціально-значущих явищ, які будучи тотожними за зовнішніми параметрами, можуть мати різну значимість залежно від особливостей конкретних правовідносин.

За ступенем визначеності, точніше невизначеності, такі поняття можна поділити на дві групи: оціночні і напівоціночні (проміжні між оціночними і формально визначеними). Оціночне поняття – це закріплена у правовій нормі абстрактна характеристика соціальної значимості реальних або потенційних фактів, що має бути неодмінно конкретизована під час його застосування чи реалізації, завдяки чому забезпечується юридичне реагування держави на всі індивідуалізовані факти, яким властива зафіксована у юридичній нормі значущість. Питання використання оціночних понять у юридичній літературі певною мірою були висвітлені. Тому оберемо об'єктом дослідження проміжні поняття – саме виділення яких є уже дискусійним. До таких понять можна, наприклад, зачислити використовувані у Цивільному кодексі України формально невизначені поняття: духовний, фізичний та соціальний розвиток особи (ст. 31), зловмисна домовленість (ст. 232), належні, безпечні та здорові умови (ст. 293), звичаї ділового обороту (ст. 532), ощадливе ведення (ст. 845). Проміжним поняттям властиві специфічні ознаки, що виділяють їх з поміж оціночних та формально визначених:

- часткова формальна визначеність;
- виражаються за допомогою загальновідомих, загальновживаних та загальновизначених термінів;
- інтерпретація соціальної значущості окреслених ними явищ може бути пов'язана з специфікою конкретних життєвих ситуацій; вони можуть по-різному тлумачитись залежно від суб'єкта, умов, предмета тощо; в окремих випадках потребують офіційного роз'яснення;
- створюють можливості правозастосувального угляду у процесі формування юридичної оцінки;
- законодавець може давати їх юридичне визначення;
- виступають як формою, так і джерелом права.

Основна причина застосування цих понять – необхідність правової регламентації таких суспільних явищ, процесів, діяльності, фактів, які є соціально важливими, загальнозрозумілими, однак межі (діапазон) сприйняття і трактування яких не є сталий і однозначний.

Дослідивши Кримінальний та Цивільний кодекси України (та для з'ясування питання співвідносності норм національного й міжнародного права Конвенцію про захист прав людини та основних свобод) на предмет наявності у них формально невизначених понять, виявлені у них проміжні поняття залежно від того, що вони закріплюють і визначають, об'єднаємо на декілька основних груп, (наведемо види і приклади у формі таблиці):

Назва правового акта	Суспільні цінності	Права і якості людини	Значущі для суспільства і людини явища, факти, процеси тощо
ЦК України	<i>Громадський порядок</i> (ст. 442). Суспільно корисна мета (ст. 1240)	Фізичний, духовний, соціальний розвиток особи (ст. 31). Приймає гідність, аморальна поведінка (ст. 289)	Усі можливі заходи (ст. 105). Звичаї ділового обороту (ст. 531). Загальноприйнятті технічні засоби (ст. 1248)
КК України	<i>Громадський порядок</i> ,	Сильне душевне	Небезпечні речовини

	громадська безпека, безпека людства (ст. 1). Загальновизнані принципи (ст. 3). Громадський обов'язок (ст. 115)	хвилювання (ст. 36). Принизити людську гідність (ст. 50). Безпорадний стан (ст. 143)	(ст. 237). Конфедераційна інформація (ст. 330)
Конвенція...	Загрожує благополуччю суспільства (ст. 4). В інтересах громадського порядку (статті 6.9). В інтересах територіальної цілісності (ст. 10)	Захисту (інтересів) здоров'я (статті 8.9.10.11). На основі поваги до прав людини (ст. 38).	Незалежний, безсторонній суд (ст. 6). Дружнє врегулювання спору (ст. 38)

Зазначимо, що є тотожні проміжні поняття, які використовуються у різних правових актах (із наведеної таблиці бачимо, що проміжне поняття “громадський порядок” використовується у трьох різних за своєю природою і призначенням правових документах).

Правовий вплив і правове регулювання співвідносяться як загальне і конкретне.

Правовий вплив трактують дещо по-різному. Це – нормативно-організаційний вплив на суспільні відносини, як спеціальними правовими засобами – норма права, правовідносини, правові акти, так і іншими правовими явищами – правосвідомість, правова культура, принципи права. Правовий вплив охоплює правову свідомість, правову культуру, механізм правового регулювання, правові принципи, правотворчий процес [1, с. 100]. Це – взятий в єдності та багатоманітності процес впливу права на соціальне життя, свідомість та поведінку людей [2, с. 26].

Правове регулювання, якому зазвичай приділяють більше уваги, зазвичай, визначають як здійснюваний за допомогою юридичних засобів вплив на суспільні відносини з метою їх упорядкування (П. М. Рабінович, С.С. Алексєєв, В.В. Лазарєв, А.В. Малько). Правове регулювання – лише одна із форм впливу права на суспільні відносини, що не охоплює усіх інших його форм. Засоби правового регулювання тією чи іншою мірою слугують засобами правового впливу. Наприклад, як відомо, юридичні норми попри регулятивну виконують і виховну функцію – вислугуючи основою для формування правосвідомості та правової культури громадян.

З метою з'ясування проблеми співвідношення правового впливу і правового регулювання необхідно визначитись щодо дії права (про яку теоретики часто ведискутують) і впливу права. Чинним, таким, що діє право може вважатися як з формальної (факт юридичного закріплення норми права у відповідному джерелі), так і з фактичної (норма права здійснює реальний вплив на суспільні відносини) точки зору. У свою чергу вплив права має місце тільки тоді, коли формальна і фактична складові дії права представлені у комплексі [3, с. 217]. Правовий вплив може здійснюватись як в активній, так і в пасивній формі. Активна передбачає безпосереднє використання засобів і методів правового регулювання і правову охорону у процесі соціальної життєдіяльності. Пасивна передбачає опосередкований вплив права на суспільні відносини. [4, с. 218].

Констатуючи нероздільність правового впливу і правового регулювання, водночас можна виділити такі відмінності між ними.

Предмет правового регулювання дещо вужчий від предмета правового впливу. В останній входять і такі економічні, політичні і соціальні відносини, які правом не регулюються, але на які вони так чи інакше поширюють свій вплив. Якщо правове регулювання як спеціально-юридичний вплив у будь-якому випадку пов'язане з встановленням конкретних прав і обов'язків суб'єктів, з прямими приписами про необхідне і можливе, то правовий вплив не завжди. Якщо перше означає здійснення правових норм через правові відносини, то друге необов'язково [5, с. 27].

Засоби правового регулювання є завжди засобами правового впливу. Засоби ж правового впливу не завжди є засобами правового регулювання (наприклад, правова культура законодавця). Засобами правового регулювання слугують юридичні норми, юридична діяльність, принципи права тощо. Їх коло визначається передусім стадією правового регулювання. Засобами ж правового впливу попри перелічені правові явища є і правові традиції, і загальна правосвідомість суспільства, і ставлення суспільства до права, які формальними рамками необмежені. Вимоги до засобів правового регулювання є в цілому єдиними незалежно від особливостей різних правових систем. Система ж засобів правового впливу зумовлена специфікою цих правових систем.

Якщо коло суб'єктів, статус яких регулюється правом, загалом визначене, то правовий вплив поширюється на невизначене коло суб'єктів.

Суб'єктами, які здійснюють правове регулювання, є юридично визначене коло суб'єктів (починаючи з посадової особи і завершуючи громадянином, який приймає участь у референдумі). Суб'єктами, які можуть здійснювати правовий вплив, є будь-які особи за умови, що вони впливають на формування правових орієнтацій та установок інших суб'єктів права.

Основними методами правого регулювання є імперативний та диспозитивний, що встановлюються через владно-правове закріплення прав, обов'язків, заборон. Методи ж правового впливу – рекомендація, пропозиція, приклад для наслідування, попередження. Відповідно формами вислугують з одного боку вольові приписи, з іншого – інтелектуально-психологічний вплив.

Об'єкт правового регулювання – поведінка суб'єкта права, об'єкт правого впливу – його правова свідомість.

Визначальна мета правового регулювання – правомірна поведінка суб'єктів права і відповідність суспільних відносин до правил, визначених юридичними нормами. Ідеальна мета правового впливу – формування у суспільстві правових установок на визнання непорушності й пріоритету загальноправових та загальносуспільних цінностей.

Співвідношення, єдність та роздільність правового впливу та правового регулювання настановляє на думку про необхідність узагальненого підходу до цих правових явищ. Зміст такого підходу, як видається, полягає у можливості розгляду правового впливу у двох аспектах:

- правовий вплив як явище, що є похідним, супроводжує, доповнює, посилює ідейну спрямованість правового регулювання. Прикладом може бути виховна функція юридичної відповідальності;
- правовий вплив як ідеолого-правовий процес не пов'язаний безпосередньо із правовим регулюванням, однак такий, що має суттєве значення для нього. Так, загальновизнано, що судовий прецедент не є формою права у континентальній

правовій системі (отож і засобом правового регулювання). Однак він слугує джерелом права, а відповідно, і засобом правового впливу.

Спробуємо підтвердити наведені міркування, зосередивши увагу на формально невизначених нормах, зокрема нормах, що містять проміжні поняття. Саме такі поняття мають особливу здатність виступати засобами правового впливу як пов'язаного, так і не пов'язаного з правовим регулюванням. Ця здатність випливає із властивостей проміжних понять, насамперед із такої, як можливість бути засобом і джерелом (а це уже вплив) правового регулювання. Візьмемо наприклад використане у ст. 37 та 38 Конвенції про захист прав людини та основних свобод напівочіночне поняття “повага до прав людини”. Це словосполучення закріплює один із засадничих принципів діяльності Європейського Суду з прав людини. Праворегулятивне призначення зазначеного поняття полягає у юридичному визначенні основного критерію для оцінки фактичних обставин справ, пов'язаних із захистом прав людини, неналежно захищених у межах національних правових систем. Стаття 37 Конвенції надає право Європейському Суду з прав людини на будь-якій стадії провадження у справі вилучити заяву із реєстру справ, якщо обставини дають підстави дійти висновку, що заявник не має наміру і далі підтримувати свою заяву. Однак, відповідно до частини другої пункту першого цієї статті, Суд продовжує розгляд заявиз огляду на повагу до прав людини, визначених у Конвенції та протоколах до неї. Використане проміжне поняття дає змогу оминати формальні підстави в інтересах людини, наприклад, у випадку невчинення заявником дій, що свідчать про намір підтримувати свою заяву через страх перед можливою у майбутньому помстою з боку держави. Водночас поняття повага до прав людини є засобом правового впливу. Як складова правової норми Конвенції воно виконує усі види загальносоціальних функцій, властивих юридичній нормі – виховну, ідеологічну, аксіологічну тощо. У нашому випадку правовий вплив супроводжує правове регулювання.

Не повною мірою визначене поняття повага до прав людини є також засобом правового впливу, не пов'язаного безпосередньо із правовим регулюванням. Багатогранним є передусім термін “повага”. Тлумачний словник трактує “повагу” як почуття шани, прихильне ставлення, що ґрунтується на визнанні чіїх-небудь заслуг, високих позитивних якостей когось, чогось [6, с. 992]. Як бачимо, напівочіночне поняття роз'яснюється за допомогою таких же проміжних та оціночних! Отож визначити формальні межі позитивного ставлення до прав людини у розумінні “поваги” дуже складно, або і неможливо. Дане філософсько-моральне поняття є не тільки специфічною формою міжнародного права, а і джерелом міжнародного й національного права держав-членів Ради Європи; тим самим засобом впливу на широке коло суб'єктів права. Такий вплив насамперед стосується суб'єктів творення норм національного законодавства щодо прав людини, суб'єктів їхньої реалізації та застосування, й нарешті основних носіїв цих прав – людей. І полягає він у формуванні системи аксіологічних та правових установок суспільства щодо багатогранного поняття “повага до прав людини”; і є ідейною основою подальшого правового регулювання цієї важливої сфери суспільних відносин. Розглянене напівочіночне поняття хоча чи не основна, однак лише частина правової норми. Це спонукає до з'ясування “правовпливових властивостей” проміжних понять у поєднанні з схожими властивостями правової норми, у якій вони закріплюються.

Правова норма з проміжними поняттями як засіб правового впливу. Норма права відіграє провідну роль як у механізмі правового впливу загалом, так і

механізмі правового регулювання зокрема. Правові норми, як було зазначено вище, крім регулятивної функції, мають виховний та інформаційний вплив на суспільство [7, С.102]. Питома вага безпосереднього правового впливу норм з проміжними поняттями значно вища ніж норм з формально визначеними поняттями. Розглянемо наприклад ст. 39 Конституції України, яка надає громадянам України право збиратися мирно, без зброї і проводити збори, мітинги, походи і демонстрації, про проведення яких завчасно сповіщати органи виконавчої влади чи органи місцевого самоврядування. Зазначена норма містить проміжні поняття “збиратися мирно” та “завчасно” (останнє більшою мірою навіть оціночне). На перший погляд ці терміни зрозумілі та визначені за своїм змістом. Однак детальний аналіз засвідчує їх неоднозначність та багатогранність. Межами поняття “збиратися мирно” може охоплюватись і право проводити масові акції на підтримку певних особистих інтересів (наприклад, зібрання студентів перед навчальним закладом з вимогою своєчасної виплати стипендій), і право проведення суспільно значущих політичних зібрань (наприклад, ультраполітичних чи напіввоєнізованих сил з метою пропаганди своїх політичних ідей). Плюралізм же розуміння поняття “завчасно” на практиці став причиною того, що частина перша статті 39 Конституції України отримала офіційне тлумачення в рішенні Конституційного Суду України №4 –рп/2001 від 19.04.2001 р.

Неокресленість предмета регламентації зумовлює широкі можливості впливу як пов’язаного з правовим регулюванням, так і такого, що має певну відносну самостійність. У першому випадку правовий вплив полягає у виховній та ідеологічній функції норми з проміжним поняттям, що закріплена у статті 39 Конституції України (наприклад, формування правової установки на поведінку на основі принципу “не нанось своїми діями шкоди іншим громадянам та суспільству”). У другому випадку вже наявність такої норми впливає (є підставою) формування системи певних ціннісних уявлень щодо прав людини, зокрема права на збори.

Проміжні поняття як специфічна форма закріплення правових приписів є джерелом формування інших правових норм (засобом впливу на саме юридичне право). Так, згадана конституційна норма є основою для формування нормативно-правових актів про об’єднання громадян.

Підсумовуючи наше дослідження, потрібно зазначити, що одним із засобів правового впливу, що як супроводжує правове регулювання, так і не є з ним прямо пов’язаним, слугують формально невизначені, зокрема, проміжні (напівоціночні поняття). Вивчення цієї категорії юридичних термінів, їх здатності регулювати суспільні відносини і впливати на них є одним із напрямів визначення шляхів підвищення ефективності юридичної регламентації суспільних відносин у сучасній державі.

1. Общая теория государства и права. Академический курс. Т. 3. – М., 2007. – 698 с.
2. Малько А.В. Стимулы и ограничения в праве. – М., 2003. – 250 с.
3. Ромашов Р.А. Теория государства и права. – Питер, 2006. – 256с.
4. Ромашов Р.А. Теория государства и права. – Питер, 2006. – 256с.
5. Малько А.В. Стимулы и органичения в праве. – М., 2003. – 250с.
6. Великий тлумачний словник сучасної української мови. – К., 2007. – 1736 с.
7. Общая теория государства и права. Академический курс. Т. 3. – М., 2007. – 698с.

FORMALLY UNDEFINED TERMS AS INSTRUMENT OF LEGAL INFLUENCE

V. Kosovych

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

The article deals with legal half-evaluative (intermediate) terms used for legal norms formation; they keep intermediate place between formally defined and formally undefined legal terms. The author dwells upon one of such legal terms basic peculiarities – to be the instrument of legal influence and legal regulation.

Key words: formally undefined terms, half-evaluative (intermediate) terms, legal influence, legal regulation.

ФОРМАЛЬНО НЕОПРЕДЕЛЕННЫЕ СРОКИ КАК СРЕДСТВО ПРАВОВОГО ВЛИЯНИЯ

В. Косович

*Львовский национальный университет имени Ивана Франка
ул. Университетская, 1, 79000 Львов, Украина*

Среди юридических сроков, которые используются для формирования правовых норм есть такие, которые занимают промежуточное место между формально определенными и формально неопределенными, – полуоценочные (промежуточные). Одно из основных их свойств выступать средством правового влияния и правовой регуляции.

Ключевые слова: формально неопределенные понятия, ніпівоціночні (промежуточные понятия), правовое влияние, правовая регуляция.

Стаття надійшла до редколегії 17.12.2009

Прийнята до друку 10.01.2010

ЗЛОВЖИВАННЯ ПРАВОМ В ІНТЕРПРЕТАЦІЇ ЄВРОПЕЙСЬКОГО СУДУ З ПРАВ ЛЮДИНИ

Т. Полянський

*Львівський національний університет імені Івана Франка
вул. Університетська, 1, 79000 Львів, Україна
тел. (032) 260–33–83 E-mail: polianskyi.t@gmail.com*

На підставі аналізу практики Європейського суду з прав людини з'ясовано деякі аспекти інтерпретації ним зловживання правом. Зокрема, виявлено основні ознаки цього явища, його суб'єктний склад та сферу поширення. Досліджено особливості взаємодії статті Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод, в якій закріплюється неприпустимість зловживання правом, з іншими статтями цього документа. Стверджується, що зазначена стаття, у техніко-юридичному аспекті залежна від інших статей Конвенції, водночас закріплює один із основоположних правових принципів, на яких ґрунтується сама Конвенція, і завдяки дотриманню якого виконується одне з її основних завдань – захист демократії.

Ключові слова: зловживання правом, Європейський суд з прав людини, Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод

Європейський суд з прав людини (далі – Суд) розпочав діяльність 50 років тому, у 1959 р., а 1 червня 1961 р. він прийняв перше рішення у справі “Lawless v. Ireland”.

Ця справа стосувалася скарги заявника (активного члена Ірландської республіканської армії) на те, що після взяття під варту його обмежували у здійсненні прав, передбачених ст. 5 (“Право на свободу та особисту недоторканність”) та ст. 6 (“Право на справедливий судовий розгляд”) Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод (далі – Конвенція). Уряд виправдовував такі дії тим, що заявник зловживав своїм правом на свободу об'єднання (ст. 11 Конвенції). Суд, погодившись з Урядом, визнав у діях п. Ловлесса наявність зловживання ст. 11 Конвенції, однак заборонив на підставі цього обмежувати його права, передбачені іншими статтями Конвенції. Вже у цьому рішенні Суд витлумачив ст. 17 Конвенції (“Заборона зловживання правами”), яка забороняє будь-якій державі, особі чи групі осіб зловживати правами, гарантованими їм Конвенцією¹.

З огляду на те, що згідно зі ст. 17 Закону України “Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини” від 23 лютого 2006 р. суди в Україні зобов'язані застосовувати Конвенцію та практику Суду як джерело права, видається доцільним проаналізувати практику інтерпретації ним поняття зловживання правом².

¹ У Зазначеній статті з'ясовуємо, що: “Ніщо в цій Конвенції не може тлумачитися як таке, що надає будь-якій державі, групі або особі будь-яке право займатися будь-якою діяльністю або вчиняти будь-яку дію, спрямовану на скасування будь-яких прав і свобод, що викладені в цій Конвенції, або на їх обмеження в більшому обсязі, ніж передбачено в Конвенції”.

² Принагідно зазначимо, що у Конвенції ще є дві статті, які забороняють зловживання правом: ст. 18 (“Обмеження у застосуванні обмежень на права”) та ч. 3 ст. 35, в якій однією з підстав визнання індивідуальної заяви неприйнятним є зловживання заявником своїм правом на подання заяви (ця підстава може бути застосована до заяв лише у тому випадку, коли вони, як визначив Суд, “ґрунтувались на завідомо неправдивих фактах”; див., напр., рішення у справах: Akdivar and Others v. Turkey (1996), I.S. v. Bulgaria (2000), Varbanov v. Bulgaria (2000), Aleksanyan v. Russia (2009)).

І якщо власна практика українських судів стосовно виявлення та припинення зловживання правом не є багатою, це, вважаємо, не применшує актуальності такого дослідження, оскільки у багатьох випадках явище зловживання правом розпізнати, мабуть, нелегко.

Розглянувши згадану скаргу п. Ловлесса, Європейська комісія з прав людини (далі – Комісія)³ зазначила, що “загальною метою ст. 17 Конвенції є запобігання тоталітарним групам експлуатувати у своїх власних інтересах принципи, проголошені Конвенцією. Проте для того, аби досягнути цієї мети, не є обов’язковим позбавляти осіб, які здійснюють таку діяльність всіх прав і свобод, гарантованих їм Конвенцією. Ст. 17 Конвенції охоплює по суті лише ті права, використання яких полегшить спроби отримати можливість здійснювати діяльність, метою якої є “будь-яких прав і свобод, викладених у Конвенції” (переклад з англ. мови автора – Т. П.). Згодом Суд, розглядаючи цю справу, погодився з міркуваннями Комісії, уточнивши лише, що вказана мета статті стосується систематичної діяльності або ж одноразових вчинків осіб чи їхніх груп (тут і далі курсив автора – Т. П.).

Від часу розгляду цієї справи та ухвалення відповідного рішення, думка Суду, стосовно загальної мети ст. 17 Конвенції майже не змінилась. Однак у деяких рішеннях Суд, все ж таки уточнював та розширював її зміст. Наприклад, у рішеннях у справах “*Refah Partisi and Others v. Turkey*” (2003) та “*Ždanoka v. Latvia*” (2006) Суд, попередньо обґрунтувавши безпосередній зв’язок між Конвенцією, з одного боку, і демократією та її цінностями, з іншого, розширив об’єкт можливих посягань зловживання правом: він постановив, зокрема, що “ніхто не уповноважений посилається на положення Конвенції задля того, аби послабити чи зруйнувати ідеали та цінності демократичного суспільства”.

У справі “*Preda and Dardari v. Italy*” (1999) Суд вказав, що “метою цієї норми є запобігання використанню принципів, на яких ґрунтується Конвенція, щоб здійснювати будь-яку діяльність, спрямовану на скасування прав і свобод, визнаних цією Конвенцією”.

У кількох справах, які стосувалися зловживань заявниками своїми правами, передбаченими ст. 10 Конвенції, Суд постановлював, що зловживання правом має місце і тоді, коли не лише порушуються важливі цінності демократії, але й власне дух Конвенції. Зокрема, у рішенні у справі “*Witzsch v. Germany*” (2005) Судом було зазначено, що ця стаття має на меті запобігання поширенню таких ідей, які “суперечать тексту та духові Конвенції”.

У справі “*Ždanoka v. Latvia*” (2006) Суд розширив також суб’єктний склад груп осіб, які можуть бути звинувачені у зловживаннях: “Однією з основних цілей ст. 17 Конвенції є запобігання тоталітарним чи екстремістським групам від виправдання своєї діяльності, через посилення на Конвенцію”. На думку де Сальвіа, “метою аналізованої норми є надання демократичним державам, які борються, щоб захистити вільно вибрані громадянами інститути, загального засобу захисту проти підривних (руйнівних) діянь” [1, с. 766]. Видається, що наведена характеристика

³ У цій статті аналізуватимуть практика не лише Суду, але й Комісії з прав людини, оскільки Суд часто послуговується тими рішеннями Комісії, в яких містились інтерпретації ст. 17 Конвенції.

⁴ До речі, рішення у справі “*Lawless v. Ireland*” виніс Суд, до складу якого входив Р. Кассен – один з головних творців тексту Загальної декларації прав людини 1948 року. Ст. 30 цього документа містить текстуально ідентичне формулювання заборони зловживання правами (згодом це формулювання з незначними змінами було включено до Міжнародного пакту про громадянські та політичні права, Міжнародного пакту про економічні, соціальні та культурні права та Хартії основних прав Європейського Союзу).

мети ст. 17 Конвенції не є повною. Оскільки держави теж можуть зловживати своїми правами, посилаючись на необхідність забезпечення законності та верховенства права, ця стаття надає також громадянам цих держав засіб захисту від таких зловживань.

Крім того, важливо звернути увагу на те, що зловживанням правом визнавали і таку діяльність, яка фактично не спричинила шкоди, однак мала своєю метою у майбутньому використати певне право для порушення прав інших осіб.

Отже, зазначене вище дає підставу вказати на такі основні ознаки зловживання конвенційним правом (як його інтерпретує Суд):

1. зловживання може проявлятися в усвідомлених вольових вчинках чи систематичній діяльності, що формально спирається на положення (норми та принципи) Конвенції;

2. такі вчинки та діяльність переслідують іншу мету, ніж та, що передбачена відповідною нормою Конвенції;

3. зазначені вчинки та діяльність порушуватимуть (або становитимуть реальну загрозу порушення) конвенційні права і свободи, що проявлятиметься (або матиме на меті) у їхньому обмеженні чи скасуванні, зокрема через знищення ідеалів та цінностей демократії (демократичного суспільства), які декларуються текстом та “духом” Конвенції.

Текст ст. 17 Конвенції передбачає, що суб’єктами її порушення можуть бути не лише індивіди чи їх угруповання, але й держави⁶.

У практиці самого Суду немає тлумачення можливості держави нести відповідальність за порушення ст. 17 Конвенції. А ось Комісія в одному зі своїх рішень зазначила: “У тих випадках, коли Уряд намагається максимально захистити верховенство права та демократичне суспільство, ст. 17 Конвенції попереджає ситуації, коли така мета Уряду стане важливіша, ніж захист інших прав, гарантованих Конвенцією. Незважаючи на важливість збереження верховенства права та демократичної системи, виправдання Урядом порушення будь-яких гарантованих Конвенцією прав вимагає існування безсумнівно встановленої потреби такого порушення” [3, с. 563].

Суд у своїй практиці розглянув лише 47 справ, в яких були скарги заявників на зловживання державою положеннями Конвенції, проте жодна з них задоволеною не була. Однак у практиці Суду та Комісії є декілька справ (аналізуватимуться нижче), в яких так чи інакше визнавалось порушення заявниками ст. 17 Конвенції.

Виходячи з логіки ст. 17 Конвенції та з наведених вище фрагментів рішень Суду, зловживанням може піддаватися будь-яка неправильно інтерпретована норма (чи принцип), закріплена в Конвенції. Проте, на думку Комісії, висловлену у справі “Engel and Others v. the Netherlands” (1976), ст. 17 може бути застосована лише щодо Першого розділу Конвенції (який закріплює основні права і свободи), а також таких Протоколів до неї: Першого (гарантує захист права власності, право на освіту, право на вільні вибори), Четвертого

⁵ Див., напр.: “Communist Party (KPD) v. Germany” (1957), “Schimanek v. Austria” (2000), “Gorzelik and Others v. Poland” (2004), “W.P. and Others v. Poland” (2004).

⁶ Зазначимо, що автори Конвенції надавали цим суб’єктам рівнозначну можливість бути відповідальними за зловживання (Див. виступи представників Італії та Франції у Консультативній Раді (теперішня Парламентська Асамблея) Ради Європи [2, с. 5–7]).

(забороняє ув'язнення за борг, гарантує свободу пересування, забороняє вислання громадян та колективного вислання іноземців), Шостого (стосується скасування смертної кари) та Сьомого (встановлює процедурні гарантії, що стосуються вислання іноземців, закріплює право на оскарження у кримінальних справах, гарантує відшкодування в разі судової помилки та право не бути притягнутим до відповідальності або покараним двічі) [3, с. 662–563]. Оскільки з моменту постановлення цього рішення Комісії були ухвалені ще кілька нових Протоколів до Конвенції, то видається, що зловживати можна, наприклад, і положеннями Протоколу № 12 до Конвенції (встановлює загальну заборону дискримінації). Окрім того, Суд у своїх рішеннях неодноразово зазначав про зловживання положеннями Преамбули Конвенції (наприклад, в рішенні у справі “Michael Kühnen v. Germany” (1988) Суд постановив, що дії заявника “порушували основні цінності Конвенції, гарантовані п'ятим параграфом Преамбули, в якому зазначено, що “основні свободи, передбачені Конвенцією, найкраще забезпечуються ... завдяки дієвій політичній демократії”). Тому, на нашу думку, зловживанню підлягають і принципи (цінності), задекларовані Преамбулою Конвенції.

Особливості взаємодії ст. 17 з іншими статтями Конвенції. Актуальність вказаного засновку зумовлена тим, що питання про порушення ст. 17 Конвенції може поставати лише у сукупності з іншою статтею Конвенції, положення якої тлумачиться так, що дає змогу вчиняти зловживання. Ця взаємодія залежить від ролі, яку відіграє ст. 17 і закріплений нею принцип у Конвенції.

Насамперед потрібно з'ясувати характер взаємодії ст.ст. 15 та 17 Конвенції. Перша з них (“Відступ від зобов'язань під час надзвичайної ситуації”) дає змогу державі за умов війни чи іншої надзвичайної ситуації, яка загрожує життю нації, “відступати від її зобов'язань за цією Конвенцією”, тобто по суті (за текстом ст. 17) “скасовувати будь-які права і свободи, що викладені в цій Конвенції або обмежувати їх в більшому обсязі, ніж передбачено в Конвенції”. Зрозуміло, що у тому випадку, коли державні органи “під прикриттям” згаданих умов війни чи надзвичайної ситуації використовуватимуть відповідне положення Конвенції задля втручання в основоположні права та свободи людини, такі дії становитимуть самостійне підґрунтя для визнання вчинення зловживання з боку держави. Однак в усіх інших випадках положення ст. 15 будуть тим “винятком із правила”, які дозволятимуть вчиняти (за умов пропорційності та виправданості застосовуваних засобів) юридично дозволені (“виправдані”) “зловживання”.

У багатьох справах, в яких траплялися скарги на зловживання правом державою, заявники стверджували, що державні органи чи їх службові особи ставились до них “упереджено”. Відтак постає необхідність розмежування ст. 14 (“Заборона дискримінації”) та ст. 17 Конвенції. На нашу думку, зловживання правом матиме місце лише тоді, коли уповноважені органи тлумачитимуть (використовуватимуть) відповідні положення Конвенції з метою завдати шкоду правам і свободам окремих осіб чи їхніх груп незалежно від наявності упередженого ставлення. Тобто, якщо було лише таке ставлення, порушуватиметься ст. 14 Конвенції, а коли, окрім упередженого ставлення, наявні ознаки “виправдання” оскаржуваних діянь положеннями Конвенції, порушуватиметься ст. 14 у поєднанні зі ст. 17 Конвенції.

У працях, присвячених дослідженню зловживання правами у Конвенції, нерідко дискутується питання про взаємозв'язок ст. 17 та ст. 18

Конвенції [3, с. 569; 4, с. 514–515]. Ст. 18 наголошує на тому, що дозволені обмеження конвенційних прав і свобод “можуть застосовуватися тільки з тією метою, для якої вони передбачені”. Інакше кажучи, будь-яке обмеження конвенційних прав і свобод, аби бути юридично дозволеним, повинне досягати “правомірної” мети, тобто мети, для якої це обмеження передбачене. Недосягнення такої мети, тобто досягнення іншої мети, є неправомірним діянням. Останнє повністю відповідає другій основній ознаці зловживання правом. Тому порушення ст. 18 Конвенції є, на нашу думку, одним із проявів зловживання державою своїми правами на обмеження основних прав і свобод людини.

Проблемним видається також питання щодо “несамостійності” ст. 17 Конвенції. Справді, ця стаття застосовується, було зазначено, не автономно, а лише у поєднанні з іншими статтями Конвенції. Проте істотною особливістю ст. 17 є те, що вона закріплює один із основоположних принципів Конвенції – “принцип неприпустимості зловживання правами”, завдяки якому “демократія здатна захищати саму себе”⁷.

Вважаємо, що хоча з техніко-юридичного погляду аналізована стаття не є самостійною, проте змістовно вона виконує одне із найважливіших завдань конвенції – захист демократії.

У більшості своїх рішень Комісія й особливо Суд однією з підстав непотрібності аналізу порушення державою ст. 17 Конвенції визнавали те, що була порушена інша стаття, а відтак немає необхідності аналізувати ще й можливе зловживання правом. З огляду на те, що аналізована стаття закріплює один із важливих принципів Конвенції, а також оскільки зловживанню можуть підлягати не лише конкретні статті Конвенції, але й ті принципи, які ґрунтуються на тексті та дусі, видається, що її застосування може бути дещо “автономним” щодо до інших статей (про можливість відносного “автономного” застосування ст. 17 Конвенції писали й інші автори [5, с. 286–287]). Зокрема, вважаємо, що зловживання правом з боку держави може мати місце, по-перше, тоді, коли держава, порушивши якусь іншу статтю, ніж ст. 17 Конвенції, намагатиметься виправдати такі свої діяння посиланням на ст. 15 і, по-друге, тоді, коли не матиме місце порушення якоїсь іншої статті Конвенції, однак у діях держави будуть ознаки порушення закріплених Конвенцією принципів та цінностей.

Проаналізувавши практику Суду та Комісії в означеному аспекті, можна дійти таких висновків стосовно автономної (власної) інтерпретації ними зловживання правом, забороненим Конвенцією.

1. Зловживання правом – це таке використання норм та принципів Конвенції, яке дає змогу державі, окремій особі чи групі осіб порушити права і свободи інших суб’єктів (або створити реальну загрозу такого порушення), що проявлятиметься у їх фактичному обмеженні чи скасуванні (або ж намірі їх обмежити чи скасувати) через послаблення чи знищення ідеалів та цінностей демократії (демократичного суспільства), які декларуються текстом і духом Конвенції.

⁷ Про закріплення у ст. 17 Конвенції юридичної формули, завдяки якій “демократія здатна захищати саму себе” див., напр., у рішеннях Суду у справах: “Vogt v. Germany” (1996), “Otto v. Germany” (2005), “Erdel v. Germany” (2007).

2. Суб'єктами відповідальності за порушення ст. 17 Конвенції можуть бути однаковою мірою окремі особи, їхні групи або держава; однак рішень, в яких остання визнавалась би порушником цієї статті, немає.

3. Зловживанню підлягають не лише положення, закріплені у статтях Першого розділу Конвенції та Першого, Четвертого, Шостого, Сьомого і Дванадцятого протоколів до неї, але й принципи (цінності), задекларовані Преамбулою Конвенції, та такі, що випливають із її "духу".

4. Санкцією, накладеною Судом на заявника за зловживання ним своїм правом, є виправдання Судом держави-відповідача за позбавлення заявника охорони того його права, яким він зловживав. Видається, що санкцією за зловживання правом з боку держави мало би бути позбавлення її права скасовувати оскаржувані права заявників, чи продовжувати застосовувати до них обмеження, а також виплата заявнику завданої матеріальної та моральної шкоди.

5. Ст. 17 Конвенції, що у техніко-юридичному аспекті залежить від інших статей Конвенції, водночас закріплює один із основоположних правових принципів, на яких базується сама Конвенція і завдяки дотриманню якого виконується одне з її основних завдань – захист демократії.

1. Де Сальвіа М. Прецеденты Европейского суда по правам человека. Руководящие принципы судебной практики, относящиеся к Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод. Судебная практика с 1960 по 2002 г. – СПб.: Издательство "Юридический центр Пресс", 2004. – 1072 с.
2. European Court of Human Rights. Preparatory work on Article 17 of the European Convention on Human Rights. Information document prepared by the Registry, 5 March 1975.
3. Dijk van P., Hoof van G.J.H. Theory and Practice of the European Convention on Human Rights. Deventer-Boston: Kluwer Law and Taxation Publishers, 1990. – 648 p.
4. Harris, D. J., O'Boyle, M., Warbrick, C. Law of the European Convention on Human Rights. London, Dublin, Edinburgh: Butterworths, 1995. – 754 p.
5. Короткий путівник Європейською конвенцією з прав людини. – Видання третє. – К., "Фенікс". – 2006. – С. 84–85; Гомьен Д., Харрис Д., Зваак Л. Европейская конвенция о правах человека и Европейская социальная хартия: право и практика. – М.: Изд-во МНИМП, 1998. – 600 с.

ABUSE OF RIGHT IN THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS INTERPRETATION

T. Polianskyi

*Ivan Franko National University of Lviv,
Universytetska Str. 1, UA-79000 Lviv, Ukraine
tel. (0322) 260–33–83 E-mail: polianskyi.t@gmail.com*

The author analyses the practice of the abuse of rights category interpretation by the European Court of Human Rights. The main features of this category, its subjective structure and sphere of implementation are elucidated. It is asserted that Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms Protection stipulates one of the most essential legal principles – the principle of right abuse inadmissibility.

Key words: abuse of right, the European Court of Human Rights, Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms Protection.

ЗЛОУПОТРЕБЛЕНИЕ ПРАВОМ В ИНТЕРПРЕТАЦИИ ЕВРОПЕЙСКОГО СУДА ПО ПРАВАМ ЧЕЛОВЕКА

Т. Полянський

*Львовский национальный университет имени Ивана Франка
ул. Университетская, 1, 79000 Львов, Украина
тел. (032) 260–33–83 E-mail: polianskyi.t@gmail.com*

На основании анализа практики Европейского суда по правам человека выяснены некоторые аспекты интерпретации им злоупотребления правом. В частности, обнаружены основные признаки этого явления, его субъектный состав и сферу распространения. Исследованы особенности взаимодействия статьи Конвенции о защите прав человека и основополагающих свобод, в которой закрепляется недопустимость злоупотребления правом, с другими статьями настоящего документа. Утверждается, что отмечена статья, в технико-юридическом аспекте зависящая от других статей Конвенции, в то же время закрепляет один из основополагающих правовых принципов, на которых основывается сама Конвенция, и благодаря соблюдению которого выполняется одно из ее основных заданий – защита демократии.

Ключевые слова: злоупотребление правом, Европейский суд по правам человека, Конвенция о защите прав человека и основополагающих свобод

Стаття надійшла до редколегії 23.12.2009

Прийнята до друку 10.01.2010

ІСТОРІЯ ДЕРЖАВИ І ПРАВА

ПРАВОВІ ЗАСАДИ ОРГАНІЗАЦІЇ СУДОВОЇ СИСТЕМИ ПОЛЬСЬКОГО КОРОЛІВСТВА ТА ЇЇ ПОШИРЕННЯ У РУСЬКОМУ ВОЄВОДСТВІ (1434–1569 РР.)

І. Бойко

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

У статті відображено поширення судової системи Польського королівства у Галичині. Основну увагу зверено на організаційні особливості королівських, гродських та земських, підкоморських та інших судів. Визначено правові основи їхньої діяльності у Галичині.

Ключові слова: судова система, суд, право, Польське королівство, Галичина.

Вивчення процесів формування та функціонування судової системи на українських землях є важливим на тій підставі, що досвід, отриманий під час аналізу законодавства про суди в періоди української державності і бездержавного існування, дає змогу використати прогресивні ідеї та положення для проведення судово-правової реформи в сучасній Україні. Це дасть змогу створити оптимальну модель судоустрою, зробити судочинство справедливим.

Як відомо, у 1349 р. Галичина була приєднана до складу Польського королівства, спочатку як особиста вотчина “посідання” польського короля Казимира III. До 1434 р. вона мала назву “Руське королівство” і володіла територіальною адміністративно-правовою автономією. Проте, на підставі привілеїв польського короля 1430, 1434 рр. у Галичині було введено польську адміністрацію, новий адміністративно-правовий поділ на воєводства, запроваджено станові шляхетські суди – земські, гродські та підкоморські. У тому ж 1434 р. привілеєм польського короля було створено Руське воєводство.

У ранньосередньовічній Польщі судами першої інстанції були суди гродових комісів, які управляли гродовими округами, з котрих складались провінції Польського королівства. У XII ст. гродові округи стали каштеляніями, а їх управителі – каштелянами. Каштеляни здійснювали поряд із судовими військові, фінансові, господарські, поліційні функції. Каштеляни здійснювали судочинство з допомогою асесорів (місцевих феодалів) і гродового судді, який інколи заміняв каштеляна у судовому процесі.

Каштелянський суд вирішував справи шляхти, вільних і феодалних залежних людей. Предметна підсудність цього органу охоплювала цивільні та кримінальні справи. Допоміжні функції у каштелянському суді здійснював коморник, який викликав учасників процесу до суду і виконував його рішення.

Особливим різновидом каштелянських судів був торговий суд, який здійснював судочинство на торгу. Деколи на засіданнях цього суду каштеляна замінював торговий суддя.

Протягом XIV ст. каштелянські суди занепали у зв’язку з формуванням інших судів (судів старост, міських, районних тощо). Каштелянські суди було ліквідовано у 1454 р.

У 1435 р. в Польському королівстві відбулася судова реформа. Згідно з її положеннями до судової систему держави вводились земські, гродські та підкоморські суди. У Великому князівстві Литовському аналогічна реформа

відбулася у 1564–1566 рр. На зміну старостинським і воєводським судам прийшли земські, гродські та підкормські суди [5, с. 103]. Це свідчило про те, що судова система Польського королівства значно випереджала в розвитку судову систему Великого князівства Литовського.

Суди у Польському королівстві створювались у судових повітах, які не відповідали земським повітам. Отже, у межах воєводства існувала тригалузева система судового та адміністративного устрою:

- 1) земські (адміністративні) повіти;
- 2) повіти земських судів;
- 3) повіти гродських судів.

Краківське воєводство містило сім адміністративних повітів, шість повітів судів земських і три повіти судів гродських. Лещицьке воєводство мало чотири адміністративні повіти, три повіти земських судів і один повіт гродського суду [17, с. 80–81].

Були також певні особливості такої організації судів у Галичині. Як було зазначено вище, Руське воєводство складалося з чотирьох земель: Львівської, Перемишльської, Галицької і Сяноцької. У XVI ст. до складу Руського воєводства увійшла п'ята земля – Холмська. Особливістю цих земель було те, що кожна з них мала своїх суддів, підсуддів, писарів. Землі Руського воєводства поділялись на повіти. Тільки Сяноцька мала один суд в місті Сянок. Інші ж мали, зазвичай, по два повіти. Львівська земля поділялась на Львівський і Жидачівський повіти. Перемишльська земля складалася з Перемишльського і Переворського повітів. До 1567 р. Галицька земля мала три повіти: Галицький, Тереховлянський і Коломийський. На сеймі 1567 р. Коломийський повіт було відокремлено від Галицької землі. Холмська земля розмежовувалась на Холмський і Красноставський повіти. Від часу поширення у Галичині польського права судові засідання у повітах Руського воєводства відбувались один раз на місяць. У 1523 р. кількість засідань було зменшено до шести на рік [17, с. 95–96].

У 1530 р. король Сигізмунд I видав привілей про передання Самбірського повіту під юрисдикцію Перемишльських гродського і земського судів.

Земські суди сформувалися у воєводствах (землях) унаслідок реформування, придворних судів, існуючих раніше в провінціях. Кожне воєводство (земля) мало свій земський суд, який складався із судді, підсудка, їх заступників, писаря та коморників. Засідання суду відбувалося у заздалегідь визначений термін, який називався *рочками*. Члени земського суду систематично об'їжджали територію воєводства, збираючись у певних містах для розгляду справ. Як наслідок – виникли так звані судові повіти. Земський суд був колегіальним, виборним органом. Кандидатів на суддів і підсудків рекомендували королю земські сеймики, вони ж обирали асесорів (лат. *assessor*, букв. – *засідатель*) [6, с. 44].

Оскільки кандидатів на посади судді, підсудка та писаря земського суду обирали сеймики, тому вони представляли інтереси шляхти і були вихідцями з цього суспільного стану. Серед чотирьох обраних сеймиком кандидатів король призначав одного на посаду судді земського суду, повноваження якого тривали довічно. Перед кандидатами в судді земського суду не ставилося жодних вимог щодо освіти чи юридичної практики. Єдиним, що йому було потрібно – довіра шляхти, яка його обирала. Від 1422 р. суддею земського суду було заборонено призначати старосту [22, с. 535].

Земський суд розглядав справи в присутності п'яти-шести асесорів-шляхтичів, які прибували на сесії (“рочки”). Спочатку сесії земських судів відбувалися кожних

два тижні, а відповідно до привілею польського короля з 1425 р. – кожних чотири тижні. Після прийняття у 1454 р. Нешавських статутів земські суди відповідно до їх норм проводили щорічно по чотири сесії [19, с. 39]. Сесії відбувалися по чергово у різних землях. Тому в земський суд могли звертатися не лише жителі цієї території чи повіту, а й сусідніх [7, с. 30].

До підсудності земського суду належали всі цивільні справи осілої (місцевої) шляхти: майнові спори, справи про спадщину, грошові спори, за винятком справ, переданих гродським чи підкоморським судам, або тих, які виносились безпосередньо на вічевий (сеймиковий) суд. Канцелярія земського суду користувалась правом “вічності”. Це право полягало в тому, що вписаний канцелярією в актову книгу земського суду документ отримував юридичну силу.

У Руському воєводстві діяли Белзький, Львівський, Жидачівський, Галицький, Перемишльський, Сяноцький, Тереховлянський, Переворський, Коломийський, Краснотавський і Холмський земські суди.

У Галичині земські суди припинили діяльність 1783 р. у зв’язку з судовою реформою, яка відбулася в Австрійській імперії. Їх компетенція перейшла до створених 1784 р. у Галичині шляхетських судів.

Гродські суди. Кримінальні справи шляхти розглядали гродські або старостинські суди як державні суди першої інстанції. *Гродський суд* сформувався у Польському королівстві внаслідок еволюції судових повноважень старост у XIV ст. Іноді він так і іменувався – старостинський суд.

Гродський суд зазвичай створювався у кожному повіті, хоча іноді діяли гродські суди, які обслуговували кілька повітів. Так, у Переворському, Перемишльському і Коломийському повітах Руського воєводства гродських судів не було створено. Гродський суд декілька років діяв у Стрию та Самборі [7, с. 31].

До підсудності гродського суду належало розгляд кримінальних справ міщан, осілої шляхти про підпал, грабіж на дорозі, напад на дім, згвалтування та ін. У зв’язку з тим, що гродські суди засідали майже рік, а земські суди декілька разів на рік, гродські суди поступово перейняли також і частину підсудності щодо цивільних справ.

З другої половини XIV ст. у Галичині у складі Польського королівства було запроваджено обов’язкове ведення актових книг судів із записами приватних документів.

Порядок ведення актових книг при судах було введено у Галичині в 1434 р. після поширення польського права зі всіма притаманними йому формами і умовами укладення актів, яке, своєю чергою, ґрунтувалося на тих самих принципах, що й в інших країнах Середньовічної Європи, і які були зумовлені впливом римського права. Подібно як і в інших країнах тогочасної Європи, нотаріальні функції у Галичині в складі Польського королівства виконували канцелярії судів. Польський дослідник Я. Бандкий вважав, що практика ведення актових книг була започаткована ще за Казимира III [13, с. 331]. Отже, канцелярії вели актові книги. Вписаний писарем суду в актові книги документ – заповіт, договір, закладна набували юридичної сили і на випадок виникнення в майбутньому спору були основним неспростовним доказом [21, с. 214]. Спочатку повноваження писаря були обмежені лише записами під час судових рішень і вироків та згодом, з економічним розвитком суспільства, з поділом актів на спірні і безспірні, з необхідністю записів останніх для надання їм публічної вірогідності, виникла потреба у розширенні компетенції писарів та у постійному їх урядуванні [10, с. 109]. При гродських судах створено постійну діючу канцелярію, яка

посвідчувала офіційні документи, приватні договори тощо. Проте, зареєстровані гродським судом документи необхідно було засвідчити ще і в земському суді. З XVI ст. гродські суди отримали також право “вічності”, ним користувалися земські суди. Відтоді документи набували юридичної сили після засвідчення їх у гродському суді. Найдавніші гродські і земські книги, що вели у Галичині в складі Польського королівства, зберігаються у Центральному історичному архіві України у м. Львові і датуються 1402, 1428, 1471 рр. (Холмські, Львівські, Жидачівські, Белзькі, Буські та інші актові книги).

У XVI ст. в Польському королівстві відбувалося розмежування повноважень гродського суду (*inolicium*) та гродського уряду (*officium*). Гродський суд розглядав, передусім, справи кримінальні, а гродський уряд поступово перебрав у свою підвідомчість справи, які розглядалися земськими судами [22, s. 556].

Гродські суди отримали назву від того, що проводили свої засідання в гродях (замках). Їх очолювали старости, від чого ці суди часто називали гродськими або старостинськими. Кожні шість тижнів гродський суд засідав під головуванням старости (роки старостинські) або підстарости для розгляду кримінальних справ, а кожні два тижні під головуванням заступника старости суду розглядав менш важливі кримінальні й цивільні справи. За відсутності старости його заступав польський земський урядник – воєвода. Старостам і суддям допомагали писарі, які вели гродські книги, де записувалися винесені у справах, вироки, угоди, заяви приватних осіб. Іноді їх правовий статус визначали привілеї польських королів. Зокрема, 31 березня 1554 р. польський король Сигізмунд II Август своїм декретом застерігав перемишльського старосту Спитка Йордана, щоб гродські книги після смерті посередника старости Петра Кміти були відкритими для людей та на підставі заяв громадян надавалися витяги з них [14, s. 27].

У Руському воєводстві діяли Белзький, Бузький, Галицький, Жидачівський, Львівський, Перемишльський, Сяноцький, Тереховлянський гродські суди. Вони припинили діяльність 1783 р. у зв'язку з судовою реформою, здійсненою австрійським урядом [3, с. 90–91].

У другій половині XIV ст. у Польському королівстві починає формуватися підкоморський суд. Його становлення і розвиток зумовили конфліктні питання, які виникали в процесі землекористування. Спочатку для вирішення земельних питань на місце межових спорів надсилали уповноважених двору, які виступали від імені володаря. З розвитком освоєння земель виникає необхідність в інституті постійного уповноваженого. У Польському королівстві в такій ролі починає виступати надворний підкоморій – придворний, до повноважень якого спочатку входила охорона королівської особи і нагляд за особистими помешканнями польського короля та його скарбницею (“коморою”) [4, с. 8]. Перші акти, де підкоморій від імені короля виступав у ролі межового (іноді в літературі вживається **граничного**) – судді, походили з малопольських територій і датуються 1362 і 1381 рр. [16, s. 337–338], хоч Віслицький статут 1347 р. у низці статей передбачав норму про оплату праці підкоморію за здійснення межування залежно від кількості розмежованих ґрунтів і витрачених на це днів [4, с. 8].

Керівництво підкоморським судом здійснював підкоморій або його заступник (коморник). Розглядав справи про земельні спори шляхти з обов'язковим виїздом на місце спору, де необхідно було встановити певні юридичні факти, наприклад, визначити межі володіння земельними наділами тощо. Акт розмежування здійснювали в присутності свідків та “людей добрих” [18, с. 15–16].

Специфічною ознакою підкоморського суду було те, що він не мав власного приміщення, засідаючи завжди безпосередньо на місці спору. Символи судочинства підкоморіїв (лопата для насипання межових пагорбів-копців, а також шнур для вимірювання землі) засвідчували на те, що первісно межовий суддя брав особисту участь у розмежуванні. Доказом цього припущення була і форма оплати за це, встановлена Віслицьким статутом 1347 р.: дві сокири і дві лопати та вище згадані грошові винагороди [4, с. 10].

Заступником підкоморія у здійсненні межового судочинства був коморник, якого призначали особисто підкоморієм. Коморник не належав до земських урядників, але повинен бути осілим на певній території. Коморники за письмовим дорученням підкоморія могли б вести і самостійне судочинство, оформляючи навіть власні книги. Крім підкоморія і коморника, у межовому судочинстві бали участь мірники, підкоморський писар і копачі.

У Галичині в складі Польського королівства, підкоморські суди були організовані після 1434 р. Проте перший “підкоморій Руської землі” (Добеслав зі Спрови) згадується уже в 1425 р., що свідчить про поступове впровадження польськими властями своїх державних інститутів у Галичині.

У зв’язку з численними порушеннями публічного порядку ще в XIII ст. у Польщі було сформовано *суд юстиціарія* (оправці). Їхній статус регулювали найважливіші акти польської держави: Віслицький статут (1347 р.), Краківський статут (1386 .), Пйотрковський статут (1388 р.), Єдленський привілей 1430 р. У привілеї 1357 р., виданому Казимиром III, міститься заборона юстиціаріями судити людей, які проживали в архієпископстві Гнезненському [11, s. 16–17]. За Пйотрковським статутом 1388 р., що король призначав одного юстиціарія на одну землю. Юстиціарій був королівським урядником, а не земським, який здійснював судочинства від імені короля. У XV ст. функції цих чиновників були суттєво звужені. В адміністративному сенсі вони стали залежними від старост. Так, у правових актах Лечицької землі в 1399 р. юстиціарія було названо урядником гродським старостівським [11, s. 19]. Це був королівський урядовець, який виявляв і затримував небезпечних злочинців (незалежно від станової приналежності), а відтак чинив над ними суд. Оправці діяли у Руському воєводстві, згодом – у судових повітах. Проти цього незабаром виступала шляхта, вимагаючи від короля скасувати таку посаду. Польський король Владислав II Ягайло 1386 р. дав таку обіцянку, але не поспішав із виконанням. Лише в XV ст. юстиціарія було позбавлено права здійснювати суд – він став поліційним урядником при старості. Затримавши злочинця, провівши слідство, юстиціарій передавав його до суду старости. Наприкінці XV ст. інститут юстиціарія було скасовано [6, с. 45]. Однак ці посадові особи в окремих випадках діяли в штаті суду навіть у XVI ст. Зокрема, про оправця (юстиціарія) згадується у 1576 р. в актових книгах Галицького гродського суду.

З 1434 р. до 1569 р. вищою судовою та єдиною апеляційною інстанцією були королівські суди. 8 березня 1504 р. польський король Олександр відклав до найближчого засідання королівського суду спір львівських і краківських купців про право торгівлі з іноземними купцями у Львові. Королівські суди досягли найвищого розвитку з приходом у 1507 р. до влади короля Сигізмунда I Старого. На їх засіданні король здійснював судочинство або самостійно, або за допомогою уповноважених ним можновладців. До королівських судів належали:

1. Надвірний власний королівський трибунал. На ньому король особисто розглядав справи. Вів вважався джерелом найвищої справедливості. Йому були

підсудні всі справи, що стосувалися порушення шляхетських прав і привілеїв, а також справи, які король бажав узяти до свого провадження. Польський король судив там, де перебував. Якщо він перебував у своїй резиденції (в Кракові), то такий суд називався придворним (за участю асесорів). Якщо ж король приїжджав до якоїсь землі, то місцеві суди відразу ж призупиняли діяльність, усі судді з'їжджалися туди, де перебував польський король. Позиція короля у судовій справі відігравала важливу, а іноді вирішальну роль під час постановлення вироку по справі.

Власний королівський трибунал складався з чотирьох суб'єктів: король, асесори, земство і рефендарів. Безсумнівно, найважливіша роль відводилась польському королю. Йому належало вирішальне слово, він проголошував вирок, учасники судового процесу звертались до нього з клопотаннями. На підставі цього не варто робити висновок, що польський король головував на судовому засіданні, адже ця функція належала судді. Роль короля у цьому суді була визначальною, а три інші елементи його були допоміжними. Їх процесуальна діяльність була спрямована на те, щоб королю було легше винести вирок. Король мав безпосередній вплив на формування складу власного (надвірного) королівського трибуналу.

Участь асесорів у власному королівському суді передбачав статут Казимира Великого. Проте це не було новелою правової системи Польського королівства. Задовго до прийняття статуту Казимира Великого асесори брали участь в засіданнях надвірного (власного) королівського суду. Ця участь регламентувалася звичаєвим правом. Асесорів власного королівського суду призначав король. У своєму виборі глава держави не був обмежений законом, зокрема статутом 1538 р., який забороняв участь духовенства у світських судах, тому мав право делегувати як світських, так і духовних осіб. Більше того, участь священнослужителів у ролі асесорів в королівських судах було обов'язковою, адже у підсудність власного королівського трибуналу входили справи, які стосувались духовенства чи ґрунтувались на канонічному праві. Серед світських асесорів були коронні підканцлер і підскарбій, земські воевода та каштелян тощо. В окремих справах як асесори брали участь земські судді [15, s. 6–17].

Цікаво, що статут 1505 р. вживав терміни “асесор” і “сенатор” як синоніми [15, s. 19]. Асесори не вирішували справи по суті, а давали рекомендації королю з юридичних питань, щоб він прийняв рішення, яке б відповідало вимогам закону. Ні статут Казимира Великого, ні жоден інший нормативний акт Польського королівства не передбачав точної кількості асесорів у складі власного королівського суду. Їхня кількість залежала від волі короля. Траплялись випадки, коли в засіданні власного королівського суду брав участь лише один асесор [15, s. 21].

У першій половині XVI ст. до практики польського судочинства увійшла апеляція (лат. *appellatio* – звернення). Ця форма оскарження судових рішень до суду вищої інституції, що має право переглянути справу, була встановлена у Польському королівстві у 1523 р. окремим привілеєм. З того часу до королівського суду почали надходити звернення з оскарженнями рішень нищестоящих судів. Унаслідок цього кількість справ у королівському суді значно зростає. У 1578 р. замість королівського суду було утворено іншу найвищу судову інстанцію – коронний трибунал, що поширював свою юрисдикцію, зокрема і на Руське воєводство. Коронний трибунал був вищою апеляційною інстанцією, який складався з 33 членів – 27 представників від шляхти і 6 – від духовенства. Продовжував розглядати справи і король, але вже не одноособово чи разом з

асесорами, а спільно з верхньою палатою сейму – сенатом, внаслідок чого суд став називатися сеймовим.

2. Королівський сеймовий суд або суд державного сейму. Засідав у період роботи сейму. На ньому головував польський король. До підсудності сеймового суду належали злочини проти держави, посадові злочини, образа короля та ін.

Складним є питання про тривалість роботи цього суду. Відомо, що в 1538 р. він відбувався щосереди і щоп'ятниці, а в 1578 р. було встановлено, що його засідання починались через тиждень після виборів сенаторів тричі на тиждень (у середу, п'ятницю та суботу) [23, s. 27].

Сеймовий королівський суд вимагав обов'язкової участі короля, тому прибуття його на сейм було умовою відкриття судового провадження, а його вихід із сейму спричинював зупинення розгляду справи. Вироки, які постановляв королівський суд державного сейму, вважались рішеннями короля, про що свідчать відповідні записи у них. Цей орган судочинства мав у Польському королівстві важливе політичне значення. На початку XVI ст. його авторитет в державі став настільки великим, що його вважали вищим органом у системі судочинства, у тому числі й над власним королівським судом. Асесори, які входили до складу королівського суду державного сейму, повинні були належати до сенату. В історичних джерелах не зазначено кількості асесорів у цьому суді, але написано, що їх число було вищим, ніж у власному та асесорському королівських судах. На відміну від власного (надвірного) суду, асесори не подавали рекомендацій королю, а діяли з ним ледь не на рівних умовах. У суді державного сейму було два рефендарі. Важливо наголосити, що статут 1538 р. дещо обмежив право короля призначати асесорів у цей суд. Статут поставив перед королем вимогу про обов'язкове призначення в асесори від одного до двох сенаторів мазовецьких [15, s. 66–72].

Обов'язковість участі польського короля в суді державного сейму не означала примусовість його присутності на всіх судових засіданнях. Зазвичай, принцип обов'язкової участі короля реалізувався шляхом його процесуальної співпраці з сенатом на загальних нарадах сейму. У 1563 р. король Сигізмунд Август видав привілей, який брав на себе зобов'язання, що на найближчій сесії сейму він настільки довго пробуде, що всі судові справи вирішить [23, s. 27]. Вищості сеймового суду серед всіх королівських судів сприяло зростання в державі значення самого сейму. Суд державного сейму був також апеляційною інстанцією. Статут 1507 р. надавав йому право переглядати і в разі необхідності скасовувати рішення власного королівського суду в справах про купівлю майна короля. Сторона, яка була незгідна з рішенням королівського суду асесорів у будь-якій справі, мала право оскаржити це рішення до суду державного сейму. Сумнівні, прострочені та занадто складні цивільні справи, які розглядались власним чи асесорським королівськими судами щодо права власності, повинні були скеровувати на розгляд суду державного сейму [15, s. 74–79]. Така норма пояснювалась тим, що найкваліфікованіші юристи країни брали участь у цьому суді.

3. Королівський суд асесорів. Розглядав справи, що стосувалися населення міст, розташованих у королівських вотчинах. Судочинство здійснював коронний канцлер, який розглядав справи, що надходили в апеляційному порядку з магістратських судів міст, котрі володіли магдебурзьким правом.

Ще одним суб'єктом власного (надвірного) королівського суду було земство. Це були представники шляхти та місцеві чиновники. Серед земства, яке брало участь у власному королівському суді, історичні джерела згадують суддю, писаря,

їхніх заступників, коморників та ін. Середньовічне польське законодавство покладало на земство важливе завдання: провадження по справі у власному королівському трибуналі. Представники земства безпосередньо контактували з учасниками процесу, розглядали справу та вивчали її в усіх деталях. Декрети короля Сигізмунда I конкретизували сферу процесуальної діяльності свідків, перегляд документів по справі. Статут 1454 р. покладав обов'язок зачитування документів, що надані сторонами як докази до писаря, тобто одного з представників земства у власному королівському трибуналі. Він зачитував їх вголос на судовому засіданні для короля й асесорів. Статус представників земства у суді був однаковим. Суддя і підсудок стали над писарем і коморниками, які не мали самостійності в судовому процесі, а лише виконували розпорядження судді та підсудка [15, s. 25–31].

Статут Вального сейму 1507 р. запровадив рефендарів до складу власного (надвірного) королівського трибуналу. Без них не могло відбутись жодне його засідання. На них покладали обов'язок полегшення виконання королем судової функції. Головним завданням рефендарів було вивчення змісту судового позову (скарги), яка надійшла до власного королівського суду. Після цього вони вирішували питання щодо доцільності прийняття або ж неприйняття цього позову (скарги) до розгляду власного королівського трибуналу. У разі прийняття судом позову (скарги) рефендарі викладали перед королем зміст спору, що значно пришвидшувало розгляд судової справи. Статут 1507 р. передбачав участь у власному королівському суді двох рефендарів: світського та духовного. Світський рефендар повинен бути знавцем у галузі юридичного права Польського королівства, а духовний рефендар повинен бути спеціалістом у галузі канонічного права [15, s. 40–47].

Королівський суд асесорів не був самостійним правовим інститутом. Його основним завданням було заміщення у разі потреби власного (надвірного) королівського суду. Жоден суб'єкт правовідносин не звертався до королівського суду асесорів із позовом. Компетенція цього органу здійснювалась у разі, коли було визначено необхідність перегляду ним рішень і вироків інших інстанцій, а також у разі спрямування справи до нього на розгляд самим королем. Це пояснювалось тим, що у власного королівського суду часто траплялись випадки перевантаження справами. Щоб вирішити ці питання та розвантажити цей найвищий трибунал держави, король направляв окремі справи на розгляд королівського суду асесорів. Статут Казимира Великого покладав на цей орган допоміжну функцію королівського судочинства. Це не означало, що королівський суд асесорів не впливав на судову систему Польського королівства. Більше того, історична практика свідчила про те, що він розглядав справ більше, ніж власний (надвірний) королівський суд. До складу королівського суду асесорів входили два елементи: асесори та земство. Про це зазначено в Статуті Казимира Великого. Висвітленням у процесі спірних питань займалося земство. Сфера його процесуальних повноважень була такою ж, як і у власному королівському суді, окрім того, що в королівському суді асесорів не було рефендарів, тому підготовкою судового засідання займалося земство [15, s. 52–56].

Рішення суду приймали асесори. Перед його прийняттям вони радилися між собою. У цій нараді брали участь також представники земства, роль яких на цій стадії полягала у роз'ясненні асесорами суті відповідних доказів і юридичних питань. Це допомагало асесорам ефективніше аргументувати свою позицію по справі і на нараді. Кількість асесорів у королівському асесорському суді була

регламентованою. Статут Казимира Великого передбачав, що асесорів у цьому органі повинно бути від чотирьох до шести [15, s. 58–59].

У першій половині XVI ст. простежується повільний занепад інституту асесорства. Середньовічне польське суспільство перестало довіряти королівському суду асесорів. Сторони не виконували його рішення. Такі факти фіксують, починаючи з 1510 р. Це було зумовлено неналежністю і юридичною неграмотністю асесорів, які рідко прислухались до представників земства (фахівців у галузі права), керуючись у вирішенні справи не законом, а власною суб'єктивною думкою [15, s. 61].

4. Суд референдаріїв розглядав спори між збирачами податків із королівських вотчин і селянами, які на них проживали і працювали. Проте цей судовий орган був нечітко організований, з процедурою складною і повільною. Тому здійснював судочинство не на належному рівні. Це призвело до того, що селяни до нього зверталися рідко [1, с. 152]. Польський історик І.Т. Барановський вважав, що референдарський суд виник не внаслідок видання законодавчого акта, а еволюційно, тобто на основі правового звичаю. Суд референдарів почав працювати з 1507 р., але цей рік не можна вважати датою його створення. На думку польського дослідника Ю. Рафача, цей суд виник невдовзі після формування інституту референдарів, тобто приблизно в 1521 р. [20, s. 352–353]. Натомість Б. Гружевський називав іншу дату виникнення референдарського суду – 1512 р. [15, s. 48], хоча додав, що між 1507 р. і 1538 р. цей орган перебував у процесі формування.

Ю. Рафач висловив погляд, що референдарському судові були підсудні скарги селян королівських сіл на їх адміністраторів. Ю. Матушевський не вважав таку підсудність можливою, оскільки референдарський суд належав до вищих (королівських) судів, тому він розглядав лише справи шляхти [20, s. 354].

Спочатку референдарії лише реферував рішення королівського суду, а згодом був наділений повноваженнями здійснення судочинства.

Відомим є факт, що першим референдарієм, який видав рішення польською мовою, був польський магнат С. Оссовський. Це відбулось 1569 р., а до того часу рішення референдарського суду приймали латинською мовою. Наступні референдарі, які прийшли на зміну Оссовському, – Фірлей, Тарновський і Тиліцький також приймали рішення польською мовою. Згодом це стало правовим звичаєм для всього референдаріату [20, s. 358].

5. Суд великого маршалка розглядав справи про порушення правопорядку і спокою у столиці Польського королівства (Кракові).

6. Комісарський суд був судовим органом уповноважених королем осіб, спеціально призначених для розгляду конкретної справи [2, с. 90]. До компетенції комісарського суду належали найскладніші справи: спори між станами про привілеї і права; скарги на урядовців; тяжкі злочини проти держави і короля, державної влади і суду; фінансові злочини; справи, з яких осілому шляхтичеві загрожувала смертна кара, втрата честі або конфіскація майна; справи стосовно королівських маєтків, регалій і прибутків.

До вищих судів належав також вічевий суд – один на воєводство. Це був своєрідний правонаступник колишнього князівського суду на вічевих зборах. Вічевий суд збирався у кожному воєводстві щорічно тричі (з 1454 р. – один раз) – на так звані великі рочки. Розглядав найважливіші та найскладніші справи – цивільні, кримінальні, також справи проти урядовців. Головував на цьому суді у Руському воєводстві воєвода. Асесорами були вищі земські урядники. Брав участь і земський суддя, підсудок, писар. Вічевий суд припинив існування у другій половині XV ст., коли після

видання Нешавських привілеїв зросло значення середньої шляхти та земських сеймиків. Власне ці сеймики перебрали компетенцію вічевого суду. Під головуванням воєводи справи тут розглядали вищі земські (не королівські) урядники, суддя, підсудок у присутності та під контролем зібраної на сеймик шляхти [7, с. 31].

Formula processus 1523 р. визначила, що рішення земського суду може бути оскаржене до вічевого або сеймового суду. Це залежало від того, який з них швидше почне роботу. У випадку відкликання рішення вічевого суду, справу повинен був розглянути сеймовий суд [23, с. 25].

З утворенням Вального сейму з'явилися судові функції і в нього – як першої і як апеляційної інстанції (зокрема, на рішення сеймових судів).

У період розвитку польської станово-представницької монархії відбулися певні зміни у системі судів і судочинстві духовних судів. Першою інстанцією для духовних судів були суди єпископа, другою – архієпископа, третьою – суд Папи Римського у Ватикані. Духовні суди розглядали справи світських осіб за злочини проти церкви та протиправні дії священників [2, с. 90]. Водночас виникли і щораз важливішими ставали синодальні суди. Судочинство у них здійснювали єпископи під час візитацій до дієцезій. Синодальні суди розглядали справи духовенства, а також світських осіб про порушення засад християнської віри, шлюбно-сімейних справ, несплату церковної десятини. Сфера підсудності духовних судів щодо світських осіб значною мірою залежала від ставлення короля до костелу загалом. Зокрема, Казимир Великий намагався в цьому аспекті обмежити компетенцію судів, встановивши у статуті 1359 р., що світські особи підлягають компетенції духовних судів лише у справах віри і десятини [6, с. 46].

Отож, у початковий період перебування Галичини у складі Польського королівства діяли суди, які були організовані ще в період Київської Русі та діяли у Галицько-Волинській державі. Проте згодом у Галичині поширюються польські суди, які мали становий характер і остаточно не були відокремлені від адміністративних органів. Характерною рисою функціонування польської судової системи у Галичині була дискримінація галицьких українців, що знайшли свій виявлялося в обмеженні використання української мови в судах, усуненні суддів-українців із суддівських посад тощо.

1. Грушевський М. Історія України–Руси: В 11 т., 12 кн. / НАН України. Інститут української археології та ін. – К.: Наук. думка, 1993. – Т. 4. – 1994. – Т. 5.
2. Захарченко П. Історія держави і права України. – К.: Атіка, 2004.
3. Исаевич Я.Д. Гродские и земские акты – важнейший источник по истории аграрных отношений в Речи Посполитой в XIV–XVIII вв. // Ежегодник по аграрной истории Восточной Европы. – Рига, 1961.
4. Книга Київського підкоморського суду (1584–1644) / АН України. Ін-т мовознавства ім. О.О. Потебні та ін.: Відп. ред. В.В. Німчук. – К.: Наук. думка, 1991.
5. Терлюк І. Історія держави і права України (Доновітній час). – К.: Атіка, 2006.
6. Тищик Б. Історія держави і права Середньовічної Польщі (X ст.–1795 р.). – Львів, 2003.
7. Учреждения Западной Украины до воссоединения ее в едином Украинском Советском Социалистическом государстве. Справочник. – Львов, 1955.
8. ЦДІА України у м. Львові, ф.5 (Галицький гродський суд), оп. 1, спр. 93, арк. 287.
9. ЦДІА України у м. Львові, ф.856, оп. 1, спр. 1, арк. 112.
10. Ясінська Л. Розвиток нотаріальної діяльності в Україні XIV–XVII ст. // Вісник Львів. ун-ту. Серія юридична. – 2006. – Вип. 43.
11. Abraham W. Ojustycyaryjuszach w Polsce w XIV i XV wieku. – Kraków, 1885.

12. Archiwum aktów dawnych miasta Krakowa.– Szer. 408, marg. Lewy 49, prawy 29, wys. 140, zakł. 54 mm.
13. Bandtkie J.W. O notaryacie downiejszym i nowszym w Polsce // Pamiętnik Warszawski, 1815. – T.III.
14. Dombrowski P. Uwagi o urządzeni ksiąg sądowych w dawnej Polsce.– Lwów, 1918.
15. Grużewski B. Sądownictwo królewskie w pierwszej połowie rządów Zygmunta Starego. – Lwów, 1906.
16. Kutrzeba S. Sądy grodzkie i ziemskie w wiekach średnich. – Kraków, 1901.
17. Kutrzeba S. Studja do historii sądownictwa w Polsce. Seryja I. – Lwów, 1901.
18. Łaguna S. O prawie grodnictwem polskiem. – Warszawa, 1875.
19. Maciewski T. Historia ustroju i prawa sądowego Polski. – Warszawa, 2008.
20. Matuszewski J. W sprawie genezy sądu refendarskiego // Czasopismo prawno-historyczne. – T.VI. – Zeszyt 2. – Warszawa, 1954.
21. Niemirowski A. Wykład notariatu dziejowy i porównawczy. Część sześć. – Warszawa: Druk. K. Kówałewskiego, 1876. – S.214. Pasza S. Historia prawa w Polsce na tle porównawczym. – Część I. – Kraków, 2002.
22. Plaza S. Historia prawa w Polsce na tle porównawczym. – Część I. – Kraków, 2002.
23. Rafacz J. Dawny proces polskie. – Warszawa, 1925.

LEGAL PRINCIPLES OF POLISH KINGDOM'S JUDICIAL SYSTEM ORGANIZATION AND ITS SPREAD IN RUTHENIAN PROVINCE (1434 – 1569)

I. Boyko

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

The article highlights the spreading of Polish Kingdom's judicial system in Galychyna. The main attention is paid to the organizational peculiarities of royal, grodzky and zemsky, pidkormsky and other courts. Legal bases of their operation in Galychyna are substantiated.

Key words: judicial system, court, law, Polish Kingdom, Galychyna.

ПРАВОВЫЕ ПРИНЦИПЫ ОРГАНИЗАЦИИ СУДЕБНОЙ СИСТЕМЫ ПОЛЬСКОГО КОРОЛЕВСТВА И ЕЕ РАСПРОСТРАНЕНИЯ В РУСКОМУ ВОЕВОДСТВЕ (1434–1569 ГГ.)

И. Бойко

*Львовский национальный университет имени Ивана Франка
ул. Университетская, 1, 79000 Львов, Украина*

В статье отображено распространение судебной системы Польского королевства в Галичине. Основное внимание зверено на организационные особенности королевских, городских и земских, підкоморських и других судов. Определенно правовые основы их деятельности в Галичине.

Ключевые слова: судебная система, суд, право, Польское королевство, Галичина.

Стаття надійшла до редколегії 16.12.2009

Прийнята до друку 10.01.2010

ДО ПИТАННЯ ІСТОРИКО-ПОЛІТИЧНИХ ПЕРЕДУМОВ СТВОРЕННЯ ПРАВОВОГО ЗБІРНИКА “САКСОНСЬКЕ ЗЕРЦАЛО”

Г. Гуменюк

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

Матеріал присвячений історико-політичним передумовам укладення правового збірника “Саксонське зерцало” – першій кодифікації німецького середньовічного права, що мала велике розповсюдження та вплив на середньовічну та сучасну юридичну практику не лише в Німеччині, але й в інших країнах Центральної та Східної Європи протягом XIII – XVII ст. Значну увагу приділено правовій ситуації середньовічної Німеччини.

Ключові слова: середньовічна Німеччина, “Саксонське зерцало”.

Найстарішим доказом існування роду Людини (*Homo*) в області сучасної Республіки Німеччина є знайдена під час розкопок в Мауері (Баден) (нім. *Mauer (Baden)*) — нижня щелепа людини 600000 – 500000 річної давності [12, s. 57] вона є типовим екземпляром Гейдельберзької людини (*Homo heidelbergensis*). Дещо раніші знахідки походять з області Більцингслебен (Bilzingsleben) з роду Гомо штайнгаймезіс (*Homo steinheimensis*) [9, s. 98] відомою знахідкою є також шюнінгерські дротики (Schöninger Speere) [13, s. 409–417]. Від гейдельберзької людини з 130000 років почали походити неандертальці (*Homo neanderthalensis*) [7, s. 36], тогочасні кліматичні умови давали змогу їм проживати на території Німеччини аж до 100000 років. Оскільки територія Німеччини під час останньої фази льодникового періоду перетворилася в холодні степи (Тундра) та полярні крижини аж до півночі Нижньої Саксонії, тому можемо зробити висновок, що під час середини ориньякської епохи (палеоліт) та аж до середини палеоліту ця територія не була заселеною, сліди людських поселень зникли в часи після 30000 перед Р.Хр. на досить тривалий період. В часи неоліту завдяки переселенню сучасних людей (*Homo sapiens*, кроманьйонської епохи¹) розвинулося землеробство, скотарство та утворилися постійні місця проживання. З того періоду часу є чимало знахідок. Зокрема, в Саксонії-Ангальт був знайдений Небесний диск з Нерби (Himmelsscheibe von Nebra) [6, s. 289–304], металевий диск з золотими вставками з Бронзових часів, на якому зображений місяць, сонце та 32 зірки, по суті перша унікальна знахідка, яка свідчить про те, що ще близько 2000 року до н.е. в цьому регіоні були уявлення про астрономію, і є першою в світі знахідкою, що засвідчує найстаріше уявлення про небеса.

В епоху Неоліту та Бронзового віку теперішня область Німеччини була заселена культурами лінійно-стрічкової та шнурової кераміки, а також культурою

¹ Кроманьйонці — узагальнена назва людей, які жили у пізньому палеоліті і мали сучасний вигляд, вони вважаються предками європейців. Кроманьйонці є першими відомими представниками *Homo sapiens* у Європі. Перший кістяк кроманьйонця було знайдено в 1868 в гроті Кро-Маньйон (Cro-Magnon) в департаменті Дордонь (Dordogne) у Франції. Вважається, що вони прийшли на зміну неандертальцям на Середньому Сході, в Африці, Європі й Азії близько 40 000 років тому і проіснували до 10 000 років тому. Важко вказати точний час та причину зникнення кроманьйонців. Вони мали сучасні форму кістяка і будову черепа. Відрізнялись від своїх сучасних нащадків тільки дещо більшим об'ємом мозку (приблизно на 4%) і міцнішою тілобудовою. Займалися полюванням на бізонів і диких коней. Кроманьйонці створювали наскельні малюнки, гравюри, скульптури, прикраси та музику. Вчені припускають, що кроманьйонці вступали в контакти з неандертальцями і неодноразово пов'язують з ними причини зникнення неандертальців. На території України кроманьйонці з'явилися близько 40 тисяч років тому.

дзвоноподібних келихів. Поступово в Бронзовому та Залізному віці на території Німеччини формуються індоєвропейські мовні народні групи та племена. Потомки цих племен осіли в Північній Європі та Північній Німеччині в області північної бронзової культури в стародавні часи (антика) (Від 1200–800 до н.е. по прибіл. 600 н.е.) і почали найменуватися германцями.

До інших груп належали:

- індогерманські кельти, проживали на сьогоднішній території південної Німеччини;
- від германів походив етнос венди (нім. Wenden (lat. *Veneti*), що в часи антики був самостійною індогерманською народною групою та проживав на схід від германців. Після великого переселення народів нові поселення німців перенесли ці назви на іммігровані (переселені) західнослов'янські племена – на сході Нижньої Саксонії (Вендланд (Wendland) східніше Гольштайну (Любек -Liubice/Lübeck), в Бранденбурзі та Мекленбурзі-Форпоммені (Vineta/Jumme), які зберігали свою незалежність аж до поворотного "Вендського хрестового походу"² (**Wendekreuzzug**) XII століття [8, s. 102]
- так званий Північно-західний блок (Nordwestblock), група народностей на північному заході Європи, яка в I ст. до н.е. розмовляла кельтськими та германськими індоєвропейськими мовами, а після Р. Хр. була германізована [10, s. 67].

Під час розширення Римської імперії і пізніше внаслідок переселення народів, римляни зайняли сучасні території південної та західної Німеччини, їхні війська окупували території південних та західних германців вздовж річок Дунай та Рейн аж до V ст. Легіонери були представниками з усіх областей Римської Імперії, наприклад з Іспанії, Іллірії (північний захід Балканського півострова), Сирії, Галії, Африки. Під час великого переселення народів деякі групи народностей залишилися на території сучасної Німеччини, серед них сармати та гуни.

Після переселення майже всіх племен германців на схід від Ельби ця територія була зайнята слов'янами, краї яких стали знову частиною німецької історії завдяки східній колонізації німецьких переселенців, що тривала протягом XI–XIV ст., а також в контексті інтеграції в Священну Римську імперію.

Ці люди були предками сучасного німецького народу (з подальшими іммігрантами), який через переселення народів та утворення імперії франків говорив давньонімецькою мовою, проте спадщина Римської імперії та християнська культура наклали свій відбиток шляхом романізації. З цього доходимо висновку, що доцільно розпочинати вивчення історії германських племен з античних часів.

Перші згадки про кельтські та германські племена можемо віднайти у працях грецьких та римських істориків (Юлія Цезаря, Корнелія Тиціана) в дохристиянські часи. Близько 500 р. до н. е. сучасна південна Німеччина була заселена кельтами, а сучасна північ Німеччини – германськими племенами. Упродовж століть германці поширилися на південь, так що в часи народження Христа Дунай став приблизним

² "Вендський хрестовий похід" (Der Wendekreuzzug) від 1147 року позначає хрестовий похід саксонських, датських та польських князів проти ельбських слов'ян (вендів) в області між річками Ельба, Траве та Одер. Тут йшлося про приватні оперативні військові дії від Другого хрестового походу. Мотиви хрестоносців були різноманітні, поряд з ідеалами та релігійними основами йшлося передусім про світські мотиви князів, претензії на владу в прикордонному регіоні, колонізаторські прагнення у напрямку германія славіка (Germania Slavica) та внутрішньополітичні владні відносини в імперії, що мали найвагоміше значення.

розмежувальним кордоном між кельтами та германцями. Через це кельтські назви місць та водоймищ, а також деякі кельтські запозичені слова потрапили до німецької лексики.

Починаючи з 58 року до н. е. по 455 рік н. е. області ліворуч від Рейну та на південь від Дунаю належали Римській імперії, а з близько 80 по 260 рік н. е. також частина Гессену (Wetterau) та більша частина сьогочасної землі Баден-Вюртенберг, на південь від Лімесу. Римська область в сучасній Німеччині поділялася на провінції Верхня Германія (*Germania Superior*), Нижня Германія (*Germania Inferior*) та Реція (Ретія) (*Raetia*). До римлян відійшли такі міста, як Трієр, Кельн, Бонн, Вормс та Аугсбург, які належать до найстаріших міст Німеччини. Римляни впровадили нововведення щодо житлового будівництва та ремісничого виробництва, елементи цих нововведень мають вплив і сьогодні. Для збереження кордонів римляни розселили дружні германські племена в провінціях. Також поселенці з усіх частин Римської імперії³, особливо з Італії, осіли на захід від Рейну та на південь від Дунаю. Перша історична згадка про германців в цілому дійшла до нас з 98 року завдяки римському історику Корнелію Тациту.

В німецькомовних країнах під впливом національної ідеї починаючи з 19 ст., яка була орієнтована на історію франкського та німецького владарювання епохи Середньовіччя поділяють на три основні періоди:

1. Раннє Середньовіччя (VI ст. – поч. X ст.) період Меровінгів та Каролінгів.
2. Високе Середньовіччя (поч. X ст. – прибіл. 1250 р.), час Оттонів, Салієрів, Штауферів.
3. Пізнє Середньовіччя (прибіл. 1250 р. – 1500 р.), осінь Середньовіччя, після провалу класичної імперської ідеї.

Ця ідея трійці відображає зародження, розквіт та падіння середньовічної культури на території Німеччини. Пропонуємо розглянути ці історичні етапи детальніше, почавши з Раннього Середньовіччя (прибіл. 395 – 919 рр.).

Після того, як багато германських племен вже починаючи з першого століття почали поширюватися та переселятися на Північ, про велике переселення народів можна говорити починаючи з 375 року, після вторгнення гунів, які в V ст. зазнали розквіту, а в VI ст. – краху, що призвело в 476 р. до краху Західного Риму. В той час багато германських племен переселялися до Західної, Східної та Південної Європи, аж до Північної Африки. Близько VII ст. слов'янські племена почали мігрувати на майже незаселену територію сьогочасної Східної Німеччини аж до лінії, що проходить по річках Ельба–Заале. На території на схід від Ельби до Високого Середньовіччя в основному спілкувалися слов'янською (*Germania Slavica*)⁴ [4, s. 36–47]. Дослідники мови вважають, що третина сучасних німецьких прізвищ мають слов'янське коріння. Основна частина Західної та Середньої Європи, починаючи з VI ст. була під Францією, а сучасна північно-західна Німеччина перебувала під Саксонією.

³ Римська або Ромейська імперія (лат. *Imperium Romanum*) — державне, військово-політичне утворення, яке зародилося на основі міста-держави Риму близько 27 р. до н. е. і виросло до всесвітньої імперії, щоб згодом пережити період розпаду бл. 475 року н. е., змінити форми свого існування, пережити втрату значної частини своїх земель і юридично проіснувати аж до початку XIX ст., коли імперія формально була розпущена. Імперія відіграла важливу роль в житті людства, особливо населення Європи.

⁴ Як германія слов'янська (*Germania Slavica*) позначає сучасна історична наука цю частину Германії, історичний ареал розселення германців в часи Р.Х.Р., які впродовж 5–8 ст. були заселені слов'янами.

Франкський король Карл Великий, фундамент для діяльності якого передусім заклала династія меровінгів⁵, об'єднав території континентальної Центральної Європи між Атлантичним океаном, Північним морем (Балтійським морем) та Південними Альпами. Після смерті Карла Великого в 843 році в Верденському договорі (Vertrag von Verdun) ці землі були розділені та закріплені між його трьома онуками. Західно-Франкське королівство заклало фундамент для розвитку королівства Франція, а Східно-Франкське королівство в історії є тісно пов'язана зі Священною Римською імперією.

З поділом 843 р. почався занепад Франкської імперії. Син Карла Великого Людвіг Благочестивий намагався ще підтримувати єдність. Своїм спадкоємця він визначив свого найстаршого сина Лотаря I. Він отримав Середнє королівство і став імператором, за Карлом II Лисим закріпилося Західно-Франкське королівство, а за Людвігом II Німецьким Східно-Франкське королівство. Після смерті Лотаря I колишнє Середнє королівство було поділене між Карлом II Лисим та Людвігом II Німецьким (був засновником династії німецьких Каролінгів). Після смерті Людвіга 876 р. східно-франкська імперія була поділена між його трьома синами: Карлманом, Людвігом III Молодшим, Карл III Товстий. В 880 році закріпився кордон західно франкської імперії, який протягом усього Середньовіччя не змінювався й розмежовував Німецьку імперію від Франкської. Східно-франкський король Карл Товстий після смерті своїх братів та західно-франкського короля мав можливість об'єднати Францію знову на деякий час, проте після слабкої політики на Сході в 887 р. його перемиг племінник Арнульф Керінтійський, син Калманса. Разом зі смертю сина Арнульфа, Людвіга Дитяти в 911 р. помер останній східно-франкський Каролінг. Для того, щоб не ставити своє владарювання під загрозу, герцоги обрали своїм королем слабого франкського герцога Конрада I (911–919).

Період Високого Середньовіччя в Німеччині розпочинається з Конрада I, який після обрання безуспішно намагався продовжити каролінгські традиції, був спадкоємцем саксонського герцога Генріха I з роду Луїдольфінгерів, або як ще його називали Оттонів. Генріх I захищав імперію від нападів угорців та слов'ян. Поряд з франкською спадщиною дедалі більшого значення набувала спільна ідентифікація. Своїм спадкоємцем Генріх I визначив свого сина Оттона I. Він, насамперед, намагався зміцнити свою владу на новостворених племінних герцогствах, також для своєї безпеки він залучався підтримкою церкви (Імперська церковна система Reichskirchensystem)⁶ [14, s. 27–49]. У 955 р. Оттон завоював Угорщину в битві на річці Лех, ця перемога згодом почала асоціюватися з годиною народження Німеччини. З 950 року Богемія (Чехія), а з 963 року Польща були

⁵ Меровінги – перша королівська династія у Франції. Бере початок від легендарного Меровея, нащадок якого, Хільдерік був першим її історично відомим представником. Син Хільдеріка Хлодвіг (466–511), одержавши низку перемог над римлянами, алеманами, вестготами, заснував королівство франків. Після Хлодвіга держава не стала стабільним утворенням, її територія постійно переділялася між нащадками королів. Остаточно її поділили на три держави — Бургундію, Австразію та Нейстрію. Був період, коли король Дагоберт (629–639) знову об'єднав під своєю владою всю державу, але невдало ведена ним внутрішня політика призвела до послаблення королівської влади, а після його смерті почався період "лінивих королів", коли в країні панували майордомі. Один з них, Піпін Короткий за підтримки папи Захарія I у 751 скинув останнього Меровінга і був проголошений королем, започаткувавши династію Каролінгів.

⁶ Оттонсько-салічна імперська церковна система (ottonisch-salischen Reichskirchensystems) в історичних дослідженнях позначає фазу розвитку імперської церкви в часи Оттонів та Салірів, вузький інституційний та персональний зв'язок влади королівства (лат. regnum) Оттонів та Салірів та єпископств й імперських монастирів (лат. sacerdotium) в Священній Римській Імперії на засадах власної суті церкви.

ленно залежними від римсько-німецького панування. Оттон розширив територію свого володіння до частини Італії. Після одруження з Адельгейдою Бургундською, певний час він називався королем лангобардів. В 962 р. Оттон отримав визнання як король Італії і після цього був коронований Папою як імператор. У південній Італії він вступив у конфлікт з візантійським імператором. Врешті, його син Оттон II одружився з племінницею імператора Теофана, проте південна Італія все ж залишилася у візантійців. У 982 р. війська Оттона зазнали нападу з боку арабів. Області на схід від Ельби (Білленгійська марка та Північна марка) в значній частині після великого повстання слов'ян були знову втрачені на 200 років. Син Оттона, Оттон III помер ще перед тим, як зміг здійснити свій план перейти до Риму і закласти там центр влади; на конгресі в Гнезні в 1000 році він визнав польського володаря Болеслава I Хороброго як співрегента імперії. Останній оттонський король Генріх II воював проти Польщі (Король Болеслав I Хоробрий Boleslaw I Chrobry) та Угорщини (король Стефан I). Під його керівництвом імперська церковна система розбудовувалася далі. За часів Оттонів з'явилося позначення – королівство тевтонів (*regnum teutonicum*)⁷ [16, s. 368–369].

Що ж до Салічної (Франкської) династії (нім. *Salier*) королів Східно-Франкського королівства (Німеччини) та імператорів Священної Римської імперії, то їх родові володіння знаходилися в західній Франкенії в районі Ворсу та Шпеєра, завдяки чому династію часто називали Франкською.

У 1024 р. німецькі князі вибрали сальєрця Конрада II королем. В 1032 р. він заволодів королівською імперією – Бургундією. Його спадкоємець Генріх III на синоді в Ситрі зняв трьох конкуруючих пап, призначив папою реформатора Клементя II і був ним коронований 1046 р.. Невдовзі після цього він видав заборону на симонію⁸. Під час правління Генріха IV розгорілося так звана боротьба за інвеституру, в якій церковні реформатори робили закиди імператору щодо симонії. Генріх заявив Папі Григору VII про його зняття. Тоді папа відлучив короля від церкви. Щоб скасувати це церковне відлучення, Генріх IV здійснив похід в Каноссу (нім. *Gang nach Canossa, Canossagang*; італ. *lumliliazione di Canossa*)⁹ [5, s. 133]. В 1084 р. Генріх IV знову зняв папу Григора і був коронований імператором в Римі антипапою¹⁰ Клементом III [3, s. 291]. Його син Генріх V врешті об'єднався з князями і змістив його. Смерть його батька в 1106 році запобігла довгій війні. В 1122 р. Генріх V вступив у примирення з церквою після Вормського конкордату¹¹ [11, s. 159–161]. Після смерті Генріха князі обрали королем Лотаря III Супплінбурзького (Lothar III. von Supplinburg). Протягом всього

⁷ Тевтонці (лат. *teutoni*) – за римськими джерелами були германським народом античності, які першопочатково проживали в сучасній Ютландії (західна, континентальна частина Данії з трьох боків оточена морем: Північне море, Каттегат і Балтійське море. Півострів Ютландія також охоплює невелику північну частину Німеччини. Тевтонці разом з племенами кімбрів близько 120 року до н.е. переселилися з Ютландії аж до Італії.

⁸ Симонія – купівля або продаж церковної посади, приходу, священного дійства, реліквій.

⁹ Ходження в Каноссу або Каносське приниження (нім. *Gang nach Canossa, Canossagang*; італ. *lumliliazione di Canossa*) – датований 1077 р. епізод в історії середньовічної Європи, пов'язаний з боротьбою римських пап з імператорами Священної Римської Імперії. Цей епізод ознаменував перемогу папи Григорія VII над імператором Генріхом IV.

¹⁰ Антипапа (pseudopapa, antipapa) – термін, яким у католицькій церкві прийнято називати людину, що хибно привласнила собі звання папи. Зазвичай питання про те, хто з претендентів, що одночасно сперечаються за папський сан, є легітимним папою, а хто антипапою, вирішувалося вже після історичної “перемоги” прихильників одного з них. Стосовно деяких претендентів на папство ця проблема не вирішена до цього часу.

¹¹ Вормський конкордат (Pactum Calixtinum sive Heinricanum) – компромісна домовленість між римським папою Калікстом II та імператором Священної Римської імперії Генріхом V, котрий завершував боротьбу за інвеституру. Заключений 23 вересня 1122 року в Ворсі. Ратифікований на Першому Латеранському соборі (1123 р.).

XIV ст. тривала ворожнеча між підтриманим владними вельфами¹² Лотарем та представником штауфенців¹³ Фрідріхом [15, s. 78].

Після смерті Лотаря 1138 р. королем став штауфенець Конрад III, який згодом був позбавлений герцогства зятем Лотаря. Наступник Конрада, Фрідріх I прагнув примирення, і наділив леном вельфенця Генріха Лева в 1156 р. герцогствами свого батька – Саксонією та Баварією. З 1147 по 1164 рр. Генріх Лев підкорив як нового ленного пана слов'ян в Мекленбурзі та Поммерні.

В договорі Констанц в 1153 році Фрідріх I (“Барбаросса”) досяг імперського коронування. Він переміг ломбардські міста, котрі прагнули незалежності. Коли Олександр III став Папою, тоді відновилася боротьба між імператором та папою. Після поразки біля **Леньяно** (італ. *Legnano*) — місто та муніципалітет в Італії, у регіоні Ломбардія, провінція Мілан.) Фрідріх був змушений визнати Олександра папою. В 1180 р. Фрідріх забрав герцогські ленні володіння Генріха Лева, оскільки останній більше не підтримував його італійської політики. В 1181 р. Фрідріх зачислив захоплених померанських Грифонів¹⁴ до рангу німецьких імперських князів. З 1187 р. Фрідріх I перейняв керівництво хрестоносцями, а в 1190 помер у Сирії. Його син, Генріх VI, завдяки одруженню з нормандською принцесою Констанцією в 1194 р. став королем Сицилії. Після того як Генріх VI в 1197 році помер, мала місце конкуренція між штауфенцем Філіпом Швабським, братом Генріха VI, і вельфенцем Оттоном IV, сином Генріха Лева. Після вбивства Філіпа в 1208 р. Отто IV став королем. Проте папа підтримував через італійський рух Отто штауфенця Фрідріха II, сина Генріха VI. В 1214 р. битва під Боувене принесла Фрідріхові перемогу. Він керував своєю імперією – Сицилією. Керівництво в Німеччині він віддав своєму синові Генріху, а 1235 р. замість Генріха призначив його брата Конрада IV. В 1220 р. Фрідріх був коронований імператором. Він вступив у владну боротьбу між папою Георгієм IX, який 1227 р. відлучив імператора від церкви. За Фрідріха на Святій Землі відбулася передача Єрусалиму. Конфлікт тривав, коли Інокентій IV став наступником Григорія. Після смерті Фрідріха II в грудні 1250 р. боротьба папи проти династії штауфенів продовжувалася. В 1268 році, останній штауфенець, шістнадцятирічний син Конрада IV, Конрадин, у боротьбі за сицилійську спадщину проти Карла Анжуйського в Непалі був привселюдно страчений.

Розглянемо натомість завершальний період – Пізнє Середньовіччя. В XIV ст. перенаселення, неврожаї та природні катастрофи призвели до голоду. В 1349–1350 рр. третина населення померла через чуму, а більша частина євреїв через погроми втекла до Польщі.

Важливе місце в історії середньовічної Німеччини помідає так зване міжцарювання (**Interregnum**). В загальному розумінні інтеррегnum тлумачиться як міжвладарювання. В історії Священної Римської імперії позначають період між скиненням з престолу (відстороненням) імператора Фрідріха II через папу Інокентія IV в 1245 році та вибори Рудольфа I в 1273 р.. Загалом початком

¹² Вельфи (нім. Welfen) – монархічна династія VIII—XX століття, представники якої займали престולי багатьох європейських держав, в тому числі різних германських та італійських князівств, а також Росії і Великобританії.

¹³ Штауфени (нім. Staufer, раніше помилково називалися Гогенштайфенами (нім. Hohenstaufen) – династія південно-німецьких королів та імператорів Священної Римської імперії (1138–1254), котра занепала по чоловічій лінії в 1268 р. разом зі смертю Конрадіна.

¹⁴ Грифони – позначення для династії герцогів Померанських (Поможських). Вони знаходилися під зображенням на гербі, вертикального воляючого грифа, який вперше був зображений на печатці герцога Казимира I в 1190-х роках.

інтеррегнума пов'язується зі смертю Фрідріха 1250 р., якщо бути точнішим, то зі смертю Конрада IV в 1254 р..

Після владарювання штауфенів влада короля у Пізньому Середньовіччі втрачала свій вплив. Король спирався на обмежену імперську власність й був зобов'язаний розширяти володіння правлячого дому. Новим фактором влади виявилися імперські міста. Земельні князі (згодом курфюрсти) на конституційно правових подвійних виборах надали перевагу королю Річарду Корнвольському з Англії і Альфонсу X (королю Кастилії). Останній надав виборцям, регіональним силам можливість посилювати власну владу, а не посилювати центральну. Проте обоє були занадто слабкими, щоб відстоювати себе в імперії, і домагалися імперської корони. Річард був дуже рідко в імперії, а Альфонс взагалі ніколи не був в ній. Їхні сучасники вже тоді говорили про "інтеррегнум", час втраченої королівської влади.

Завершенням інтеррегнума вважається 1273 р., коли завдяки виборам до влади прийшов Рудольф Габсбурзький. Рудольф проклав шлях для дому Габсбургів до найвпливовішої династії імперії, проте йому не вдалося отримати імперську корону. Обидва його послідовники – Адольф фон Нассау (Adolf von Nassau) і Альбрехт I були в конфлікті з курфюрстами. В 1308 р. люксембуржець Генріх VII був обраний королем. Він зміг в 1310 р. поширити владу свого дому на Богемію та досяг того, що в 1312 році був коронований як імператор (кайзер). В 1348 р. в Нанслауському договорі Казимир Великий з Польщі визнав належність Сілезії й Богемії до Священної Римської республіки, згодом все ж робив спроби відвоювати ці землі за допомогою папи.

Після смерті Генріха та подвійних виборів (**Doppelwahl**¹⁵) 1314 р. представник віттельсбахської династії – Людвіг Баварський утвердився проти Габсбургів. В 1327 р. Людвіг переїхав до Італії та був коронований як імператор в наступному році. У боротьбі імператора проти папи в 1338 р. на з'їзді в Ргенці (Kurverein von Rhense) курфюрсти підтвердили те, що обраний ними король не повинен бути затверджений папою. В 1346 р. представниками люксембурзької династії почала формуватися опозиція проти політики Людвіга. Карл IV Люксембурзький разом зі своїми послідовниками та за підтримки папи був обраний антикоролем (Gegenkönig). Смерть Людвіга в 1347 р. запобігла довгій війні. Карл IV зосередив свої головні завдання щодо закріплення та розширення влади в Богемії. Він також залучив до свого комплексу володінь й марку Бранденбург.

В 1355 р. Карл був коронований й став імператором. Золота Булла 1356 року до розпаду Священної Римської імперії становила основний закон, так званий вид конституції. Її основною ціллю було запобігання обранню антикороля та боротьби за трон. Карл вірив, що вона зацементує владу династії Люксембургів.

Під керівництвом спадкоємця Карла королівська влада остаточно занепало. Старший син Карла IV, Вензель (Wenzel) 1400 р. був усунений курфюрстами через свою бездіяльність. Після смерті спадкоємця Рупреха I Пфальцького (Ruprecht I. von der Pfalz) з династії Віттельсбахів в 1410 році був знову обраний представник династії Люксембургів, брат Вензеля Зігізмунд (Sigismund). Хоча він досяг того, що в 1433 р. був коронований імперською короною, проте не зміг стабілізувати королівські території. Імперська реформа зазнала краху через особисті інтереси

¹⁵ Термін подвійні вибори (нім. Doppelwahl або вибори в два стовпчики) позначає історичну ситуацію, коли два суверени (володарі) були наділені світською чи духовною владою і правили паралельно, разом чи одне проти одного.

власників земель. Через призив на Констанський собор (Konzils von Konstanz)¹⁶ він міг закінчити Західну схизму (Abendländische Schisma)¹⁷.

Зі смертю Зигмунда припинила існування династія Люксембургів по чоловічій лінії. В 1438 р. з'явилася Габсбурзька династія на чолі зі спадкоємцем – Альбрехом. Починаючи з 1438 по 1740 рр. та з 1745 до занепаду імперії – 1806, Габсбурзька династія могла призначати лише римських королів.

Саме такі історико-політичні передумови послужили для створення “Саксонського зерцала” (Sachsenspiegel), котре упорядкував дворянин-рицар, суддя Етке фон Реппов початку XIII ст. Збірник видали латинською мовою, згодом сам автор переклав його німецькою. Джерелами “Саксонського зерцала” були звичаєве право північних земель Німеччини, чинні там правові норми місцевих правителів, імперське законодавство, канонічне право [3, с. 174]. Цей середньовічний збірник права регулював правові відносини з конституційного права, судоустрою, ленного права, кримінального права та кримінального процесу.

1. Тацит К. О происхождении германцев и местоположении Германии // Корнелий Тацит. Сочинения в двух томах. Т.1. Анналы. Малые произведения. — Л.: Наука, 1969.
2. Тищик Б.Й. Історія держави і права зарубіжних країн (Середні віки та ранній новий час). — Львів: Світ, 2006.
3. Becker H.-J. Gegenpapst. In: Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte, 2. Auflage, I, 2008.
4. Brather S. und Kratzke C. (Hrsg.). Auf dem Weg zum Germania Slavica-Konzept. Perspektiven von Geschichtswissenschaft, Archäologie, Onomastik und Kunstgeschichte seit dem 19. Jahrhundert (GWZO-Arbeitshilfen 3). — Leipzig: Leipziger Universität-Verlag, 2005.
5. Fried J. Der Pakt von Canossa. Schritte zur Wirklichkeit durch Erinnerungsanalyse. In: Die Faszination der Papstgeschichte. Neue Zugänge zum frühen und hohen Mittelalter. Hrsg. v. Wilfried Hartmann, Klaus Herbers (Forschungen zur Kaiser- und Papstgeschichte des Mittelalters. Beihefte zu J. F. Böhm, Regesta Imperii, Bd. 28). Böhlau, Köln–Weimar–Wien, 2008.
6. Hansen R. Die Himmelsscheibe von Nebra – neu interpretiert, in: Archäologie in Sachsen-Anhalt N.F. 4.2006 (2007).
7. Husemann D. Die Neandertaler – Genies der Eiszeit. – Frankfurt a.M.: Campus, 2005.
8. Lotter F. Die Konzeption des Wendenkreuzzugs: ideengeschichtliche, kirchenrechtliche und historisch-politische Voraussetzungen der Missionierung von Elb- und Ostseeslawen um die Mitte des 12.Jahrhunderts. – Sigmaringen, 1977.
9. Mania D. Auf den Spuren des Urmenschen. Die Funde von Bilzingsleben. – Stuttgart: Theiss Verlag, 1990.
10. Meid W., Kuhn H. 'Nordwestblock' Hypothese: zur Problematik der Völker zwischen Germanen und Kelten, in Germanenproblem in heutiger Sicht. – Berlin: De Gruyter, 1986.

¹⁶ Констанський собор — XVI Вселенський собор католицької церкви, що засідав у місті Констанці (південна Німеччина) з 16 листопада 1414 до 22 квітня 1418 року. Головним завданням собору було подолати результати великого розколу католицької церкви.

¹⁷ Західна схизма або Папська схизма (також відома як Велика схизма західного християнства), розкол у римо-католицькій церкві (1378–1417). На час її закінчення троє осіб одночасно вважали себе справжнім Папою Римським. Розкол, причиною якого були радше політичні суперечки, а не теологічні спори, закінчився на Констанському соборі (1414–1418).

11. Monumenta Germaniae Historica: Weiland, Ludwig, Constitutiones et acta publica imperatorum et regum inde ab a. DCCCCXI usque a. MCXCVII (911–1197). – Hannover, 1893.
12. Schoetensack O. Der Unterkiefer des Homo Heidelbergensis aus den Sanden von Mauer bei Heidelberg. Ein Beitrag zur Paläontologie des Menschen. – Leipzig: Verlag von Wilhelm Engelmann, 1908.
13. Thieme H. Die ältesten Speere der Welt – Fundplätze der frühen Altsteinzeit im Tagebau Schöningen. – In: Archäologisches Nachrichtenblatt 10, 2005.
14. Santifaller L. Zur Geschichte des Ottonisch-Salischen Reichskirchensystems. – Wien, 1964.
15. Seibert H., Dendorfer J. (Hrsg.). Grafen, Herzöge, Könige. Der Aufstieg der frühen Staufer und das Reich (1079–1152). (= Mittelalter-Forschungen. Bd. 18). – Stuttgart, 2005.
16. Zimmer S. Teutonen. In: Reallexikon der Germanischen Altertumskunde (RGA). Bd. 36. – Berlin/New York: Verlag Walter de Gruyter, 2005.

ON HISTORICAL AND POLITICAL CONDITIONS OF LAW COLLECTION “SAXON ZERTSALO” CREATION

H. Humenyuk

*Ivan Franko National University of Lviv,
Universytetska Str. 1, UA – 79000 Lviv, Ukraine
e-mail: hhanna@gmx.net*

The article is devoted to historical and political conditions of law collection “Saxon Zertsalo” creation, as the first codification of medieval German law. It is underlined that the “Saxon Zertsalo” was very widespread and made a great influence on the medieval and contemporary legal practice not only in Germany, but in other countries of Central and Eastern Europe during XIII – XVII centuries. A special attention is paid to the legal situation of medieval Germany.

Key words: medieval Germany, the Saxon Zertsalo.

К ВОПРОСУ ИСТОРИКО-ПОЛИТИЧЕСКИХ ПРЕДПОСЫЛОК СОЗДАНИЯ ПРАВОВОГО СБОРНИКА “САКСОНСКОЕ ЗЕРЦАЛО”

Г. Гуменюк

*Львовский национальный университет имени Ивана Франка
ул. Университетская, 1, 79000 Львов, Украина*

Материал посвящен историко-политическим предпосылкам заключения правового сборника “Саксонское зеркало” – первой кодификации немецкого средневекового права, что имела большое распространение и влияние на средневековую и современную юридическую практику не только в Германии, но и в других странах Центральной и Восточной Европы в течение XIII — XVII ст. Значительное внимание уделено правовой ситуации средневековой Германии.

Ключевые слова: средневековая Германия, “Саксонское зеркало”.

Стаття надійшла до редколегії 02.12.2009

Прийнята до друку 10.01.2010

ДО ПИТАННЯ ПРО ФОРМУВАННЯ АВСТРІЙСЬКИХ ПОЛІЦЕЙСЬКИХ ОРГАНІВ У ГАЛИЧИНІ В ОСТАННІЙ ЧВЕРТІ XVIII СТ.

А. Закревський

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

У статті розкрито соціально-політичні і правові передумови формування австрійських поліцейських органів у Галичині в останній чверті XVIII ст. Значна увага приділена характеристиці австрійських нормативно-правових актів, які регламентували функціонування галицьких поліцейських органів (1772–1918 рр.).

Ключові слова: поліцейські органи, австрійська жандармерія, австрійська монархія.

В умовах реформування всіх сторін суспільного життя, що сьогодні відбувається в Україні, виникає необхідність вивчення і узагальнення вітчизняного історичного правового досвіду. Постає питання про глибше дослідження державно-правових інститутів як регуляторів суспільних відносин.

Значний інтерес у цьому процесі відводиться вивченню історії правоохоронних органів, на які покладалися найважливіші функції – забезпечення правопорядку в суспільстві, охороні прав людини, тощо.

Серед історико-правових проблем з історії правоохоронних органів на території України можна виділити період, коли Галичина перебувала у складі Австрії, а відтак Австро-Угорщини (1772–1918 рр.).

Важливим етапом у процесі організації та діяльності австрійських поліцейських органів на західноукраїнських землях було юридичне оформлення міжнародних прав Австрії на територіальні володіння, що були придбані унаслідок Першого поділу Польщі. Першим заходом на шляху успадкування нових земельних володінь стало підписання австрійською імператрицею Марією-Терезією і Йосипом II 8 лютого 1772 р. міжнародного Акта про участь Австрійської імперії у поділі Польщі [14, s. 126–127]. Уже на початку липня того ж року у невеличкому львівському приміському селі Скнилівці зі сторони вул. Городецької зупинився та був розквартирований невеликий авангардний австрійський гарнізонний корпус, який фактично очікував часу звільнення міста від російських окупаційних військ, котрі у Львові перебували з 1764 р. [16, s. 9–10].

В той час у місті панувало безладдя, грабежі, мародерство, пожежі, спричинені поспішним відступом російських військових. Порівняно легкими “трофеями” представників нової влади ставали невеликі повітові містечка та сільські населені пункти Галичини, які російські військові частини що відступили, залишали напризволяще.

Уже 5 серпня 1772 р. Австрійська монархія офіційно отримала міжнародний мандат на володіння землями Галичини та частини Волині. Це дало вагомі підстави вводити на західноукраїнських землях нові державні інститути, встановлювати нову владу, забезпечувати правоохоронну державну діяльність відповідних інституцій. Як найбільший адміністративний центр краю місто Львів отримало особливе місце у планах австрійського військового командування. Зауважимо, що австрійській армії імператриця Марія-Терезія надала винятково важливу роль у справі утвердження державної влади на нових теренах. Придбані на підставі

міжнародного патенту, галицько-волинські землі нові господарі краю найменували назвою Галиція та Володимирія (Лодомерія) [17, с. 118–127].

Незабаром, 19 вересня 1772 р., у Галичину прибув основний військовий контингент держави – армія австрійського генерала Андреаса Гадіка, котрий від імператриці отримав надзвичайно широкі повноваження у справах утвердження та захисту влади австрійської корони. У Галичині за наказом Гадіка було введено тимчасовий військовий стан, військово-польові суди та проведено низку військово-адміністративних заходів, що сприяли утвердженню та розвитку австрійської державності в краї [16, с. 10].

Генеральний штаб австрійських збройних сил було розквартировано у Львові. Варто зазначити, що після захоплення міста австрійське верховне військове головнокомандування оселилося (до 1839 р.) в одній з найкращих будівель тогочасного Львова – у триповерховому будинку Яна Прешеля. Колишня власність Прешелів була обнесена високою мурованою кам'яною стіною, що також включала так званий Альвертівський двір (*на даний час цього будинку та двору не існує. Він знаходився поблизу будівлі “Гранд-готелю”, що на теперішньому проспекті Свободи на місці сучасного будинку №15 – автор. –З. А..*) [2, с. 10].

На перших порах австрійські військові нищили не лише колишню державну російську та польську символіку, але й родинні герби галицьких магнатів, цехові хоругви та знаки, місцеву релігійну атрибутику, історичні пам'ятки краю тощо. І в той час на стінах львівської міської ратуші у пишному святковому обрамленні було вивішано маніфест австрійської імператриці Марії-Терезії. В імператорському документі йшлося про “законний” перехід Галичини, Буковини та частини Волині під державну владу Австрії. Поряд із маніфестом було поміщено імператорський наказ про призначення першим повноважним військовим комісаром та губернатором краю графа Йогана – Антона Пергена [16, с. 10].

Інавгурація нового губернатора з великими урочистостями відбулася у Львові 4 жовтня 1772 р. Окремі повітові делегації прибули на інавгурацію у супроводі австрійських військових. Однак львівський староста Ян Кіцький та підкоморій Зельонка від церемонії ухилилися [3, с. 9], що може бути свідченням неадекватного ставлення колишньої влади та місцевого галицького населення до австрійських органів влади у Галичині.

Перший цісарський намісник Галичини – губернатор граф Й.-А. Перген від австрійського імператора отримав широкі повноваження, які були необхідні передусім, для утвердження австрійської державності на окупованих землях. Уже з перших днів австрійської окупації краю службові повноваження Пергена охоплювали майже всі види військово-адміністративного, суспільно-політичного, економічного, культурно-освітнього, релігійного життя населення, а також судового, фінансового та інші повноваження, і особливо питання щодо формування правоохоронних органів на галицьких землях та організація їхньої діяльності.

Для успішної реалізації планів губернаторові Пергену за наказом імператриці Марії-Терезії були підпорядковані усі прибулі на західноукраїнські землі австрійські військові контингенти, що склалися з сухопутних піших і кінних підрозділів, а також артилерії.

Уже в перший рік утвердження Австрії у Галичині було оголошено про набір місцевого чоловічого населення до війська. Як свідчать архівні матеріали, у державній військово-оборонній системі Австрії у Галичині було сформовано окремий мобілізаційний округ. Щорічно з галицьких земель для поповнення армії необхідно було постачати відповідну кількість бранців. За нашими підрахунками

набір до війська у “мирні” роки коливався в межах 7–10 % від загальної кількості мешканців того чи іншого населеного пункту. Загальна тотальна мобілізація оголошувалася лише в часи ведення австрійськими військами бойових дій, наприклад, Наполеонівських воєн, у яких Австрія брала активну участь.

В часи утвердження Австрійської державності військова служба для рекрутів Австрії була довічною. Служба офіцерського складу погоджувалася за контрактом. Здебільшого військову службу галичани проходили далеко від рідного краю. Лише у 1802 р. наказом імператора Франца I було визначено відповідні терміни тривалості служби: у піхоті – 10 років, кінноті – 12 років, артилерії – 14 років. У 1848 р. в Австрії було введено єдиний термін тривалості військової служби для усіх родів військ, що становив 8 років [10, с. 36].

На початку останньої чверті XVIII ст. у багатьох європейських державах простежується панування абсолютизму. Не була винятком і тогочасна Австрія. Зауважимо, що у той час в умовах володіння необмеженою владою та надзвичайними повноваженнями австрійський цісар у державі вважався єдиним джерелом влади та права [16, s. 5–7]. Він одноособово для виконання у нижчі керівні інстанції держави видавав та скеровував найвищі державні закони, постанови, рескрипти, патенти, мандати, едикти, резолюції тощо.

Свої функції австрійський цісар здебільшого виконував за допомогою Придворної канцелярії, яка знаходилася у столиці держави – місті Відні, хоча фактично Придворна канцелярія була дорадчим органом при дворі правителя. А щодо абсолютизму як панівної форми правління, то слід підкреслити, що в суспільно-політичному плані австрійський абсолютизм зберігав характерні ознаки станової державної організації [5, с. 18], що мало вагомий вплив на різні сторони тогочасного життя населення.

Варто зазначити, що ще до інкорпорації галицько-волинських земель до складу Австрійської монархії імператриця Марія-Терезія провела низку важливих державних реформ, які розпочала з реформи державного управління. У плані нашого дослідження важливо підкреслити, що у 1742 р. за вказівкою Марії-Терезії було проведено структуроване реформування Придворної канцелярії, котрій тоді підпорядковувалися збройні сили держави. Військо вважалось основним силовим відомством держави. Тому зі сторони імператора проблемі функціонування армії надавали особливого значення, відводили особливе місце та роль, бо поліцейських структур не існувало, а їхнє створення відбувалося ще у зародковому процесі.

Після захоплення Австрією земель Галичини, Буковини та Волині нова влада виключно спиралася на найвище силове військове відомство – Генеральний штаб округу, котрий контролював суспільну ситуацію та за потреби скеровував діяльність військових підрозділів. Фактично в основу діяльності армійських мілітаризованих відомств була покладена практична реалізація цісарських планів, указів та постанов. Саме завдяки військовим частинам на захоплених праукраїнських землях за вказівкою австрійського цісаря було введено та реалізовано військовий стан [5, с. 22].

Починаючи уже із другої половини вересня 1772 р. для затримання противників нової влади австрійські військові періодично організовували рейди територіями населених пунктів Галичини. Часто військові патрулі шляхом побиття розганяли юрби місцевих жителів, а підозрілих в антидержавній діяльності осіб – арештовували.

Для утримання арештантів у повітах та повітових містечках почали залучати пристосовані приміщення конфіскованих будівель. У Львові було використано

тюремні приміщення міської ратуші з яких за розпорядженням командувача збройних сил краю, а згодом нового галицько-волинського губернатора (з 1774 р.) Андреаса Гадіка було звільнено усіх осіб, раніше, ув'язнених російською владою [11, спр.137, арк. 46–79].

За відомостями сучасного львівського дослідника Бориса Мельника лише у приміщеннях міської ратуші на той час знаходилося аж п'ять тюрем. Зокрема, у ратушній вежі було дві тюрми, які ще в часи попереднього польського панування у краї отримали назви “Над скарбницею” та “За гратою”. Під вежею, у підвальних приміщеннях, знаходилося ще три тюремні заклади: “Доротка”, “Під ангелом” і “Татарня” [7, с. 55]. В часи польської влади назва кожної тюрми відповідала ступеню провини та покарання арештанта. А в австрійську добу це символічне значення було втрачено.

За нашими підрахунками, що було зроблено на основі виявлених архівних матеріалів у фондах Центрального державного історичного архіву України у Львові, уже на кінець 1779 р. в місті та у недалеких навколишніх приміських селах, котрі згодом увійшли до складу міської території, налічувалося аж 14 тюрем. Окремі з них, як наприклад, тюрма “Бригідки”, котру було створено у конфіскованому австрійськими військовими монастирі святої Бригіди, вміщували досить велику кількість тюремних камер для арештантів та ув'язнених [12, с. 23–24].

За матеріалами звіту губернатора А.Гадіка Придворній канцелярії станом на 1778 р. у Львові та в приміських селах було розквартировано 8 тисяч 796 військових із числа піхоти, кавалерії та артилерії. Загальна кількість мешканців міста на 1780 р., за матеріалами досліджень львівського історика Мирона Капралія, становила всього 22 осіб. чол. [4, с. 6–8]. Навіть через простий підрахунок бачимо, що в середньому один австрійський військовий “опікувався” двома-трьома місцевими мешканцями.

Уже на осінь 1772 р. австрійська військова влада фактично була встановлена на визначених міжнародним мандатом галицько-волинських землях. Як свідчать архівні документи, численні австрійські військові підрозділи знаходилися та контролювали суспільний стан у Золочеві, Бродах, Буську, Стрию, Ходорові, Янові, Великих Мостах, Бережанах, Перемишлі, Городку, Самборі, та в інших населених пунктах краю. Загалом під “опікунство” австрійських військових у 1772 р. потрапило приблизно 2, 6 млн мешканців Галичини та Західної Волині [6, с. 41].

Офіційною найвищою державною інституцією Австрії для ведення державних справ на окупованих галицьких, а також буковинських та волинських землях стала Галицька надвірна канцелярія, яку було створено у Відні лише в 1774 р., тобто лише через два роки після офіційної австрійської окупації земель краю. Галицьку надвірну канцелярію очолював канцлер, якого особисто призначав імператор. Канцлеру Надвірної канцелярії в усіх питаннях прямо підпорядковувало крайове губернаторство [5, с. 200].

У пошуку раціональних форм управління австрійські імператори намагалися неодноразово реорганізувати Галицьку надвірну канцелярію або уніфікувати її роботу в іншу управлінську інституцію. Наприклад, в 1776 р. замість Галицької надвірної канцелярії було створено Чесько-австрійську канцелярію (Vereinigte böhemisch-österreichische Hofkanzlei). Вона проіснувала до 1797 р. В 1797 р. імператор Франц I знову відновив діяльність Галицької надвірної канцелярії, яка проіснувала до 1802 р. [1, арк. 2–36].

На початках формування інституцій державного управління в Галичині часто виникали непередбачені проблеми і навіть суперечності між військовою та цивільною владою. Так після захоплення Львова штаб військового командування розмістився у найкращому приміщенні міста – уже згаданому приватному будинку Яна Прешеля. Це викликало обурення у губернатора Пергена. Після певних протистоянь перше губернаторство тимчасово розмістилося у великих, але у погано пристосованих для адміністративно-управлінської роботи приміщеннях Єзуїтського монастиря, конфіскованого австрійськими військовими унаслідок реалізації секуляризаційної реформи. Згодом, у 1775 р., головну управу галицького губернаторства (до 1821 р.) перенесли у приміщення палацу князів Любомирських, що знаходився на площі Ринок 10 [3, с. 9–11].

Одним із перших розпоряджень першого галицького губернатора Й.-А. Пергена стало встановлення адміністративно-територіального устрою на окупованих галицько-волинських землях. В адміністративно-територіальному плані в 1772 р. Галичину та Західну Волинь було поділено на шість циркулів, котрі, своєю чергою, поділялися на 18 дистриктів. Але у 1782 р. поділ на дистрикти було ліквідовано, а введено 18 циркулів, які згодом називали округами чи повітами. Так було створено, зокрема, Бродівський, Буський, Золочівський, Дрогобицький, Самбірський, Стрийський та інші циркули. З 1786 до 1849 рр. до складу Галицького губернаторства також входила Буковина, яка була 19-м округом (циркулом) [12, с. 28].

Створення адміністративно-територіального поділу краю стало основною підвалиною для формування місцевих гілок влади. Повітові циркули очолювали старости, які у повітах володіли найбільшою владою. Головний управлінський штат повітового циркулу кінця XVIII ст. був порівняно невеликим. В середньому він налічував всього 10–12 осіб. Службовців у повітові староства набирали із числа особливо довірених військових, котрі виявляли бажання перейти на службу з війська у поліцейські органи влади. В архівних матеріалах, зокрема, у штатному розписі циркулу зазначено: староста, три-чотири комісари поліції, секретар, два діловоди-протоколісти, один-два кур'єри та один або два практиканти-стажери (новобранці) [11, спр. 138, арк. 14].

Відповідно до службових інструкцій повітових старост та комісарів циркулів на посади своїм указом призначав австрійський імператор із подання губернатора. Всі інші нижчі посадові місця на підставі наданого імператором права забезпечував староста та начальник комісаріату того чи іншого циркулу. На підставі інструкцій комісари циркулів відали справами у циркулах, а також виконували доручення, які надавало губернське управління, губернська дирекція поліції, тощо. За нагальної потреби з метою забезпечення порядку та спокою за вказівкою губернатора старості чи комісару того чи іншого циркулу збройні сили могли надати необхідну військову допомогу [13, с. 145–153].

Виконавчим органом у низовій управлінській структурі поліції були так звані мандатори. Лише формально це були державні чиновники з повноваженнями, наділеними від повітової влади. А фактично їх можна розглядати як службовців домінії, бо заробітну платню отримували від місцевого (свого) поміщика чи дідача. Тому свою принципову позицію мандатори намагалися передусім підлаштовувати під інтереси того чи іншого зверхника.

Цікаво, що влада мандаторів у часі формування поліцейської влади в Галичині мала універсальний характер. Крім поліцейської суспільної місії вони збирали податки, встановлювали для населення різні повинності та контролювали їх виконання, доставляли до збірних пунктів рекрутів, творили на місцях суди першої

інстанції, стежили в довкіллі за санітарно-епідемічними умовами, контролювали правильність та якість ведення торгівлі, вирішували земельні спори між селянами, стежили за місцевими дорогами, мостами, користувалися правом публічних тілесних покарань, котре в Австрійській імперії проіснувало аж до 15 листопада 1867 р..

Відповідно до таємних імператорських розпоряджень кінця XVIII ст. у всіх циркулах не тільки засновувалися низові поліцейські органи влади, але й формувалася таємна агентурна мережа. Унаслідок цього з'являється чимало таємних агентів на різних рівнях суспільних структур. Саме платна підпільна агентура сприяла та надавала вагому допомогу поліцейським органам в утвердженні державної влади.

Варто зазначити, що формування низових правоохоронних органів ставало виключною прерогативою місцевого поміщика. Бо низову ланку фактично створювали самі поміщики. Зокрема серед трьох кандидатів на посаду вйта, яких обирало село та пропонувало поміщику, він на власний розсуд обирав одного або мав право відкинути усі запропоновані кандидатури.

З метою удосконалення роботи поліцейських органів та їхніх структурних підрозділів на підставі патенту австрійського цісаря 1785 р., а також вказівок губернатора було видано наказ про створення місцевого управління окружної Дирекції поліції у Львові, яке вивели з підпорядкування магістрату і перевели під контроль губернатора. Зазначена інституція розпочала свою діяльність вже наступного року (1786).

Дирекція поліції мала забезпечити належну організацію охорони існуючого ладу і встановлених порядків. Відповідно до Статуту до компетенції поліції увійшла "охорона громадського порядку, тишини та спокою, нагляд за правильністю мір та ваг, за торгівлею на ярмарках, за чистотою на міських вулицях, охорона від нещасних випадків і право видавати особливі розпорядження за обставин пошкоджень у правах громадян".

Відповідно до інструкцій поліцейські були зобов'язані "не заважати обивателям" у праці та побуті, а сприяти їм і водночас пильно стежити за виконанням "обивателями" державних законів. Життя та майно "обивателів" мало знаходитися у надійній державній безпеці. Основні зусилля поліцейських скеровувалися на боротьбу з бешкетниками, неробами, волоцюгами, шахраями, злодіями, пияцтвом, усім тим, що могло "шкідливо вплинути на загальне благо" [8, с. 127–128].

Отож, в останній чверті Галичина переживала складний період формування австрійських державних поліцейських структур. У формуванні поліцейських інституцій великий вплив отримала державна політика централізованого абсолютизму, еволюційний поступ суспільства та місцеві охоронні традиції, які запозичила австрійська влада.

1. Державний архів Львівської області, ф.350, оп.2, спр.1027.
2. З історії львівських вулиць. (Автор не вказаний). Спецвипуск газети "Молода Галичина". Вип. 2. – Львів, 1990.
3. Історія Львова. У трьох томах. 1772 – жовтень 1918. – Львів, 2006. – Т.2.
4. Капраль М. Національні громади Львова XVI-XVIII ст. (Соціально-правові взаємини). Автореф. на здобуття наук. ступеня д-ра. іст. наук. – Львів, 2004.
5. Кульчицький В.С., Бойко І.Й., Настяк І.Ю., Мікула О.І. Апарат управління Галичиною в складі Австро-Угорщини. – Львів, 2002.
6. Макаручук С.А. Этносоциальное развитие и национальные отношения на западноукраинских землях в период империализма. – Львов, 1983.

7. Мельник Б.В. Вулицями старовинного Львова. – Львів, 2002.
8. Митрофанов П. История Австрии. (С древнейших времен до 1792 года). Часть I. – Санкт-Петербург, 1910.
9. Омельченко О.А. Всеобщая история государства и права. Т.II. – Москва, 1998.
10. Тищик Б.Й. Історія держави і права Австрії та Австро-Угорщини (X ст. –1918 р.). Навч. посібн. – Львів, 2003.
11. Центральний державний історичний архів України у Львові, ф. 146 (Галицьке намісництво), оп.4, спр. 137.
12. Balzer O. Historia ustroju Austrii w zarysie. – Lwow, 1908.
13. Grodziski S. Historia ustroju spoleczno-politycznego Galicji 1772–1848. – Wrocław, Warszawa, Kraków, Gdańsk, 1971.
14. Gutkas K. Kaiser Joseph II. Eine Biographie. – Wien-Darmstadt: Paul Zsolnau Verlag, 1989.
15. Hatschek O. Studien zum österreichischen Polizeistrafrecht. – Berlin, 1910.
16. Schür-Peplowski S. Z przeszłości Galicyi (1772–1862). – Lwow, 1895.
17. Schwiker H. Die letzten Regierungsjahre der Kaiserin Maria Teresia (1763–1780). II Abteilung. – Wien, 1871.

ON AUSTRIAN POLICE BODIES FORMATION IN GALYCHYNA DURING THE LAST QUARTER OF XVIII CENTURY

A. Zakrevs'kyi

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

Socio-political and legal preconditions of Austrian police bodies formation in Galychyna during the last quarter of XVIII century are elucidated. Great attention is paid to the characteristic of normative legal acts of Austria, which regulated police bodies operation in Galychyna (1772 – 1918).

Key words: the police bodies, gendarmerie of Austria, Austrian monarchy.

К ВОПРОСУ О ФОРМИРОВАНИИ АВСТРИЙСКИХ ПОЛИЦЕЙСКИХ ОРГАНОВ В ГАЛИЧИНЕ В ПОСЛЕДНЕЙ ЧЕТВЕРТИ XVIII СТ.

A. Закревский

*Львовский национальный университет имени Ивана Франка
ул. Университетская, 1, 79000 Львов, Украина*

В статье раскрыты социально-политические и правовые предпосылки формирования австрийских полицейских органов в Галичине в последней четверти XVIII ст. Значительное внимание уделено характеристике австрийских нормативно правовых актов, которые регламентировали функционирование галицких полицейских органов (1772–1918 гг.).

Ключевые слова: полицейские органы, австрийская жандармерия, австрийская монархия.

Стаття надійшла до редколегії 09.12.2009

Прийнята до друку 10.01.2010

РОЗВИТОК ПРАВОВОЇ НАУКИ ТА ОСВІТИ НА ЮРИДИЧНОМУ ФАКУЛЬТЕТІ ЛЬВІВСЬКОГО УНІВЕРСИТЕТУ ЗА ЧАСІВ АВСТРІЇ ТА АВСТРО-УГОРЩИНИ

В. Кахнич

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

У статті досліджено розвиток правової науки та освіти на юридичному факультеті Львівського університету за часів Австрії та Австро-Угорщини.

Ключові слова: Львівський університет, правова наука, освіта, Австрія та Австро-Угорщина.

З першим поділом Польщі у 1772 р. західноукраїнські землі окупувала Австрійська монархія, яка штучно об'єднала українські та польські землі в один адміністративний коронний край з центром у Львові. Фактичним керівником краю був губернатор, хоча при ньому дорадчим органом з 1782 р. став галицький становий сейм з досить обмеженою компетенцією. Першим губернатором був граф А. Перген, який і почав запроваджувати в Галичині нові австрійські порядки. Зокрема, саме в цей час Львівський університет був реорганізований у ліцей, де викладали юридичні і філософські науки. Це сталося насамперед тому, що австрійська влада намагалася не допустити наукової конкуренції між власне австрійськими вищими навчальними закладами та навчальними закладами на захоплених територіях. Цим переслідувалась протекціоністська політика у науковій та освітній сфері з боку австрійської влади, а також виділявся час для визначення лояльності викладачів університету до нової влади. Також в цей час окремо були утворені медична колегія і теологічна студія, а з 1776 р. – станова колегія, де навчалися винятково особи шляхетського походження.

У наступні роки австрійська влада з метою централізації та германізації поневолених народів почала відводити значну роль організації освіти. Відповідно до цих планів у Австрії передбачалася реформа трьох університетів – Віденського, Празького та Львівського. Ця реформа також ставила собі за мету поставити вищу школу в повну залежність від держави.

У жовтні 1784 р. австрійський імператор Йосиф II підписав диплом про відновлення університету. Диплом визначав, що університет складатиметься з чотирьох факультетів: філософського, юридичного, медичного та теологічного. До його складу також входила гімназія [1, с. 19].

Мовою викладання на юридичному факультеті були латинська і німецька. З огляду на це разом з іншими професорами з Відня були прислані два доктори права німці Антон Перлегер і Ян Ямброс для викладання природничого, міжнародного, римського, кримінального і канонічного права.

Студентами університету середини XIX ст. та й в подальшому в абсолютній більшості були діти заможних сімей. Зокрема, у 1847–1848 навчальному році 11,7% студентів – це були діти поміщиків, 35,1% – чиновників, 22,3% – священиків, 10,5% – дрібних власників і купців, і лише 4,2% – селян та 3,8% – ремісників.

Випускниками і вченими тогочасного Львівського університету стали зокрема такі видатні науковці, як Петро Дмитрович Лодій (1764–1828) і Василь Григорович Кукольник (1765–1821).

Петро Лодій був одним з видатних випускників Львівського університету кінця XVIII початку XIX ст., він залишив після себе значну філософську і політичну наукову спадщину. В 1815 р. у Петербурзі була видана його праця “Логические наставления...”, у якій він піддавав критиці погляди Канта і Шілінга. Там же вийшла його книга “Теория общих прав, содержащая в себе, философское учение о естественном, всеобщем и государственном праве”. П. Лодій перекладав з інших мов (латинської, німецької) навчальні посібники і підручники.

Василь Кукольник після закінчення Львівського університету читав лекції з фізики і економіки в Академії у м. Замость (нині Республіка Польща), згодом виїхав до Петербурга, де викладав фізику, хімію і технологію в педагогічному інституті, а в “училище правоведения” — римське право. У 1816 р., в цьому ж інституті він очолив кафедру римського і природничого права. Вчений залишив низку праць і навчальних підручників з права і економіки.

У 1784 – 1785 рр., на юридичному факультеті навчалось всього 26 студентів, у 1790 р., – 78. Наукова продукція в той час ще не була багатою ні в кількісному, ні в якісному вимірі. Водночас, між студентською молоддю і професурою дедалі більше спостерігалось поширення революційних ідей французької буржуазної революції.

Участь Австрії в антифранцузьких військових коаліціях поглинула великі кошти. З огляду на це Львівський університет в 1805 р. було перетворено, на ліцей з чотирма відділами, серед яких був юридичний відділ з 4 кафедрами (природничого і кримінального права, цивільного права, канонічного права і політичних знань та статистики). При цьому у навчанні юристів і їх науковій роботі, по формі мало що змінилось, за винятком того, що ліцей не мав права присвоювати докторські ступені. Але така реорганізація негативно позначилась на іміджі львівської правничої школи. Частина професорів переїхала до Краківського університету, а частина перейшла на практичну роботу. В ліцеї ж залишилися малодосвідчені наукові сили, переважно колишні студенти.

Прийняття нового австрійського цивільного кодексу 1811 р. дещо пожвавило наукову роботу, але це пожвавлення мало суто практичний характер. Наукові дослідження зводились в основному до тлумачення і коментування кодексу, до праць з метою удосконалення австрійського законодавства. Професор Антон Росберський (чех за національністю) почав видавати перший науковий юридичний журнал “Річник правознавства”, в якому вміщували свої праці теоретики і практики. “Річники” головню мали практичний характер, видавалися латинською і німецькою мовами.

У 1817 р., Львівський університет був знову відновлений з присвоєнням йому ім'я Франца І [3, с. 8–13]. Цей період аж до 1848 р. характеризувався поширенням серед передових кіл студентської молоді і професорів ідей буржуазних революцій, що відбувалися в Західній Європі і Америці. Тому, для боротьби з небажаними ідеями і настроями в університеті був встановлений суворий режим нагляду з боку органів адміністрації та поліції. Серед прогресивно настроєної студентської молоді виникали таємні гуртки і товариства, члени яких симпатизували революційним рухам, активно підтримували польське повстання 1830–1831 рр.. Факультетами фактично керували призначені міністерством директори з числа високих державних чиновників. Деканами юридичного факультету обирались доктори права, які не були професорами, щоб таким чином звільнити професорів від адміністративно-канцелярської роботи і створити їм умови для наукової роботи. Викладання і далі велось латинською і німецькою мовами, що викликало незадоволення серед студентів.

У 1842 р., в університеті навчалось 1182 студентів, з них третя частина 392 – на юридичному факультеті. Серед усіх студентів університету лише близько 300 були українцями, які навчалися переважно на теологічному факультеті [4, с. 17].

В цей період професорський склад юридичного факультету поповнився новими кадрами, серед яких багато було викладачів, що досконало знали свій предмет, видавали підручники. Вони, зазвичай, з університету переходили на високі державні посади в суді, прокуратурі й адміністрації. Варто згадати серед них Миколу Нападівевича, що до 1845 р. завідував кафедрою природничого права, і видатного вченого цивіліста Йосифа Вінівартера, який користувався повагою серед студентів і залишав багато праць з цивільного права.

Після революції 1848 р. у Львівському університеті особливо гостро постало питання про мову викладання. Боротьба за українську мову викладання, а згодом і за український університет у Львові часто набирала форм бурхливих демонстрацій та інших подій, епілогом яких були судові процеси та арешти. Стаття 19 Основного державного закону про загальні права громадян всі нації держава проголошувала рівноправними і кожна народність мала “непорушне право охороняти і розвивати свою народність і мову” [5, с. 179].

За навчальним планом 1855/56 рр., на юридичному факультеті розширювалося і поглиблювалося викладання історико-правових і філософських дисциплін. Розвиток капіталістичних відносин збільшив інтерес до римського права. Значну увагу приділяли філософії і енциклопедії права, що мали на меті ознайомити студентів з найважливішими філософськими поглядами на державу і право в їх історичному розвитку.

У лекціях здебільшого викладались ідеї гегелівської “філософії і права”, згідно з якою держава і право є формами реального існування абсолютної ідеї, яка передує буттю і створює його. Виклади пронизувались далеко не прогресивними поглядами історичної школи права, спрямованими на виправдання і підтримку наявного класового суспільного і політичного ладу. Щодо викладання практичних дисциплін, то вважали, що їх можна вивчати з добрих підручників, і тому деякі з них перенесли у факультативні (міжнародне право, фінансове, адміністративне тощо).

В 1871 р. у Львівському університеті офіційно було скасовано обмеження щодо української і польської мов, проте фактично в Галичині проводили послідовну полонізацію, оскільки тут влада повністю була передана польській аристократії. Польські магнати зайняли високі пости у віденському уряді, де мали великий вплив. У 1869 р. польська мова була офіційно введена як урядова в органах адміністрації Галичини, а в 1879 р. – і в університеті. Українська мова була відсунена на другий план. Шовіністичні кола польської професури і студентства вели запеклу боротьбу за повне витіснення української мови з університету, за повну його полонізацію. Їх підтримували у цьому урядова адміністрація Галичини, Галицький сейм і віденський уряд.

Однак згодом австрійський уряд з метою зміцнення свого колоніального панування змушений був зробити низку поступок і подачок галицьким українцям у галузі економіки, освіти і культури. З огляду на це на юридичному факультеті було утворено дві кафедри з українською мовою викладання: кафедра цивільного процесу і кримінального права і процесу. Для викладання цивільного процесу був призначений українець Еміль Лопушанський, для кримінального права і процесу — поляк Владислав Сроковський. Згодом були призначені з правом викладання українською мовою для цивільного права з 1873 р. Олександр Огоновський, для

кримінального права з 1867 р. – Іван Добжанський, з 1886 р. — Петро Стебельський.

Галицькі українці вимагали створення на своїх землях українського університету. Вперше вимога про заснування українського університету у Львові була поставлена на зборах українського студентства вищих навчальних закладів Австрії в 1899 р. [6, с. 10].

Австрійське міністерство внутрішніх справ повідомляло в липні 1909 р. Галицького намісника про підтримку боротьби за український університет студентами Петербурзького університету. В серпні того ж 1909 р. начальник поліції в Бродях повідомив директора поліції у Львові, що на австрійсько-російському кордоні посилено перевірку з метою ліквідації можливостей переходу російських студентів до Бродів для нарад з галицькими студентами.

Польські професори Львівського університету, як засвідчують архівні матеріали, проводили таємні наради на приватних квартирах тодішнього ректора університету професора А. Макса і професора юридичного факультету С. Старицького з метою протидіяти створенню українського університету.

В цей період у Львівському університеті нерідко доходило до кривавих сутичок між польськими студентами і студентами-українцями. Під час однієї з таких сутичок у липні 1910 р. загинув студент-українець третього курсу юридичного факультету А. Коцко [8, с. 46].

У зв'язку з демонстраціями за український університет дирекція поліції у Львові в серпні 1910 р. повідомляла намісництво про зміну варти біля будинку університету і загострення пильності [9].

Польська студентська молодь, користуючись такою опікою та підтримкою частиною викладачів, зневажливо ставилась до інтересів інших національностей і в грудні 1912 р. у резолюції загально-університетського мітингу записала, що “будь-які заходи у Львівському університеті без чіткого зазначення його польського характеру вважатиме порушенням наданих прав”. Було прийняте спеціальне звернення радою університету до віденського уряду, в якому заперечувалась необхідність заснування українського університету у Львові, що “може стати розсадником російських домагань”. У зверненні йшлося, що наявність 12 українських професорів, які працювали в університеті, не дає ніяких підстав і можливостей створити окремий університет. Для підготовки необхідних кадрів науковців треба, на думку ради, не менше 10 років, тобто “до початку 1921/22 навчального року про окремий український університет не може бути й мови”.

Польський професор М. Бобринський, який займав низку урядових посад, зокрема, писав: “Беручи участь у різних нарадах, як депутат, а пізніше як намісник, ... заснування окремого українського університету я вважаю не актуальною справою. Неактуальною тому, що українська наука, яка дотепер з певними винятками розвивалась у середніх школах, не дозріла ще до університетського рівня. Призначення професорів з числа вчителів галицьких гімназій або адміністративних чи судових службовців було б заниження наукового рівня і значення університету. Крім того, я чітко задавав собі справу з труднощів, які спричинить визначення місця перебування українського університету. Я передбачав, що Львів буде протестувати, побоюючись зміцнення українського руху. Заснування знову університету в будь-якому іншому місці східної частини краю потягло б за собою не лише українізацію того міста, але також і значної частини краю” [13, с. 308].

Проводили активну підготовку українських науковців, у тому числі і науковців-правників активно велась. У Львові у 1873 р., було утворено Наукове

товариство ім. Шевченка (НТШ). Воно тривалий час виконувало функції всеукраїнського центру, основним завданням якого, відповідно до потреб політичного етапу національного відродження, стало формування української науки. Вчені-юристи в НТШ утворили правничу комісію при історико-філософській секції. Правнича комісія вела дослідження державно-правового розвитку України в різні періоди її історії. Активно працювали в цій комісії дійсні члени НТШ С. Дністрянський, П. Стебельський (професор кримінального права і процесу Львівського університету), К. Левицький (львівський адвокат і депутат австрійського парламенту, а згодом прем'єр-міністр ЗУНР), Є. Олесницький (стрийський адвокат і депутат Галицького крайового сейму) та ін.

Членами НТШ дещо згодом, поряд з українцями, були й деякі провідні польські вчені-правознавці. В 1926 р. членом НТШ став відомий польський історик права О. Бальцер, професор Львівського університету, член Краківської Академії наук, директор краківського архіву громадських і земських актів у Львові, засновник і голова Польського наукового товариства у Львові.

З 1935 р. членом НТШ був також інший відомий польський історик права, дійсний член Польської, Чехословацької та Болгарської академії наук П.Б. Домбковський.

Спадщина Правничої комісії мала не лише теоретичне, а й практичне значення. На сторінках видань комісії друкувались переклади українською мовою та роз'яснення важливих чинних законодавчих актів, що сприяло підвищенню правової культури широких народних мас.

Перша світова війна на деякий час паралізувала життя університету. Приміщення університету з перших днів війни перейшло до відання військових властей, більшість викладачів залишила місто, заняття припинилися і були відновлені лише в жовтні 1915 р., причому кількість викладачів і студентів, порівняно з довоєнним періодом, скоротилась у кілька разів.

Отже можна зробити висновок, що правова наука та освіта на юридичному факультеті Львівського університету за часів Австрії та Австро-Угорщини зазнавала чимало утисків і поневірянь. Уряди Австрії та Австро-Угорщини не хотіли мати собі конкурентів у науковому і освітньому колі тому будь-якими методами намагалися не допустити розвитку правової освіти та науки у Львівському університеті. Значна кількість правлячої верхівки на Галичині були людьми, які не хотіли щоб українське населення було освідченим, знало свої права і вміло ними розпоряджатися. Тому уряди Австрії та Австро-Угорщини намагалися всілякими способами не допускати українську молодь до навчання в університеті.

1. Львівський університет. – Львів.: Видавництво при Львівському державному університеті видавничого об'єднання. “Вища школа”. – 1986.
2. Львів. обл. держ. арх., ф. 26, оп. 4, спр. 211, арк. 1197. – (Далі: ЛОДА)
3. Тищик Б.Й. З історії Львівського університету і юридичного факультету. – *Vivat Justitia*. 2001.
4. Історія Львова в документах і матеріалах. – К., 1986.
5. Утвердження Ленінських ідей про державу і право на Україні. – Львів, 1972.
6. За український університет у Львові: Зб. ст. – Львів, 1910.
7. ЛОДА, ф. 350, оп. 1, спр. 3052, арк. 10.
8. Й. Цьох. Подвиг Адама Коцка. Львів, – 1960.
9. ЛОДА, ф. 350, оп. 1, спр. 3052, арк. 39.
10. ЛОДА, ф. 26, оп. 13, спр. 284, арк. 36.

11. ЛЮДА, ф. 26, оп. 13, спр. 547, арк. 3.
12. ЛЮДА, ф. 26, оп. 13, спр. 547, арк. 14.
13. Bobrzynski M. Z moich pamietnikow. – Wroclaw: Krakow, 1957.

**DEVELOPMENT OF LEGAL SCIENCE AND EDUCATION
AT THE LAW FACULTY OF L'VIV UNIVERSITY
UNDER AUSTRIA AND AUSTRIA-HUNGARY**

V. Kahnnych

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

The article deals with the development of legal science and education at the law faculty of L'viv university under Austria and Austria-Hungary.

Key words: L'viv university, legal science, education, Austria and Austria-Hungary.

**РАЗВИТИЕ ПРАВОВОЙ НАУКИ И ОБРАЗОВАНИЯ
НА ЮРИДИЧЕСКОМ ФАКУЛЬТЕТЕ
ЛЬВОВСКОГО УНИВЕРСИТЕТА
ВО ВРЕМЕНА АВСТРИИ И АВСТРО-УГОРЩИНИ**

В. Кахнич

*Львовский национальный университет имени Ивана Франка
ул. Университетская, 1, 79000 Львов, Украина*

В статье исследовано развитие правовой науки и образования на юридическом факультете Львовского университета во времена Австрии и Австро-Угорщины.

Ключевые слова: Львовский университет, правовая наука, образование, Австрия и Австро-Угорщина.

Стаття надійшла до редколегії 24.12.2009
Прийнята до друку 10.01.2010

МАГДЕБУРЗЬКЕ ПРАВО У КРАЇНАХ ЦЕНТРАЛЬНОЇ ЄВРОПИ

М. Кобилецький

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

У статті висвітлюється виникнення магдебурзького права та його поширення у Німеччині, Польщі, Чехії, Угорщині та Словаччині. Показано особливості застосування магдебурзького права у країнах Центральної Європи та його вплив на формування національних правових систем.

Ключові слова: Центральна Європа, магдебурзьке право, локація, вїйт, бургомістр, шиффени.

Поширенню магдебурзького права великою мірою сприяв архієпископ Віхман, який мав значний авторитет. Подальшими його кроками стало запровадження змін у судовій системі Магдебургу. Юрисдикція солтиса поширювалася на старе місто. Для німців впроваджували посаду віце-вїйта.[1 с. 50] Склад міського суду збільшився від 5 до 11 шиффенів. Діяльність, спрямовану на впровадження нових правовідносин і розширення застосування магдебурзького права, архієпископ Віхман поширив на інші населені пункти. Одним із перших, як уже зазначалося, його отримало м. Ютербог і навколишні села. Надання магдебурзького права сприяло розвитку торгово-економічних відносин, підвищувало правовий статус міст. На початку XII ст. польський герцог Генріх I Силезький попросив копію привілею архієпископа Віхмана і надав його новоутвореному м. Злоторії (Гольденбергу)[2 с. 80]. Згодом це місто отримало недатоване правове роз'яснення [3, с. 21].

Магдебурзьке право вміщувало не лише матеріальне і процесуальне право, а й місцеве самоврядування, судочинство тощо. Основою магдебурзького права стало так зване ринкове (купецьке) право, що охоплювало порядок купівлі-продажу товарів на ринку та передання у спадок земельних ділянок. [3, с. 21]

У купецькому праві Магдебургу взято до уваги питання самоуправління в окремих галузях міського життя. У німецькій історико-правовій літературі акцентують на 3 зонах поширення магдебурзького права. До першої зараховують поряд із містами магдебурзького права, села, що використовували саксонське земельне та ленне право. До них зазвичай належали населені пункти на німецьких землях і в Пруссії. [4. с. 18] До другої зони входили міста чеських, угорських, словацьких і польських земель, заселені німецьким населенням. Тут інколи траплялися села, де більшість мешканців становили німці. Третьою зоною поширення магдебурзького права, на думку професора Вільгельма Ебеля, були українські землі, де німецьке населення не відігравало вагомої ролі, а запровадженню магдебурзького права сприяло залучення українських міст до європейської культури [4, с. 16].

Першою зоною поширення магдебурзького права вважали східнонімецькі міста у Померанії, Лужичах, Судетах, Силезії, Пруссії та ін. Сюди ввійшли Галле, Ляйпціг, Стендаль. [3, с. 22] Вони стали прикладом для інших. Зокрема магдебурзьке право на зразок Стендаля отримали міста Киріїту (1237), Віттштох (1248), Нойруппін і Фрідланд (1256). [3, с. 23] У такий самий спосіб, на прикладі міст Ляйпціга і Галле, магдебурзьке право отримали Наумбург, Дрезден, Пірна, Вурцен, Ошатна, Ляйсніг, Доблін та ін. [3, с. 23] До найдавніших міст

магдебурзького права, як уже згадувалося, належав Ютерборг. Іншим центром поширення магдебурзького права стало м. Бранденбург, отримавши магдебурзьке право впродовж 1157–1232 рр. (найімовірніше, це відбулося 1190). [4, с. 17] За посередництвом Брандебургу, магдебурзьке право одержали міста Шпандау, Берлін, Кьольн, Альт-Ландсберг, Штраусберг, Фальненбург, Дроссен, Мюнхеберг, Міттенвельд, Бернам, Науел, Грауелбрітцен, Еберсвальдт тощо. Міста Нойбранденбург (1248) і Шторгорд (1259) отримали бранденбурзьке й опосередковано – магдебурзьке право. [5, с. 61] З міст-супутників Бранденбурга міське право Берліна отримали міста Франкфурт-на-Одері (1253), Мюльрозі та, спільно з шпандеуським правом, Ратин. Право Шпанду разом з одержанням брандебурзького права стали використовувати у землях Дельтова, Гліна та Барніма. [3, с. 23]

Право м. Штрауберга використовували в регіонах Сольдіна (Мусліборга), де також проживало слов'янське населення у містах Вріженя, Берлінхен (Берлінек), Ландсберга, Кюстріна (Кострчин), Желіна, Барвельда (Місковіце), Вернойхен та Нінбург. [3, с. 23] Шпандау та Штраусберг були обергофами (старшими містами для інших, що входили до їхніх округів). Магдебурзьке право слов'янські поморські князі також надали своїм містам. Першим отримало магдебурзьке право 1235 р. місто Прендлау, а 1237 р. – Штеттін (Щецін), яке стало основним містом Померанії. Згодом більшість міст Померанії перейшли на любекське право. [3, с. 23–24] Одними з перших магдебурзьке право отримали міста Лужиць, з-поміж яких найважливішим було м. Гьорлітц. Магдебурзьке право йому надав близько 1303 р. граф Герман фон Брандебург. [5, с. 120] До інших міст Лужиць, що володіли магдебурзьким правом, належали Лаубян (Лубян), Ротенбург, Марклісса, Ройхенбах, Вайссенберг, Зайденберг (Забідов), Бернштадт, Баутцен, Цітау, Камену. [3, с. 24] Право Баутцена отримали 1335 р. міста Пульсніту, 1349 р. – Вітхінау, Лобау. Цим правом із 1340 р. володіли і 2 чеські міста – Траутенау та Конігтоф. [5, с. 125] Окрім того, м. Цітау було центром для 11 навколишніх сіл, що використовували право Баутцена. З роз'ясненнями положень права Баутцена та з метою розгляду апеляційних справ до обергофу м. Цітау звертались інші міста. [3, с. 24] До першої зони поширення магдебурзького права належали Пруссія, на території якої діяло кульменське, або хелмінське право (конкретніше розглянемо далі).

До другої зони поширення магдебурзького права входили міста, розміщені на території Польщі, Чехії й Угорщини. [4, с. 19] Відповідно, якщо в Чехії і Силезії в містах переважно мешкало німецьке населення, то у Судетах німці становили більшість мешканців. На чеських землях магдебурзьке право почало поширюватися ще на початку XIII ст. У 1223 р. його надали новоутвореному м. Мораві. [4, с. 19] Згодом магдебурзьке право отримали міста Ольмутц (Омолоуц), Троппау, Браунсберг, Колін, Канітрагц, Адезіг та ін. Спочатку міста Моравії звертались з апеляцією до суду магдебурзьких шиффенів, а з 1352 р. – до суду м. Ольмутца. На інших чеських землях з 1378 р. подати апеляцію можна було до суду м. Ляйтмерітца. [4, с. 19] Судом найвищої інстанції для чеських міст залишався суд Магдебурга.

На цих землях поряд із магдебурзьким правом і його різновидами діяли інші німецькі міські права. Наприклад у Празі вже у XI ст. проживала німецька купецька громада, яка 1173 р. затвердила власний статут. Міське право Праги було споріднене з правом м. Нюрберга і широко використовувалося на чеських землях. У 1579 р. міське право Праги перекладено чеською мовою, а з 1610 р., за рішенням парламенту, воно набуло офіційного статусу. [4, с. 19–20]

Разом із німецькими колоністами магдебурзьке право почало поширюватися на словацькі землі, що входили до складу Угорського Королівства. Перші німецькі колоністи з'явилися у Верхній Угорщині (теперішня Словаччина) у XII–XIII ст. Вони заснували міста Кремніту (Кремніцу) та Шемнітцу (Банску Славніцу). Великі німецькі колонії, де проживали купці та ремісники, з'явилися у містах Прешау (Пряшові), Бартфельді (Бардійові), Кашау (Кошіце). Значно збільшилася кількість німецьких колоністів на словацьких землях після нападу на Угорщину монголо-татар 1241 р. і знищення угорських міст. Великі німецькі колонії з'явилися у містах Пресбурзі (Братиславі), Шемнітці, Нойзолі (Банській Бистріці), Зіллейні (Жіліні), Лейтшау (Лєвоці), Касмарку (Кезмероку), Бертфельді (Бардійові), Прешау (Прешові) та Кашау (Кошіце). [6, с. 137] Основна маса німецьких колоністів прибувала з Саксонії, Баварії, Тюрингії та Силезії. Вони мали значні пільги на основі Золотої булли 1244 р. короля Белли IV (1235–1270). У своїй діяльності німецькі громади використовували магдебурзьке право та Саксонське зерцало. На території Словаччини було створено низку книг магдебурзького права, зокрема “Жілінську міську книгу”, яку впродовж 1373–1429 рр. вели німецькою мовою, а згодом (до 1561) – латинською та словацькою. Під час її написання застосовували магдебурзьке право, Саксонське зерцало, судову практику зілінського міського суду тощо. [7, с. 5–19] Серед джерел магдебурзького права використовували магдебурзько-бреславське право, магдебурзько-гьорліцьке право, Саксонський вейхбільд, Мейсенську правову книгу. Після запровадження 1313 р. у м. Жіліні міського права його почали використовувати інші німецькі громади на території Словаччини й Угорщини. Так, 1369 р. його надано Карпфену (Крупіні) й іншим містам, що увійшли до правової сім'ї магдебурзького права. [7, с. 5–19] До відомих сьогодні книг магдебурзького права на території Словаччини й Угорщини належить “Ціпсер вількер”, створення якої розпочато приблизно 1370 р. у м. Ціпсері, що розташоване в районі Великих Татр. Ця книга охоплює 14 різних рукописів, написаних упродовж XVI–XVIII ст. Найдавніші рукописи вважають втраченими. “Ціпсер вількер” містив норми сімейного, спадкового, торговельного права, судоустрою, судочинства тощо. Книгу м. Ціпсера затвердив угорський король Людвіг Великий (1342–1382). Відтоді вона набула офіційного статусу. В 1505, 1516, 1599 і 1666 р. її доповнено окремими статтями, а структурно вона налічувала 93 статті. Серед джерел використовували Саксонське зерцало, книгу м. Іглавцера, фламандське право та ін. На території Словаччини відомими були також праці польського правознавця Бартоломія Гроїцького. [8, с. 137]

У 1344 р. німецькі міста Словаччини, що використовували магдебурзьке право, створили об'єднання, до складу якого увійшли 24 міста – Ціпсер Нойдорф (словацькою мовою Спішська Нова Вес), Кірхдрауф (Спішська Подграді), Фелко, Матудорф (Матейовце), Мольбах (Млиніца), Дірн (Одорін), Ейсдорф (Жаковце) та ін. Окрім того, джерела магдебурзького права на території Словаччини застосовували у населених пунктах, де більшість населення становили словаки. [9, с. 20]

Крім словацьких територій, німецькі колоністи заселили етнічні угорські землі, що сприяло поширенню там магдебурзького права. Одна з найбільших німецьких колоній була в Офені (Буді). Тут створено правову книгу, яка отримала назву “Міська книга міста Офена”. У ній, поряд із угорськими джерелами, використано Саксонське зерцало, магдебурзьке право та Швабське зерцало. З відомих досі рукописів міської книги м. Офена 2 зберігаються у Будапешті, а 1 – у Братиславі. Автор книги – міський суддя Йоганес Зібенлінднер (1352–1438). Вона

складалася зі вступу та 445 статей, першу частину яких написано між 1403 і 1433 р. Це 64 статті, які регулювали діяльність органів міського самоврядування та їх відношення до королівської влади. Інші статті містили норми кримінального і цивільного права. На території Угорщини також використовувалося магдебурзько-бреславське і магдебурзько-гьорліцьке право, Віденське право, Золота булла Белли IV, Швабське зерцало, привілеї короля Владислава IV і Сигізмунда (1387–1437) тощо. [9, с. 20]

Офенську міську книгу застосовували суди таверника під час здійснення судочинства у 7 королівських вільних містах угорського королівства Офена, Кашау (Кошіцях), Пресбурга (Братислави), Оденбурга, Тирна (Трнави), Бартфельда (Бардіїва), Прешау (Пряшова). Згодом до них долучилося місто Пешт. Надання магдебурзького права українським містам Закарпаття (Хусту, Тячеву, Вишкову, Мукачеву та ін.), не підтверджено у жодній із праць угорських, німецьких, польських, словацьких науковців. У відомих сьогодні привілеях цих міст не згадується про магдебурзьке право (*Jus Theutonicum*, *Jus Magdeburgensis*), а лише органи міського самоврядування та пільги для міст і населення. Найімовірніше, тут діяло нюрнберзьке право, що було різновидом німецького міського права.

Магдебурзьке право вперше з'явилося на західних польських землях у Силезії. У літературі міста Силезії зараховують до німецьких, польських та чеських міст, оскільки вони в різні роки належали Польській, Німецькій і Чеській та Австрійській державам. У 1211 р. магдебурзьке право, як уже згадувалося, надано м. Злоторії. Процес локацій цього міста закінчився лише 1253 р.

Другим польським містом, яке 1217 р. отримало магдебурзьке право став Львовек. Локаційні документи цього міста не збереглися. Львовек був зразковим для інших міст Силезії, котрі отримали магдебурзьке право. Це стосується, зокрема Освіцидана (1285), Любомирова (1291), Новогродна (1233). [10, с. 85] Від XIII ст. розпочався процес локації Вроцлава, де 1214 р. вже існувала посада солтиса. За зразком Вроцлава відбулася локація інших міст Силезії та Польщі. Наприклад, 1253 р. магдебурзьке право було надано місту Бохні, 1257 р. – Кракову. Магдебурзько-бреславське (вроцлавське) право отримали 65 міст. Серед інших великих міст на заході Польщі у 1264 р. магдебурзьке право одержала Легниця. Крім надання містам Силезії магдебурзького права, відомі випадки отримання фламандського і франконського прав. Упродовж 1200–1350 рр. магдебурзьке право одержали кілька десятків міст і близько 1200 сіл. Спочатку його надавали німецьким колоністам, а з кінця XIII і на початку XIV ст. – містам і селам з польським населенням. [11, с. 79] Зі 103 силезьких міст, що отримали магдебурзьке право, 84 належали князю, 9 – шляхті, 10 – католицькій церкві. Водночас 4 міста (Бжег, Свидниця, Градів, Пожиліце Опольські) володіли новомаркським (шредським) правом. [10, с. 86–87]

Після Силезії магдебурзьке право на території Польщі почало поширюватися на Куявію та землю Добжанську. Впродовж 1237–1238 рр. магдебурзьке право запроваджено з м. Іновроцлава. Локація Іновроцлава відбулася за зразком Вроцлава. [5, с. 314] У другій половині XIII ст. магдебурзьке право одержало м. Брест Куявський. У 1267–1271 рр. іновроцлавський князь Зімомисл надав магдебурзьке право м. Глівкову та кільком селам. У 1325 р. куявський князь Пшемисл дозволив Томашеві з Якдіс провести локацію на основі магдебурзького права м. Салеца Куявського. [10, с. 88] Також у Добжанській землі 1262 р. магдебурзьке право надано селам, що входили до Вроцлавського єпископства.

У 1356 р. польський король Казимир Великий дозволив провести локацію м. Стржельні на магдебурзькому праві. [10, с. 88] У 1356–1369 рр. відбулась

локація на магдебурзькому праві міст Корнава, Рокошу, утворених на місці колишніх сіл. До 1370 р. на території Куявії та Добжанської землі магдебурзьке право одержали 11 міст, з них 8 належали князям.

Значне поширення магдебурзького права відбулось у Великопольщі, на торговельному шляху з Німеччини до України та до країн Сходу. Міста і села Великопольщі, що разом з Малополющею стала основою для утворення Польської держави, отримували магдебурзьке право на зразок міст Силезії та німецьких міст. Німці у містах і селах Великопольщі почали масово селитися з 1212 р. [10, с. 89] Першим магдебурзьке право одержало у 1238–1239 рр. м. Гнезно. На зразок Гнезно 1243 р. відбулася локація міст Повідзе, Вронєка, Костжуня та ін. [11, с. 96] Надання Познані магдебурзького права пов'язане з існуванням у місті однієї з найбільших німецьких колоній на території Польщі. Німецька громада, яку очолював солтис, одержала це право від князя Владислава Одоніка 1231 р., і це стало початком заснування міста. Повторна локація Познані відбулася 1253 р. [10, с. 92] Водночас проведено локацію міст Рогожна, Оборника, Ксуні, Міни та ін. У 1257 р. князь Пшемислав I надав монастирю бернардинів у Любліні привілей на локацію с. Кживіл і переведення його у статус міста. На зразок Вроцлава магдебурзьке право князь Генріх Глоговський надав м. Поніцу. Князь Владислав Локеток 1314 р. надав локаційний документ для Лобженіци. [10, с. 94]

Значно зросла кількість міст, котрим було надано магдебурзьке право, за правління короля Казимира Великого. У 1337 р. він дозволив 2 братам німецького походження Альбертові та Марційові провести локацію м. Руд, а 1343 р. – м. Таргової Горки на території с. Мілезча. У 1345 р. проведено локацію м. Чарлінека. На зразок Бреста Куявського війт Генріх з Варци здійснив локацію м. Кола. У 1369 р. король Казимир Великий дозволив Бартисю де Везенбургу разом з 4 подарованими селами провести локацію м. Казмінка. [10, с. 95]

Локація могла тривати довго. Так, 1287 р. єпископ Любиський Конрад отримав дозвіл на локацію Казимиржа на основі магдебурзького права. Цей дозвіл реалізовано лише 1370 р. наданням місту магдебурзького права.

Окрім зазначених міст, магдебурзьке право на теренах Великопольщі в XIII–XIV ст. одержали: Хложе, Мідзузем, Тжіцель, Серніни (1298), Кемблево (1327), Вжесне (1357), Лабічин (близько 1369), Лекно і Осечна (1370) та ін.

У XIII ст. магдебурзьке право отримали 38 міст, упродовж XIV ст. – 60. Серед них лише 15% були новоутвореними. [11, с. 98–99] Значну кількість населення міст Великопольщі – становили німці: у Познані, Калішу вони були більшістю міської еліти й основною частиною міського населення. У містах Оборниках, Копіні, Слєпцах, Коштині, Побезідні німці також становили більшість населення. В інших містах здебільшого мешкали поляки. Локація міст Великопольщі відбулася на зразок Силезії та німецьких міст.

Із 43 міст, яким до 1370 р. було надано магдебурзьке право, 20 належало князеві та королю, 9 – католицькій церкві й 13 – шляхті. [10, с. 96] До 1500 р. у Великій Польщі магдебурзьке право мали 153 міста. [4, с. 21] Найважливішими були перша польська столиця Гнезно та Познань, на зразок яких це право одержали й інші польські міста. Надання магдебурзького права містам Малополющі відбувалося пізніше. Більшість польських дослідників пов'язують це з віддаленістю Малополющі від німецьких земель. Колонізацію цих територій розпочав 1227 р. князь Лешко Білий на зразок міст Силезії. Першим одержало магдебурзьке право м. Бохня. У 1253 р. відбулася його локація на підставі привілею князя Болеслава Встидливого (на зразок Вроцлава). У 1257 р. видано

привілей про надання магдебурзького права столиці Малопольщі – Кракову. Локацію Кракова мали проводити 3 силезькі міщани німецького походження: Гедко Штіле, Дітлер Фолек – вроцлавські лавники та Якуб – суддя з Ніси. [11, с. 106] Локація Кракова відбулася також на зразок Вроцлава. У 1306 р. князь Владислав Локеток підтвердив магдебурзьке право Кракову. До середини XIV ст. більшість міського патриціату Кракова (до 80%) становили німці. [10, с. 98] У XIV ст. Краків став зразковим для інших міст Малопольщі, котрі володіли магдебурзьким правом.

Одним із перших у Малопольщі магдебурзьке право 1294 р. отримав Новий Сонч. Андрій Яковлів називає його першим містом на українських етнічних землях, де впроваджено магдебурзьке право. [12, с. 10–11] Локацію Нового Сонча на основі привілею Вацлава II проводили сини війта Турмана зі Старого Сонча – Бертольд і Арнольд. Магдебурзьке право надали на зразок Кракова. Привілей 1292 р. підтвердив 1330 р. князь Владислав Локеток. За правління Казимира Великого магдебурзьке право 1335 р. надано м. Казимиржу, 1339 р. – Клобуку, 1340 р. – Грибоку. [13, с. 170]

Із 34 міст, яким надано магдебурзьке право у Краківській землі, 29 перебувало у власності короля, інші належали церкві. Крім того, низку міст переведено з новомарктського (шредського) права на магдебурзьке. У сandomирській землі, що також перебувала у складі Малопольщі, надання містам і селам магдебурзького права розпочалося локацією Сandomира. У 1257 р. князь Болеслав Встидливий надав локаційний привілей місту Завихосту. Впродовж 1264–1292 рр. Болеслав Встидливий видав низку привілеїв, згідно з якими магдебурзьке право одержало нове місто Корчин, 1265 – Пасанєв, 1271 – Опатув. [10, с. 103] Багатьом містам надав магдебурзьке право король Казимир Великий, зокрема м. Фалькову (1340), Ропчицям (1362), Віслоку (1366) на землях Кобуле за зразком Кракова. У 1364 р. магдебурзьке право одержало м. Радом. У Сandomирській землі на магдебурзьке право перейшли 20 міст, із них 12 належало державі, 5 – церкві, 3 – шляхті. Одним із перших магдебурзьке право або його різновид – хелмінське, а також любекське – стали отримувати міста й села на узбережжі Балтійського моря. Більшість населених пунктів Гданського Помор'я використовували кульменське (хелмінське) та любекське право [3, с. 110–115]. Єдиним містом, що володіло магдебурзьким правом від 1280 р., був Гожензей. У 1312 р. його зайняли тевтонські рицарі, які надали місту хелмінське право [10, с. 110–111].

Магдебурзьке право на західному польському Помор'ї, як уже зазначалося, було введене за допомогою колоністів з Бранденбурга у 30-х роках XIII ст.

На відміну від інших регіонів Польщі, більшість міст західного Помор'я, розташованих на березі моря, мали любекське право. Міста західного Помор'я – в глибині території – перейшли на магдебурзьке право за князювання Борміна I, після смерті якого відбулася заміна магдебурзького права на любекське. Першим магдебурзьке право одержав 1235 р. Пшескув, 1243 р. – Щецин (за іншими даними – 1237 р.), що став зразковим для інших міст західного Помор'я з магдебурзьким і любекським правом. У 1249 р. магдебурзьке право отримало м. Гордоне, а 1253 – Штаргард, яке 1292 р. перевели на любекське. Разом із Щецином 1254 р. магдебурзьке право надали м. Грифіно, замінивши його 1271 р. на любекське. Згодом, 1263 р. – Пуржимиру, 1268 р. – Коленюву. Ці міста 1314 р. переведено на любекське право. Міста Реч у 1254–1256 рр. і Барлінек 1278 р. були локовані бранденбурзькими маркграфами [10, с. 112]. Упродовж 1253–1370 рр. на західному Помор'ї локовано на магдебурзькому

праві 19 міст, з них 16 – власність князя, 3 належали католицькій церкві. Два з них були новоствореними, а локація інших відбувалася на місці існуючих міст або сіл, переведених у статус міст. [10, с. 112] Локація населених пунктів любекської землі, розташованої на західному березі р. Одер, розпочалася на початку XIII ст. Ці землі були об'єктами постійних суперечок польських князів і брандебурзьких маркграфів. Магдебурзьке право найчастіше надавали вже створеним населеним пунктам. У 1235 р. маркграф Генріх Достойний провів локацію на магдебурзькому праві м. Губину, близько 1253 р. – Любусгу. На зразок Губина 1283 р. магдебурзьке право одержало м. Любуско. Міста Добігнево й Осечна перейшли на магдебурзьке право за привілеєм князя Пшемисла I, який надав право кляшторові з Овінска провести локацію вказаних міст. Упродовж 1272–1286 рр. локовано Стшельце, 1329 р. – підтверджено магдебурзьке право для Рзеніся та ін. Серед 9 міст любуської землі 5 належало князю, а 4 – церкві. [14, с. 21]

До 1370 р., що пов'язано зі смертю Казимира Великого та припиненням діяльності династії П'ястів, на польських землях магдебурзьке право діяло в 256 містах, з них 185 перебувало у власності короля та князя, інші належали католицькій церкві та шляхті. [10, с. 114–115] Магдебурзьке право надавали головно існуючим містам, новостворені становили незначну кількість. Найбільша частка міст, яким надано магдебурзьке право, належала Силезії, Великопольщі та Малопольщі.

Надання магдебурзького права і його різновидів польським містам та селам тривало і в наступні століття. Основна кількість локацій припадала на XV–XVI ст. Польські науковці вважають магдебурзьке право польським муніципальним правом. Цю тезу Б. Гроїцький висловив ще у XVI ст. Майже всі міста Польщі володіли магдебурзьким правом або його різновидами – новомарктським (шредським) і кульменським (хелмінським) правом. Містам Польщі надавали також любекське, брандебурзьке й інші німецькі права. Магдебурзьке право зародившись у Німеччині поширилось також у інших країнах Центральної Європи, Польщі, Словаччини, Угорщини та Чехії. Поширення магдебурзького права у Центральній Європі сприяла німецька колонізація та загальноєвропейський процес розвитку міст.

1. Schranil R. Stadtverfassung nach Magdeburger Recht. Magdeburg und Halle... – H. 125. – S. 50.
2. Goerlitz T. Die Anfänge die Schöffen, Bürgermeister und Rotmannen in Magdeburg... – S. 80.
3. Lieberwirth R. Das Privileg des Erzbischofs Wichmann und das Magdeburger Recht... – Bd. 130. – H. 3. – S. 21.
4. Ebel W. Deutsches Recht im Osten... – S. 18.
5. Schubart-Fikentscher G. Die Verbreitung der deutschen Stadtrechte in Osteuropa... – S. 61.
6. Piirainen T. Deutsche Siedler und deutsch sprachige Gesetze in der wirtschaftlichen Entwicklung der Slowakei // Die Deutschen in Ostmittel- und Südosteuropa. Geschichte, Wirtschaft, Recht, Sprache / Hg. v. G. Grimm, K. Zach. – München, 1996. – Bd. 2. – S. 137.
7. Kuchar R. Zilinska pravna kniha magdeburske pravo. – Bratislava, 1993. – S. 5–19.
8. Kuchar R. Z jazykaej nemecko-slovenskej problematiky prekladu magdeburskeho prava // Wort und Name im deutsch-slavischem Sprachkontakt: Ernst Eichler von seinen Schülern und Freunden / Hg. v. K. Hengst, D. Krüger, N. Walther, Mitarb. v. I. Bily. – Weimar; Wien, 1997. – S. 217.

9. Lück H. Einführung: Das sächsisch-magdeburgische Recht als kulturelles Bindeglied zwischen den Rechtsordnungen Ost- und Mitteleuropas // IVS SAXONICO-MAIDEBVRGENSE IN ORIENTE. – Berlin, 2003. – Bd. 1: Rechts- und Sprachtransfer in Mittel- und Osteuropa, Sachsenspiegel und Magdeburger Recht. – S. 20.
10. Kamińska K. Lokacje miast na prawie magdeburskim na ziemiach polskich do 1370 r. (studium historycznoprawne)... – S. 85.
11. Kaczmarczyk Z. Kolonizacja niemiecka na wschód od Odry... – S. 79.
12. Jakowliw A. Das deutsche Recht in der Ukraine und seine Einflüsse auf das ukrainische Recht im 16.–18. Jahrhundert... – S. 10–11.
13. Kuraś S. Przywileje prawa niemieckiego miast i wsi małopolskich XIV–XV wieku... – S. 170.
14. Berdecka A. Lokacje miast Krolewskich w Małopolsce w latach 1333–1370. Cronologia i rozmieszczenie // Przegląd Historyczny. – 1974. – T. 65. – S. 610.

MAGDEBURG LAW IN CENTRAL EUROPE STATES

M. Kobylets'kyi

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

In the article the origin of Magdeburg Law and its spread in the states of Central Europe is highlighted. Specific features of Magdeburg Law application in Germany, Poland, the Czech Republic, Slovakia and Hungary are singled out.

Key words: Magdeburg Law, location, viyt, burgomaster, local privileges.

МАГДЕБУРГСКОЕ ПРАВО В СТРАНАХ ЦЕНТРАЛЬНОЙ ЕВРОПЫ

М. Кобылецкий

*Львовский национальный университет имени Ивана Франка
ул. Университетская, 1, 79000 Львов, Украина*

В статье освещает возникновение магдебургского права и его распространение в Германии, Польше, Чехии, Венгрии и Словакии. Показаны особенности применения магдебургского права в странах Центральной Европы и его влияние на формирование национальных правовых систем.

Ключевые слова: Центральная Европа, магдебургское право, локация, вийт, бургомистр, шиффени.

Стаття надійшла до редколегії 18.12.2009

Прийнята до друку 10.01.2010

ДЕРЖАВОТВОРЧА КОНЦЕПЦІЯ ВІДРОДЖЕННЯ І ПРОГОЛОШЕННЯ НЕЗАЛЕЖНОСТІ ПОЛЬЩІ

С. Кондратюк

*Львівський державний університет внутрішніх справ
вул. Городецька, 26, 79007 Львів, Україна*

Висвітлено деякі правові аспекти у плані формування державної концепції відродження і проголошення незалежної Польщі на початку ХХ ст., відтворено історичні етапи цього процесу.

Ключові слова: Австро-Угорська монархія, Королівство Польське, автономія, Маніфест, Регентська Рада, провінція, сейм, намісництво, парламентська республіка.

Політико-правова історія України і Польщі має великий арсенал добросусідства і взаємопорозуміння, героїчних сторінок боротьби за суспільні ідеали, злетів і падінь в їхніх стосунках. Обидві держави тривалий час перебували під іноземною зверхністю двох великих імперій Російської і Австро-Угорської.

Сьогодні Україна, як і Польща, орієнтується на міжнародні стандарти. Здійснюючи історичний екскурс в минуле, автор намагається розкрити певні етапи, деякі особливості, методи і норми, які використовувалися Польщею на шляху до державної незалежності.

Метою і завданням цієї статті є поглиблений аналіз правового поля концепції відродження і проголошення незалежності Польської держави на початку ХХ ст.

Сучасні українські, російські, польські дослідники, історики, політологи і правознавці з різноманітних проблем відродження Польщі схиляються до думки, що головними подіями, пов'язаними з вирішенням польського питання, стали три поділи Польщі (1772, 1793, 1795) і наслідки Першої світової війни. До таких науковців належать: Т. Андрусак, Я. Грицак, Л. Зашкільняк, М. Крикун, В. Кульчицький, М. Кобилицький, В. Макарчук, О. Тимошук, М. Топорек, Т. Наленч, І. Пайєвський, Л. Гросфельд та ін. Автор вважає, що сучасний стан розробки цієї теми як з боку окремих вітчизняних, так і з боку деяких зарубіжних дослідників дещо політично заангажований і зобов'язує науковців дотримуватися того права, що застосовувалося на момент здійснення тих чи інших міжнародно-правових актів і угод.

Відродження, становлення і розбудова Польщі на початку ХХ ст. мало специфічний характер і відбувалося в умовах значного впливу як внутрішніх, так і зовнішніх чинників. До краю виснажена і знекровлена ще українсько-польською війною 1648–1654 рр. і втратою, передусім, загарбаних у XV і XVI століттях багатющих українських земель, вона в наступні понад сто років вже не змогла відродити як свою економічну могутність, так і здоровий державотворчий дух і вистояти в боротьбі за існування на європейському континенті. Характерно, що цей період для колись процвітаючої, з розвинутою демократією країни, характеризується цілою низкою іноземних загарбань, повстань, релігійними і соціальними трансформаціями, міграцією населення тощо.

Після трагічних для Польщі трьох поділів (1772, 1793, 1795) вона остаточно втратила свою незалежність, а її землі увійшли до складу Австрії, Пруссії і Росії [3, с. 134–146]. Саме ці події перервали процес формування польської нації, а народ опинився у стані жорстокої політичної і економічної дискримінації, яка конкретно виражалась у репресіях проти поляків, в економічному, політичному і

національному пригніченні, у витісненні польської мови з навчальних закладів різних ступенів та з адміністративних установ і судочинства.

Віденський конгрес (1815) визначив і затвердив результати перемоги коаліції європейських держав над Наполеоном I та остаточно схвалив поділ Польщі між Росією, Прусією і Австрією. З метою забезпечення охорони нових територіальних надбань 26 вересня 1815 р. у Парижі перелічені держави уклали так званий Священний союз [4, с. 208].

Кінцево територія Польщі була поділена так: до Росії відійшло Королівство (Царство) Польське з 9,5 млн поляків; до Прусії Верхня Сілезія, Познаньщина, Помор'я, Мазури – 3,5 млн осіб; до Австрії українська Галичина (сучасні Львівська, Івано-Франківська і Тернопільська області) й частина польських земель разом з Краковом – всього 4 млн польського населення.

Кожна із країн-колонізаторів прагнула підлаштувати анексовану територію під власні соціально-економічні стандарти і під власний спосіб та стиль суспільного буття. Зокрема, Росія здійснювала політику денаціоналізації й інтенсивної русифікації населення Королівства Польського й уніфікацію польських земель з матірнім тілом Російської імперії, широко застосовуючи для цього репресивні форми і методи. У досягненні поставлених завдань імперські сили керувались відомим принципом “розділай і володарюй”, широко застосовуючи підкуп, шантаж, нацькування одних угруповань на інші в середовищі польської політичної еліти. Особлива увага приділялась формуванню корпусу колаборантів у польському суспільстві.

До початку ХХ ст. у підросійській Польщі були зліквідовані усі спеціальні установи та органи, що символізували автономію краю, скасовано інститут намісництва, впроваджена, на зразок російської, губернська і повітова структури адміністративного управління, значна частина відомств безпосередньо підпорядковувались центральній імперській владі. Для контролю за релігійним життям в Королівстві у Петербурзі була створена спеціальна Римо-католицька колегія. Разом з усуненням поляків з управлінського апарату, правоохоронних і судових органів все діловодство в урядових установах було переведено на російську мову. Поступово сам титулярій Королівство Польське був замінений суто російським канцелярським терміном Привіслянський край, що у 1888 р. був уведений до законодавчих актів. З особливою ретельністю і старанням царизм викорінював польський національний дух у царині науки і освіти. З 70-х років ХІХ ст. на російську мову викладання були переведені Варшавський університет, гімназії і школи різних рівнів [19, с. 186].

Незважаючи на видиму зовнішню тотальну русифікацію, в польському суспільстві, в усіх його соціальних верствах, жила пам'ять про славне історичне минуле Польщі, яка жила нездоланне прагнення поляків до відновлення власного державницького життя. Уповні воно виплеснулося на поверхню після лютневої 1917 року революції в Росії.

Схожою була ситуація і в піднімецькій Польщі. Як і в Росії, онімечення поляків тут здійснювалось так само масштабно і брутально. В Німеченні польських анклавів ефективно застосовувався економічний важіль. Це, зокрема, засвідчує закон від 26 квітня 1886 р. “Про внутрішню колонізацію польських провінцій Прусії”. Відповідно до цього закону для вирішення “польського питання” була створена спеціальна Колонізаційна комісія. Для скуповування польської землі і передачі її німецьким колоністам комісії було виділено 100 млн марок, як на ті часи величезна сума.

Отже, і російське, і німецьке панування мало на меті не лише знищення навіть самої пам'яті поляків про власну державність, а й взагалі польської національної ідентичності.

Під австрійською короною, як на етнічних польських землях, так і в Галичині, де домінувало корінне українське населення, ситуація для поляків була дещо ліпшою. Тут їм були забезпечені досить сприятливі умови для політичного, економічного і духовно-культурного розвитку.

Незважаючи на те, що зусилля російських, німецьких і значною мірою австрійських окупантів у кінцевому підсумку були спрямовані на знищення етнічної Польщі і в цьому досягнули поступу, інстинкт самозбереження не полишав поляків в усіх трьох сегментах їхнього політичного, економічного і духовно-культурного буття.

У Росії поштовхом до активізації громадсько-політичного життя поляків стали події російської революції 1905–1907 рр. і утворення в квітні 1906 р. першого загальноросійського парламенту – Державної думи. І хоч наступна постреволуційна реакція з її насиллям і терором пригальмувала суспільний розвиток, поляки зуміли використати революційну “відлигу” для відродження власних традицій, засвоєння нових суспільно-політичних ідей.

Галицька польська політична еліта орієнтувалась на Королівство Польське – основний материк “польщизни” зі столицею у Варшаві. Революційні події 1905–1907 рр., активну участь в яких взяли підросійські поляки, відповідно вплинули на галицьких поляків, стимулюючи серед них рух за впровадження демократичної виборчої системи з чотирискладовим голосуванням – загальним, рівним, безпосереднім, таємним. Це влаштовувало й урядові кола Австро-Угорщини, які у виборчій реформі вбачали можливість зміцнення послабленої національним протистоянням імперії. Однак прийнятий новий виборчий закон через початок Першої світової війни ненабув чинності.

Патріотичні польські сили підросійської Польщі, зі свого боку, постійно тримали в полі зору підавстрійських поляків, розглядаючи терени їхнього розселення як запасну позицію, на яку можна було б перенести свою діяльність в разі загострення ситуації в Королівстві Польському. Сюди після 1907 р. перенесла центр діяльності ППС – Революційна Фракція (скорочено ППС - фракція) Ю.Пілсудського. У 1908 р. в Кракові був створений таємний Союз дієвої боротьби (Звйонзек Валькі Чинней – ЗВЧ) на чолі з Ю.Пілсудським, К. Соснковським, М. Кукелем. Завданням ЗВЧ стала підготовка військових кадрів для майбутнього повстання з метою відродження незалежної польської держави у формі “Республіки Демократичної” [17, № 49, 173]. Під егідою ЗВЧ у 1910 р. виникли легальні парамілітарні організації – “Стшелец” (“Стрілець”) у Кракові та Звйонзек Стшелецькі (Стрілецький союз) у Львові. На початок 1914 р. кількість членів стрілецьких формувань перевищувала 10 тис. Того ж року частина ендеків утворила власну таємну організацію Армія Польська (АП). У її статуті, автором якого був Г. Багінський, наголошувалось: “Нашою метою є здобуття незалежності” [17, № 51, 178]. Згодом АП легалізувала у підавстрійській Польщі свої Польські стрілецькі дружини. Напередодні Першої світової війни низка польських політичних партій мали власні таємні та легальні парамілітарні утворення.

В м. Закопане біля Кракова 25–26 серпня 1912 р. на з'їзді ірредентистів – представників незалежницьких організацій Галичини і Королівства Польського було утворено Польський Скарб Військовий (ПСВ) – військовий фонд, який виключно служив “меті збройних приготувань” [17, № 3, 187]. У Відні 10

листопада 1912 р. представники ППС – фракції, ППСД (Польська Партія Соціал-Демократична Галичини і Сілезії), ПСЛ (Польське Стронніцтво Людове-Польська народна партія), НЗР (Народови Звйонзек Роботнічи – Національний робітничий союз), НЗХ (Народови Звйонзек Хлопски – Національний селянський союз) та низка інших партій та груп утворили Тимчасову комісію конфедеративних незалежницьких партій (Комісію Тимчасову Сконфедерованих Стронніцтв Неподлеглосцових – КТССН). Вона мала координувати діяльність партій та військових формувань, репрезентувати їх, а в разі початку війни – створити національний польський уряд [17, № 55, 189–190].

Перелічені ідеологічні, партійно-політичні, військово-технічні та інші заходи організаторів і натхненників визвольного польського руху були не чим іншим, як практичним втіленням у життя концепції відродження незалежної Польщі. Напередодні Першої світової війни незалежницькі організації, які прагнули відбудови польської державності у ході війни, налічували кілька десятків тисяч членів. Більшість таких організацій концентрувалась в Австро-Угорщині, головню в Галичині.

Попри волю і бажання самих поляків польські землі стали основним театром бойових дій Першої світової війни. Уряди Німеччини й Австро-Угорщини, розпочинаючи військові дії, тобто війну, у спільній відозві від 9 серпня 1914 р. запевняли, що їхні війська принесуть населенню Королівства Польського “свободу і незалежність” [6, с. 2]. Царська Росія, зі свого боку, відозвою до поляків за підписом великого князя Миколи Миколайовича від 14 серпня 1914 р. закликала їх бити ворога в ім’я об’єднання всіх трьох частин Польщі під скіпетром Романових і надання Польщі “свободи у своїй вірі, самоврядуванні та мові” [17, № 7, 224].

Поляки, яких близько трьох млн. воювало в арміях ворогуючих держав, упродовж війни зазнали величезних втрат: на різних фронтах їх загинуло майже 450 тис понад 1 млн було поранено. Значними були і матеріальні втрати: їх 7 загальний розмір польська делегація на Паризькій мирній конференції в 1919 р. визначила в сумі 73 млрд золотих франків. Особливо постраждало народне господарство Королівства Польського і Галичини. На цих теренах було знищено більше половини мостів, дві третини вокзалів, спалено 1,9 млн будівель [2, с. 435].

Незважаючи на ускладнення, попри тяжкі втрати, війна пробудила поляків і об’єднала їх довкола ідеї відродження втраченої державності і стала висхідною точкою для здійснення цього грандіозного завдання. Воно вирішувалося за трьома головними напрямками: політичним, військовим і суспільним [16, с. 14].

Аналіз ситуації засвідчує, що в силу належності історичних польських територій трьох різних держав, було кілька шляхів і способів відродження державності: проросійський, австро-німецький, ліворадикальний (або революційний).

Проросійського варіанту притримувалися ті політики, котрі після 1905 р. балотувалися в російську Державну думу, стали її депутатами і намагалися, за змогою, впливати на політику Росії. Знаковою фігурою тут був лідер Національно-демократичної партії (ендеків) Роман Дмовський. Разом з З. Вельопольським вони очолили орієнтований на Антанту і співпрацю з Росією Польський національний комітет (Комітет Народови Польські – КНП), утворений в листопаді 1914 р. у Варшаві [17, № 81, 235–237]. Вважаючи, що розвиненішому у культурному відношенні польському народу російська асиміляція не загрожує, націонал-демократи закликали поляків довірити свою долю Росії. Вони сподівалися, що у випадку перемоги Антанти Росія приєднає до себе всі польські землі й надасть їм

автономію, на базі якої можна буде відродити незалежну польську державу. Ендеки навіть пропонували створити 200–300-тисячне військо, яке виступило б на боці Росії. Однак усі ці ініціативи у вищих урядових колах Росії підтримки не отримали. Не підтримали їх і Англія з Францією, які вважали польське питання внутрішньою справою Росії.

Хоча частина галицьких ендеків (опонентів Р. Дмовського) ще напередодні війни з метою зміцнення зв'язків з іншими партіями ініціювала створення у Львові орієнтованого на Австро-Угорщину Центрального національного комітету (Центральни Комітет Народови – ЦКН) і навіть намагалися на базі спортивного товариства “Сокіл” творити власні збройні загони, розвитку ця справа не набула. Галицькі політики були переважно австрофілами, а депутати Польського кола в австрійському рейхсраті ще у 1912 р. офіційно відмежувалися від будь-яких збройних формувань [17, № 70, 222].

Реальність була такою, що більшість польських галицьких партій розраховувала на те, що перемога у війні Центральних держав сприятиме якщо не здобуттю незалежності Польщі, то перетворенню монархії Габсбургів на триєдину державу, де Галичина та приєднане Королівство Польське отримають статус, аналогічний до угорського.

Прихильники австро-німецької орієнтації в Галичині 16 серпня 1914 р. створили у Кракові Головний національний комітет (Начальни Комітет Народови – НКН), до якого увійшли консерватори, демократи, “п'ястівці” та ін. Комітет об'єднав Центральний національний комітет і Комісію конфедеративних незалежницьких партій, а також ті угруповання, які не належали до жодного з цих об'єднань, і отже, опановував функції вищого керівництва у ділянках військової, скарбничої, політичної організації польських збройних сил (польських легіонів) [17, № 73, 226]. Провідну роль тут відігравали пілсудчики.

Поряд з проросійською і австро-німецькою у тодішньому польському суспільстві існувала ще й третя, революційна, орієнтація. Лівий сегмент польського суспільно-політичного руху дотримувався того погляду, що незалежна Польща може постати лише внаслідок перемоги революцій в країнах-анексантах. Проте ліва орієнтація не мала широкої підтримки в польському середовищі. Ментальності поляків більше імпонувала чітко окреслена національно-патріотична програма Юзефа Пілсудського, яка в їхніх очах, підносила роль і значення поляка на європейському континенті.

Відродження незалежної польської держави на початку ХХ ст. відбувалося поетапно – таких етапів виділяють сім [16, с. 14]. Перший етап розпочався з вибухом світової війни і тривав близько року. Провідну роль на цьому часовому відтинку відіграли політичні сили, що гуртувалися довкола Ю. Пілсудського і сповідували його програму відродження польської державності, що ґрунтувалась на силових методах. Однак здійснене 6 серпня 1914 р. вторгнення з території Австро-Угорщини легіонів Ю. Пілсудського в Королівство Польське підтримки польського населення не отримало. Більшість підросійських поляків сприйняли цю мілітарну акцію як німецьку провокацію.

Незважаючи на провал першої бойової акції, Ю. Пілсудський не відмовився від силового методу, шукаючи водночас підтримки у німців. За активної участі ППС-фракції він створив у Варшаві нелегальну структуру – Польську організацію військову (ПОВ). Начальником штабу цієї організації став здібний військовик полковник Е. Ридз-Смігли. З жовтня 1914 р. ПОВ налагодила зв'язки з німецьким командуванням і зобов'язалась виконувати його специфічні доручення:

здійснювати диверсії та вести розвідку в тилу російської армії. Водночас, вона мала створити таку військово-політичну структуру, яка б у найближчому майбутньому мала б перебрати державну владу, що означало “здобуття незалежної Польщі шляхом збройної боротьби” [17, № 83, 238].

У воєнно-політичній ситуації, після перших місяців війни Росія і собі прагнула використати польський фактор на свою користь: на зламі 1914–1915 рр. вона створила із польських добровольців так званий Пулавський легіон. Згодом його реорганізували у Польську стрілецьку бригаду, а в 1917 р. – в окрему дивізію у складі російської армії.

Аналіз свідчить, що всі три держави, до складу яких входили польські землі, на початковому етапі польських змагань за відродження національної державності, не допускали навіть думки про позитивне вирішення на користь поляків цієї геополітичної проблеми. Поляки цікавили їх передусім як додатковий людський ресурс для власних армій, а їхні території лише як одне з джерел матеріально-технічного забезпечення цих армій. Проте в цих непростих обставинах саме польські легіони здобули перший безцінний досвід боротьби за відродження Польської держави, стали ефективною практичною школою підготовки кадрів майбутнього Війська Польського.

Другий етап боротьби поляків за відродження власної державності бере початок від літнього 1915 р. наступу Центральних держав, унаслідок чого російські війська залишили і Львів, і Королівство Польське. Пересвідчившись в ході цієї кампанії у слабкості Росії і Австрії, більшість польської політичної еліти почала переорієнтовуватись на сильну Німеччину. 18 грудня 1915 р. ППС-фракція, ПСЛ “Визволене” ініціювали створення Центрального Національного Комітету (ЦКН) як політичного репрезентанта незалежницьких партій та організацій Королівства Польського [17, № 98, 261–262]. ЦКН запропонував програму створення Королівства Польського під протекторатом Німеччини, без Галичини і Познаньщини, але з приєднанням Віленщини і частини Правобережної України. Однак Австро-Угорщина і Німеччина, які сподівались на укладення сепаратного миру з Росією, не квапились іти назустріч польським ініціативам.

Натомість 5 листопада 1916 р. ними був виданий Маніфест, яким проголошувалось на землях, “вирваних із-під російського панування”, утворення “самостійної держави зі спадкоємною монархією і конституційним ладом” [7, с. 7]. Йшлося про створення нібито незалежної союзної квазідержави з власною армією до 1 млн солдат, яку можна було б використати проти Росії.

Прийняття Маніфесту вважають початком третього етапу боротьби поляків за власну державність. Хоча цей акт не передбачав ні кордонів, ні часу і способу утворення представницьких і виконавчих органів нової державної формації і, відповідно, не мав належної юридичної сили, негайно було оголошено вербування в Польські збройні сили, які, нібито тимчасово, приєднувалися до німецької армії [8, с. 8].

І сам акт від 5 листопада 1916 р., і подальші “державотворчі” заходи Берліна і Відня більшість поляків сприйняла холодно. Гостро виступив проти них і Ю. Пілсудський. Тому у кероване німцями і австрійцями польське військо записалося заледве 30 тис. добровольців [4, с. 179].

Не визнала акта й спроб Центральних держав створити “польську державну владу”, повністю підлеглу німецькому і австрійському генерал-губернаторам, жодна інша країна. Щодо Росії, то її уряд 15 листопада 1916 р. виступив з протестом, оголосивши маніфест від 5 листопада недійсним [17, № 126, 311–312].

Цар Микола II 25 грудня проголосив, що однією з основних цілей Петербурга у війні є “відбудова вільної Польщі з трьох її до цього часу розділених частин” [17, № 130, 316–317], звичайно ж, під егідою Росії.

Позицію Росії підтримали Франція і Англія, вони також визнали претензії Росії на Галичину, що було зафіксовано 14 лютого 1917 р. в таємній російсько-французькій угоді.

Четвертий етап відродження польської державності розпочинається після лютневої революції 1917 р. в Росії, коли у деяких документах Петроградської ради і Тимчасового уряду почали звучати заяви про право поляків на державну незалежність. Зокрема, 27 березня 1917 р. Петроградська рада робітничих і солдатських депутатів прийняла відозву до польського народу, в якій наголошувалось, що “Польща має право бути цілком незалежною в державно-міжнародному відношенні” і висловлювалось сподівання на встановлення у незалежній Польщі “демократично-республіканського ладу” [17, № 143, 3321].

У квітні 1917 р. на боці Антанти у війну вступили США. Ще у січні 1917 р. президент США В. Вільсон висловився за відродження “об’єднаної, незалежної і автономної Польщі” [17, № 137, 325]. Як бачимо, позиція Вудро Вільсона збігалася з позицією росіян. У ситуації, що склалася до літа 1917 р., орієнтація поляків на Берлін і Відень втратила будь-який сенс. Не дивно, що Ю. Пілсудський вийшов із пронимецької Тимчасової ради. Після того, як 2 червня 1917 р. він разом з частиною легіонерів відмовився скласти присягу на вірність союзним німецькій і австро-угорській арміям, 22 липня був заарештований і ув’язнений у фортецю Магдебург, легіонери ж були інтерновані.

Ця поразка не змусила Німеччину і Австро-Угорщину відмовитися від своїх намірів і планів. У вересні 1917 р. Центральні держави висловили згоду на створення “польської державної влади” [17, № 163, 353–354], яка, за їхнім задумом, мала складатися з двох гілок – з Регентської ради і Державної ради як законодавчого органу. Регентами стали А. Каковський, З. Любомирський, Ю. Островський, першим головою створеного 21 листопада 1917 р. залежного від німецько-австрійського командування уряду було призначено Я. Кухожевського. Щоправда, його повноваження поширювалися лише на освіту і судочинство.

Певним позитивом слід вважати те, що, незважаючи на обмеженість дій, новим органам державної влади вдалося започаткувати формування засад польської адміністрації.

Такий хід подій змусив польські патріотичні сили активізувати свою діяльність у Росії і в Європі. Напередодні прийняття декретів німецьким і австро-угорським імператорами про “створення державної влади майбутнього польського королівства” польські консервативні політичні організації у Москві створили Польську раду міжпартійного об’єднання. З її ініціативи 15 серпня 1917 р. Р. Дмовський, Е. Пільц та ін. створили в Лозанні (Швейцарія) Польський національний комітет (Комітет Народови Польські – КНП) як неофіційне представництво польських інтересів на Заході, речник у таборі Антанти [12, с. 12]. Одним з основних завдань Комітету було “узгодження зусиль польських організацій у Польщі, Росії, Америці з метою спільних дій для перемоги союзників і досягнення у такий спосіб об’єднання і незалежності Польщі” [17, № 161, 348].

П’ятий етап у просуванні польської справи бере початок від жовтневого (більшовицького) 1917 р. перевороту в Росії. Вихід Росії зі складу Антанти посилив позицію Центральних держав, у томі числі і в “польському питанні”. Це, зокрема, продемонстрували мирові переговори у Брест-Литовську.

Німеччина, зокрема, трималася тих переконань, що майбутнє польських, литовських земель і Курляндії має бути визначене у ході переговорів представників цих народів із державами, які окупували їхні території, і що в переговорах повинна взяти участь делегація молодого Української Народної Республіки (УНР). Тому-то 9 лютого 1918 р. Німеччина і Австро-Угорщина підписали договір тільки з УНР [17, № 187, 394–395].

3 березня 1918 р. Радянська Росія прийняла продиктовані Німеччиною і Австрією умови мирного договору, за яким вона визнавала окупацію Центральними державами Королівства Польського, що відповідало німецькій концепції створення в Центральній і Східній Європі держав, економічно й політично залежних від Німеччини. Рада Народних Комісарів більшовицької Росії 29 серпня 1918 р. видала Декрет про скасування попередніх договорів про розподіл Польщі, які російський царат укладав з Пруською і Австрійською монархіями, і визнала за польським народом невід’ємне право на самостійність та незалежність [17, № 202, 413–414]. Це була знакова подія в житті польського суспільства.

Ще однією не менш важливою для поляків подією, з якої можна розпочати відлік шостого етапу, було проголошення 8 січня 1918 р. американським президентом Вудро Вільсоном його знаменитих 14 пунктів про право націй на самовизначення. Зокрема пункт тринадцятий визначав характер державного ладу і оптимальні кордони майбутньої Польської держави. Звучав цей пункт так: “Повинна бути створена незалежна Польська держава з включенням до неї територій, населених безумовно польським населенням, причому їй необхідно забезпечити вільний і надійний доступ до моря, та її політична й економічна незалежність і територіальна недоторканість мають бути гарантовані міжнародною угодою” [1, с. 233]. Отже, 13-й пункт цієї геополітичної програми після визнання її Німеччиною і Австро-Угорщиною став тим міжнародно-правовим документом, на основі якого світове співтовариство погодилося виправити несправедливість, допущену щодо поляків і Польщі при поділі Речі Посполитої.

У спільній декларації від 3 червня 1918 р. прем’єр-міністри Франції, Англії та Італії підтримали позицію В. Вільсона у “польському питанні” [17, № 199, 410]. Все це стимулювало боротьбу поляків за відродження власної національної держави.

Останній, сьомий етап відбудови Польської держави, очевидно, розпочався перед самою поразкою країн Четвірного союзу в Першій світовій війні. Восени 1918 р. різні польські політичні сили розпочали формування незалежних державницьких структур. Окрім створеної окупаційними властями Регентської ради, й Польського національного комітету, місце перебування якого було у Парижі, на політичну владу претендували угруповання різних орієнтацій щодо бачення відродженої Польської держави в європейському контексті. В усій тій непростій, заплутаній політичній ситуації більшість польської суспільності підтримувала рішучу, оперту на мілітарну силу державницьку політику Ю. Пілсудського і його однодумців і соратників.

На початку жовтня 1918 р. Регентська рада оголосила про підготовку до виборів у сейм і вимагала створення суверенної держави, яка б включала в себе всі польські землі, і обов’язково – з виходом до моря. Маніфестом від 7 жовтня 1918 р. вона солідаризувалась з пропозиціями США про створення Польської держави і брала на себе зобов’язання розширити уряд представниками різних політичних сил та скликати демократичний сейм [17, № 204, 415–416].

Перший, попередньо не погоджений із окупаційними властями, уряд, що очолював Ю. Свежинський постав 23 жовтня 1918р. .

Водночас Австро-Угорщина звернулася до країн Антанти з пропозицією про призупинення військових дій та початок переговорів про перемир'я і мир. Це додало снаги і рішучості національно-патріотичним силам на етнічних польських землях. Поляки почали стихійно усувати німецьких і австрійських окупантів, створювати нові центри влади. Так, 28 жовтня 1918 р. з депутатів віденського рейхсрату від Галичини у Кракові був створений тимчасовий орган обласної влади – Польська ліквідаційна комісія (ПКЛ) із законодавчими та виконавчими повноваженнями [14, № 95–97], яку очолив лідер партії ПСЛ “Пяст” В. Вітос. За підтримки населення ПКЛ прийняла від окупаційних органів влади всі повноваження щодо території на захід від річки Сян.

На території піднімецької Польщі події розвивались так. У Цешинській Сілезії розпочала роботу Національна рада Цешинського князівства на чолі з Ю. Льондзіним, оголосивши про приєднання цієї частини Сілезії до Польщі. Водночас в Познані окупаційні органи влади змінила Польська народна рада.

Щодо підросійської польської території, то на теренах Королівства (Царства) Польського поряд із окупаційними органами влади діяли структури, створені Регентською радою, яка поширювала свій вплив і на цю територію. Однак, коли дійшло до рішучих конструктивних дій, ці структури, що за основними організаційними парламентами залишались у підпорядкуванні окупантів, виявилися неспроможними зреалізувати національні державотворчі заходи. Саме цим, на наш погляд, можна пояснити звернення уряду Ю. Свежинського від 3 листопада 1918 р., що заради побудови об'єднаної, вільної, демократичної Польщі він готовий поступитися владою національному уряду, в якому будуть представлені всі політичні сили [15, с. 427–428].

Налякана Регентська рада наступного дня відправила уряд Ю. Свежинського у відставку. Однак, як і раніше, загальнопольського уряду створено не було. Щоправда, сформувати такий уряд спробували ліві сили. У Любліні, на противагу Регентській раді й Раді робітничих депутатів (виникла під впливом російської революції), у ніч на 7 листопада 1918 р. був створений Тимчасовий народний уряд Польської Республіки [18, с. 23]. Його очолив член Краківської ліквідаційної комісії, лідер галицьких соціал-демократів І. Дашинський. До цього уряду увійшли представники ППС-фракції, ППСД і людовці. Характерно, що майже всі його члени були тісно пов'язані з Ю. Пілсудським.

Уряд І. Дашинського у Маніфесті “До польського народу” проголосив припинення повноважень Регентської ради і декларував утворення Польської Народної Республіки, встановлення в країні парламентського ладу й винесення на розгляд майбутнього Законодавчого сейму низки актуальних соціальних питань [15, с. 130–132].

Щодо зовнішньополітичного курсу продекларованої Польської Народної Республіки, то тут передбачалось відновлення Великого Князівства Литовського – колишньої частини Речі Посполитої, мирне розв'язання суперечливих питань співжиття поляків з українцями Західної і Наддніпрянської України, створення союзу, який би охоплював також чехів і словаків. Вочевидь, що через утопічність багатьох його заходів у соціальній сфері і, особливо, у зовнішній політиці, а також через відсутність належної підтримки з боку поважних політичних сил, Люблінський уряд проіснував недовго.

Прагнучи не допустити подальшого розвитку революції в країні, члени Регентської ради звернулися з листом до канцлера Німеччини М. Баденського з проханням повернути до активної політичної діяльності Ю. Пілсудського,

небезпідставно вважаючи, що на той час тільки він був здатний контролювати процес. Німці погодилися на таку пропозицію. З “магдебурзьким в’язнем” зустрівся офіційний німецький представник граф Г. Кесслер. У ході цих перемовин Ю. Пілсудський запевнив німецьку сторону, що майбутня незалежна Польська держава не домагатиметься повернення земель, які відійшли до Прусії, внаслідок відомих поділів Польщі. Ю. Пілсудський і Г. Кесслер домовилися, що “подібно до того, як у минулому російська небезпека пов’язувала польські та німецькі інтереси, так і тепер їх повинен об’єднати спільний ворог – російський більшовизм” [II, с. 27].

Найбільше боячись можливої передачі влади проантантівському Польському національному комітету в Парижі, німці прискорювали події: 6 листопада 1918 р. Г. Кесслер доправив Ю. Пілсудського і К. Соснковського до Берліна. Після дводенних таємних переговорів із вищими чинами кайзерівської адміністрації всі троє 10 листопада спеціальним потягом прибули до Варшави. Наступного дня прем’єр-міністр Люблінського уряду І. Дашинський і командир ПОВ (Польської організації військової) Е. Ридз-Смігли були підпорядковані Ю. Пілсудському. 11 листопада 1918 р. Регентська рада передала йому всю цивільну і військову владу, як акцентувалось, з “метою збереження порядку в країні” [9, роз. 38], а сама незабаром самоліквідувалася [9, роз. 37].

Отже, відродження незалежної Польської держави відбувалося в контексті демократично-революційного руху і піднесення національно-державницьких настроїв у всій Європі. Це робило неможливим впровадження в країні монархічного режиму. Польська держава постала як парламентарна республіка.

Відновлення 11 листопада 1918 р. незалежної Польщі, проголошення її республікою було логічним завершенням тривалої національно-визвольної боротьби поляків за створення власної держави. При оперті на національні традиції та власний досвід державотворення, який був неоднозначним, а часами досить суперечливим, поляки, тим не менше, поступально рухалися у потрібному напрямі, створюючи водночас необхідні умови для зародження і ефективної діяльності різноманітних політичних партій, громадських товариств та організацій, які стали важливим чинником в побудові молодой Польської держави та її законодавчої діяльності.

1. Архив полковника Хауза. Подготовлен к печати профессором истории Иэйлского университета Чарлзом Сеймуром. – Т.Ш. Перевод с английского В.В.Прокунина. – Москва : Государственное социально–экономическое издательство, 1939. – 320 с.
2. Зашкільняк Л.О., Крикун М.Г. Історія Польщі: Від найдавніших часів до наших днів. – Львів : Львівський національний університет імені Івана Франка, 2002. – 752 с.
3. Кульчицький В., Настюк М., Тищик Б. Історія держави і права. – Львів: вид-во “Світ”, 1996. – 296 с.
4. 4. Советский энциклопедический словарь. – Москва: “Советская энциклопедия”, 1984. – 1600 с.
5. 5. Archiwum Akt Nowych (AAN), Tymczasowa Rada Stanu. Wyciąg z protokołu dwudziestego piętnastego posiedzenia Tymczasowej Rady Stanu z dn. 2 lipca 1917 r. – sygn. 5. – S.179.
6. Archiwum Cłowne Akt Dawnych (AGAD), Cesarsko-Niemieckie General Gubernatorstwo w Warszawie. Odezwa do Polaków. 314, sygn. 15, s. 2.
7. AG AD, Cesarsko-Niemieckie General Gubernatorstwo w Warszawie. Do mieszkańców Warszawskiego Generalnego Gubernatorstwa, 314, sygn. 15/7.
8. AG AD, Cesarsko-Niemieckie General Gubernatorstwo w Warszawie. Do ludności Generalnych Gubernatorstw Warszawskiego i Lubelskiego. 314, sygn. 15/8.

9. Rada Regencyjna do Narodu Polskiego // Dz. Pr. RP, 1918, nr. 17, poz. 38.
10. Do Naczelnego Dowódcy Wojsk Polskich Józefa Piłsudskiego // Dz. Pr. RP, 1918, nr. 17, poz. 39.
11. Garlicki A. Józef Piłsudski. 1867–1935. 3 wyd. – Warszawa, 1990. – 317 s.
12. Krasuski J. Tragiczna niepodległość. Polityka zagraniczna Polski w latach 1919 – 1945. – Poznań: Wydawnictwo Poznańskie, 2000. – 348 s.
13. Kumaniecki K. Odbudowa państwowości polskiej. Najważniejsze dokumenty 1912–1924. – Warszawa, 1924. – S.427–428.
14. Lasocki Z. Wspomnienia szefa administracji Polskiej Komisji Likwidacyjnej i Komisji Rządzącej. – Kraków, 1931. – S.95–97.
15. Kumaniecki K. Odbudowa państwowości polskiej. Najważniejsze dokumenty 1912–1924. – Warszawa, 1924. – S.427–428.
16. Pajewski J. Budowa Dzugiej Rzeczypospolitej 1918–1926. Kraków: Nakładem Polskiej Akademii Umiejętności, 1995. – 268 s.
17. Powstanie II Rzeczypospolitej. Wybór dokumentów 1866–1925 / Pod redakcją H. Janowskiej i T. Jędruszcza. – Warszawa: Ludowa Spółdzielnia Wydawnicza, 1984. – S.173.
18. Thugutt S. Rząd ludowy w Lublinie. – Warszawa, 1928. – S. 23.
19. Toporek M. Historia Polski. – Kraków: Korona, 1999. – 368 s.

STATE CREATIVE CONCEPTION OF POLAND'S REVIVAL AND INDEPENDENCE PROCLAMATION

S. Kondratyuk

*Internal Affairs State University of L'viv
Gorodots'ka Str. 26, UA – 79007 L'viv, Ukraine*

The article deals with legal aspects of state creative conception of Poland's revival and independence proclamation at the beginning of XX century; historical stages of this process are highlighted.

Key words: Austria-Hungary monarchy, Kingdom of Poland, autonomy, Manifest, Regent Council, province, seym, vicegerency, parliamentary republic.

ГОСУДАРСТВЕННО СОЗИДАТЕЛЬНАЯ КОНЦЕПЦИЯ ВОЗРОЖДЕНИЯ И ПРОВОЗГЛАШЕНИЯ НЕЗАВИСИМОСТИ ПОЛЬШИ

С. Кондратюк

*Львовский государственный университет внутренних дел
ул. Городоцка, 26, 79007 Львов, Украина*

Отражены некоторые законодательные аспекты в плане формирования государственной концепции возрождения и провозглашения независимой Польши в начале XX ст., воспроизведены исторические этапы этого процесса.

Ключевые слова: Австро-венгерская монархия, Королевство Польское, автономия, Манифест, Регентский Совет, провинция, сейм, наместница, парламентская республика.

Стаття надійшла до редколегії 22.12.2009

Прийнята до друку 10.01.2010

ПРАВОВЕ РЕГУЛЮВАННЯ ВІДНОСИН МІЖ АНТИЧНИМИ ДЕРЖАВАМИ СХІДНОГО СЕРЕДЗЕМНОМОР'Я ПІД ЧАС ВІЙСЬКОВИХ КОНФЛІКТІВ

Л. Кондратюк

*Первомайський політехнічний інститут
Національного університету кораблебудування імені адмірала Макарова,
вул. Одеська, 107, 55202 Первомайськ, Миколаївська обл., Україна*

У статті висвітлюються особливості правового регулювання військових конфліктів в античних державах Східного Середземномор'я. Метою даної статті є комплексний аналіз міждержавних відносин у періоди війн. Аналізуються окремі норми, які регулювали відносини між воюючими сторонами та союзниками під час військових конфліктів.

Ключові слова: воєнне право, міжнародні договори, інститут асильї, симахії, епімахії, глашатай.

Питання війни в античних державах Східного Середземномор'я вже протягом тривалого часу є об'єктом пильної уваги як вітчизняних, так і зарубіжних вчених-істориків [1; 2; 3]. Однак спеціальних історико-правових досліджень вказаної проблеми досі не здійснювалося. Перші грецькі цивілізації славилися войовничістю і знаннями морської справи, за що в Єгипті ці племена одержали загальну назву “народи моря” [4, с. 9]. Конфлікти між полюсами в Стародавній Греції були ендемічними. Це могло забезпечувати торгівлю або ведення переговорів, що характеризувалося не тільки позитивними, а й негативними наслідками, які призводили до військових дій [5, с. 337].

Війна для епохи еллінізму мала особливе значення. Сам еллінізм як явище є породження війни. І саме війна була засобом легітимізації основних політичних інститутів еллінізму. Сама поява держав еллінізму на політичній карті була обумовлена війною. Як відзначає С. Прайс, це базове значення війни виявляється за двома напрямками: по-перше, вона служила знаряддям легітимізації влади монархів еллінізму, а по-друге, війна захоплювала тепер величезні ареали [6, с. 375–376]. Останнє породжувало зацікавленість безліч держав, вільно або мимовільно включених в конфлікти, в тому щоб дотримуватися більш менш єдиних правил ведення війни. Це було тим більше необхідно, що держави еллінізму фактично весь час свого існування перебували у стані війни.

В античний період поступово опрацьовуються норми, які регулювали міждержавні відносини у періоди війн. Основним джерелом права, яким керувалися еллінські держави, зокрема й у східносередземноморському регіоні, під час війни та миру, були загальновідомі норми міжнародного звичаєвого права, які, не будучи викладені у письмовій формі (νόμοι ἄγραφοι), все ж поступово досягали загального визнання. Головним чином на таке підґрунтя спиралося воєнне право, норм якого, принаймні у більшості випадків, дотримувалися воюючі держави. Перед початком бойових дій державі-противнику формально оголошувалася війна. Це оголошення відбувалося через спеціального посланця, який вважався захищеним “божественним правом” і внаслідок цього недоторканим [7, с. 22, VII, 9, 2; VII, 136]. Відмінною ознакою, за якою його пізнавали, був спеціальний жезл. Звичайні послы під час війни не мали недоторканості. Тому в разі необхідності для них запитували вільний пропуск через “герольда”, якого відправляли для ведення переговорів дещо раніше. Інколи “сама присутність

герольдів свідчила про стан війни, навіть якщо вона ще не була офіційно оголошена...” [8, с. 17].

Оголошення війни мало місце, як правило, при завойовницьких воєнних походах. У разі воєнних репресалій війну не оголошували взагалі або її оголошення передбачалось актом, який порушила сторона, що проти неї застосовувались санкції [9, с. 408].

Значного поширення, особливо у період греко-римської античності, набув інститут асилії: надання недоторканості громадянам іноземної сторони на засадах взаємності, що встановлювалась через укладання договорів. Так, за договором між грецькими полісами Літосом (колонія Спарти на о. Крит) та Маллою близько 221 р. до н.е. передбачалось: “застосування сили (репресій) щодо громадян Літоса на території Малли забороняється на засадах взаємності” [10, с. 82]. У випадку порушення домовленості встановлювався штраф у 100 статерів.

У Стародавній Греції поняття нейтралітету оформилось у правовий інститут і дістало свою концепцію. Державі досить було в односторонньому порядку проголосити себе нейтральною у війні чи інакше дати знати про свій намір, щоб її статус стали поважати воюючі сторони [11, с. 220].

В іншому разі укладалися спеціальні договори про дружбу (філії), які являли собою правову підставу нейтралітету. Подібні договори “на зразок сучасних пактів про ненапад ... усували загрозу війни, але не зобов’язували сторони надавати одна одній військову допомогу [12, с. 54–56, 249].

Договори про військово-політичні союзи – симмахії носили наступаючий характер по відношенню до третіх держав. Такий союз заключили спартанці від імені союзників з царем і його сатрапом Тиссаферном проти Афін [13, с. 91]. У цьому їх відмінність від епімахій, які були оборонними союзами [14, с. 76–77]. Договори про епімахію закріплювалися усною клятвою відповідних посадових осіб союзних держав. У самому тексті договору часто містився зміст цієї клятви та інколи включався пункт про поновлення її через певний термін [15, с. 148]. Так, у договорі між Афінами та Регієм говориться: бути союзу між афінянами і регійцями, афінянам же принести клятву наступного змісту: “Відношення афінян до регійців і союзників до всіх буде чесним, нехитрим і простим, і ми будемо союзниками вірними, справедливими, надійними, необразливими і корисними, і ми не допомагатимемо ворогам регійців...” [16, с. 249]. Кам’яні колони чи плити, або бронзові дошки, на яких вирізалися умови договору, виставлялися на агорі у кожному з союзних міст, та, окрім того, іноді в Дельфах, Олімпії або інших місцях, що вважались священними [15, с. 149].

Найвизначнішими з симмахій були Лакедемонська (виникла в VI ст.) та Афінська (Делоська, виникла під час греко-перських війн). Держави-союзники, які входили до Афінської симмахії платили особливий внесок – форос до спільної казни на Делосі та більшою мірою залежали від Афін. З часом Делоська симмахія перетворилася на Афінську державу (архе). Відносини між двома симмахіями були ворожими. У другій половині V ст. до н.е. це призвело до Пелопоннеської війни (431 – 404 рр. до н.е.). В цій війні Афіни зазнали поразки. Делоську симмахію було знищено [17, с. 49].

У взаємостосунках воюючих сторін брав участь глашатай; саме через нього сторони (держави) домовлялися про відправку посольств для вирішення взаємних проблем, зокрема, про укладення миру або про видачу поранених і тіл загиблих. Він закликав одну із сторін до припинення опору чи до “капітуляції”, або ж, навпаки, оголошував вимогу припинити військовий напад. Таким чином, κηρυξ

встановлював контакти в тих випадках, коли всі інші, в тому числі і дипломатичні відносини між сторонами, відповідно до норм міжнародного права, неможливі [18, с. 78].

У епоху еллінізму (III – II ст. до н.е.) міжнародні звичаї стають законами для всіх еллінів, порушення яких є неможливою дикістю, що викликало презирство з боку всієї решти держав еллінізму. Правила були такі: не допускати використовувати у війні отруєної зброї (отруєних стріл або наконечників копій); зобов'язати повертати полонених за викуп: якщо за полонених пропонується викуп, то країна, що захопила полонених, зобов'язана їх повернути. Абсолютно неприпустимо було нападати без звернення до третейського суду і без оголошення війни супротивнику [19, с. 50].

Велике значення в правовій практиці військового часу мало укладання різного роду договорів і угод між воюючими сторонами та союзниками. Так, наприклад, напис, який знайдено в Афінах, містить текст договору про союз між Афінами і сіцилійським містом Леонтіни, у якому мовиться, що вони дали клятву такого змісту: “Ми будемо союзниками...” [16, с. 248].

Інколи у деяких міжнародно-правових договорах союзники зобов'язувалися після відступу відбитого ворога спільно перенести воєнні дії на його територію та піддати її спустошенню. Укладення сепаратних угод з іншими державами умовами договорів заборонялося [15, с. 149].

Як стверджував Г. Бузольт, посилаючись на свідчення нарративних джерел (Геродота, Фукидіда, Страбона), в архаїчний період перемога у війні інколи, за взаємною згодою, визначалася не загальною битвою військ держав-супротивників, а поєдинком певної кількості обраних з обох сторін бійців [20, с. 70]. Але все ж зазвичай вирішення питання про перемогу відбувалося за результатами битви голплітів [7, с. 22, VII, 9, 2]. Переможницею вважалася сторона, яка утримувала поле бою та споруджувала на ньому присвячений богам трофей (τροπαιον) – знак перемоги, що являв собою дерев'яний стовп, густо обвішаний захопленою в бою зброєю. Цей пам'ятник перемоги не повинен був стояти довго, щоб не нагадувати про конфлікти. Тому його ніколи не виготовляли з тривкого матеріалу – бронзи або каменю. Якщо результат битви залишався невизначеним, то воюючі сторони старалися завадити одна одній поставити трофей. Формальним визнанням поразки вважалося прохання переможених про перемир'я для поховання полеглих в битві [3, с. 282].

Військовополонені вважалися безумовною власністю переможця. Зазвичай противника, який добровільно склав зброю та просив пощади, залишали живим. Але інколи взаємне протистояння призводило до того, що полонених жорстоко вбивали. Полонені, які лишалися живими, утримувалися для одержання викупу від родичів (зазвичай, дві міни за кожного чоловіка) або продажу в рабство [7, с. 22, VI, 79, V, 77]. Уся військова здобич ділилася між військом, за винятком десятини богам та почесної частки для командирів і соратників, що відзначилися у боях [15, с. 149].

Але більшість воєнних конфліктів закінчувались укладанням міжнародного договору, що фіксував післявоєнний стан відносин: статус сторін, поділ здобичі, статус завойованого, переможеного населення і населення переможців та ін. [10, с. 113–114]. Так, за союзним договором між сусідніми грецькими містами Кноссом та Тиліссом 450 р. до н.е. встановлювалось положення про розподіл завойованого майна і територій: “Тиліссійці отримують територію ахарнеанців, окрім тих частин, що належать місту Кнососу. І щоб ми удвох разом не захопили

у ворога, при розподілі цього тиліссійці отримають одну третину того, що знаходиться на суходолі, та половину всього, захопленого на морі. А Кносос отримає десяту частину всього того, що ми захопимо разом. Найкраща ж частина здобичі, захопленої нами спільно, буде віддана Дельфійському оракулу та принесена у жертву Аресу в Кнососі. Якщо які-небудь інші міста захоплять здобич у ворога, Кносос і Тиліссос погоджуються на те, щоб вона їм і належала” [10, с. 142–143].

Існували екстраординарні святкування у пам'ять військової перемоги. Головним актом у кожному святкуванні було жертвопринесення, для чого і служили вівтарі та храми і супутні цьому акту співи, урочисті процесії та ігри. [21, с. 95].

Якщо місто здавалося переможцеві, то доля його населення залежала від умов капітуляції (ὀμολογία). При обговоренні цих умов переможці, як правило, наполягали на виплаті воєнних витрат, руйнуванні міських стін, видачі військових кораблів та заручників, передачі земельних ділянок, підданстві або військовій повинності [20, с. 71]. Тяжкою була участь міст, змушених скласти зброю без будь-яких умов або захоплених штурмом (δориάλωτοι). Вони, разом із усіма жителями та усім майном, ставали цілковитою власністю переможців. Нерідко справа доходила до того, що усіх чоловіків вбивали, жінок та дітей продавали в рабство та дощенту руйнували будови. Лише святилища вважались недоторканими [15, с. 149].

Водночас певні елементи гуманізації війни пізніше почали проявляться. Особливо це видно з практики античної Греції, де з воєнних дій вилучались мирні жителі, поранені, храми, території, що їм належали, і навіть будівлі, що визнавались витворами мистецтва. Це правило встановлювали оракули, і його переважно завжди дотримувались всі ворогуючі сторони. Як правило, за звичаєм, що існував у Стародавній Греції, захоплені військовополонені та цивільне вороже населення, а також їхнє майно розподіляли так: майно та озброєння ворога розподілялись між переможцями, військовополонені-греки відпускалися (“позаяк жоден грек не може бути проданий у рабство” [10, с. 134].); що ж до цивільного населення, то воно продовжувало жити на захоплених територіях і його громадянський статус не зазнавав істотних змін.

Специфічним інститутом права війни в античній Греції було правило вилучення певних категорій територій або осіб з воєнних дій. Характерним у цьому плані є Етолійський декрет царя Пергаму Еумени II, що надавав асилію Пергамському святилищу (близько 197—160 рр. до н.е.): “Цар Еумена надіслав посланців до етолійців із проханням визнати територію, на якій знаходиться храм богині Афіні “Нікефорус”, як святилище, присвячене їй. Етолійці вирішили:... визнати вищезазначену територію, оголошену Еуменою Пергамським святилищем, і надати їй статус святилища, котрий має бути визнаний етолійцями та всіма мешканцями Етолії. Ніхто не може забирати собі цю територію та порушувати її кордони; але якщо хтось це порушить, то він має бути засуджений перед асамблеєю, і всі люди зможуть взяти участь у процесі проти нього” [10, с. 83].

На час відомих свят деякі держави вимагали екехеїрії (ἐκεχεΐρία) – земського миру, як, наприклад, під час олімпійських ігор [22, с. 150–151]. Цілком ймовірно припустити проголошення екехеїрії під час проведення ольвіополітами календарно-спортивних ігор на честь Ахілла та Аполлона Дельфінія, на які з'їжджалися представники багатьох держав античного світу [23, с. 35–36, 45].

У IV в. до н.е. в Греції все частіше стали замість громадянського ополчення використовувати найману армію. Цьому сприяли не тільки соціально-економічні,

але і військові чинники. Найманці були професійними воїнами, що досконало володіли зброєю. За відповідну платню вони були готові служити скільки завгодно і кому завгодно. Їх поява – одне з породжень кризи рабовласницького поліса. Розповсюдження найманства привело до поліпшення зброї і збільшення військових витрат, оскільки найманцям потрібно було платити регулярно [24, с. 98].

Велику проблему в період еллінізму представляло правове регулювання військового найманства. Відносини з найманцями визначалися договорами, що скріплювалися священними клятвами. Так, угода Еумени I з його найманими солдатами супроводжувалася такими клятвами і була накреслена на стелах, які помістили у Пергамському святилищі Афін, у святилищі Асклепія в Мітілені та ще у двох місцях. Однак, варто зауважити, що значне число найманців складали варвари, для яких еллініські правові інститути мали вельми умовне значення. Як відзначає Х. Хайнен, третє століття до н.е. було століттям кельтського найманства. Кельтів як найманців і союзників можна було зустріти в багатьох арміях еллінізму. Проте кельти не входили в ці армії, а в основному билися своїми власними замкнутими бандами з характерним для них оснащенням і типовим стилем битви: вселяли страх своєю безрозсудною хоробрістю, але при цьому відрізнялися недоліком дисципліни і стійкості [25, с. 425]. Насильно контрольовані загони найманців досить часто представляли загрозу безпосередньо своїм наймачам. Ситуація посилювалася тим, що часто було важко провести різницю між найманством та відвертим бандитизмом або піратством. Я. Габерт, проводячи аналіз документів, указує на складність визначення конкретної ролі піратів у формуванні армій еллінізму. Так, якийсь Амаїніс може фігурувати в джерелах і як пірат, і як найманець, і вищий офіцер в армії антигону, і навіть як офіційний міський радник у Дельфах [26, с. 230–231]. Фактично всі монархи еллінізму при нагоді активно користувалися послугами піратів, які були навіть краще організовані, ніж сухопутні бандити, і активно господарювали у Східному Середземномор'ї [27, с. 100]. Саме остання обставина і привертала монархів, у більшості своїй постійно випробовуючи недолік військово-морських сил. За винятком випадків таємних зносин владик з піратами, вся решта варіантів взаємостосунків, безумовно, повинна була фіксуватися різного роду договорами.

Отже, якщо аналіз стародавніх воєнних відносин приводив одних дослідників до висновку про відсутність міжнародного права у той період, то для інших вони були чи не головним фактором існування ефективного міжнародно-правового регулювання. За висновком останніх саме навколо воєн зав'язувалися відносини між державами стародавнього світу [2, с. 245]. Так, на думку Ф. Мартенса, війна “була могутнім засобом для зближення народів... Крім того, війна була засобом, за допомогою якого народи знайомились один з одним, після укладення миру зав'язували мирні відносини і поширювали плоди своєї освіченості в чужих землях” [28, с. 34]. Війни спричинювали розвиток міжнародних відносин, торгівлі, міжнародного права (відповідних його інститутів та принципів), адже задоволення своїх економічних та політичних потреб держави могли найбільш ефективно забезпечити у двосторонньому порядку.

1. Бузолът Г. Очерк государственных и правовых греческих древностей / Пер. с нем. – Харьков: Тип. А. Дарре, 1890. – 320 с.
2. Гавриленко О.А. Античні держави Північного Причорномор'я: біля витоків вітчизняного права (кінець VII ст. до н.е. – перша половина VI ст. до н.е.). Монографія. – Харків: Парус™, 2006. – 352 с.

3. Латышев В.В. Очерк греческих древностей, ч. 1. Государственные и военные древности. – С.-Петербург. Изд-во “Алетейя”, 1997. – 347 с.
4. Кузнецов С.А. Управление судоходством в Древней Греции: Монография. – Одесса: Юридическая литература, 2004. – 608 с.
5. Missiou-Ladi, A. Coercive diplomacy in Greek interstate relations // *Classical quart.* – L., 1987. – Vol. 37, N 2. – 337 p.
6. Price S. The history of the Hellenistic period // *The Oxford history of Greece and the Hellenistic World.* Oxford; New York, 1991. – P. 364–389.
7. Геродот. История в девяти книгах / Пер. Г.А.Стратановского. – Л.: Наука, 1972. – 600 с.
8. Frey L.S., Frey M.L., *The History of Diplomatic Immunity.* Ohio State University Press. Columbus. 1999. – 727 p.
9. Буткевич О.В. Міжнародне право Стародавнього Світу. – К.: Україна, 2004. – 864 с.
10. *Fontes Historiae Juris Gentium. Sources Relating to the History of the Law of Nations.* Ed. By W.G.Greve / Vol. 1 (1380 B.C. – 1493). Berlin. New York: Walter de Gruyter, 1995. – 753 p.
11. Bederman D. *International Law in Antiquity.* – Cambridge: Cambridge University Press. 2001. – 322 p.
12. Bauslaugh R.A. *The Concept of Neutrality in Classical Greece.* University of California Press. Berkeley. Los Angeles. Oxford. 1991. – 305 p.
13. Проблемы античной государственности: Межвузовский сборник / Отв. ред. Э.Д. Фролов; Министерство высшего и среднего специального образования РСФСР. Ленинградский государственный университет им. А.А. Жданова. –Л.: Ленинградский университет, 1982. – 196 с.
14. Циммерман М. История международного права с древнейших времен до 1918 года. Тип. рус. юрид. фак. в Праге. – 382 с.
15. Гавриленко О.А. Основні риси міжнародного права та міжнародно-правові відносини держав Північнопонтійського регіону античного часу // *Право та безпека.* – 2006. - № 5'1. – С. 147–151.
16. Хрестоматия по истории древней Греции / Под. ред. Д.П. Каллистова. – М.: Мысль, 1964. – 695 с.
17. Зінченко А. Історія дипломатії: від давнини до початку нового часу. Навчальний посібник. – Вінниця, Нова книга, 2002. – 564 с.
18. Кашеев В.И. Из истории межгосударственных отношений в эпоху эллинизма: Два очерка. – М.: Греко-лат. каб. Ю.А. Шичалина, 1997. – 128 с.
19. Бокшанин А.Г. История международных отношений и дипломатии в Древнем мире. – М.: Высшая школа партийных организаторов при ЦК ВКП (б), 1945. – 66 с.
20. Бузольт Г. Очерк государственных и правовых греческих древностей / Пер. с нем. – Харьков: Тип. А. Дарре, 1890. – 320 с.
21. Блаватский В.Д. Античная цивилизация. – М.: Наука, 1973. – 267 с.
22. Блаватская Т.В. Черты истории государственности Элады. – СПб.: Алтейя, 2003. – 409 с.
23. Русяева А.С., Русяева М.В. Ольвия Понтийская: Город счастья и печали. – К.: Издательский дом “Стилос”, 2004. – 228 с.
24. Кадеєв В.І. Історія Стародавньої Греції і Риму: Курс лекцій. – Х.: Колорит, 2006. – 327 с.
25. Heinen H. *The Syrian-Egyptian Wars and the New Kingdoms of Asia Minor* // *САН.* Vol. 7. 1984. – P. 412–445.
26. Gabbert J.J. *The Greek heremony of Antigonos II Gonatas (r. 283–239 B.C.).* Cincinnati. 1972.

27. Тарн В.В. Эллинистическая цивилизация. – М.: Изд-во иностр. лит., 1949. – 372 с.
28. Мартенс Ф. Современное международное право цивилизованных народов. Т.1. Изд. 4-е, дополненное и исправленное. – СПб.: Тип. А. Бенке, 1898. – 434 с.

LEGAL REGULATION OF RELATIONS BETWEEN THE EAST MEDITERRANEAN ANTIC STATES DURING MILITARY CONFLICTS

L. Kondratyuk

*Polytechnic Institute of Pervomays'k
Admiral Makarov National University of Shipbuilding
Odes'ka Str. 107, UA – 55202 Pervomays'k, Mykolayiv region, Ukraine*

The article is devoted to the peculiarities of military conflicts legal regulation between East Mediterranean antic states. Relations between states in the periods of wars are complexly analyzed. Certain norms which regulated relations between belligerent states and allies are exemplified.

Key words: military law, international agreement, institute of asiliya, symahiyi, epimahiyi, glashatay.

ПРАВОВАЯ РЕГУЛЯЦИЯ ОТНОШЕНИЙ МЕЖДУ АНТИЧНЫМИ ГОСУДАРСТВАМИ ВОСТОЧНОГО СРЕДИЗЕМНОМОРЬЯ ВО ВРЕМЯ ВОЕННЫХ КОНФЛИКТОВ

Л. Кондратюк

*Первомайский политехнический институт
Национального университета кораблестроения имени адмирала Макарова,
ул. Одесская, 107, 55202 Первомайск, Николаевская обл., Украина*

В статье освещают особенности правовой регуляции военных конфликтов в античных государствах Восточного Средиземноморья. Целью данной статьи является комплексный анализ межгосударственных отношений в периоды войн. Анализируются отдельные нормы, которые регулировали отношения между воюющими сторонами и союзниками во время военных конфликтов.

Ключевые слова: военное право, международные договоры, институт асии, симахии, епимахии, глашатай.

Стаття надійшла до редколегії 25.12.2009

Прийнята до друку 10.01.2010.

ДО ПИТАННЯ ПРО СТАНОВЛЕННЯ ТА РОЗВИТОК ФЕДЕРАЛЬНОЇ СУДОВОЇ СИСТЕМИ США

О. Ригіна

*Львівський національний університет імені Івана Франка
вул. Університетська, 1, 79000 Львів, Україна
тел. (0322) 74-03-85, e-mail: Elena_rygina@ukr.net*

Висвітлюється еволюція федеральної судової системи США, підкреслюється особливість судової системи США загалом, яка виявляється через її дуалістичний характер, оскільки на цій території паралельно функціонує федеральна судова система та судова система штатів.

Ключові слова: США, Конституція, Судовий акт, судова система, суди, судді.

Здійснення судово-правової реформи в умовах інтеграції України до міжнародного співробітництва, зростаюча взаємозалежність національних правових систем передбачає всебічне вивчення, об'єктивний аналіз і доцільне використання досвіду й досягнень, накопичених світовою спільнотою. Перед українською юридичною наукою постала нагальна потреба використання міжнародного досвіду, що дасть змогу створити оптимальну модель судоустрою.

Важливим у цьому сенсі дослідження державно-правового досвіду США, які є високорозвинутою державою. Окрім цього, Україна та США прагнуть гармонізувати законодавство з нормами міжнародного права.

Федеральна судова система США почала формуватися з 1789 р., оскільки тоді Конгрес прийняв Судовий акт (Judiciary act of 1789), який передбачав створення, поряд з головною судовою інстанцією країни – **Верховним Судом США**¹, трьох **окружних**² й тринадцяти **районних судів**. Нагадаємо, що ст. 3 Конституції США 1787 р. передбачає створення Верховного Суду США й власне “інших” судів, не зазначаючи їхніх видів і компетенції, що обмежені лише визначенням питань, підсудним федеральним судам [2, с. 12]. До цього часу судова система США була представлена лише судами штатів, до юрисдикції котрих належало вирішення питань, які виникали на їхніх територіях. Підкреслимо, що й сьогодні вони мають повноваження розглядати справи, які не мають федерального значення (не виникли на підставі Конституції 1787 р., законів чи міжнародних договорів США). Однак тоді, як і на сучасному етапі, суди штатів не могли вирішувати спори між штатами, розглядати справи щодо послів чи інших офіційних представників держави.

Зазначимо, що формування федеральної судової системи не завершилося наприкінці XVIII ст., а на думку професора Д. Карлена: “Сьогодні структура та функціонування судової системи США настільки складні, що пересічним американцем надзвичайно важко зрозуміти її сутність та здійснювати контроль над нею” [3, с. 36].

¹ Верховний Суд США (Supreme Court of USA) на підставі Судового акта 1789 р. складався з шести суддів – Головного судді та п'яти асоційованих суддів, а з 1868 р. по сьогодні – з дев'яти суддів. Слухає як перша судова інстанція справи, в яких стороною є штат, посол чи інший офіційний представник держави, як апеляційна – справи, котрі мають федеральне значення.

² Округні суди (Circuit courts) були апеляційними інстанціями щодо рішень районних судів, а також розглядали окремі категорії справ як перша інстанція [1].

Упродовж XIX ст. – 1959 р.³ територія США поступова зростала за рахунок купівлі земель та прямої агресії. У 1803 р. за 15 млн доларів було придбано величезну французьку територію (тепер штат Луїзіана). Після американсько-мексиканської війни (1846–1848) Мексика віддала США території сучасних штатів Техас, Каліфорнії, Юти та частину Колорадо. Швидкими темпами збільшувалась кількість населення – з 5,3 млн осіб у 1800 р. до 23,1 млн у 1850 р. У другій половині XIX ст. збільшилася кількість членів федерації: якщо у 70-х роках XIX ст. налічувалося 38 штатів, то на початку XX ст. – 45 [4, с. 294–295, 301]. Зважаючи на це, зросла кількість федеральних районних і окружних судів.

Федеральний закон – Судовий акт 1801 р. (Midnight Judge Act of 1801) передбачив функціонування федеральної судової системи вже не в складі 3, а 16 окружних судів. Недоліком було те, що й у XIX ст., згідно із Судовим актом 1789 р., всі судді Верховного Суду США брали участь у роботі окружних судів аж до 1891 р.⁴, що негативно впливало на його діяльність. Наприклад, на час відкриття його чергової сесії у жовтні 1890 р. в залишку знаходилося 1800 справ. Професор Г.В. Перрі Мол. пояснив це прийняттям у 1869 і 1875 рр. федеральних законів, що розширили юрисдикцію федеральних судів. Унаслідок цього, справи, які раніше вирішували суди штатів, стали підсудні федеральним судам [5, с. 299].

Упродовж XIX–XX ст. відбулися докорінні зміни організації федерального судоустрою США, сформованого 1789 р. На підставі федеральних законів було створено, окрім судів “загального права” (Верховного, окружних, апеляційних, районних), спеціалізовані суди, які розглядають справи, наприклад, щодо відповідальності держави, порушення вимог податкових, митних, патентних законів [6, с. 393].

Станом на 2009 р. територія США складається з 94 судових районів: кожного з 50 штатів (1–4 райони), федерального округу Колумбія (1), Пуерто-Рико, Східного Самоа, Гуам, Віргінських і Північно-Маріамських островів⁵, в кожному з яких створено федеральний районний суд. До федеральної судової системи належить Верховний Суд США; 13 апеляційних: один з яких Апеляційний Суд США федерального округу (U.S. Court of Appeals for the Federal Circuit) (або федеральної юрисдикції); один Апеляційний Суд федерального округу Колумбія (District of Columbia Court of Appeals); по одному апеляційному суді (courts of Appeals) у кожному з 11-ти апеляційних округів, які охоплюють 3–10 штатів⁶; 94-х районних судів (district courts), у тому числі суд першої інстанції федерального округу Колумбія (District of Columbia Superior Court), низки спеціалізованих судів, судів-магістратів (комісари) [7, с. 1208; 8, с. 123; 9, с. 227]. В юридичній літературі федеральні суди першої інстанції часто називають терміном “окружні”, але дослівний переклад терміна “district courts” – районний суд [10, с. 164].

Районні суди є судами першої інстанції, створені у кожному з 94 районів США, різних за розміром. У великому за площею штаті може бути 3–4 райони, в

³ 1959 р. до складу США було приєднано 49-й та 50-й штат (Аляску та Гаваї).

⁴ У 1891 р. було прийнято федеральний закон – Апеляційний акт (Appreal Act of 1891) про створення апеляційних судів, згідно з яким Конгрес скасував участь суддів Верховного Суду США у роботі окружних судів. Було створено 9 апеляційних судів, що склалися з двох окружних суддів і судді районного суду. Окружні суди ліквідували 1911 р., а справи, які були підсудні останнім, стали підсудні районним судам [5, с. 299].

⁵ Автономні території Пуерто-Рико, Гуам, Східне Самоа, Північно-Маріамські та Віргінські острови мають свої конституції, але підпорядковуються федеральному законодавству США. На цих територіях є федеральні суди, оскільки у них діє Конституція США, а питання, що не мають федерального значення, розглядають місцеві суди [19, с. 280].

⁶ Федеральні апеляційні округи охоплюють території декількох штатів, наприклад, до шостого апеляційного округу належать Огайо, Кентуккі, Теннессі та Мічиган [7, с.306].

малонаселеному – один. Наприклад, Нью-Йорк складається з Південного, Північного, Східного та Західного району, а штат Монтана – з одного. Кожен федеральний районний суд складається щонайменше з двох суддів, але районний суд Південного району Нью-Йорку – з 46 [7, с. 304–305]. Ці суди розглядають кримінальні й адміністративні справи щодо порушення (недотримання) вимог федеральних законів [11, с. 123; 9, с. 233].

У складі районних судів, окрім перелічених суддів, на постійній основі працюють судді-магістрати (мирові судді⁷), які здійснюють підготовчі дії до розгляду справ і контролюють виконання судових рішень. Магістрати можуть самостійно розглядати кримінальні справи про обвинувачення у вчиненні незначних злочинів⁸, за умови, що підсудний не наполягає на слуханні справи суддями [11, с. 123].

Будь-яке рішення районного суду може переглядати апеляційний суд відповідного округу, який також розглядає скарги на рішення адміністративних органів, наприклад, Національної ради з трудових відносин, міністерств і соціальних служб. Апеляційний Суд США федерального округу розглядає скарги на рішення федеральних спеціалізованих судів.

Найменше суддів діяло у складі Апеляційного Суду США I округу (північний схід країни) – 10 осіб, а найбільше – у складі Апеляційного Суду США IX округу (західні регіони й Аляска), де 2004 р. налічувалося 48 суддів [7, с. 306]. Головою федерального апеляційного суду є суддя, який найтриваліший час перебуває на посаді, але не досяг 70-річного віку. Зазвичай справи в апеляційних судах розглядаються колегією з трьох суддів [11, с. 123].

З другої половини XIX ст. у США на підставі федеральних законів почали створювати суди спеціалізованої – обмеженої юрисдикції (limited jurisdictions): 1855 р. – Суд США з претензій до федерального уряду, 1924 р. – Податковий Суд США, 1926 р. – Митний Суд США (1980 р. перейменований на Суд США у справах зовнішньої торгівлі), 1951 р. – Апеляційний Суд США у Збройних силах, 1968 р. – інші військові суди, 1972 р. – Тимчасовий Надзвичайний Апеляційний Суд, 1978 р. – Суд з нагляду за іноземною розвідувальною діяльністю, 1978 р. – суди банкрутства, 1988 р. – Апеляційний Суд США у справах ветеранів [12, с. 68; 13, с. 767].

Суд США з претензій до федерального уряду (U.S. Court of Federal Claims), або Палата претензій, як наголосив доцент М.В. Кравчук, було створено “для того, щоб поведінка уряду в спорах з громадянами була справедливою” [14, с. 83]. Спочатку він розглядав вексельні справи, відтак, на підставі Акта від 3 березня 1963 р., Конгрес схвалив пропозицію Президента А. Лінкольна (1861–1865), надавши судові право виносити остаточне рішення, яке може бути переглянute Верховним Судом США у визначених випадках. Наприкінці XX ст. цей суд складався з 18 суддів, у тому числі голови та його заступника.

⁷ В американській юридичній літературі поряд з терміном “суддя”, використовують “світський” (“мировий”) суддя: у широкому значенні – будь-який суддя, у вузькому – судовий службовець, підпорядкований судді, обраний спеціальною комісією на 8 років, може повторно переобратися ще на один термін. Він уповноважений з дозволу сторін розглядати деякі цивільні справи й ухвалювати рекомендовані, але не остаточні рішення. Зазвичай, світські судді здійснюють судочинство у селах, де можуть паралельно бути адвокатами [11, с. 181–182].

⁸ У кримінальному праві США злочини поділяються на фелонії (felony) та місдмінори (misdemeanor). Фелонії – злочини, покаранням за вчинення яких передбачено ув’язнення терміном понад рік або найвища міра – смертна кара, а місдмінори караються позбавленням волі до року. Кримінальне законодавство окремих штатів передбачає тяжкі місдмінори, за вчинення яких передбачено покарання позбавленням волі до двох років. Розмежування між місдмінорами й фелоніями відображено на досудовому розслідуванні справи [7, с. 451].

Юрисдикція Суду США з претензій до федерального уряду була передбачена у федеральному законі – Акті Такера 1887 р. Цей суд розглядає справи щодо: 1) грошових претензій, які не стосуються податкових зобов'язань та обґрунтовані положеннями Конституції, законів, нормативних актів Президента й уряду США; 2) позовів про невиконання чи неналежне виконання контрактів, укладених між урядом і фізичними чи юридичними особами; 3) позовів про незаконне обмеження права власності як порушення V поправки до Конституції; 4) питання про порушення авторського та патентного права; 5) претензій індіанських племен до уряду про порушення меж їхніх територій та про сплату на їхню користь компенсації за шкоду, заподіяну їхнім землям і резерваціям. Згодом йому стали підсудними справи про оспорування проведення тендерів (згідно з федеральним законом 1982 р.), спори щодо грошових виплат (до 20 тис. доларів) особам, котрі постраждали під час Другої світової війни (Акт про громадянські права 1988 р.), спори про виплату (до 25 тис. доларів) особам, які постраждали від вакцинації, здійсненої за рішенням Державної адміністрації, звернення фізичних і юридичних осіб про захист рослин (станом на 1995 р. таких позовів не було) та ін. [15, с. 48–50].

У 1924 р. було засновано Податкову апеляційну колегію – незалежний федеральний орган виконавчої влади, до якої платники податків оскаржували нормативні акти податкових відомств про заборгованість за податковими платежами без попередньої оплати і наступних позовів про відшкодування⁹. У 1942 р. її перейменували на *Податковий Суд США* (U.S. Tax Court), але зміна назви не супроводжувалася змінами правового статусу аж до 1969 р., коли йому надали правового статусу федерального апеляційного суду. Податковий Суд розміщений у м. Вашингтон, але здійснює виїзні засідання в 60-ти містах.

Основна функція Податкового Суду США – перегляд нарахування суми податкових заборгованостей за зобов'язаннями платників податків, які можуть бути оскаржені, якщо: 1) заборгованість є визначена відповідним податковим відомством; 2) про це повідомлені платники; 3) платник подав до цього суду позов у визначений строк. Сторони у справі та суд повинні дотримуватися перелічених процесуальних правил. Суд може відмовити у розгляді позову, навіть коли немає правових підстав для цього¹⁰.

Податковий Суд США складається з 19-ти суддів, яких призначає Президент за погодженням Сенату терміном на 15 років. Окрім цих суддів, у складі суду діють спеціальні процесуальні судді (тобто, судді-магістрати), що можуть ухвалювати рішення у справах, ціна позову в яких не перевищує 10 тис. доларів, розглядати інші справи та виносити проект рішення. Після цього матеріали справи й проект рішення передаються судді, який може погодитись з його думкою чи відхилити її [16, с. 19–20].

Суд США у справах зовнішньої торгівлі (U.S. Court of International Trade) складається з 9 суддів, слухає справи про притягнення до відповідальності винних у порушенні федерального митного законодавства. Його місцезнаходження – м. Нью-Йорк, але може засідати у кожному портовому місті США [11, с. 227, 233] або на території інших держав, якщо це узгоджено з урядом США та відповідною

⁹ Існує декілька винятків з правила щодо оподаткування доходів акціонерних товариств, які деколи можуть розглядати федеральні районні суди і Палата претензій без попередньої оплати, але останній повинен визначити суму депозиту [16, с. 19].

¹⁰ У рішенні в справі „Беркері проти CIR” зазначалося: позов особи, яка переховувалася від правосуддя, відхиляється, оскільки зневажливе ставлення позивача до федерального суду позбавляє його права звертатися до нього [16, с. 19].

країною чи багатосторонніми міждержавними договорами. Цей суд компетентний розглядати: 1) скарги на всі рішення уряду США, інструкції федеральних відомств про заборону імпорту визначених товарів; 2) претензії суб'єктів міжнародної торгівлі щодо виконання договорів; 3) скарги про порушення вимог законів щодо протекціоністської політики уряду на користь суб'єктів міжнародної торгівлі США (їхніх громадян і юридичних осіб, зареєстрованих як американські).

Справи цього суду розглядає суддя одноособово, але якщо необхідно визначити конституційність актів або діяльності, керуватися положеннями федерального законодавства чи якщо справа має загальнодержавне значення, привертає увагу громадськості, то Голова Суду призначає слухання справи у складі трьох суддів [17, с. 60].

У 1972 р. як спеціалізований було створено *Тимчасовий Надзвичайний Апеляційний Суд*, який розглядає справи про порушення правил використання енергії. Ще одним спеціалізованим є *Суд США з нагляду за іноземною розвідувальною діяльністю* (Foreign Intelligence Surveillance Court)¹¹, суб'єктом звернення до якого є Генеральний атторней США про надання дозволу на встановлення апаратури підслуховування та відео-фіксації в інтересах національної безпеки. Суддями цих судів є судді інших федеральних судів, яких призначає Головний суддя США на час розгляду справи [17, с. 60–61].

У США діє система федеральних спеціалізованих військових судів: *Апеляційний Суд США у Збройних силах* (U.S. Court of Appeals for the Armed Forces) розглядає апеляційні скарги на рішення військових судів і *Апеляційний Суд США у справах ветеранів* (U.S. Court of Appeals for Veterans Claims) – скарги колишніх військовослужбовців на рішення Адміністрації у справах ветеранів щодо грошових виплат [9, с. 227, 233; 7, с. 305]. Згідно з законом “Про військову юстицію” 1968 р., було створено суди військового нагляду як суди першої інстанції при міністерстві армії, військово-повітряних силах і військово-морському флоті [18, с. 26].

Суд США у справах ветеранів, вирішуючи справи колишніх військовослужбовців до адміністрації у справах ветеранів про сплату грошових виплат, здійснює тлумачення положень федерального законодавства, визначає відповідність рішень цієї адміністрації до його вимог, встановлює юридичні факти. Суд може визнати неконституційними рішення, висновки, правила, прийняті адміністрацією, якщо вони порушують конституційні та законні права особи, винесені з порушенням юрисдикційних повноважень, чи процесуальних норм.

Особа, яка подає скаргу на рішення цієї адміністрації, повинна звернутися до суду в 120-денний термін після дати, якою зафіксоване відправлення рішення. Судове рішення може бути оскаржено до Апеляційного Суду США федерального округу. Останньою інстанцією перегляду його рішення є Верховний Суд США. Рішення Суду США у справах ветеранів про грошову винагороду послуг адвокатів є остаточним і не може переглядатися жодним судом (параграф 4063 (д) Зводу законів США) [17, с. 59].

Від 1978 р. у межах федеральних районних судів почали створювати спеціалізовані *суди в справах про банкрутство* [8, с. 123], які розглядають питання: 1) визнання суб'єктів підприємницької діяльності банкрутами; 2) оскарження дій урядових органів влади, юридичних або фізичних осіб, що своїми нормативними актами чи діями створили умови, що призвели до банкрутства; 3) оскарження порядку

¹¹ Створений на підставі федерального закону – Акта про нагляд за іноземною розвідувальною діяльністю (Foreign Intelligence Surveillance Act of 1978) [7, с. 305].

й інших дій у процесі реалізації майна осіб, визнаних банкрутами тощо [17, с. 60]. Ця категорія справ розглядається на підставі норм федерального законодавства, але судді можуть керуватися законами штату, на території якого виник спір [11, с. 182]. Рішення цих судів можуть переглядати федеральні окружні суди, апеляційні суди чи спеціальні засідання суддів відповідних судів [17, с. 60].

Суддів спеціалізованих судів (за винятком Суду США у справах зовнішньої торгівлі та Суду з нагляду за іноземною розвідувальною діяльністю) називають “суддями першої статті Конституції”, а ці суди – “судами першої статті”. На відміну від федеральних суддів, які призначені в суди загальної юрисдикції, суддів спеціалізованих судів призначають на визначений термін, наприклад, судді Апеляційного Суду США у Збройних силах – на 15 років, а судді судів у справах про банкрутство – на 14 років [7, с. 306]. Сказане, однак, суперечить положенням ст. 3 Конституції США 1787 р. про те, що федеральні судді займають свої посади “до часу, поки поведуть себе бездоганно” [2, с. 12].

Отже, зважаючи на федеральний державний устрій США, в цій країні судова система має свої особливості. Першою з них є її дуалізм, оскільки паралельно функціонує федеральна судова система та судова система штатів. Очолює судову систему цієї держави Верховний Суд США, який не може переглядати рішень, ухвалених судами штатів, якщо вирішені спори не стосувалися федеральних питань. Наступною особливістю судової системи США є вузька спеціалізація судів, що сприяє поліпшенню якості судочинства, швидкому відновленню прав та інтересів фізичних і юридичних осіб.

1. The Judiciary Act of 1789 – [Електронний ресурс] – Режим доступу до зак.: <http://www.constitution.org/uslaw/judiciary 1789.txt>. – Назва з титул. екрана.
2. The Constitution of the United States and the Declaration of Independence // Commission on the Bicentennial of the Constitution – N.Y. Washington, D.C. 2006. – 46 p.
3. Карлен Д. Американские суды: система и персонал / Дельмар Карлен [Пер. с англ. В.А. Власихина, под ред. и с вступ. статей д. ю. н. Б.С. Никифорова]: Учеб. пособие [для студ. высш. учеб. зав.] – М.: Прогресс, 1972. – 124 с.
4. Страхов М.М. Історія держави і права зарубіжних країн: Навч. посіб. [для студ. вищ. навч. закл.] – 2-ге вид., перероб. і доп. / Микола Миколайович Страхов. – К: Концерн, Видавничий дім “Ін Юре”, 2003. – 584 с.
5. Perry H. W., Jr. Deciding to decide: a agenda setting in the United States Supreme Court / Hersel W. Perry, Jr. – Harvard University Press. – 1994 – 416 p.
6. Давид Р. Основные правовые системы современности / Рене Давид; [Пер. с франц. проф. В.А.Туманова] – М.: Прогресс, 1988. – 496 с.
7. Бернам У. Правовая система США / Уильям Бернам; [Пер. с англ. А.В. Александрова, В.А. Власихина, А.Л. Коновалова, А.А. Мишина, Е.Д. Провоторовой, Д.С. Таратухиной, О.А. Шварца, А.Н. Русова] – вып. 3-й – М. : Новая юстиция, 2006. – 1216 с.
8. Луць Л.А. Сучасні правові системи світу: Навч. посіб. [для студ. вищ. навч. закл.] / Людмила Андріївна Луць – Л.: Юридичний факультет ЛНУ ім. І. Франка, 2003. – 247 с.
9. Молдован В.В. Судострій: Україна, Велика Британія, Російська Федерація, США, ФРН, Франція. Судові органи ООН.: Навч. посіб. [для студ. вищ. навч. закл.] / Валер’ян Васильович Молдован – К.: Кондор, 2003. – 256 с.
10. Загнітко А.П. Великий сучасний словник англо-український українсько-англійський словник (200000 слів) / Анатолій Панасович Загнітко, Ілля Григорович Данилюк. – Донецьк: ТОВ ВКФ “Бао”, 2008. – 1008 с.

11. Бернхем В. Вступ до права та правової системи США / Вільям Бернхем; [Пер. з англ. вид. Україна] – К.: Україна, 1999. – 566 с.
12. Тюріна О.В. Сучасні системи судових і правоохоронних органів (порівняльно-правова характеристика); Навч. посіб. [для студ. вищ. навч. закл.] / Оксана Володимирівна Тюріна – К.: КНТ, Видавничий дім “Скіф”, 2008. – 96 с.
13. Epstein L. Constitutional Law for a Changing America: Rights, liberties and justice. / Lee Epstein, Tomas G. Walker – 2-th. ed. – Washington: CQ Press, Felkenes. – 1991. – 860 p.
14. Кравчук М.В. Правова система США / Микола Володимирович Кравчук. – К.: Норма-Друк, 2004. – 136 с.
15. Шишкін В.І. Суд претензій до Уряду США / Віктор Іванович Шишкін // Право України. – 1995. – №1. – С. 48.
16. Шишкін В.І. Податковий суд США / Віктор Іванович Шишкін // Право України. – 1995. – №2 – С. 19.
17. Шишкін В.І. Спеціальні федеральні суди США / Віктор Іванович Шишкін // Право України. – 1995. – №5–6. – С. 59.
18. Гуценко К.Ф. Уголовная юстиция США [Критический анализ правовых институтов обеспечивающих уголовную репрессию]: Учеб. пособие [для студ. высш. учеб. зав.] / Гуценко Константин Федорович – М.: Юридическая литература, 1979. – 207 с.
19. Мироненко О. Конституційна юстиція: маловідомі сторінки історії / Олександр Мироненко // Закон і бізнес. – 2006. – №46 (774) (18.11.06–24.11.06) – С.280.

ON THE US FEDERAL JUDICIARY SYSTEM ORIGIN AND DEVELOPMENT

O. Ryhina

*Ivan Franko National University of Lviv,
Universytetska Str. 1, UA – 79000 Lviv, Ukraine
tel. (0322) 74–03–85, e-mail: Elena_rygina@ukr.net*

The author highlights the development of the US federal judiciary system. Peculiar features of the US judiciary system structure (dualism, presence of many specialized courts) are analyzed.

Key words: Constitution, judicial act, judiciary system, the courts, justices and judges.

К ВОПРОСУ О СТАНОВЛЕНИИ И РАЗВИТИИ ФЕДЕРАЛЬНОЙ СУДЕБНОЙ СИСТЕМЫ США

О. Ригина

*Львовский национальный университет имени Ивана Франка
ул. Университетская, 1, 79000 Львов, Украина
тел.(0322) 74–03–85, e-mail: Elena_rygina@ukr.net*

Освещается эволюция федеральной судебной системы США, подчеркивается особенность судебной системы США в целом, которая оказывается через ее дуалистический характер, поскольку на этой территории параллельно функционирует федеральная судебная система и судебная система штатов.

Ключевые слова: США, Конституция, Судебный акт, судебная система, суды, судьи.

Стаття надійшла до редколегії 04.12.2009

Прийнята до друку 10.01.2010

ОРГАНІЗАЦІЯ ТА ДІЯЛЬНІСТЬ КОПНИХ СУДІВ НА УКРАЇНСЬКИХ ЗЕМЛЯХ У СКЛАДІ РЕЧІ ПОСПОЛИТОЇ (XVII–XVIII СТ.)

Б. Тищик, М. Бедрій

*Львівський національний університет імені Івана Франка
вул. Університетська, 1, 79000 Львів, Україна
E-mail: bmarjan@bigmir.net*

У статті висвітлено питання організації та правового становища копних судів на українських землях у складі Речі Посполитої, встановлено їх роль у судовій системі цієї держави і проаналізовано розвиток цих органів у XVII–XVIII ст. Досліджується також питання особливостей функціонування звичаєво-правового інституту копного суду на українських землях. Охарактеризовано основні риси копного судочинства у XVII–XVIII ст., що ґрунтувалось на українському звичаєвому праві.

Ключові слова: копні суди, Річ Посполита, копні округи, українське селянство.

В умовах реформування судової системи сучасної України назріває необхідність здійснення історико-правових досліджень розвитку державно-правового інституту судової влади на українських землях. У цьому контексті становить інтерес і актуальність дослідження закономірностей і особливостей організації та діяльності копних судів на українських землях у складі Речі Посполитої.

У 1569 р. внаслідок укладення Люблінської унії між Польським королівством і Великим князівством Литовським було утворено двоєдину державу – Річ Посполиту [7, с. 50]. Формою цієї держави став особливий різновид станової монархії, яка тлумачиться в польській історіографії як шляхетська республіка, що проіснувала до 1795 р. У Речі Посполитій, яку очолював виборний король, якнайактивнішу участь у здійсненні державної влади брала шляхта, у тому числі через Вальний сейм і місцеві сеймики [6, с. 471]. Незважаючи на нові політичні, соціальні та правові умови, які сформувались на українських землях внаслідок укладення Люблінської унії, на них продовжували свою діяльність копні суди навіть у XVII–XVIII ст.

Копний суд був судом сільської громади, склад якого формувався шляхом обрання населенням копного округу “копних мужів”, тобто суддів цього суду. Назва копного суду походить від давньоруського слова “копа” – збирати, збиратися. Ці суди були втіленням віковичних традицій українського звичаєвого права. За допомогою цих органів селянство успішно боролось з різноманітними правопорушеннями та злочинністю, а також гарантувало собі право самостійно вирішувати усі питання місцевого значення.

Таких успіхів у сфері громадського судочинства українські селяни, яких активно закріпачували в XVII ст., могли досягти лише за підтримки шляхти, котра визначала тенденції розвитку держави і права Речі Посполитої. Як не дивно, але в них протягом тривалого часу була така підтримка з боку дрібної шляхти, тобто до початку XVIII ст. Так, у 1661 р. деякі шляхтичі Берестейського воєводства скаржились у гродський суд на шляхтича Станіслава Ізбицького, який разом з кількома іншими шляхтичами і великою кількістю селян, що зібрались на засідання копного суду та проводили розслідування кримінальної справи про викрадення гречки селянина Мартина Потики, без їхнього дозволу обшукували їх дома [2, с. 417].

Правові приписи звичаю, які з'єднували шляхтича та його підданих в одну спілку копних мужів, розірвано набагато швидше, якщо б шляхта була в цьому зацікавлена. Для кожного, кому був потрібним справедливий суд, було не вигідно знехтувати копним судом з його дієвими засобами вирішення справи та покарання винного. Тому багато шляхтичів у значній кількості справ, що були підсудні копному судові, вважали доцільним звертатися саме до цього органу з метою швидкого та правильного поновлення своїх порушених прав [12, с. 79].

Після вирішення справи у копному суді позивач повинен був сплатити певний процент від суми позову, тобто винагороду за працю копних суддів, яка називалась “пересуд” і “пам’ятне”. Проте ці витрати були незначними порівняно з витратами, які виплачував позивач у державних судах. Копний суд, як зазначив російський вчений-археограф О. Щербигін, був не лише швидким і справедливим, він був ще й економічно вигідним, тому навіть поміщики звертались до нього, незважаючи на існування гродських і земських судів [14, с. 28].

У XVII ст. копні суди активно діяли на українських землях, а особливо на Поліссі, та користувались значним авторитетом як органи громадського судочинства. Однак у другій половині XVII ст. шляхта майже цілком вийшла з-під юрисдикції копних судів. Відповідні тенденції почали формуватись ще у першій половині XVII ст. Так, 18 вересня 1640 р. жителі с. Кошара позивались у Володимирський гродський суд на шляхтичів Олександра та Яна Пасецьких, які завадили їм провести копне судочинство над злодієм Яськом Омеляновим [3, с. 532–533]. У 1609 р. громада с. Глиняни позивалась у Буський гродський суд на свого феодала, який погано до них ставився і не поважав їхніх правових звичаїв, котрі визнавали навіть його предки, що їм було віддано це село привілеєм короля [11, Арк. 314–315].

У XVIII ст. звернення осіб за захистом своїх прав до копного суду відбувалось досить рідко. Траплялись випадки, коли люди не тільки оскаржували рішення копних судів, але й позивались у державні суди з вимогою про притягнення до юридичної відповідальності копних суддів і тих осіб, які до них звертались. Ці люди не визнавали над собою влади копного суду, вважаючи його незаконним [1, с. 177–178].

Вчинивши злочин, шляхта уникала копного суду та використовувала всі наявні в неї засоби для перешкоди здійснення копного судочинства. Так, 4 вересня 1661 р. відбулося засідання копного суду у справі про викрадення бджіл з пасіки Куп’ятицького монастиря. На це засідання зійшлися жителі копного округу, окрім сіл Вольки Куп’ятицької та з Куп’ятич. Копний суд звинуватив у злочині жителів цих двох сіл. Коли возний вже повертався разом з копниками (учасниками копного суду) додому, вони зустріли пасічника Демка Федчина – підданого шляхтички Людмили Омецянки й запитали про причину відсутності на копі. Він відповів: “нам пани наші заборонили... а бджоли ті я... забрав з розказання пані Омецянки й пана Казновського... а меду взяв чашу”. Отже, Людмила Омецянка сама була винна у викраденні меду, тому й заборонила своїм селянам брати участь у засіданні копного суду [12, с. 75].

Цікаво, що жіноча частина української шляхти швидше, ніж чоловіча почала зневажати копний суд і суддів-селян. Українські шляхтичі ставились з повагою до правових звичаїв свого народу та брали участь у засіданнях копного суду “не водлугь права, а водлугь соседства” [4, с. 331]. Очевидно, під цією фразою необхідно розуміти “не за законом, але за звичаєм”.

Варто зазначити, що склад копного суду, зазвичай, формувався із шляхтичів, жителів селищ і селян. Так, 16 липня 1685 р. у селищі Народичі Овруцького повіту

відбулося засідання копного суду, в якому взяли участь шляхтичі Пашковські, Дидковські, Кобилинські, Ходаковські, Закусили, Барановські, жителі селищ Народичі та В'язівка, а також численне селянство.

Копні суди на українських землях у складі Речі Посполитої у XVII–XVIII ст. розглядали цивільні та кримінальні справи. Найважливішою категорією цивільних справ, які входили до компетенції копних судів, були земельні спори. Так, у 1602 р. возний Войцех Садимирський звітував у Вінницькому гродському суді про рішення копного суду, який складався з “добрих людей”, і вирішив земельний спір у с. Зорніськи [8, Арк. 2].

Серед кримінальних справ, які вирішували копні суди, переважали справи про крадіжки. Так, 7 лютого 1607 р. копний суд засідав біля с. Яблонька Луцького повіту, що було власністю брацлавського воєводи, з метою вирішення кримінальної справи про крадіжку селянами Гаврилом, Михайлом і Єрмаком свиней жителів с. Яблонька та овець жителів с. Воля Кукольська [3, с. 345–347]. У Пузівському лісі Володимирського повіту 20 квітня 1608 р. відбулось засідання копного суду у справі про викрадення меду та спалення сосни. У ньому взяли участь жителі сіл Велика Вербка, Руда, Овлучим, а також генеральні возні Наум Кузьминський і Стефан Ковалевський. Підозра впала на шляхтичів Василю Вербську, Семена Русальського, Мартина Андрузького та Павла Дахновича, а також жителів сіл Вербне та Вохновичі, оскільки вони не взяли участь у засіданні копного суду. Підозрювані були відсутні також на наступних засіданнях копного суду у цій справі, незважаючи на те, що возні їх про ці засідання повідомляли. Тому копний суд прийняв рішення, яким визнав цих суб'єктів винними у вчиненні злочину, а також зобов'язав їх відшкодувати збитки потерпілій Аврамі Пузовській [5, с. 66].

Крім типових кримінальних справ, копні суди на українських землях у складі Речі Посполитої в XVII–XVIII ст. розглядали також справи про чари і ворожіння. Так, у 1615 р. копний суд в с. Магуни Брацлавського повіту засудив до смертної кари чарівницю [10, с. 3].

Серед організаційних аспектів діяльності копних судів на українських землях у складі Речі Посполитої в XVII–XVIII ст. доцільно вказати на копні округи (околиці), які були сферами територіальної підсудності копних судів. Видатний український історик права А. Яковлів зазначав, що територія, на яку поширювалась компетенція копного суду (так звана “копна околиця”), у копному судочинстві відігравала значно вагомішу роль, ніж судові округи державних судів. Копна околиця не лише визначала територіальну підсудність копного суду, але водночас встановлювала склад копного зібрання, тобто копного суду [15, с. 5]. Копний округ складався з одного чи декількох сусідніх сіл або однієї чи кількох сусідніх волостей.

У 1625 р. копний суд, зібравшись на коповищі, що було розташоване в урочищі Перекоп Берестейського повіту, проводив розслідування вбивства Андрія Тишки. У розслідуванні цієї справи взяли участь жителі сіл Холдин, Грушове, Підземень, Камінь, Запронниця, Залісся, Селецьке, Медведичі, Заріччя, Бородичі, Липове та Турне [2, с. 283–284]. Очевидно, ці села становили спільний копний округ.

Видатний український історик В. Антонович виявив факт функціонування на території Овруцького повіту Київського воєводства Речі Посполитої двох копних округів: один займав басейн річки Ірши, шляхетські села Каленські, Ходаки і Чоповичі, а також селища і села, які були у приватній власності (Хотинівка,

Кам'янка, Сарнополь, Липляни, Кланівка, Красилівка і Татаринівичі); другий був розташований посеред допливів рік Уши, Жереви та Норині, включав до свого складу села Мошків, Пашин, Дідковці, Жакміли, Кобилин, Гаєвичі, Гошів і Шваби, у яких проживала околична (дрібна) шляхта, та села Хвосня, Потаповичі, Бондари, Скородне, Сельце, Жеревне, Раковщизне, Ласки, Сарнінки, В'язівка та Народичі, які були приватною власністю. Центром першого копного округу було с. Липляни, а другого – с. Гошів [1, s. 183].

Копні суди сформувались на основі вервних судів¹, а тому є підстави припустити, що межі копних округів відповідали межам колишніх вервей, тобто були стабільними і не залежали від місця вчинення злочину. Однак протягом XVII–XVIII ст. копні округи зазнали деяких змін, оскільки це було зумовлено впливом законодавства Речі Посполитої. Необхідно зазначити зміни, що були внесені у практику українських копних судів на підставі правових норм, закріплених у Литовських статутах:

1. У випадках виявлення трупа невідомої людини присяжна копа повинна була збиратись із містечок і сіл околичних в радіусі двох миль.

2. При розслідуванні та вирішенні справи про крадіжку склад копного суду формувався з осіб, які проживали в радіусі однієї милі від місця злочину [15, с. 18].

Отож, у цих двох категоріях справ копні округи не завжди відповідали межам колишніх вервей, що було результатом впливу офіційного законодавства Речі Посполитої на українське звичаєве право.

Копні суди здійснювали судочинство поетапно. Стадії копного процесу називались “копи”. Залежно від справи, яку вирішував копний суд, їх кількість могла бути різною, проте загалом можна згрупувати та виділити три основні стадії копного судочинства: гаряча копа, велика копа та завита копа. При виявленні злочину жителі копного округу (гаряча копа) повинні були вжити заходів, щоб знайти злочинця, тобто: робити обшуки, опитувати потерпілих і очевидців [7, с. 71–72]. Велике значення на стадії гарячої копи мало також поволення, яке полягало в повідомленні околиці про злочин та ім'я злочинця. Так, 4 липня 1604 р. на засіданні копного суду, що відбулося на березі р. Грушвиці (Луцький повіт) у справі про викрадення коня Івана Крачковича свідок Терешко дорікнув підсудному Маску: “коли б у тебе віз украли, то ти б відразу сповістив сусідів, але ні перед ким того не повідав, аж у той час, коли знайшли слід у коноплі возовий...” [12, с. 105]. Отже, відсутність поволення була підставою для сумнівів у факті злочину.

Для судового розгляду збиралась “велика копа” – всі “мужі”, тобто представники сіл копного округу [7, с. 71–72]. У 1683 р. в селищі В'язівка Овруцького повіту копний суд у складі 32-х суддів та присутності багатьох інших людей з різних сіл взяв під варту Матвія Артюшенка Мошковського як підсудного у справі про викрадення котла. Після отримання предмета злочину (“лиця”), тобто вкраденого котла, копний суд звернувся до присутніх на копі людей, щоб кожен, хто зазнав від підсудного шкоди, про неї заявив. Унаслідок цього звернення на підсудного були подані численні скарги, які стосувалися здебільшого крадіжок. Так, єврей Йось із Народич звинуватив підсудного в тому, що він украв у нього срібло та гроші [1, s. 185–187]. За результатом судового розгляду копний суд виносив рішення.

¹ Вервні суди – судові органи територіальних громад (вервей) Київської Русі та Галицько-Волинської держави, які утворились на українських землях унаслідок трансформації додержавних общинних судів в умовах становлення Давньоукраїнської держави. У Руській Правді вервний суд зафіксовано під терміном “звід 12-ти мужів”.

Для виконання вироку збиралась “завита копа”. Копний суд, розглянувши кримінальну справу, міг засудити винного до штрафу, відшкодування збитків, заподіяння тілесних покарань і навіть смертної кари, проте він досить часто практикував умовне засудження [7, с. 72].

Найсуттєвіша особливість копного судочинства на українських землях у складі Речі Посполитої XVII–XVIII ст. порівняно з давнім громадським судочинством полягала у тому, що воно перебувало в значній залежності від підтримки з боку місцевої шляхти. У 1624 р. шляхтич Ярош Белський скликав жителів навколишніх сіл на засідання копного суду в с. Щитин Володимирського повіту. Копний суд розглядав справу про викрадення селян, які були підданими позивача. Відповідно до прийнятого цим органом рішення винним у злочині було визнано Пилипа Слюсара. Проте під час виконання рішення його феодал Адам Гдешинський відмовився видати копному суду свого підданого [3, с. 451–452]. Цей факт та інші подібні випадки спонукають до висновку, що навіть після виконання усіх необхідних процесуальних дій копне судочинство не завжди було дієвим, оскільки впливові феодали інколи перешкоджали у виконанні рішень копного суду.

Сфера діяльності копних судів на українських землях під владою Речі Посполитої поступово звужувалась. Коли в XVI – першій половині XVII ст. усі визнавали вироки копних судів, а громада навіть зверталася до державних органів за допомогою у виконанні копних декретів (рішень копного суду), то в другій половині XVII–у XVIII ст. шляхта, яка раніше була активним учасником копного суду, стала з ним безкомпромісно боротись, вважаючи копу нелегальною. Посадові особи державної влади, у тому числі старости, перестали визнавати копний суд громадським правовим інститутом, який базувався на українських правових звичаях, а відносились до нього як до свавілля та привласнення державних повноважень.

Наведену ситуацію можна пояснити тим, що особи, яких центральна влада Речі Посполитої призначала на посади старост та інших чиновників на українських землях в XVII–XVIII ст., зазвичай, були поляками. Вони зовсім не знали і тим паче не розуміли українських правових звичаїв. Їх ставлення до копних судів і копного судочинства було ворожим [1, s. 188]. Так, у 1714 р. житомирський скарбник, намісник староства Василь Виговський звинуватив Олександра Ходаковського у “збиранні суду копного, правом забороненого” [1, s. 177]. Водночас документальні джерела XVIII ст. доводять, що копний суд у той час визнавався серед місцевого населення правовим інститутом актуальним і необхідним. Так, 29 січня 1707 р. шляхтич Ян Дзіковський скаржився у Пінський гродський суд на священика Геретея Шеметила, який привселюдно звинуватив його в крадіжці, не зібравши перед цим копи, яка би провела слідство та встановила істину в цій справі [2, с. 516–517].

Веледницький староста Ф. Потоцький проводив жорстку, довгу та абсолютно необґрунтовану з юридичного боку боротьбу з копними судами. У 1699 р. він позивався у королівський асесорський суд на українські шляхетські роди Мошковських, Болсуновських, Пашинських, Васьковських та Ущাপовських, які, на його думку, вважали себе “вільними боярами”, були бунтівниками проти влади старости, ухилялись від проходження військової служби, а також організовували копні суди. Ф. Потоцький пред’явив їм ще багато звинувачень, серед яких було те, що вони свавільно людей смертю карають. Як доказ цього звинувачення він наводив той факт, що ці бояри повісили Матвія Кузьменка та Василя Артюховича. Насправді це були небезпечні та відомі на Поліссі злодії, яких справедливо засудив до страти копний суд.

Радикальний противник копних судів Ф. Потоцький, запекло протистоячи українській ходачковій шляхті, яка проживала на лісових островах Овруцького повіту, знехтував юридичною чинністю на той час Литовського статуту (тоді на Київщині діяв Другий Литовський статут 1566 р.), за яким викрадач бджіл, котрого засудив копний суд, повинен заплатити три рублі грошей, крім тих злодіїв, що “з лицем” спіймани, оскільки їх слід було повісити [1, с. 188–189].

В архівному акті, який опублікував польський науковець-археолог XIX ст. Є. Тишкевич, згадувалось про засідання копного суду, яке відбулося 24 січня 1773 р. Зміст цього документа дає підстави стверджувати, що копні суди навіть наприкінці XVIII ст. були досить актуальними для українського сільського населення. На засідання цього копного суду прибули копники з 13 сіл, що становили копний округ. Розгляд справи відбувався на традиційному коповищі. Копний суд засудив злодія, якого було спіймано на гарячому, до смертної кари та визначив час і місце виконання свого вироку [12, с. 68].

Отже, діяльність копних судів на українських землях під владою Речі Посполитої XVII–XVIII ст. була активною, ефективною та забезпечувала правопорядок у тогочасному суспільстві. Надалі велику роль у цьому процесі стало відігравати ставлення шляхти до копних судів, оскільки саме вона домінувала у суспільстві та державі Першої Речі Посполитої. Незважаючи на повне закріпачення українського селянства у XVII ст., його громадські судові органи, а саме – копні суди, продовжували захищати права та інтереси селян і навіть наділяти їх певною судовою владою щодо своїх феодалів. Це було явищем феноменальним, але воно поступово занепадало, що видно з документальних джерел XVIII ст.

1. Gawronski F. Sądy kupne vel kopne na Polesiu. – б. м. і р.
2. Акты издаваемые Виленскою археографическою комиссією / Предсѣдатель Ю.О. Крачковскій. – Томъ XVIII. Акты о копныхъ судахъ. – Вильна, 1891. – 577 с.
3. Архивъ Юго-Западной Россіи, издаваемый временною комиссією для разбора древнихъ актовъ, височайше учрежденною при Киевскомъ, Подольскомъ и Волынскомъ генераль-губернаторѣ. – Часть шестая. Акты объ экономическихъ и юридическихъ отношеніяхъ крестьянъ въ XVI – XVIII вѣкѣ (1498 – 1795). – Томъ 1. – Киевъ, 1876. – 614 с.
4. Ефименко А. Я. Южная Русь. – Томъ 1. – Санкт-Петербургъ, 1905. – 439 с.
5. Иванишев Н. О древнихъ сельскихъ общинахъ в Юго-Западной Россіи. – Киевъ, 1863. – 72 с.
6. Історія держави і права зарубіжних країн (Середні віки та ранній новий час) / За ред. Б. Й. Тищика. – Львів: Світ, 2006. – 696 с.
7. Кульчицький В.С., Тищик Б.Й. Історія держави і права України. – К.: Атіка 2006. – 352 с.
8. Львівська наукова бібліотека імені В. Стефаника. Відділ рукописів. – Ф. 5 (Оссолінські колекції). – Опис 1. – Спр. № 4105.
9. Народичі: історична хроніка // www.narodichi.info
10. Спрогись И. Я. Народный судъ литвиновъ надъ колдунами (чародѣями) 1615 года. – Витебскъ, 1896. – 18 с.
11. ЦДІА України у м. Львові. – Фонд 3 (Буський гродський суд). – опис 1. – спр. № 43.
12. Черкаський І. Громадський (копний) суд на Україні-Русі XVI-XVIII ст. // Праці комісії для виучування історії західноруського та українського права. – Вип. 4, 5. – Київ, 1928. – 714 с.

13. Черкаський І. Поволання над трупом забитого // Праці комісії для виучування історії західноруського та українського права. – Вип. 1. – Київ, 1925. – С. 90–107.
14. Щербицький О. В. Суды въ бывшемъ Великомъ княжестве Литовскомъ. – Вильна, 1912. – 79 с.
15. Яковлів А. Околиці (округи) копних судів XVI-XVIII в. в. на Україні // Життя і право. – 1929. – Ч. 1. – Львів, 1929. – С. 5–19.

ORGANIZATION AND OPERATION OF COMMUNITY COURTS IN UKRAINIAN LANDS WITHIN RICH POSPOLITA (XVII– XVIII CENTURIES)

B. Tyshchuk, M. Bedriy

*Ivan Franko National University of Lviv,
Universytets'ka Str. 1, UA-79000 Lviv, Ukraine
E-mail: bmarjan@bigmir.net*

The authors highlight the organization and operation of community courts in Ukrainian lands within Rich Pospolita, their legal status within the judicial system of the state is established. The role of community courts in the judiciary of this state is analyzed as well as the process of these bodies development in XVII – XVIII centuries.

Key words: community courts, Rich Pospolita, community districts, Ukrainian peasantry.

ОРГАНИЗАЦИЯ И ДЕЯТЕЛЬНОСТЬ КОПНИХ СУДОВ НА УКРАИНСКИХ ЗЕМЛЯХ В СОСТАВЕ РЕЧИ ПОСПОЛИТОЙ (XVII–XVIII СТ.)

Б. Тищик, М. Бедрий

*Львовский национальный университет имени Ивана Франка
вул. Університетська, 1, 79000 Львов, Украина
E-mail: bmarjan@bigmir.net*

В статье отражен вопрос организации и правового положения копных судов на украинских землях в составе Речи Посполитой, установлена их роль в судебной системе этого государства и проанализировано развитие этих органов в XVII–XVIII ст. Исследуется также вопрос особенностей функционирования обычно правового института копного суда на украинских землях. Охарактеризованы основные черты копного судопроизводства в XVII–XVIII ст. , что основывалось на украинском обычном праве.

Ключевые слова: копни суды, Речь Посполитая, копни округа, украинское крестьянство.

Стаття надійшла до друку 02.12.2009

Прийнята до друку 10.01.2010

КОНСТИТУЦІЙНЕ ПРАВО

ПРОЕКТ ЗМІН ДО КОНСТИТУЦІЇ УКРАЇНИ: ТЕНДЕНЦІЇ РОЗВИТКУ КОНСТИТУЦІЙНО-ПРАВОВИХ ІНСТИТУТІВ

В. Кобрин

*Львівський національний університет імені Івана Франка
бул. Університетська, 1, 79000 Львів, Україна
e-mail: volodymyrkobryn@meta.ua*

У статті проаналізовано зміни до Конституції України, пропоновані до внесення Президентом України. В ній розглянено переваги та недоліки таких змін, зокрема в контексті порівняння з нині чинною редакцією Основного Закону.

Ключові слова: конституція, Основний Закон, зміни.

Питання ухвалення змін до Конституції України, реформування державної влади, механізми взаємодії між основними політичними інститутами, проблеми судової гілки влади та територіального устрою без сумніву є актуальними і наболілими, а особливо гостро виявляються сьогодні на сучасному етапі державотворення.

З огляду на це представлений та внесений Президентом України Проект Закону України “Про внесення змін до Конституції України” не може бути залишений без уваги науковців та вчених в галузі конституційного права. Цей проект дає прекрасну нагоду узгодити всі суперечності і “гострі кути”, виокремити основні проблеми та подати шляхи їх вирішення. Більше того, Президент України в Указі “Про винесення на всенародне обговорення проекту Закону України “Про внесення змін до Конституції України” зобов’язав відповідні структури провести таке обговорення до 1 грудня 2009 року.

Власне ознайомившись із Проектом Закону України “Про внесення змін до Конституції України”, хочу зазначити, що його науковий та практичний рівні є високими і, як видається, такі зміни можуть суттєво поліпшити усі сфери суспільного та державного життя країни. Отже перейдемо безпосередньо до аналізу запропонованих главою держави змін до Основного Закону.

Стосовно преамбули, пропонується доповнити її абзацом такого змісту: “усвідомлюючи себе невід’ємною частиною європейської спільноти”. Запропоноване доповнення у змістовому плані є позитивним, але не несе жодного нормативного навантаження. Більше того, потрібно пам’ятати, що преамбула має політико-правовий характер за природою, а тому таке формулювання може бути розцінене як намір України вступити до Європейського Союзу чи НАТО. Також потрібно звернути увагу на те, що преамбула Конституції України по суті вказує на умови, за яких була прийнята чинна Конституція, а тому внесення змін до неї – це повернення у конституційну ніч червня 1996 р. зі однією додатковою умовою.

Аналізуючи Розділ I, необхідно відразу звернути увагу на зміну в його назві із “Загальних засад” на “Засади конституційного ладу”. Вважаю, що нова назва краще і повніше розкриває природу першого розділу і є більш правильною з погляду теорії конституційного права. Однак при всьому позитиві такої назви може в майбутньому виникнути питання: а що таке конституційний лад?, що

входить до змісту цього поняття?. Стосовно даного розділу Проекту можна констатувати таке:

- щодо ст. 1 позитивним є те, що Проект на відміну від чинної Конституції знімає таку характеристику України, як незалежна держава, що є правильним з огляду на те, що Україна є суверенною, а суверенність включає в себе власне незалежність;
- щодо ч. 3 ст. 2 є незрозумілим чому територіальний устрій України будується лише на засаді збалансованості соціально-економічного розвитку адміністративно-територіальних одиниць, адже у чинній Конституції в ст. 132 йдеться, окрім цієї засади, і про єдність та цілісність території та поєднання централізації й децентралізації у здійсненні державної влади;
- щодо ст. 3 Проекту, то відразу потрібно схвально відзначити присутність норми про столицю України – м. Київ та про введення в систему територіального устрою такого елемента як громади. Однак викликає занепокоєння пропонована норма про міста з визначеною законом кількістю, які можуть прирівнюватися за статусом до області та району. По-перше, на підставі якого закону, по-друге, для чого ці міста прирівнювати за якимось статусом, можливо краще надати їм більше самоврядних повноважень і зробити їх фінансово самодостатніми?;
- щодо ст. 5 та 9 Проекту на відміну від чинної Конституції розмежовують принцип верховенства права та принцип верховенства Конституції та законів України. Критиці піддається лише ч. 3 ст. 9, в якій зазначено, що інші нормативно-правові акти приймаються на основі Конституції та законів і мають відповідати їм. Це і так зрозуміло з погляду теорії, а вирішити цю проблему ефективніше можна наприклад шляхом прийняття Закону України “Про нормативно-правові акти України”;
- щодо ст. 11 Проекту, вважаю, що вона взагалі недоречна, адже по суті в ч. 1 розкриває права людини і громадянина, які закріплені в Розділі II Основного Закону, більше того, закладає ще одне оціночне поняття – “правовий порядок”, яке на сьогодні законодавчо не визначене, а ч. 2 цієї статті просто варто перенести до ст. 7 даного Проекту;
- щодо ст. 17 Проекту викликає зауваження ч. 5 цієї статті, адже виникає питання, між якими соціальними партнерами сприяє діалогу держава і чи взагалі вона повинна це робити?;
- ст. 18 Проекту, на мою думку потрібно вилучити, тому що вона по суті дублює ст. 17 і розкриває таку засаду, як політичну багатоманітність;
- щодо ст. 22 позитивним є те, що з її складу вилучено столицю, яка є атрибутом держави, а не символом. Позитивних відгуків заслуговує і норма про Духовний гімн України, однак відразу ж потрібно розмежувати на рівні закону “Про порядок використання та опис державних символів України” використання Державного та Духовного гімнів України.

Стосовно Розділу II запропонованого Проекту, потрібно зазначити, що він найменше піддався змінам, порівняно з іншими розділами, а фактично як на мене є дві суттєві зміни. Перша стосується затримання особи, де пропонується зменшити таке затримання із сімдесяти двох годин до двадцяти чотирьох (ст. 34 Проекту). Друга передбачає поширення прав і свобод та їх юридичних гарантій також і на юридичних осіб, зареєстрованих в Україні (ст. 73 Проекту).

Розділ III Проекту, так як і чинного Основного Закону, стосується народного волевиявлення, а саме таких його форм, як вибори та референдум. Першою

позитивною зміною є вже власне сама назва розділу “Народне волевиявлення”, яка безумовно краща від нині чинної, адже вибори і референдум – лише форми ширшого поняття – народного волевиявлення, яке є класичним інститутом конституційного права. Стосовно інших положень розділу:

- щодо ст. 78 Проекту не зовсім доречним є введення норми про прийняття будь-яких змін до Конституції України не інакше, як через всеукраїнський референдум. До речі, у відносно позитивному висновку Венеціанської комісії власне ця норма була піддана найбільшій критиці;
- щодо ст. 79 Проекту вважаю, що кількість громадян України, які можуть за народною ініціативою вимагати проведення всеукраїнського референдуму в півтора мільйона, є недостатньою і малообґрунтованою. За такою зміною у нас могли б почагішати ініціативи про проведення всеукраїнського референдуму, але згідно цієї ж статті такий референдум може проводитися не більше одного разу на рік. По-суті ніякого покращення у регулюванні цього питання не простежено, натомість з’являється суттєве обмеження прав громадян України. Тому чинна норма про три мільйони підписів без жодних часових обмежень є кращою і демократичнішою;
- заслуговує на повну підтримку зміст ст. 80 Проекту, яка пропонує врегулювати механізми реалізації рішень прийнятих на всеукраїнському референдумі;
- щодо ст. 81 Проекту потрібно сказати, що ідея про можливість законодавчої ініціативи з боку громадян України є прогресивною і навіть необхідною, але, по-перше, сто тисяч підписів є замалою кількістю, по-друге, це питання врегульоване у ст. 106 Проекту, де зазначено про суб’єктів законодавчої ініціативи, а тому практично відбувається дублювання однієї і тієї ж норми.

Суттєво зміненним пропонується для розгляду громадськості Розділ IV, який присвячений законодавчому органу держави. Для початку звертає на себе увагу змінена назва із Верховної Ради України на Національні Збори України. Потрібно сказати, що мені теж не до вподоби назва Верховна Рада України, яка асоціюється із статусом парламенту у радянський період поневолення нашої держави (Верховна Рада – тобто вища стосовно до всіх інших рад), але за такою логікою нам потрібно перейменовувати всі державні інституції – Президента на Гетьмана, Кабінет Міністрів на Генеральний Секретаріат тощо. Стосовно інших статей цього розділу:

- щодо ст. 86 Проекту потрібно зазначити, що дискусія з приводу запровадження двопалатного парламенту ведеться від часу проголошення незалежності України і здається, що кращим виходом із цієї ситуації є спроба запровадити таку структуру парламенту та за результатами його діяльності зробити остаточні висновки. Як на мене запровадження бікамеральної структури Національних Зборів є доцільним тільки в тому випадку, якщо ми залишаємо без змін чинну пропорційну виборчу систему, яка не відображає та не розкриває представницької функції парламенту;
- підлягає критиці і положення ст. 86 Проекту щодо назви верхньої палати парламенту – Сенату, яка не є притаманною для України та порядок формування Сенату – по три сенатори від області. Такий порядок не зовсім правильний з точки зору народного представництва, адже, наприклад, Донецька і Чернівецька області за населенням суттєво відрізняються, а за такою схемою будуть делегувати у рівній кількості по три сенатори;
- архаїчною і зовсім не притаманною для республіканської форми правління є норма про довічних сенаторів, якими за їхню згодою стають колишні Президенти України;

- не зовсім обґрунтованим є віковий ценз, встановлений у ст. 87 Проекту у віці тридцяти п'яти років. Вважаю, що такий ценз потрібно встановлювати на рівні сорока – сорока п'яти років;
- щодо ст. 98 Проекту вважаю, що одна десята від загального складу Палати депутатів (а це 1/10 від 300–30 депутатів) є недостатньою для права звертатися із запитом до Кабінету Міністрів України з питань виконання його Програми. Більш доцільною у цьому випадку була б норма з кількістю не менше як 1/3 від складу Палати депутатів (не менше 100 депутатів);
- абсурдним є положення ч. 1 ст. 105 Проекту, яка по суті дублює положення ст. 9 Проекту. Незрозумілим є зміст ч. 2 цієї ж статті, яка по відношенню до чинної ст. 92 туттєво скорочує список тих конституційних відносин, які повинні врегульовуватися законом;
- щодо ст. 106 позитивним моментом є уведення серед суб'єктів права законодавчої ініціативи громадян України. Натомість незрозумілою є відсутність серед таких суб'єктів судової гілки влади. Вважаю, що право законодавчої ініціативи безсумнівно потрібно також надати і Верховному Суду України, який веде і аналізує судову статистику та практику, а тому найкраще і найповніше здатний реагувати на ті проблеми, які наявні у чинному законодавстві.

Аналізуючи розділ присвячений Главі держави – Президенту України потрібно зазначити, що головню всі норми відповідають реаліям сьогодення та є конструктивними і доцільними. Зауваження викликає лише п. 10 ст. 118 Проекту, який надає право Президентові скасовувати акти Кабінету Міністрів України з питань зовнішньополітичної діяльності, оборони і безпеки держави. Видається більш доцільним або не надавати Президентові такого права, або надавати стосовно будь-яких постанов уряду. Також піддається критиці зміст ст. 120 Проекту, а саме – власне такий орган, як РНБО, її склад та функції.

Розділ, присвячений Кабінету Міністрів України та іншим органам виконавчої влади, загалом добре врегульовує відносини, пов'язані з функціонуванням органів виконавчої влади. Недоліком є лише п. 1 ст. 131 Проекту, яка надає право Кабінету Міністрів України утворювати, реорганізовувати та ліквідовувати міністерства та інші центральні органи виконавчої влади. Вважаю, що якщо Палата депутатів формує персональний склад уряду, то і вона повинна бути наділена таким правом. Окрім того, надзвичайно позитивним моментом є ліквідація посади Першого віце-прем'єр-міністра та зменшення кількості віце-прем'єр-міністрів з необмеженої кількості до одного.

Стосовно конституційно-правового статусу Прем'єр-міністра України, то потрібно прокоментувати кілька пропонованих конституційних новел. Так, по-перше, серед безпосередніх конституційних повноважень глави Уряду, а саме – керування роботою Кабінету Міністрів України та спрямування її на виконання Програми діяльності, схваленої парламентом, додається ще право підписувати акти, прийняті Кабінетом Міністрів України.

По-друге зростає роль Прем'єр-міністра України і у зв'язку з процедурою формування Уряду. Пропонується таке: Президент України доручає кандидатові на посаду Прем'єр-міністра України, уповноваженому політичною партією, яка за підсумками виборів до Палати депутатів отримала найбільшу кількість депутатських мандатів, сформуванню та внести у двадцятиденний строк на розгляд Палати депутатів пропозиції щодо персонального складу Кабінету Міністрів України разом із Програмою діяльності Кабінету Міністрів України.

По-третє, вага і значення глави Уряду підтверджуються правом Віце-прем'єр-міністра України та міністра заявити Прем'єр-міністрові України про свою відставку.

У розділі про суди і правосуддя занепокоєння викликає підвищення ролі і статусу Вищої Ради юстиції, незрозумілого до кінця є логіка побудови складу даного органу, його повноваження та функції. Як видається, з назви до цього розділу можна було включити і норми, які стосуються Конституційного Суду України.

Стосовно розділу про Конституційний Суд України не зовсім доречною є норма, яка врегульовує порядок призначення суддів Конституційного Суду України. Вважаю, що нині чинна модель, за якою усі основні інституції влади призначають у рівній кількості суддів є більш прогресивною та демократичною.

У проєкті вводиться поняття пленуму Конституційного Суду України, що не є притаманним для судів конституційної юрисдикції, а також йдеться про дві палати у складі Конституційного Суду України. Така будова органу конституційної юрисдикції можлива, але вона притаманна зазвичай країнам з федеративною формою державного устрою, коли конституційний суд розглядає справи як у повному складі, так і в складі згаданих структурних утворень (палат, секцій, колегій тощо), при цьому діє правило про єдність правової позиції конституційного суду.

Підсумовуючи, потрібно також зазначити, що змінена (позитивно) структура самого Основного Закону, з якого вилучено розділ про прокуратуру і включено у розділ про суди і правосуддя та розділ про територіальний устрій, норми якого вміщено в основи конституційного ладу.

Загалом потрібно високо оцінити запропонований главою держави Проєкт Закону України "Про внесення змін до Конституції України" і зазначити, що він відповідає кращим зразкам теорії та практики європейського конституціоналізму.

1. Конституція України від 28 червня 1996 р. // Відомості Верховної Ради України. – 1996. – № 30. – Ст. 141; 2005. – № 2. – Ст. 44.
2. Проєкт Закону України "Про внесення змін до Конституції України" / http://www.president.gov.ua/content/const_proekt.html
3. Указ Президента України "Про винесення на всенародне обговорення проєкту Закону України "Про внесення змін до Конституції України" / <http://www.president.gov.ua/documents/9757.html>

DRAFT CHANGES TO THE CONSTITUTION OF UKRAINE: TENDENCIES OF CONSTITUTIONAL LAW INSTITUTES' DEVELOPMENT

V. Kobryn

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

The article analyses changes to the Constitution, submitted by the President of Ukraine. It outlines the advantages and disadvantages of such changes, especially in the context of comparison with current wording of the Main Law.

Key words: constitution, Main Law, changes.

**ПРОЕКТ ИЗМЕНЕНИЙ К КОНСТИТУЦИИ
УКРАИНЫ: ТЕНДЕНЦИИ РАЗВИТИЯ
КОНСТИТУЦИОННО-ПРАВОВЫХ ИНСТИТУТОВ**

В. Кобрин

*Львовский национальный университет имени Ивана Франка
ул. Университетская, 1, 79000 Львов, Украина
e-mail: volodymyrkobryn@meta.ua*

В статье проанализированы изменения к Конституции Украины, предлагаемые к внесению Президентом Украины. В ней рассмотрено преимущества и недостатки таких изменений, в частности в контексте сравнения с ныне действующей редакцией Основного Закона.

Ключевые слова: конституция, Основной Закон, изменения.

Стаття надійшла до редколегії 17.12.2009

Прийнята до друку 10.01.2010

ІМПЕРАТИВІЗАЦІЯ ПАРЛАМЕНТСЬКОГО МАНДАТУ В УКРАЇНІ ТА ІНШИХ ЄВРОПЕЙСЬКИХ ДЕРЖАВАХ (ПОРІВНЯЛЬНО-ПРАВОВИЙ АНАЛІЗ)

І. Панкевич

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

Досліджена проблема імперативізації парламентського мандату в Україні та її відповідності європейським стандартам. На підставі проведеного аналізу автор робить висновок, що на сьогодні в пострадянських державах має місце, у певному сенсі, відродження існуючого в радянські часи імперативного мандату. Проте в Україні депутат, котрий не виправдав довіри виборців, надалі має шанси бути включеним до загальнодержавного виборчого списку політичної партії чи виборчого блоку на дальших місцях та отже знову стати народним депутатом України.

Ідея імперативного мандату належить до часів буржуазних революцій. Саме буржуазія використовувала конструкцію імперативного мандату в боротьбі проти свавілля королівської влади. Наприклад, у Франції в XVIII ст. депутати Генеральних Штатів отримували обов'язкові до виконання накази та інструкції, які давали їм змогу виконувати лише інформаційну роль. Після закінчення сесії Генеральних Штатів депутат був зобов'язаний звітуватися перед виборцями щодо виконання їхніх наказів. У випадку ж невиконання цих наказів його відкликали¹. Як пише М. Крук-Ярош, інструкції мали обов'язковий характер, їх не можна було порушувати і вони чітко окреслювали, депутат повинен діяти та голосувати, навіть якщо це суперечить його власним поглядам [1]. У XIX ст. інститут відкликання депутатів існував у конституціях деяких кантонів Швейцарії. На початку XX ст. відкликання передбачалося у конституціях деяких штатів у США (Орегон, Колорадо, Невада, Мічиган, Канзас), а у 1920 – 1978 роках – додатково також у шести інших штатах (Північна Дакота, Вісконсин, Айдахо, Аляска, Монтана, Джорджія). На сьогодні інститут відкликання існує у 36-ти штатах США на окружному та муніципальному рівнях [2].

Імперативний мандат, за прикладом Паризької Комуні 1871 р., широко застосовувався в СРСР та у так званих країнах “народної демократії”, тобто у державах колишнього соціалістичного блоку, оскільки відповідав концепції організації у них органів представницької влади. Однією з основних рис цього устрою було поєднання роботи в органах державної влади з виробничою діяльністю. Депутати були тісно пов'язані зі своїм постійним місцем праці, зі своїми виборцями та могли відкликатися останніми у разі невиконання їхніх наказів. Вперше у соціалістичних державах імперативний мандат був запроваджений в Росії у листопаді 1917 р. (після Жовтневої революції), а Декрет Всеросійського Центрального виборчого комітету про право відкликання депутатів [3] фактично сприйняв практику Великої французької революції та Паризької Комуні. Згодом імперативний мандат було впроваджено у конституціях більшості

¹ Генеральні Штати як зібрання, яке представляло інтереси трьох станів: дворян, духовництва та так званого третього стану (тобто решти суспільства) спочатку існували як радничий орган короля Людовика XVI, згодом реформувалися у Національні Збори (*Assemblée Nationale*), а потім у Конституанту, виконуючи завдання опрацювання нової конституції.

соціалістичних країн (у Радянському Союзі – починаючи з Конституції 1936 р.²). 30 жовтня 1959 р. прийнято Закон СРСР “Про процедуру відкликання депутата Верховної Ради СРСР” [4], а 26 листопада 1959 р. – Закон Української РСР “Про процедуру відкликання депутата Верховної Ради Української РСР” [5].

Імперативний мандат було закріплено як конституційний принцип у Конституції Союзу РСР 1977 р. та Конституції Української РСР 1978 р.. Стаття 107 Конституції СРСР 1977 р. встановлювала, що “депутат, який не виправдав довір’я виборців, може бути у будь-який час відкликаний за рішенням більшості виборців у встановленому законом порядку [6]. Відповідно до Конституції СРСР з 1977 р. ст. 96 Конституції Української Радянської Соціалістичної Республіки з 1978 р. дослівно повторювала вищезгаданий принцип демократичного централізму [7].

Нині можливість відкликання депутатів закріплена в основних законах небагатьох соціалістичних країн: Китайської Народної Республіки, Соціалістичної Республіки В’єтнам, Північної Кореї, Куби, а також деяких країн, що розвиваються (Індії, Нігерії, Вануату). Наприклад у новій Конституції Корейської Народно-Демократичної Республіки від 27 грудня 1972 р. (зі змінами від 9 квітня 1992 р.) знаходимо концепцію імперативного мандату у ст. 7 Конституції, яка встановлює, що “виборці можуть у будь-який момент відкликати обраного депутата, якщо він втратить їхню довіру” [8]. Цей же принцип був закріплений у попередній Конституції цієї держави від 17 липня 1948 р. [9].

Для повної характеристики проблеми імперативного мандату зазначимо, що у час панування соціалістичної ідеології інститут імперативного мандату критикували навіть деякі представники радянської правової науки. Наприклад, О. Безуглов вважав, що є багато доказів неефективності застосування імперативного мандату:

1) виборці, знаючи проблеми, у вирішенні яких мають брати участь їхні представники, не завжди можуть сформулювати власний погляд;

2) даючи депутатові наказ, виборці можуть не мати знань щодо об’єктивно наявних процесів формування громадської думки;

3) науковці, які підтримують концепцію імперативного мандату, акцентують лише на зв’язку, котрий існує між виборцями та депутатами. Однак крім нього існує інший, не менш міцний зв’язок між депутатом та представницьким органом, до складу якого цього депутата обрано [10].

У вітчизняній юридичній літературі і раніше не було однозначного підходу до розуміння змісту імперативного мандату. Деякі науковці вважали імперативний мандат обов’язком реалізації депутатом даного виборцями наказу [11]. Інші ж поєднували у цьому понятті такі два елементи: відповідальність депутата за свою діяльність перед виборцями та право відкликання депутата виборцями, якщо він не виконує їхньої волі [12].

Поширеним є також розуміння імперативного мандату як концепції, яка складається з трьох елементів: наказів виборців, звітування депутатів перед виборцями, права виборців достроково відкликати депутата [13]. Змістом імперативного мандату є наказ виконання депутатами волі виборців. Наявність наказу визначає головний напрям і зміст діяльності депутата в органі

² Стаття 142 Конституції СРСР від 5 грудня 1936 року встановлювала, що кожний депутат зобов’язаний звітуватися перед виборцями щодо своєї роботи та роботи Рад народних депутатів. Він може у будь-який час бути відкликаним за рішенням більшості виборців (див. Ю. Кукушкин, Ю. Чистяков, *Очерк истории советской конституции*, Политиздат, Москва 1987).

представницької влади та у виборчому окрузі. Звіт депутата перед виборцями та можливість його відкликання є засобами контролю виконання імперативного мандата. Депутат може бути відкликаний також у випадку, коли не підтримує зв'язку зі своїми виборцями, неефективно захищає їхні інтереси, зробить аморальний вчинок, або вчинок, який є негідним статусу депутата. Треба, однак, зазначити, що у часи застосування мажоритарної, а згодом й змішаної виборчої систем в суверенній Україні не було жодного випадку відкликання виборцями народного депутата до закінчення строку повноважень.

У нинішніх демократичних країнах імперативний мандат функціонує в деяких федеральних державах на рівні місцевого самоврядування (США, Японія), де слугує проявом безпосередньої демократії. Наприклад у США законодавство окремих штатів передбачає підстави відкликання депутата за вчинення злочину чи за зловживання владою [14]. Процедура реалізації відкликання депутатів у США є дуже складною, оскільки передбачає дотримання вищих ніж під час виборів вимог. Наприклад, Конституція штату Каліфорнія передбачає, що для відкликання сенаторів чи членів Палати Представників потрібно зібрати не менше 20% підписів виборців від кількості осіб, які голосували за цього кандидата на виборах [15].

В Україні імперативний мандат на сьогодні передбачений для депутатів органів місцевого самоврядування. Ст. 2 Закону України “Про статус депутатів місцевих рад” від 11 липня 2002 р. встановлює, що депутат місцевої ради, як представник інтересів територіальної громади, виборців свого виборчого округу, зобов'язаний виражати та захищати інтереси відповідної територіальної громади та її частини – виборців свого виборчого округу, виконуючи їхні накази в межах власних повноважень, передбачених законом, брати активну участь у реалізації завдань місцевого самоврядування. При цьому ст. 10 вказаного закону визначає, що “депутат місцевої ради, до якого виборці втратили довіру, може бути відкликаним у будь-який час, у відповідності до визначеного законом порядку, а ст. 37 передбачає цілу низку підстав відкликання депутата: порушення вимог Конституції та законів України; відсутність протягом року на більш ніж половині пленарних засідань чи засідань комісії ради, невиконання без поважних причин рішень та розпоряджень ради та її органів; невідповідність діяльності депутата місцевої ради основним принципам його виборчої програми, використання депутатського мандату у власних інтересах; систематичне порушення норм депутатської етики. Виборці мають право вимагати відкликання депутата місцевої ради також на інших підставах, які вважають істотними [16]. Ст. 2 Закону України “Про вибори депутатів Верховної Ради Автономної Республіки Крим, місцевих рад та сільських, селищних, міських голів” від 6 квітня 2004 р. передбачає, що вибори депутатів сільських та селищних рад відбуваються за мажоритарною виборчою системою відносно більшості в одномандатних виборчих округах, на які поділяється вся територія відповідного села чи селища [17]. Натомість депутатів міських, районних та обласних рад, а також Верховної Ради Автономної Республіки Крим обирають за виборчими списками політичних партій, блоків політичних партій за пропорційною виборчою системою в багатомандатному виборчому окрузі, межі якого збігаються з межами відповідної ради [18]. Тому депутат місцевої ради є відповідальним не тільки перед своїми виборцями, але також і перед політичною партією, у виборчому списку якої він знаходиться, будучи фактично “поміж молотом і ковадлом”.

Вільний парламентарний депутатський мандат закріплений у конституційній доктрині і практиці більшості європейських держав, не є тут винятком й Україна. Ст. 79 Конституції України від 28 червня 1996 р., в якій йдеться мова про присягу народного депутата України, передбачає, що “депутат усіма своїми діями захищає

суверенітет та незалежність України, діє на благо Вітчизни та українського народу, виконує свої обов'язки в інтересах усіх співгромадян” [19]. Незважаючи на цю статтю нині чинної Конституції України, яка, здавалось би, гарантує народному депутатові України свободу під час голосування та виконання своїх депутатських обов'язків, після парламентських виборів 2006 р. постала загроза її суттєвої реформи. Йдеться про зміни та доповнення до Конституції України, внесені до неї Законом України № 2222–15 від 8 грудня 2004 р. [20]. Частина норм цього закону вступила в силу з 1 січня 2006 р., решта отримала статус конституційних норм після парламентських виборів у березні 2006 р.

Після закінчення парламентської виборчої кампанії 2006 р. та скликання першого пленарного засідання Верховної Ради України V скликання істотно зменшився обсяг повноважень Президента України та відповідно збільшився у Верховній Раді та Кабінеті Міністрів України. Ключову роль у політичному житті країни тепер відіграє парламент. Для стабілізації діяльності законодавчого органу влади автори політичної реформи вирішили також впровадити механізм імперативного мандату³. Зміст пропонує змін до конституційного законодавства полягає у такому. До цього часу усі українські парламентарі (незалежно від того, чи вони були обрані в одномандатних округах, чи за виборчими списками політичних партій та блоків) мали право “вступити” до будь-якої фракції у Верховній Раді України. Депутат міг необмежену кількість разів змінювати фракцію. Очевидно, що це не сприяло покращенню ефективності діяльності парламенту.

Першим кроком на шляху до реальної, а не ситуативної структуризації парламенту став перехід у 2006 р. до пропорційної виборчої системи, що відповідає європейській практиці. Проте другий крок українського законодавця не сприяє демократизації діяльності парламенту. Нова редакція Конституції України впроваджує закріплений у ст. 81 Основного закону принцип, відповідно до якого кожен народний депутат України, обраний за виборчим списком відповідної політичної сили, зобов'язаний увійти до сформованої цією політичною силою фракції у Верховній Раді України. Якщо ж депутат відмовляється це зробити або ж захоче вийти із фракції, його буде позбавлено депутатського мандата [21]. Отже нова система формування парламентських фракцій дає змогу більшості диктувати свою волю для меншості у фракції.

Впровадження механізму імперативного мандата зіштовхнулося з гострою критикою з боку Венеціанської Комісії, котра застерігала, що це є порушенням принципу того, що депутат є представником усього народу, висловлює його інтереси. Наслідком впровадження ж імперативного мандату є те, що депутати пильнують інтереси власної політичної партії⁴.

³ Хоч цей закон прямо не встановлював імперативного мандата.

⁴ Комісія у своєму висновку від 10–11 червня 2005 р. застерігала, що встановлення у Конституції України можливості позбавлення парламентарного мандату рішенням керівного органу політичної партії, до фракції якої у Верховній Раді України належить депутат, надає політичним партіям можливість перегляду наслідків виборів, результатом чого може стати послаблення українського парламенту. Парламентарій буде змушений голосувати не відповідно до власних переконань, а для того, щоб зберегти власне членство у парламенті. „Прив'язка” депутатського мандату до членства у парламентській фракції не відповідає іншим конституційним принципам. Члени парламенту представляють інтереси народу, а не політичної партії. Тому Комісія наполегливо рекомендувала усунути з Конституції України пункт 6 частини другої ст. 81 та частину 6 ст. 81. Натомість треба гарантувати вільний та незалежний депутатський мандат (див. детальніше Висновок Європейської комісії за демократію і право, (Венеціанська Комісія з приводу прийнятих 08.12.2004 року змін до Конституції України. Прийнято Комісією на її 63-му пленарному засіданні (Венеція, 10–11 червня 2005 р.), <http://www.parlament.org.ua/index.php?action=news&ntype=news>)

Конституційний Суд України своїм рішенням від 12 жовтня 2005 р. не заперечив можливості впровадження імперативного мандата [22], одночасно зазначивши, що будь-які зміни конституційного ладу потребують затвердження на всеукраїнському референдумі, оскільки “право визначати та змінювати конституційний лад в Україні належить народу і його не може узурпувати держава, її органи чи посадові особи” [23].

Також зазначимо, що проект зазначених змін до Конституції передбачав як підстави позбавлення депутатського мандату не лише зміну парламентської фракції, але й виключення з фракції у разі порушення народним депутатом України дисципліни голосування [24]. Вочевидь, автори пропозицій змін до конституції використовували чехословацький досвід. Чехословацький закон від 26 лютого 1920 р. визначав можливість позбавлення депутатського мандату депутата, обраного за виборчим списком політичної партії, який порушував дисципліну голосування: голосував не так, як рекомендували партійні лідери, а відповідно до власних переконань [25].

Сучасна європейська практика не передбачає юридичної відповідальності за зміну парламентарем своєї належності до парламентської фракції. Може йтися лише про морально-політичну відповідальність, що, до речі, підтверджується рішеннями конституційних судів європейських країн [26]. Незважаючи на це, деякі західноєвропейські конституціоналісти висловлюються за доцільність обмеження вільного мандата рамками партійної приналежності з огляду на те, що парламентарів, зазвичай, обирають як представників політичних партій, а не як індивідуальні кандидати [27].

Варто, однак, сподіватися, що український законодавець не скористається ст. 81 Конституції України, яка передбачає, що народний депутат позбавляється депутатського мандату “у відповідності до закону за рішенням вищого керівного органу відповідної політичної партії (виборчого блоку політичних партій)” та внесе зміни до Законів України “Про статус народного депутата України” та “Про політичні партії в Україні”. Оскільки на сьогодні немає відповідного законодавчого механізму, мабуть, завчасно говорити про існування імперативного мандату в Україні по відношенню до народних депутатів України⁵. Засобом захисту та гарантією прав інших парламентарів – “дисидентів” (“зрадників”) залишається й ст. 22 Конституції України, яка встановлює, що “при прийнятті нових законів чи змін до чинних законів недопускається обмеження змісту та обсягу існуючих прав і свобод” [28].

Низку законодавчих “пасток”, які обмежують свободу голосування парламентарів, передбачає ст. 82 Закону України “Про вибори народних депутатів України” від 24 березня 2004 р., який фактично робить менші політичні партії заручниками доброї волі “старшого” партнера у виборчому блоці у разі заміщення депутатського місця замість вибулого народного депутата. Відповідно до ст. 82 згаданого закону “у разі закінчення мандату народного депутата України на перебачених Конституцією та законами України підставах, рішенням Центральної

⁵ Згадану тезу підтвердило голосування 18 грудня 2007 р. у Верховній Раді України VI скликання з приводу призначення прем’єр-міністра України Юлії Тимошенко. Тоді проти кандидатури Юлії Тимошенко проголосував народний депутат України від „Нашої України – Народної Самооборони” Іван Плющ. Відбулося це незважаючи на те, що між „Нашою Україною – Народною Самообороною” та Блоком Юлії Тимошенко було укладено договір про утворення парламентської коаліції, Іван Плющ вважав, що у парламенті VI скликання потрібно утворити так звану широку коаліцію, участь у якій взяла б також Партія Регіонів (див. 226:0 на користь Юлії Тимошенко // „Високий Замок”, 18 грудня 2007. № 235 (3641).

Виборчої Комісії вказується на наступного за черговістю кандидату у депутати з виборчого списку відповідної партії (блоку). Якщо черговість отримання мандату вичерпана, депутатський мандат залишається незаповненим до часу проведення чергових чи позачергових парламентських виборів” [29]. У цій ситуації виборчий блок користується з права “регулювання” черги: партія (блок), яка взяла участь у поділі депутатських мандатів, може прийняти рішення про вилучення кандидата у депутати зі свого виборчого списку у будь-який час після дня виборів до реєстрації цього кандидата як народного депутата України” [30]. Таке рішення приймає відповідно до статуту партії партійний з’їзд чи міжпартійний з’їзд політичних партій, які входять до блоку на день виборів, а Центральна Виборча Комісія на підставі цього рішення виключає депутата з виборчого списку політичної партії чи виборчого блоку. Фактично у разі потреби керівництво великого виборчого блоку може скликати з’їзд без жодної участі представників “малої” партії та прийняти рішення про зміну у виборчому списку на користь “основної” партії цього виборчого блоку. Це означає, що великі виборчі блоки (наприклад, “Блок Юлії Тимошенко” чи “Наша Україна – Народна Самооборона”) зможуть дискримінувати свої менші “союзні” партії, шантажуючи їх можливістю зміни у виборчому списку на власну користь.

Зазначимо, що прагнення впровадити імперативний парламентарний мандат є характерним не лише для України. Аналіз норм Конституції Російської Федерації від 12 грудня 1993 р. дає підстави стверджувати, що на сьогодні у Росії на федеральному рівні функціонує модель вільного представницького мандату. Зокрема ст. 3 Конституції РФ визначає, що “народ реалізує вою владу безпосередньо, а також через органи державної влади та місцевого самоврядування” [31]. Державна влада у Росії, відповідно до ст. 10 Конституції поділяється на законодавчу, виконавчу та судову. Представницьким та законодавчим органом влади у Росії є Федеральні Збори (ст. 94 Конституції РФ), однією з палат яких є Державна Дума (ст. 95 Конституції РФ). Безпосереднім виявом волі народу є референдум та вільні вибори (ст. 3 Основного закону РФ). Вибори до Державної Думи (ст. 96 Конституції РФ), яка складається з 450 депутатів, також є уособленням волі усього народу, а не окремих груп виборців. Стаття 1 Федерального Закону “Про статус члена Ради Федерації та статус депутата Державної Думи Федеральних Зборів Російської Федерації” також встановлює, що депутат є представником народу [32], а відкликання депутата виборцями немає у переліку підстав його відкликання до закінчення терміну повноважень депутата Державної Думи (стаття 4 згаданого закону) [33]. Проте у травні 2005 р. до Державної Думи РФ було внесено “президентський пакет” 13 проектів законів, які передбачали зміни та доповнення до виборчого законодавства. Пропонувалося “збільшити відповідальність депутатів перед партією та народом” [34], що фактично означає впровадження імперативного мандата. Хоч як появився тодішній голова Центральної Виборчої Комісії РФ О. Вешняков, ці зміни ще не становлять імперативного мандата, “принаймні у сенсі, в якому ми знаємо це поняття. Тут йдеться радше про визнання можливості виборців і партій вносити пропозиції про відкликання парламентарія” [35]. Державна Дума РФ схвалила запропоновані президентом зміни до чинного законодавства, і з грудня 2007 р. її депутати стали “невільниками” своїх партій. Крім того, внесені до російського виборчого законодавства зміни забороняють створювати виборчі блоки [36], а це усунуло можливість блокування депутатів менших політичних партій, до яких у Росії належать практично усі “антипрезидентські” партії, окрім хіба що Комуністичної партії РФ.

Згадувана новелізація українського та російського виборчого законодавства означає, у певному сенсі, відродження наявного в радянські часи імперативного мандата [37], лише з тією різницею, що відкликання депутатів відбуватиметься за волею не виборців, а партійних лідерів.

Проте прагнення до імперативізації виборчого мандата не є тільки постсоціалістичним синдромом. Так, у вересні 1998 р. за ініціативою Гуманістичної партії Італії до Римського Трибуналу було внесено підписаний 60 тисячами італійців “Проект народної ініціативи”. Автори проекту вважали, що члени парламенту та депутати органів місцевого самоврядування позбавлені почуття відповідальності перед виборцями, а виборці мають право протягом всієї каденції отримувати регулярну та повну інформацію про діяльність “своїх” депутатів. Такий діалог може мати форму громадського контролю, стимулятора для усунення депутатів із займаних ними посад [38].

У разі реального впровадження парламентарний імперативний мандат значно обмежить свободу народних депутатів України, роль яких полягатиме лише в узгодженому з партійним керівництвом “натисканні на кнопку” при голосуванні. Вільний ж парламентський мандат гарантує депутатові широку свободу дій, не пов’язаних інструкціями, звітами та можливістю його відкликання. В умовах вільного мандату депутат отримує багато прав та привілеїв з рук виборців. Тому у своїй діяльності він має керуватись інтересами усіх громадян, а також Конституцією та власним сумлінням. Хоча все ж таки повністю незалежним член парламенту є лише теоретично. Практично народний депутат завжди є “зв’язаним” інтересами виборців. Йдеться не тільки про мажоритарну виборчу систему, де за депутата голосують виборці у виборчому окрузі, але також і про пропорційну. Політична партія, котра виграла вибори, повинна хоча б частково виконати свою виборчу програму, інакше у неї немає шансів на підтримку електорату в наступних виборах. Партія визначає політичну програму та впливає на депутата, обраного за її виборчим списком. Вона може потребувати від депутата звіту, або ж навіть не включити його до виборчого списку у наступних виборах. Єдиною санкцією, яка може бути застосована до члена парламенту за неналежне виконання парламентського мандата, є його необрання на наступних виборах. Тобто відповідальність має політичний, а не правовий характер [39].

В Україні ж, незважаючи на імперативізацію депутатського мандата, депутат, котрий не виправдав довіри виборців, надалі має шанси бути включеним до загальнодержавного виборчого списку політичної партії чи виборчого блоку на дальших місцях та знову стати народним депутатом України.

1. Kruk M., *Koncepcja mandatu przedstawicielskiego w konstytucyjnej doktrynie i praktyce*. Przegląd Sejmowy. 1993, Nr 4, s. 16.
2. Cronin T. E., *Direct Democracy. The Politics of Initiative, Referendum, and Recall* : Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts and London 1989, p. 126–127.
3. Декреты Советской власти, Издательство политической литературы. Москва Том 1, 1957, С. 166–170.
4. Закон СССР “О процедуре отзыва депутата Верховного Совета СРСР”, Ведомости Верховного Совета СССР, 1959. № 44. ст. 222.
5. Закон Української РСР “Про процедуру відкликання депутата Верховної Ради Української РСР” // Відомості Верховної Ради Української РСР. 1959. № 43. ст. 666.

6. Див. Конституция (Основной Закон) Союза Советских Социалистических Республик, принята на внеочередной седьмой сессии Верховного Совета СССР девятого созыва 7 октября 1977 года, Москва. 1977.
7. Див. Конституція (Основний Закон) Української Радянської Соціалістичної Республіки, прийнята на позачерговій сьомій сесії Верховної Ради Української РСР дев'ятого скликання 20 квітня 1978 року, Київ. 1978.
8. Конституция Коре́йской Народно-Демократической Республики, принята на первой сессии Верховного Народного Собрания КНДР пятого созыва 27 декабря 1972 года : Издательство литературы на иностранных языках. Корея, Пхеньян. 1995.
9. Конституция Коре́йской Народно-Демократической Республики, Издательство литературы на иностранных языках. Корея, Пхеньян. 1948.
10. Див. Безуглов А. Советский депутат. Государственно-правовой статус. Москва, 1971. с. 14.
11. Див. Большая Советская Энциклопедия. Третье издание. Москва, 1972. Том 10, с. 450; Парламенты буржуазных стран. Справочник, Москва 1968. с. 239.
12. Див. Конституционные основы народовластия в СССР. Ленинград, 1980. с. 214.
13. Див Коток В. Наказы избирателей в социалистическом государстве. Москва, 1967. с. 6.
14. Див. Costitution of the State of New Mexico. Adopted January 21, 1911, Lexis Law Publishing. 1999, Sec.9 (A) Article X.
15. Конституция Штата Калифорния. Конституции зарубежных стран. Сборник. Издательство “Юринформ”, Москва, 2001. с. 258–287.
16. Там само.
17. Закон України “Про вибори депутатів Верховної Ради Автономної Республіки Крим, місцевих рад та сільських, селищних, міських голів”, Відомості Верховної Ради України. 2004. № 30–31. Ст. 382 (із змінами внесені згідно з Кодексом № 2747-IV від 06.07.2005, Відомості Верховної Ради України, 2005, № 35–36, ст. 446).
18. Там само.
19. Конституція України (із змінами та доповненнями). Харків 2008.
20. Закон України Про внесення змін до Конституції України // Відомості Верховної Ради України, 2005. № 2. ст. 44.
21. Закон України Про внесення змін до Конституції України // Відомості Верховної Ради України, 2005. № 2. ст. 44.
22. Вісник Конституційного Суду України. 2005. № 4.
23. Там само.
24. Див. Проект Закону України “Про внесення змін до Конституції України, http://www.build.gov.ua/new_zp/z_vz_konst.htm
25. Mirkine-Guetzévith B., Les constitutions européennes. T. 1, Paris 1951, p. 39.
26. W. Mantl, Repräsentation und Identität.Demokratie im Konflikt. Ein Beitrag zur modernen Staatsformenlehre, Vienna 1975, с. 344.
27. Див.? наприклад? Achtenberg, Parlamentsrecht, Berlin 1984, s. 222.
28. Конституція України (з змінами та доповненнями). Харків? 2008.
29. Закон України “Про вибори народних депутатів України” від 24 березня 2004 року.
30. Там cfvj.
31. Конституция Российской Федерации, Собрание законодательства Российской Федерации, 1996, № 3, ст. 152, № 7, ст. 676; № 24, ст. 2421; 2003, № 30, ст. 3051.
32. Федеральный Закон “О статусе члена Совета Федерации и депутата Государственной Думы Федерального Собрания Российской Федерации (с изменениями)”, Собрание законодательства Российской Федерации, 1994, № 2, ст. 74; 1999, № 28, ст. 3466; 2001,

- № 32, ст. 3317; 2002, № 28, ст. 2785; № 30, ст. 3033; 2003, № 27, ст. 2700; 2004, № 17, ст. 1588; № 35, ст. 3607).
33. Там *cfvj*.
34. Див. “Новая газета”, 16 травня 2005.
35. Газета “Московские новости”, № 40, 22 жовтня 2004.
36. Газета “Московский комсомолец”, 21 травня 2005.
37. Див. детальніше Богомолов М., Императивный мандат в советском государстве, Саратов. 1971.
38. Revista Electronica del Movimiento Humanista. Septiembre-Diciembre de 1998. Nr 15. P. 42–44.
39. Grajewski K., Status prawny posła i senatora : Wydawnictwo Sejmowe, Warszawa. 2002. S. 50.

IMPERATIVIZATION OF PARLIAMENTARY MANDATE IN UKRAINE AND OTHER EUROPEAN STATES (COMPARATIVE- LEGAL ANALYSIS)

I. Pankevych

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

This article is dedicated to the issue of imperativization of parliamentary mandate in Ukraine and its correspondence to the European standards. On the basis of the analysis made, the author comes to the conclusion that today in the post-soviet states a partial reactivation of the Soviet imperative mandate takes place. Nevertheless in Ukraine a deputy, who has betrayed the trust of electors, has a chance to be put in the national electoral list of the political party or to the electoral block on more remote places and become a national deputy again.

Key words: imperative mandate, national deputy, European standards.

ИМПЕРАТИВИЗАЦИЯ ПАРЛАМЕНТСКОГО МАНДАТУ В УКРАИНЕ И ДРУГИХ ЕВРОПЕЙСКИХ ГОСУДАРСТВАХ (СРАВНИТЕЛЬНО ПРАВОВОЙ АНАЛИЗ)

И. Панкевич

*Львовский национальный университет имени Ивана Франка
ул. Университетская, 1, 79000 Львов, Украина*

Исследована проблема императивизации парламентского мандату в Украине и ее соответствии европейским стандартам. На основании проведенного анализа автор делает вывод, что на сегодня в постсоветских государствах имеет место, в определенном смысле, возрождение существующее в советские времена императивного мандату. Однако в Украине депутат, который не оправдал доверия избирателей, в дальнейшем должен быть включенным к общегосударственному избирательному списку политической партии или избирательного блока на дальнейших местах и следовательно опять стать народным депутатом Украины.

Стаття надійшла до редколегії 25.12.2009

Прийнята до друку 10.01.2010

ПРАВО НА ДОСТУП ДО ІНФОРМАЦІЇ ЯК ЕЛЕМЕНТ ПРАВОВОГО СТАТУСУ ОСОБИ

Є. Пілат

*Львівський національний університет імені Івана Франка
вул. Університетська, 1, 79000 Львів, Україна
E-mail: pilatinum@gmail.com*

У статті зроблена спроба дослідити право на доступ до інформації через проблеми його нормативно-правового забезпечення в Україні. Правова природа доступу до інформації та місце правових норм, що регулюють доступ до інформації у національній правовій системі України.

У дослідженні вказані конкретні проблеми правового забезпечення права на доступ до інформації як суб'єктивного права особи. За результатами дослідження дані конкретні пропозиції для вирішення окреслених проблем.

Ключові слова: запит про надання інформації, право на доступ до інформації, свобода інформації, інформація та публічний інтерес.

Право фізичних осіб на доступ до інформації, як і інших суб'єктів права, реалізується з урахуванням їх загального правового статусу. Керуючись загальною теорією права та держави, правовий статус включає в себе всю різноманітність сфер діяльності людини. Відповідно до змісту Загальної декларації прав людини 1948 р., а також інших міжнародних пактів з прав людини виділяються громадянські й особисті, а також політичні, соціальні, економічні, культурні права. Окрім вищезазначених, наявні також конституційні, громадянські, трудові та інші права, які є предметом вивчення галузевих юридичних наук. Незважаючи на це, варто зазначити, що при класифікації прав не завжди можна зачислити те чи інше право до певної беззастережно визначеної групи, унаслідок чого будь-який поділ прав на чіткі категорії до певної міри є умовним.

Загальноприйнятою у науковій юридичній літературі є думка, що під правами людини потрібно розуміти певні нормативно структуровані особливості та властивості існування особи, які виражають її свободу і є невід'ємними та необхідними способами й умовами її життя, взаємовідносин з суспільством, державою, іншими індивідами [1; с. 1].

Основні права та свободи людини визначаються також як об'єктивні умови, можливості життєдіяльності людини, без яких вона не може існувати [2; с. 214].

Саме поняття “особа” становить собою соціальну характеристику людини на певному етапі суспільного розвитку. Це невід'ємний елемент суспільства, який наділений правовим статусом, правосуб'єктністю, реципієнт правового впливу, повноправний учасник суспільних відносин, сукупність та зміст яких визначають його положення у суспільстві та соціальну роль, поведінку і духовне життя [2; с. 208].

Зазвичай у законодавстві України поняття “особа” використовується як тотожне за змістом поняттю “людина”. Окрім цього, часто може трапитися й поняття “громадянин”, яке передбачає певну взаємодію між особою та державою.

Вчені у дослідженні правових проблем, пов'язаних з реалізацією прав і свобод людини, зазначають, що права людини – це суб'єктивні права, які виражають її реальні можливості, оскільки у правознавстві часто з'являється

розуміння суб'єктивного права лише як елемента конкретних правовідносин, що виникає за наявності конкретного юридичного факту. Наприклад, С.С. Алексєєв зазначає, що розкриваючи свою природно-правову сутність через “невід’ємність”, “вроджені” права людини крізь призму таких категорій звучали в загальноприйнятому для особи юридичному значенні – у вигляді права на життя, права на свободу слова, права на творчість, права на отримання і використання інформації, права на особисте життя та ін.; тобто, у вигляді суб'єктивних прав – можливостей індивіда, невіддільних від конкретної окремо взятої особи [3; с. 643].

Право на інформацію (суб'єктивне право) як у спеціальній фаховій юридичній літературі, так і в інших джерелах часто вважають політичними правами особи, розглядаючи винятково як їх елемент. Причому за загальним правилом, головною особливістю політичних прав вважається те, що вони до певної міри виражають можливості індивіда на участь у політичному житті та здійснення (безпосередньо чи опосередковано) державної влади. Політичні права поділяються на право на участь в організації та діяльності держави через різні форми представницької та безпосередньої демократії (виборче право, право на участь в референдумах, право на звернення та інші) і право на участь в житті суспільства (свобода слова, друку, право на об'єднання тощо) [1; с. 151–152].

Більшість вчених-конституціоналістів до політичних прав та свобод особи зачислюють право на свободу думки і слова, на вільне вираження своїх поглядів й переконань (ч. 1 ст. 34 Конституції України), право на інформацію (ч. 2, 3 ст. 34 Конституції України), право на звернення (ст. 41 Конституції України) [4]. Втім, не варто відкидати й те, що відповідно до формулювання правових норм Загальної декларації прав людини, Міжнародного пакту про громадянські і політичні права, Конституції України, які закріплюють право на доступ до інформації, згадане право належить кожному, водночас, коли політичні права (за загальним правилом) – громадянину. Тому, слушним видається висновок, що на відміну від особистих прав, які належать кожному, деякі з політичних прав і свобод належать лише громадянам держави.

Норми Конституції України розрізняють права і свободи за вказаним принципом, що прямо відображається у змісті її статей. Там, де йдеться про права людини, Конституція України використовує формулювання: “кожна людина має право”, “кожному гарантується”, “кожен має право” і т.д., що підкреслює визнання вказаних прав і свобод за будь-якою людиною, що знаходиться на території України, незалежно від того, чи є вона її громадянином, чи іноземцем, чи особою без громадянства. У цьому випадку не встановлюється жодних застережень за обсягом правоздатності між ними.

Окремі вчені зачислюють право на інформацію до політичних прав, розглядаючи його винятково в рамках права на свободу думки і слова. Вони, зокрема, розглядають свободу слова як складну конструкцію із декількох структурних елементів:

1. свобода кожного публічно висловлювати власні думки, ідеї, судження і поширювати їх у будь-який законний спосіб;
2. свобода друку та інших засобів масової інформації;
3. право на отримання інформації.

Водночас не варто забувати, що свобода думки і слова, право вільного пошуку, збирання, зберігання, використання й поширення інформації усно,

письмово або в інший спосіб – на власний вибір є важливою сферою особистих прав людини і громадянина.

Останні тенденції розвитку науки конституційного права свідчать про те, що право на інформацію починають дедалі частіше розглядати як самостійне комплексне конституційне особисте право.

Не залишається осторонь згаданих процесів і наука теорії права, де також на сучасному етапі починають з'являтися стійкі тенденції за виділенням права на інформацію як самостійної категорії. Так, під час дослідження зміни поколінь прав такі класифікації:

- Перше покоління – політичні, культурні, особисті права;
- Друге покоління – соціально-економічні, громадянські права;
- Третє покоління – колективні права: жінок, дітей та ін.;
- Четверте покоління – права людини, зокрема право на мир, на безпечне для життя довкілля, інформаційні права тощо.

Підсумовуючи, можна сказати, що право на доступ до інформації, яке, фактично, є одним з інформаційних прав у складі права на інформацію, належить до особистих конституційних прав.

Для визначення статусу людини і громадянина у сфері права на інформацію варто встановити його найбільш точну юридичну характеристику, яка має такі сторони:

1. Формально-правову, пов'язану з визнанням певного права і його реалізацією в межах дії позитивного права певної держави.

2. Змістову, яку пов'язану з нормативно-правовим закріпленням цього права та відповідних йому правових обов'язків.

3. Процесуальну, що регулює порядок реалізації цього права та порядок реалізації відповідних йому обов'язків.

Щодо права на доступ до інформації, на сьогодні в Україні діє значна кількість правових актів як загалом регламентуючих питання створення й використання відкритих інформаційних ресурсів, так і нормативно-правових актів, що містять окремі норми, які, своєю чергою, регулюють доступ до відкритої інформації та відповідні права й обов'язки фізичних і юридичних осіб.

Основоположним нормативно-правовим актом у цій сфері є Конституція України. Норми Конституції України закріплюють право на інформацію (яке охоплює право на доступ до інформації) як одне із основоположних прав людини.

Так, у частині 2 ст. 34 Конституції України зазначено: “Кожен має право вільно збирати, зберігати, використовувати і поширювати інформацію усно, письмово або в інший спосіб – на свій вибір” [4].

Наступна ж частина 3 ст. 34 Конституції України вказує на те, що: “Здійснення цих прав може бути обмежене законом в інтересах національної безпеки, територіальної цілісності або громадського порядку з метою запобігання заворушенням чи злочинам, для охорони здоров'я населення, для захисту репутації або прав інших людей, для запобігання розголошенню інформації, одержаної конфіденційно, або для підтримання авторитету і неупередженості правосуддя” [4].

Основний закон також містить низку положень, що безпосередньо стосуються відкритої інформації. До таких зачисляють норми про свободу слова, масової інформації, право вільного доступу до інформації про стан

довкілля, про якість харчових продуктів і предметів побуту, а також право на її поширення тощо.

Усі мають право направляти індивідуальні чи колективні письмові звернення або особисто звертатися до органів державної влади, органів місцевого самоврядування та посадових і службових осіб цих органів, зобов'язаних розглянути звернення і дати обґрунтовану відповідь у встановлений законом строк (ст. 40 Конституції України) [4].

Варто звернути увагу також на те, що частина 2 ст. 57 Основного закону покладає на державу обов'язок доводити до відома населення закони та інші нормативно-правові акти, що визначають права та обов'язки громадян, а відповідно до змісту частини 3 згаданої статті, не доведені до відома населення такі нормативно правові акти є нечинними [4].

Загалом Основний закон України містить у собі більш як 20 правових норм, які встановлюють інформаційні права та свободи.

Серед нормативно-правих актів, що регламентують питання доступу до відкритої інформації, особливо важливе значення мають Закони України “Про інформацію”, “Про друковані засоби масової інформації (пресу) в Україні”, “Про доступ до судових рішень”, “Про звернення громадян”, “Про інформаційні агентства”, “Про Національну програму інформатизації”, “Про порядок висвітлення діяльності органів державної влади та органів місцевого самоврядування в Україні засобами масової інформації”, “Про захист суспільної моралі”, “Про електронні документи та електронний документообіг”, “Про державну таємницю”, “Про державну статистику”, “Про Державну службу спеціального зв'язку та захисту інформації України”, “Про державну підтримку засобів масової інформації та соціальний захист журналістів”, “Про захист інформації в інформаційно-телекомунікаційних системах”, “Про захист прав споживачів”, “Про бібліотеки і бібліотечну справу” та низка інших.

Основоположні засади, які стосуються доступу до інформації, містяться у Законі України “Про інформацію”. Цей Закон містить дефінітивну частину, в якій законодавець дає визначення понять, зокрема означаючи інформацію, як документовані або публічно оголошені відомості про події та явища, що відбуваються у суспільстві, державі та навколишньому природному середовищі; окреслює коло суб'єктів інформаційних відносин – громадян України, юридичних осіб, державу. Щоправда в останньому випадку законодавець вносить застереження щодо суб'єктного складу інформаційних відносин, доповнюючи їх перелік іншими (іноземними) державами, їхніми громадянами (іноземцями), іноземними юридичними особами, а також особами без громадянства (апатридами) та міжнародними організаціями (ст. ст. 1, 5) [5].

Отож, ознайомившись з змістом перелічених нормативно-правових актів, відштовхнувшись від норм Конституції України та Закону України “Про інформацію”, що регулюють відносини в інформаційній сфері, зокрема відносин з приводу питань реалізації права на доступ до інформації, можна зробити висновок про те, що в них найбільшою мірою втілені формально-правові аспекти статусу людини у сфері права на доступ до інформації, і, деякою мірою, виражається їх змістова характеристика.

Що ж безпосередньо стосується реалізації зазначеного права, потрібно врахувати таке:

- Право на інформацію кожного окремо взятого суб'єкта реалізується з урахуванням загального правового статусу цього суб'єкта та його ролі в межах

певного простору, а в конкретній ситуації – з урахуванням конкретного суб'єктивного права на інформацію і організаційної форми його реалізації в межах правоздатності та дієздатності суб'єкта.

- Деякі інформаційні права належать громадянам з огляду на дії норм Конституції України і для володіння ними не потрібно вживати певних дій (це такі права, як, наприклад, право на свободу слова, думки, право на отримання інформації тощо).
- Варто пам'ятати, що в іншому разі, для того, щоб набути певних інформаційних прав, громадянин повинен змінити свій статус, або по відношенню до нього повинні бути вчинені певні юридичні дії.

Отже, у складі права на доступ до інформації можна виділити такі елементи (правомочності), які можуть бути реалізовані всіма без винятку суб'єктами зазначеного права:

- право доступу до документів та інших матеріалів, інформаційним ресурсам та інформаційним системам;
- право на звернення за інформацією до певних суб'єктів;
- право отримувати інформацію від конкретних суб'єктів;
- право фіксувати інформацію, у тому числі за допомогою технічних засобів;
- право на відтворення інформації (отриманої у не заборонений законом спосіб);
- право на доведення інформації до конкретних суб'єктів через її опублікування, а також поширення через мережі обміну даними (зокрема Інтернет), передачі через засоби масової інформації в режимі повідомлень;
- право на отримання консультації з питань доступу до інформації.

Задля створення дієвого механізму реалізації права на доступ до інформації вбачається необхідним закріпити вищезазначені принципи на рівні Національного законодавства. У разі внесення запропонованих змін потрібно буде врахувати те, що для деяких фізичних осіб чинним законодавством вже встановлені спеціальні гарантії з надання інформації. Інакше кажучи, для запобігання стихійному внесенню змін в окремі нормативно-правові акти пропонується до вирішення питання підійти комплексно, першочергово розробивши законодавчу стратегію розвитку інформаційного законодавства України у сфері доступу до інформації.

1. Права человека: Учебн. для вузов / Отв. ред. чл.-корр. РАН, д-р юид. наук Е.А. Лукашева. –М.: Издательство Норма, 2002.
2. Теория государства и права: Учеб. для вузов / Под. ред. М.М. Рассолова, В.О. Лучина, Б.С. Эбзеева. –М.: Издательство Юнити-Дана, 2000.
3. Алексеев С.С. Восхождение к праву. Поиски решения. –М.: Издательство Норма, 2001. – 752 с.
4. Конституція України від 28 червня 1996 р. // Відомості Верховної Ради України. – 1996. – № 30. – Ст. 141; 2005. – № 2. – Ст. 44.
5. Закон України “Про інформацію” від 02.10.1992 № 2657-XII // Відомості Верховної Ради України від 01.12.1992 – 1992 р., № 48, стаття 650 (зі змінами).

RIGHT OF ACCESS TO INFORMATION AS ELEMENT OF LEGAL STATUS OF A PERSON

E. Pilat

*Ivan Franko National University of Lviv,
Universytetska Str. 1, UA – 79000 Lviv, Ukraine
E-mail: pilatinum@gmail.com*

The article deals with right of access to information legal regulation problems in Ukraine. Legal nature and the right's of access to information place in the constitutional rights and freedoms system are analyzed. The approaches to understanding of the right's of access to information and to freedom's of mass information limitation grounds are highlighted. The author elucidates the problems and ways of the right's of access to information legal regulation improvement. The results of the first Ukrainian study on the right of access to information via request for information securing are presented.

Key words: request for information, the right of access to information, freedom of information, data of public interest, information commissioner.

ПРАВО НА ДОСТУП К ИНФОРМАЦИИ КАК ЭЛЕМЕНТ ПРАВОВОГО СТАТУСА ЛИЦА

Е. Пилат

*Львовский национальный университет имени Ивана Франка
ул. Университетская, 1, 79000 Львов, Украина
E-mail: pilatinum@gmail.com*

В статье сделана попытка проследовать право на доступ к информации через проблемы его нормативно правового обеспечения в Украине. Правовая природа доступа к информации и место правовых норм, которые регулируют доступ к информации в национальной правовой системе Украины.

В исследовании указаны конкретные проблемы правового обеспечения права на доступ к информации как субъективного права личности. За результатами исследования даны конкретные предложения для решения очерченных проблем.

Ключевые слова: запрос о предоставлении информации, право на доступ к информации, свобода информации, информация и публичный интерес.

Стаття надійшла до редколегії 22.12.2009
Прийнята до друку 10.01.2010

АДМІНІСТРАТИВНЕ І ФІНАНСОВЕ ПРАВО

ОРГАНІЗАЦІЙНО-ПРАВОВІ ФОРМИ РЕЛІГІЙНИХ ОРГАНІЗАЦІЙ В УКРАЇНІ.

А. Кочкадан

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

У статті проаналізовано правові форми релігійних організацій в Україні. Визначена їх роль у розвитку громадянського суспільства.

Ключові слова: громадянське суспільство, право, релігійні організації.

З перших років своєї незалежності Україна стала на шлях формування правової, соціальної, демократичної держави, становлення якої неможливе без побудови соціально організованого суспільства. Важливу роль у розбудові громадянського суспільства відіграють його інститути: політичні партії, громадські організації, релігійні організації тощо. І саме релігійні організації серед інститутів громадянського суспільства займають особливе місце, оскільки, відповідно до соціологічних опитувань, володіють високим рівнем довіри з боку громадян нашої держави [1]. Тому держава могла б використати потенціал і позитивний вплив на суспільство релігійних організацій на благо українського народу і, зокрема, на процес побудови соціально організованого суспільства в нашій державі. Та для створення релігійних організацій повноправним інститутом громадянського суспільства і для забезпечення відповідних умов їхньої діяльності передусім необхідне створення відповідної нормативної бази. Саме з метою аналізу сучасної нормативно-правової бази щодо діяльності релігійних організацій і написана стаття.

На сьогоднішнє правове становище релігійних організацій визначається Конституцією України [2], Законом України “Про свободу совісті та релігійні організації” від 23. 04. 1991 р. [3], а також іншими нормативно-правовими актами і статутами релігійних організацій. Релігійна організація – це практична форма реалізації конституційного права “колективно відправляти релігійні культи і ритуальні обряди, вести релігійну діяльність” (ст. 35 Конституції України), “які утворюються з метою задоволення релігійних потреб громадян сповідувати і поширювати віру і діють відповідно до своєї ієрархічної та інституційної структури” (ст. 7 Закону України “Про свободу совісті та релігійні організації”, надалі – Законом України). В чинному законі є чітко визначено форми релігійних організацій: “Релігійними організаціями в Україні є релігійні громади, управління і центри, монастирі, релігійні братства, місіонерські товариства (місії), духовні навчальні заклади, а також об’єднання, що складаються з вище зазначених релігійних організацій” (ч. 2, ст. 7 Закону України). Керуючись логікою Закону і його структурою законодавець так класифікує релігійні організації :

1. Релігійна громада (ст. 8);
2. Релігійні управління і центри (ст. 9);
3. Монастирі, релігійні братства і місії (ст. 10);

4. Духовні навчальні заклади (ст. 11).

Загалом класифікація релігійних організацій може проводитись за різними підставами: релігійною належністю, територією діяльності, національною ознакою релігійної організації, способами утворення, метою діяльності, складом засновників тощо.

Релігійна громада – це одна з форм релігійних організацій в Україні, яка є найпоширенішою (саме тому стільки уваги їй приділив законодавець). Це місцева релігійна організація віруючих громадян одного й того ж культу, віросповідання, напрямку, течії чи толку, які добровільно об'єдналися з метою спільного задоволення релігійних потреб (ч. 1, ст. 8 Закону України). Для того, щоб релігійна громада набула правоздатності юридичної особи, потрібно, щоб громадяни в кількості не менше десяти чоловік, які утворили її і досягли 18-річного віку, подали заяву та статут на реєстрацію до обласної чи прирівняних до обласних адміністрацій, а у республіці Крим – до Уряду Республіки Крим (ст. 14 Закону України). Та повідомлення державних органів про створення релігійної громади не є обов'язковим (ст. 8 Закону України). Законодавець надає органу, який здійснює реєстрацію (в даному випадку це обласні і прирівняні до них державні адміністрації) місяць для розгляду заяви і реєстрацію статуту (положення) і ще 10 днів на письмове повідомлення про прийняте рішення релігійної громади, котра звернулася про державну реєстрацію (ч. 3 ст. 14 Закону України). Але зазначено, що у необхідних випадках орган, який здійснює реєстрацію статуту релігійної громади, “може зажадати висновок місцевої державної адміністрації, виконавчого комітету сільської, селищної, міської Рад народних депутатів, а також спеціалістів”. В такому випадку термін розгляду заяви про державну реєстрацію статуту продовжується до трьох місяців (ч. 4 ст. 14 Закону України). Національним законодавством встановлено, що підставою для відмови в реєстрації статуту релігійної організації є невідповідність статуту релігійної організації або її діяльності до чинного законодавства. Саме тому законодавцем стільки уваги приділено до змісту статуту (положення) релігійної організації. Так в ст. 12 Закону України “Про свободу совісті та релігійні організації” зазначено, що статут релігійних організацій повинен містити наступні відомості:

1. Вид релігійної організації, її віросповідну приналежність і місцезнаходження.
2. Місце релігійної організації в організаційній структурі релігійного об'єднання.
3. Майновий стан релігійної організації.
4. Право релігійної організації на заснування підприємств, засобів масової інформації, інших релігійних організацій, створення навчальних закладів.
5. Порядок внесення змін і доповнень до статуту 9 положення) релігійної організації.
6. Порядок вирішення майнових та інших питань у разі припинення діяльності релігійної організації.

Крім цього, законодавець вказує і на можливість внесення інших відомостей до статуту релігійної організації та вже не вказує на обов'язковість.

Наступною формою релігійних організацій в Законі України є релігійні управління та центри. Законодавець не подає визначення, що саме потрібно розуміти під управлінням чи центром, лиш вказує, що ці релігійні організації діють на підставі власних статутів (положень), зареєстрованих у визначеному порядку. Якщо релігійна громада визначається як місцева релігійна організація, то стосовно

управління і центрів немає прив'язки до певного місця. Тому, на відміну від релігійних громад, релігійні центри і управління подають статuti (положення) до державного органу України у справах релігії (ч. 2 ст. 14 Закону України). Крім цього, відповідно до законодавства України релігійні управління і центри мають право на заснування інших форм релігійних організацій: монастирів, релігійних братств, місій, духовних начальних закладів (ч. 1 ст. 10; ч. 1 ст. 11 Закону України).

Що стосується монастирів, релігійних братств і місій то в національному законодавстві передбачено, що вони окрім того, що можуть бути створені на основі рішень релігійних управлінь чи центрів, також можуть бути утворені в порядку утворення релігійних громад. Відповідно, від методу утворення цих релігійних організацій залежить і порядок процесу їх реєстрації, чи як передбачено для релігійних громад, чи для релігійних управлінь і центрів.

Духовні навчальні заклади – це релігійні організації, які створені релігійними управліннями і є спеціальними навчальними закладами для підготовки священнослужителів і служителів, інших, необхідних для релігійних організацій, релігійних спеціальностей. Духовні навчальні заклади свої статuti подають на реєстрацію до державного органу України у справах релігії.

Релігійне об'єднання – релігійна організація, яка складається з усіх вищенаведених релігійних організацій. Їх представляють свої управління (центри). І що стосується цієї форми релігійних організацій, у національному законодавстві більше жодних вказівок немає.

Також чинним Законом України вказано, що релігійна організація визнається юридичною особою з моменту реєстрації її статуту (положення) і з цього моменту релігійна організація користується всіма правами і несе обов'язки юридичної особи відповідно до норм чинного законодавства.

Крім цього, Закон України “Про свободу совісті та релігійні організації” визначає майновий стан релігійних організацій, якому присвячений III розділ. Четвертий розділ закону розглядає права релігійних організацій, пов'язані зі свободою віросповідання, де зазначено, що крім права на звершення релігійних обрядів та церемоній здійснення добродійної та культурно-освітньої діяльності є ще одне виключне право релігійних організацій, котрим їх наділив законодавець, а саме право релігійних організацій на заснування підприємств. Для випуску богослужбової літератури і виробництва предметів культового призначення.

У доповідях наших високопосадовців досить часто можна зустріти вислови, що національне законодавство, яке регламентує право на свободу світогляду цілком відповідає основним міжнародним актам з прав людини і є одним з найдемократичніших в нашому регіоні [4]. І саме завдяки демократичному законодавству відбувся такий бурхливий розвиток мережі релігійних організацій, що можна побачити на основі порівнянь статистичних даних [5]. Безумовно, що права людини на свободу світогляду і віросповідання регламентовані в національному законодавстві відповідають міжнародним нормам. Та міжнародні норми лише декларують це право, розкривають його зміст, формують принципи його реалізації, все інше є прерогативою національного законодавства, особливо це стосується країн, яких зачисляють до країн так званого “континентального права”, до яких належить і Україна. Тому цілком погоджуюсь зі слушною думкою Г. Друзенка про те, що головним завданням законодавця у цій сфері є створення максимально простого, чіткого та необтяжливого механізму реалізації права на свободу віросповідання та світогляду, який би, не порушуючи меж втручання у простір людської свободи, обмежувався лишень сферами де участь держави для

реалізації такого права є необхідною [6]. Нажаль саме в організації юридичного механізму щодо реалізації права на свободу світогляду та віросповідання, особливо колективно відправляти релігійні культи, обряди та вести релігійну діяльність є в чинному законодавстві найбільші недоліки і проблеми. На такі недоліки було звернено увагу в Пояснювальній доповіді співдоповідачок комітету ПАРЄ з питань виконання обов'язків та зобов'язань державами-членами Ради Європи Ганне Северинсен та Ренате Вольвенд і згодом на основі цієї доповіді Парламентська Асамблея Ради Європи схвалила резолюцію №1466 (2005) про виконання обов'язків та зобов'язань Україною [7].

Ось деякі з цих зауважень:

- законом обмежено форми, у яких можуть створюватися релігійні організації;
- встановлено обмеження на мінімальну кількість засновників, які можуть зареєструвати статут релігійної організації у кількості 10-ти осіб;
- релігійним організаціям заборонено створювати місцеві відділення без статусу юридичної особи;
- релігійні об'єднання не можуть набувати статусу юридичної особи;
- брак прозорості в питанні, які організації мають реєструвати обласні державні реєстрації, а які – державний орган у справах релігії;
- наявність у законі низки нечітких положень, які залишають широкий вибір виконавчим органам.

Тож на основі поданої системи спробуємо розібратися в цих недоліках національного законодавства. В чинному Законі “Про свободу совісті та релігійні організації”, як вже було зазначено вище, подано вичерпний перелік форм релігійних організацій, які можуть бути утворені в Україні. “Релігійними організаціями в Україні є релігійні громади, управління і центри, монастирі, релігійні братства, місіонерські товариства (місії), духовні навчальні заклади, а також релігійні об'єднання, що складаються з вище зазначених релігійних організацій” (ч. 2 ст. 7 Закону України). Тобто чинний закон, як прокрустове ложе, визначив, що саме ці вищенаведені форми є релігійними організаціями, а ті, які не вказані ні, і не є релігійними організаціями. Тому не можу погодитись з думкою, висловленою в науковій літературі, що ця проблема виникла унаслідок бурхливого розвитку релігійних організацій в Україні [8]. На мою думку, проблема полягає якраз у надмірній “жорсткості” чинного закону. Оскільки в Законі України “Про свободу совісті та релігійні організації” не вказані такі форми релігійних організацій (монаший орден, скит т.д.), які притаманні релігійним об'єднанням котрі діяли в Україні на момент прийняття цього закону. З одного боку держава “бере до відома і поважає традиції та внутрішні настанови релігійних організацій” (ч. 3 ст. 5 Закону України), а з іншого – вимагає від релігійних організацій, їх утворення тільки у вказаних організаційно-правових формах.

Зазначимо, що неодноразово при підготовці нових законопроектів робилися спроби виправити недоліки законодавства. Та навіть даючи визначення релігійним організаціям, визначаючи їх право бути створеними згідно з власними канонічними настановами, вони і надалі класифікували релігійні організації лише за релігійною ознакою, додаючи до наведених видів релігійних організацій, ще такі, як церква, релігійна група [9; 10; 11].

Зовсім по-іншому чином була подана класифікація в законопроекті, підготовленому робочою групою, котра була затверджена Міністерством Юстиції України 2006 р. та, на жаль не поданому до розгляду Верховної Ради. Цей законопроект запропонував внести нейтральну юридичну класифікацію, а саме – в ст. 8 законопроекту було зазначено:

1. Незалежно від найменування релігійні організації можуть утворюватися у формі релігійних товариств, релігійних установ та релігійних об'єднань.

2. Релігійним товариством є добровільне об'єднання фізичних осіб (учасників) незалежно від того, набуває таке об'єднання статусу юридичної особи, чи ні. Учасники товариства беруть безпосередню участь у його діяльності.

3. Релігійною установою є організація зі статусом юридичної особи, котра створена іншою релігійною організацією – юридичною особою (засновником) для досягнення вказаної засновником мети.

4. Релігійні об'єднання складаються з релігійних товариств і релігійних установ, утворюються та набувають статусу юридичної особи у порядку, визначеному законом [12].

І саме така класифікація дає змогу охопити практично всю різноманітність релігійних організацій незалежно від їх конфесійної приналежності, і дасть змогу їм вибудовувати свою організаційну структуру на основі власних традицій і правил. Тому цілком схвально ставлюсь до позитивних відгуків стосовно цього питання Г. Друзенка [13] та професора Л. Филипович, яка вказує, що саме застосування такої термінології відповідає сучасному рівню розвитку релігійної мережі у світі і є більш універсальною для всіх релігій [14].

Що стосується встановленого в Законі обмеження стосовно мінімальної кількості засновників, які можуть зареєструвати статут релігійної організації, то в цьому питанні немає одностайної думки серед науковців. Одні пропонують зменшити мінімальну кількість засновників, мотивуючи це тим, що громадську організацію можуть створити три засновники, а релігійна організація є одним з видів громадських організацій [15]. Інші навпаки пропонують збільшити мінімальну кількість засновників [16; 17]. Так безумовно релігійна організація – це один з видів громадських організацій, але організація своєрідна, яка посідає особливе місце серед інституцій громадянського суспільства. Тому схилиюсь на бік тих, хто пропонує збільшити мінімальну кількість засновників для реєстрації релігійної організації.

Особливе місце серед недоліків чинного законодавства посідають норми, які регламентують процес реєстрації релігійних організацій. Їхня особливість полягає в тому, що будучи недостатньо чітко виписаним режим реєстрації релігійних організацій дає змогу неоднозначного тлумачення даних норм з боку державних органів. А що це означає в сучасних українських реаліях, особливих пояснень не вимагає. Саме тому у висновках міжнародних експертів на цьому питанні особливо акцентується [18]. Бо як засвідчує практика реєстрації релігійних організацій, деякі адміністрації встановлюють свої вимоги до переліку і до форм поданих для реєстрації документів [19].

Для того, щоб уникнути можливих зловживань з боку державних органів необхідно, щоб законодавчо було встановлено зрозумілий процес реєстрації релігійних організацій, де чітко має бути визначено:

1. який орган буде проводити державну реєстрацію релігійних організацій;
2. дано остаточний перелік необхідних документів, які слід надати для проходження державної реєстрації;
3. встановлено конкретні строки, протягом яких державний орган проводить державну реєстрації;
4. визначено випадки, коли орган, що здійснює реєстрацію релігійних організацій, має право зажадати висновки інших державних органів чи проведення релігієзнавчої експертизи відвідними спеціалістами.

Нажаль на сьогодні нам залишається сподіватись, що після вирішення нагальних і болючих проблем, пов'язаних як з економічною, так і з політичною кризами, у нашій державі національний законодавець зверне увагу і на врегулювання діяльності релігійних організацій. І що ті зміни чітко визначать взаємні права і зобов'язання у взаємовідносинах релігійних організацій і держави що дасть змогу релігійним організаціям стати повноправними партнером Держави в служінні нашому суспільству, а іноді й непідкупним опонентом, який не дасть владі морально зачерствіти.

1. Результати соціального дослідження – УЦЕПА ім. Разумкова, – Київ, грудень 2006 р. – http://www.uceps.org/img/st-img/table/864/Pres-release_2006-12-27.pdf. Православ'є в Україні. 06 червня 2007 р. [Електронний ресурс] – <http://orthodoxy.org.ua/uk/parhiah/kiivska/2007/06/06/8320.html>
2. Конституція України від 28 червня 1996 р. К.: Атіка. 2006 р.
3. Закон України “Про свободу совісті та релігійні організації” від 23.04.1991 року №988-ХІІ // Відомості Верховної Ради України. 1991. №25. Ст. 283 <http://www.rada.gov.ua>
4. Карташова Н.І. Стан дотримання та захисту прав і свобод людини в Україні. Перша щорічна доповідь Уповноваженого з прав людини. – К. 2000 http://ombudsman.kiev.ua/d_05.3.html
5. Державна статистика релігій в Україні (дані Державного комітету/департаменту України у справах релігій) – <http://www.risu.org.ua/ukr/resources/statistics>
6. Друзенко Г. Між традицією та свободою. Релігійна свобода. 2007 №11 — <http://www.risu.org.ua/ukr/religion.and.society/analysis/article;10725>
7. Там само.
8. Додіна Є.Є. Правові засади визначення видів релігійних організацій. Наукові праці Одеської національної юридичної академії. Т.VII. 2008. Ст. 217.
9. Див. Проект Закону України: Про свободу світогляду, віросповідання та релігійні організації, №1178 від 22.12.2000 р. – <http://www.rada.gov.ua>
10. Див. Проект Закону України № 1285 від 12.05.2003 р. – <http://www.rada.gov.ua>
11. Див. Проект Закону України №2637 від 14.01.2003 р. – <http://www.rada.gov.ua>
12. Див. Проект Закону України “Про свободу світогляду, віросповідання та релігійні організації” – <http://www.prochurch.info/index.php/news/more/5969>
13. Друзенко Г. Між традицією та свободою. Релігійна свобода. 2007 №11 — <http://www.risu.org.ua/ukr/religion.and.society/analysis/article;10725>
14. Пилипович Л. Новий закон про свободу совісті: проект на майбутнє. Релігійна свобода. 2007. № 11. Ст. 17–18.
15. Друзенко Г. Статус юридичної особи для церкви: мрія чи реальність.— <http://justinian.com.ua/article.php?id=816>
16. Ярмол Л.В. Свобода віросповідання: юридичне забезпечення в Україні (загальнотеоретичне дослідження). – Л. 2006. Ст. 91.
17. Ярмол Л.В. Законодавство України про свободу світогляду і віросповідання та релігійні організації: зміни, що наблизили. Право України. 2001. №2. ст. 75.
18. Бюро демократії, прав людини і праці Державного департаменту США.Звіт про дотримання прав людини 2005.— http://kiev.usembassy.gov/files/060407_human_rights_report_2005_Ukr.html
19. Яцків Т., Тарасенко Л. Державна реєстрація громадських організацій, релігійних організацій, профспілок, благодійних організацій в Україні: від А до Я. Львів, “Юриспруденція” 2008. С. 45–46.

**ORGANIZATIONAL AND LEGAL FORMS OF RELIGIOUS
ORGANIZATIONS IN UKRAINE**

A. Kochkadan

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

The article deals with the analysis of religious organizations' legal forms in Ukraine. The role of religious organizations in civil society development is defined.

Key words: civil society, law, religious organizations.

**ОРГАНИЗАЦИОННО-ПРАВОВЫЕ ФОРМЫ
РЕЛИГИОЗНЫХ ОРГАНИЗАЦИЙ В УКРАИНЕ.**

A. Кочкадан

*Львовский национальный университет имени Ивана Франка
ул. Университетская, 1, 79000 Львов, Украина*

В статье проанализированы правовые формы религиозных организаций в Украине. Определена их роль в развитии гражданского общества.

Ключевые слова: гражданское общество, право, религиозные организации.

Стаття надійшла до редколегії 14.12.2009

Прийнята до друку 10.01.2010

СУТНІСТЬ ОРГАНІЗАЦІЙНИХ ФУНКЦІЙ ОРГАНІВ МІСЦЕВОГО САМОВРЯДУВАННЯ У СФЕРІ ПРОФІЛАКТИКИ АДМІНІСТРАТИВНИХ ПРАВОПОРУШЕНЬ

А. Лещух

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

Залежно від виникнення якісно нових суспільних відносин, зміни та припинення існуючих в державі постає необхідність їх юридичної регламентації, у тому числі через зміну правового статусу елементів системи суб'єктів профілактики правопорушень – органів місцевого самоврядування: уточнення їх компетенції, видів та змісту організаційних функцій у цій сфері. Європейська хартія місцевого самоврядування (ст. 4), ратифікована Україною 15 липня 1997 р., передбачає, що основні функції та повноваження місцевого самоврядування встановлюються конституцією або законом [1, с. 11]. Однак у Конституції України, базовому законі про місцеве самоврядування, або у статутних положеннях, які визначають організаційно-правовий статус органів місцевого самоврядування, практично неможливо перелічити всі їхні завдання, функції та повноваження у цій сфері.

Ключові слова: юридична регламентація, система суб'єктів профілактики правопорушень, організаційні функції, органи місцевого самоврядування.

Органи місцевого самоврядування, забезпечуючи відповідно до Конституції України дотримання законів, охорону державного і громадського порядку, прав громадян, координують на своїй території роботу всіх державних і громадських органів з запобігання адміністративним правопорушенням, керують діяльністю адміністративних комісій та інших підзвітних їм органів, що ведуть боротьбу з адміністративними правопорушеннями. З огляду на це виникає необхідність дослідження організаційних функцій органів місцевого самоврядування України у сфері профілактики адміністративних правопорушень.

Головно, поняття, види та зміст організаційних функцій місцевого самоврядування у сфері профілактики адміністративних правопорушень досліджувались юридичними науками ситуативно, без урахування комплексного підходу та у рамках загальної адміністративної організаційно-правової проблематики. Окремі дослідження з цих питань є у працях науковців: В.Б. Авер'янова, Ю.П. Бітяка, І.П. Голосніченка, Є.В. Додіна, А.П. Закалюка, О.П. Ключниченка, Л.В. Ковалюк, А.Т. Комзюка, О.І. Остапенка, В.І. Ремньова, Ю.С. Шемшученка, В.Ф. Опришка, М.Ф. Веремечука та інших вчених.

Головним завданням статті є дослідження поняття, видів та змісту організаційних функцій органів місцевого самоврядування у сфері профілактики адміністративних правопорушень на відповідній території.

Указом Президента України “Про державну підтримку розвитку місцевого самоврядування в Україні” від 30 серпня 2001р. визначено, що місцевому самоврядуванню держава гарантує свою підтримку і поліпшення умов для самостійного вирішення територіальними громадами питань місцевого значення [2, с. 86]. Для виконання певних завдань держава наділяє місцеве самоврядування владними повноваженнями, передає в муніципальну власність матеріальні, фінансові та інші ресурси, гарантує представницьким органам місцевого самоврядування правову, організаційну та матеріально-фінансову самостійність для здійснення їхніх повноважень.

В Законі України “Про місцеве самоврядування в Україні” поняття “функції” застосовується поряд з таким поняттям, як “повноваження”, наприклад: “... виконавчі органи рад – органи, які відповідно до Конституції України та цього Закону створюються сільськими, селищними, міськими, районними в містах (у разі їх створення) радами для здійснення виконавчих функцій і повноважень місцевого самоврядування у межах, визначених цим та іншими законами (ст. 1); Первинним суб’єктом місцевого самоврядування, основним носієм його функцій і повноважень є територіальна громада села, селища, міста (частина 1 ст. 6); Сільські, селищні, міські ради є органами місцевого самоврядування, що представляють відповідні територіальні громади та здійснюють від їх імені та в їхніх інтересах функції і повноваження місцевого самоврядування, визначені Конституцією України, цим та іншими законами (частина 1 ст. 10) [3]. Законодавство країн сучасного світу розподіляє повноваження органів місцевого самоврядування на: обов’язкові (водопостачання, транспорт, суспільна безпека, охорона здоров’я тощо) та факультативні (добровільні), які реалізуються ними на власний розсуд (утримання громадських парків, бібліотек), та делеговані – передані і доручені як правило центральними органами виконавчої влади для виконання державних завдань [4, с. 286].

Така адміністративно-правова форма, як функції суб’єкта профілактики адміністративних правопорушень, уособлюється в його компетенції, тому й організаційні функції органів місцевого самоврядування варто розглядати сукупно з їх компетенцією у цій сфері. Компетенцією органів місцевого самоврядування у сфері профілактики правопорушень є нормативно-правове закріплення завдань і необхідного для їхньої реалізації комплексу прав і обов’язків, тобто державно-владних повноважень та інших ресурсів у спеціальних (галузевих) нормативно-правових актах та покладення на них завдань і функцій у цій сфері.

Термін “функція” (походить від лат. *functio* – виконання, звершення) – обов’язок, коло діяльності, призначення [5, с. 667]. Функція управління як поняття – це “...певний напрям спеціалізованої діяльності публічної влади, зміст якої характеризується однорідністю та цільовою спрямованістю”, “...відносно самостійні та однорідні частини змісту управлінської діяльності, в яких виражається владно-організуючий вплив суб’єкта управління на об’єкт”. [6, с. 115]. У теорії держави і права традиційно визначають функції держави як: “...напрями діяльності держави, які виражають її сутність і соціальне призначення в галузі управління справами суспільства” [7, с. 28], “...діяльність держави відносно тих завдань, які стоять перед нею на різних етапах розвитку” [8, с. 109], “...основні напрями діяльності держави, які мають забезпечити здійснення завдань, що стоять перед нею” [9, с. 846].

Вбачається, що найдоцільніше вважати функціями місцевого самоврядування комплекс взаємопов’язаних засобів, які забезпечують об’єкт організаційно-правовою, політичною, плановою, економічною, методологічною орієнтацією; матеріальними, технічними, трудовими ресурсами, необхідними для вирішення поставлених перед об’єктом завдань, в своїй сукупності організовують досягнення мети, що стоїть перед системою місцевого самоврядування.

Отже, функції не є тотожним поняттям стосовно повноважень як елементів компетенції органу місцевого самоврядування, хоча й виражаються у ній шляхом правового закріплення (регламентації) останніх.

Із цього доводимо висновку що організаційні функції місцевого самоврядування у сфері профілактики правопорушень, як і їхні повноваження, можна розмежувати на: 1) самоврядні (власні) та функції органів виконавчої влади (делеговані); 2) виконавчі (органи самоврядування безпосередньо виконують нормативні приписи та інші акти законодавчої влади) та розпорядчі (ці органи від свого імені видають управлінські акти і дають відповідні розпорядження) [10, с. 33] та ін.

Загальна класифікація може передбачати існування ще й таких видів функцій: 1) загальні (основні), що побудовані на підставі внутрішньої технології діяльності: (прогнозування, планування, організація, регулювання, координація, облік, контроль); 2) спеціальні (спеціалізовані) (найчисленніша група), розмежування яких здійснюється за сферами управління, за рівнями та типами основних завдань різних рівнів та ланок місцевого самоврядування влади (наприклад, функції сільської, селищної, міської ради, виконавчого комітету відповідних рад та ін.); 3) допоміжні (обслуговуючі) функції, класифікують за такими групами: цілеспрямовуючій організації – прогнозування, стратегічне та поточне планування; у необхідних ресурсах – фінансування, матеріально-технічне постачання, транспортне обслуговування, стимулювання, трудові ресурси, кадрове забезпечення; у впорядкованості, погодженості в діях – керування, координація, організація, контроль та ін.; у постійному вдосконаленні самої системи управління – організація, діагностування, проектування, організаційний розвиток тощо [6, с. 116–120].

Серед функцій місцевого самоврядування науковці виділяють ще об'єктні та технологічні. Під об'єктними розуміють предмет (сферу) впливу місцевого самоврядування на питання, які належать до його компетенції: політика, економіка, культура тощо. Технологічні функції – це способи, засоби, методи, за допомогою яких суб'єкти (територіальні громади, органи місцевого самоврядування) впливають на об'єкти (питання місцевого значення) [11, с. 68]. Об'єктними функціями місцевого самоврядування є: політична, економічна, соціально-культурна, екологічна. До технологічних функцій належать: інформаційна, планувальна та програмувальна, нормотворча, бюджетно-фінансова, матеріально-технічна, соціального контролю.

Але така класифікація об'єктних функцій буде не зовсім повною, оскільки залежить від спрямованості муніципальної діяльності (сфери реалізації функцій), де ці функції поділяються як на внутрішні, так і на зовнішні. Внутрішні та зовнішні об'єктні функції опосередковують собою різні сфери діяльності представницьких органів місцевого самоврядування, зокрема зовнішні функції розкривають роль цих органів у здійсненні регіональної та зовнішньодержавної політики. За своїм змістом технологічні функції є сукупністю окремих муніципальних дій (процедур), які служать процесом здійснення інших, зокрема об'єктних функцій [12, с. 20]. При плануванні та здійсненні органами місцевого самоврядування профілактичної діяльності на відповідній території їх технологічні функції за своєю природою і є організаційними, оскільки в процесі реалізації цих функцій органами місцевого самоврядування реалізуються завдання місцевого самоврядування щодо забезпечення законності та правопорядку (об'єктна функція).

До організаційних (технологічних) функцій органів місцевого самоврядування належать такі: бюджетно-фінансова, матеріально-технічна, інформаційна, планування і прогнозування, нормотворча, функція соціального

контролю, координації. Бюджетно-фінансова функція охоплює роботу щодо унормування витрат місцевих бюджетів на профілактичні заходи, передбачає звітність та контроль за їх виконанням. У разі забезпечення цієї функції представницькі та виконавчі органи місцевого самоврядування співпрацюють з органами держави, яка бере участь у формуванні місцевих бюджетів. Матеріально-технічна функція забезпечує необхідними ресурсами роботу суб'єктів профілактики. Головне завдання інформаційної функції – забезпечення необхідною достовірною інформацією, надання гласності всім процесам та процедурам, що відбуваються на території відповідної територіальної громади. Враховуємо, що ця інформація буває як внутрішньою (тобто інформацією про все те коло запитань, які вирішуються усередині самого муніципального об'єднання), так і зовнішньою (тобто інформацією про все те, що відбувається поза певним муніципальним об'єднанням). Це можуть бути відомості про стан справ у інших муніципальних органах, у тому числі і зарубіжних, інформація державних органів тощо. Сьогодні муніципальний процес важко уявити без планування та прогнозування розвитку відповідних територій. Суть цієї функції полягає у підготовці стратегічних планів та програм профілактики правопорушень, розвитку на перспективу і логічно впливає з пункту 1 ст. 27 Закону України “Про місцеве самоврядування в Україні”. Роботу цю ведуть виконкоми місцевих рад і затверджують самі ради на пленарних засіданнях.

До однієї з найголовніших технологічних функцій можемо зачислити нормотворчу діяльність рад та їх виконавчих органів. Основою рішень цих органів (підзаконних правових актів) є чинне законодавство, а самі рішення мають такі властивості, як загальнообов'язковість на території громади, і гарантуються державою. Ще однією важливою технологічною функцією місцевого самоврядування у сфері профілактики є функція соціального контролю. Мається на увазі, насамперед, контроль за реалізацією найважливіших соціальних прав громадян, передбачених чинною Конституцією України, а саме: права на працю та відпочинок, на соціальний захист, на лікування і житло тощо. Громади і створювані ними представницькі органи, їх виконавчі комітети та інші органи самоврядування здійснюють ці права як безпосередньо, так і на пленарних засіданнях рад, засіданнях виконкомів, на сільських сходах, засіданнях органів громадської самоорганізації населення тощо.

Для реалізації органами місцевого самоврядування заходів профілактики адміністративних правопорушень, передбачених спеціальними (спеціалізованими) функціями управління (більшою мірою – прогнозуванням правопорушень та результатів профілактичних заходів та плануванням останніх) і досягнення бажаного стану об'єкта управління, необхідно здійснити низку організаційних функцій: загальноорганізаційну; матеріально-технічного забезпечення; економіко-фінансового розвитку, обліку і контролю; політико-правового забезпечення; духовно-ідеологічного забезпечення; соціального забезпечення та захисту виконавців; функцію мотивації. Загальноорганізаційна функція охоплює розподіл компетенції, функцій, повноважень та ресурсів між суб'єктами профілактики. Виконанням функції матеріально-технічного забезпечення суб'єкт профілактики визначає потреби в системі та підсистемах суб'єктів профілактики правопорушень в матеріальних та людських ресурсах та раціонально їх розподіляє на необхідних ділянках чи за об'єктами

профілактичного впливу. Фінансово-економічна функція дає змогу суб'єктові управління з урахуванням мети, своєчасно спрогнозувати результат та видатки на заходи. Функція обліку і контролю полягає в забезпеченні збору, передачі, збереження та обробки даних обліку, реєстрації та систематизації інформації про діяльність системи суб'єктів профілактики, виконання їх рішень, про наявність фінансів і матеріальних ресурсів. Суть обліку полягає у виявленні відповідності реального стану профілактованого об'єкта заданим параметрам, а контролю – наскільки результат відповідає висунутим цілям і завданням. Політико-правова функція забезпечує ефективне керування виконавцями в рамках заходів профілактики та системи місцевого самоврядування, що напряму залежить від володіння владними повноваженнями у зазначеній сфері. Суть духовно-ідеологічної функції в процесі підготовки виконання органами місцевого самоврядування заходів з профілактики адміністративних правопорушень полягає у впливові на всі елементи системи профілактики за допомогою суб'єктивних чинників людської поведінки, визначення її ставлення до конкретних заходів профілактики та формування позитивного світогляду на ці заходи. Після цього має відбуватися перехід до реалізації соціальної функції, яка полягає в забезпеченні ефективного розв'язання будь-яких суперечностей в трактуванні заходів щодо об'єктів профілактичного впливу та реалізації принципу соціальної справедливості. Функція мотивації в профілактиці адміністративних правопорушень слугує забезпеченню виконання працівниками системи суб'єктів профілактики правопорушень своїх повноважень та обов'язків, що спонукає створенню умов для їх моральної та матеріальної зацікавленості.

Під функціями місцевого самоврядування загалом, слід розуміти основні напрями діяльності територіальних громад, органів місцевого самоврядування щодо вирішення завдань місцевого самоврядування. Отже, функції органів місцевого самоврядування у сфері профілактики визначаються відповідно до таких їхніх завдань: зміцнення засад конституційного ладу, забезпечення реалізації конституційних прав людини і громадянина, створення умов для забезпечення життєво важливих потреб та законних інтересів населення, розвиток місцевої демократії.

З урахуванням наведеного, можна сказати, що організаційні функції органів місцевого самоврядування у сфері профілактики правопорушень – це законодавчо врегульований владний вплив цих органів (виконавчо-розпорядча діяльність) щодо виконання (здійснення) завдань місцевого самоврядування на підставі, в межах повноважень та у спосіб, що передбачені законодавством і відображає волю та інтереси відповідної територіальної громади.

Ми вважаємо, що для виконання передбачених плануванням заходів та досягнення бажаного стану об'єкта профілактики потрібно виконати, зокрема, такі організаційні функції: 1) загальна організаційно-профілактична функція; 2) функція матеріально-технічного та фінансового забезпечення, обліку і контролю; 3) політико-правового забезпечення; 4) ідейно-духового впливу та забезпечення; 5) забезпечення соціального захисту; 6) функція мети та мотивації.

Зрозуміло, що організаційні функції місцевого самоврядування України у сфері профілактики правопорушень не варто вважати статичними, незмінними, оскільки це – динамічна категорія. Вони здійснюються, наповнюються новим змістом при виникненні, зміні чи припиненні відповідних відносин в

суспільстві та державі разом зі змінами та доповненнями, які вносяться до чинного законодавства про місцеве самоврядування та про адміністративну відповідальність.

1. Європейська хартія про місцеве самоврядування // Бюлетень законодавства і юридичної практики України: Місцеве самоврядування в Україні. Видавництво "Юрінком Інтер" – 2002. – №10. – 448 с.
2. Про державну підтримку розвитку місцевого самоврядування в Україні: Указ Президента України від 30 серпня 2001 року // Бюлетень законодавства і юридичної практики України. – 2002. – №10; Місцеве самоврядування в Україні. – С. 86–94.
3. Про місцеве самоврядування в Україні: Закон України від 21.05.97 р. // Відомості Верховної Ради України. – 1997. – № 24. – Ст. 170.
4. В.А.Григорьев. Эволюция местного самоуправления. Отечественная и зарубежная практика: Монография. – К.: Истина, 2005. – 424 с.
5. Современный словарь иностранных слов. – 5-е изд., стер. – М.: Рус. яз., 2002. – 842 с.
6. Адміністративне право України. Підручник За ред. Ю.П. Битяка. – Харків: Право, 2001. – 528 с.
7. Кельман М.С., Мурашин О.Г., Сухицька Н.В. Теорія держави і права (схеми, таблиці, поняття): Навч. посібн. – К.: Центр навчальної літератури, 2006. – 148 с.
8. Оксамытный В.В. Теория государства и права. – М., 2004. – 563 с.
9. Юридичний словник / За ред. Б.М.Бабія та ін. К. Головна редакція УРЕ, 1983. – 872 с.
10. Колодій А.М., Олійник А.Ю. Державне будівництво і місцеве самоврядування в Україні: Підручник / За ред. Я.Ю. Кондратьєва. – К.: Юрінком Інтер, 2003. – 464 с.
11. Бесчастный В.М., Делія Ю.В., Устименко В.А., Джабраїлов Р.А., Щебетун І.С. Місцеве самоврядування в Україні: проблеми та перспективи: Монографія. – Донецьк: Донецький юридичний інститут при Донецькому національному університеті, 2005. – 272 с.
12. Дробуш І.В. Розмежування функцій органів місцевого самоврядування та органів виконавчої влади // Право України. – 01. – № 10. – С. 20–24.

THE ESSENCE OF LOCAL SELF-GOVERNMENT BODIES ORGANIZATIONAL FUNCTIONS IN THE SPHERE OF ADMINISTRATIVE OFFENCE PREVENTION

A. Leschukh

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

The article deals with the necessity of new social relations legal regulation. It is pointed out that such a regulation includes the system of offence prevention subjects legal status changing: the specification of its competence, types and content of the organizational functions in this sphere. It is stressed that the European Charter on the local self-government, ratified by Ukraine reads that the basic functions and powers of local self-government are determined by constitution or by law. The author argues that it is very difficult to enumerate in the Constitution of Ukraine, Law of Ukraine "On local self-government in Ukraine" or in statutory provisions all the tasks, functions and powers of local self-government bodies in this sphere.

Key words: legal regulation, system of offence prevention subjects, organizational functions, local self-government bodies.

СУЩНОСТЬ ОРГАНИЗАЦИОННЫХ ФУНКЦИЙ ОРГАНОВ МЕСТНОГО САМОУПРАВЛЕНИЯ В СФЕРЕ ПРОФИЛАКТИКИ АДМИНИСТРАТИВНЫХ ПРАВОНАРУШЕНИЙ

А. Лещух

*Львовский национальный университет имени Ивана Франка
ул. Университетская, 1, 79000 Львов, Украина*

В зависимости от возникновения качественно новых общественных отношений, изменения и прекращения существующие в государстве появляется необходимость их юридической регламентации, в том числе через изменение правового статуса элементов системы субъектов профилактики правонарушений – органов местного самоуправления: уточнение их компетенции, видов и содержания организационных функций в этой сфере. Европейская хартия местного самоуправления (ст. 4), ратифицированная Украиной 15 июля в 1997 г., предусматривает, что основные функции и полномочия местного самоуправления устанавливаются конституцией или законом [1, с. 11]. Однако в Конституции Украины, базовом законе о местном самоуправлении, или в уставных положениях, которые определяют организационно-правовой статус органов местного самоуправления, практически невозможно перечислить все их задания, функции и полномочия в этой сфере.

Ключевые слова: юридическая регламентация, система субъектов профилактики правонарушений, организационные функции, органы местного самоуправления.

Стаття надійшла до редколегії 09.12.2009

Прийнята до друку 10.01.2010

ПРЕДМЕТ ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ АДМІНІСТРАТИВНО-ПРОЦЕДУРНОГО КОДЕКСУ

А. Школик

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

У статті з'ясовано предмет правового регулювання проекту Адміністративно-процедурного кодексу України, який є на розгляді у Верховній Раді. Висвітлено проблематику сфери дії цього законопроекту та його непоширення на певні сфери правового регулювання, що забезпечуються іншими нормативно-правовими актами. Також виділено основні види проваджень, що будуть врегульовані Адміністративно-процедурним кодексом.

Ключові слова: адміністративна процедура, адміністративне провадження, адміністративне оскарження.

Загальний закон, яким буде врегульовано порядок діяльності органів виконавчої влади та органів місцевого самоврядування і проект якого в Україні названо Адміністративно-процедурним кодексом, істотно змінить стан правового регулювання у сфері діяльності публічної адміністрації. Адже станом на сьогодні порядок діяльності зазначених органів забезпечується сотнями законодавчих та підзаконних нормативно-правових актів, які за змістом у більшості випадків є схожими, а тому їх норми можуть бути кодифіковані в єдиному акті.

Поряд з цим наукові дослідження у сфері адміністративних процедур лише останнім часом набувають достатнього рівня. Зокрема, у тематичних наукових виданнях “Права громадян у сфері виконавчої влади: адміністративно-правове забезпечення реалізації та захисту” [1, с. 290–309] та “Принцип верховенства права у діяльності держави та в адміністративному праві” [2, с. 227–246] містяться окремі розділи, в яких розглянуті адміністративні процедури. Важливим етапом у розвитку цієї тематики в Україні стала дисертація В.П. Тимошука на тему “Процедура прийняття адміністративних актів: питання правового регулювання” [3]. Однак загалом кількість досліджень про адміністративні процедури залишається, на нашу думку, незначною, а рівень інформованості про доцільність прийняття Адміністративно-процедурного кодексу – недостатнім.

Проект Адміністративно-процедурного кодексу України було внесено Кабінетом Міністрів на розгляд Верховної Ради України 18 липня 2008 р. [4], що вже стало другою подібною спробою (перша мала місце у вересні 2004 р.), а відтак надмірних ілюзій щодо його оперативного прийняття, на жаль, немає. При ефективній діяльності українського парламенту цей процес мав би дійти свого логічного завершення у 2009 р., а тому важливим є з'ясування основних положень майбутнього базового законодавчого акта про загальні адміністративні процедури.

Відповідно до п. 1 ст. 1 цього проекту Адміністративно-процедурного кодексу, він регулює відносини, що виникають під час провадження органами виконавчої влади, органами місцевого самоврядування, їх посадовими і службовими особами діяльності щодо забезпечення реалізації та захисту прав, свобод і законних інтересів фізичних та юридичних осіб (далі — особи), у тому числі щодо отримання адміністративних послуг, та виконання ними визначених законом обов'язків, регламентує процедури розгляду адміністративних справ.

Отож, за змістом проект Кодексу регулюватиме три умовні групи суспільних відносин, які забезпечуються органами публічної адміністрації:

- щодо *реалізації прав, свобод і законних інтересів* фізичних та юридичних осіб (наприклад, в процедурі реалізації права на підприємницьку діяльність);
- щодо *захисту прав, свобод і законних інтересів* фізичних та юридичних осіб (наприклад, у визначенні порядку оскарження рішень, дій чи бездіяльності органів публічної адміністрації до вищих органів);
- щодо *виконання обов'язків* фізичними та юридичними особами (наприклад, в процедурі проведення перевірок за дотриманням санітарного законодавства).

Поряд з цим, з огляду на значні особливості певних видів діяльності органів публічної адміністрації, окремі сфери виведено з предмета регулювання Адміністративно-процедурного кодексу. Відповідно до пункту 3 цієї ж ст. 1 проекту АПК, його дія не поширюється на відносини, що виникають під час провадження органами публічної адміністрації діяльності щодо:

1) розгляду звернень осіб, що містять пропозиції, поради, рекомендації стосовно визначення повноважень та порядку організації такої діяльності, а також стосовно врегулювання суспільних відносин, удосконалення законодавства (такі відносини повинні бути регламентовані у новій редакції закону “Про звернення громадян” або “Про петиції”);

2) провадження дізнання, досудового слідства, оперативно-розшукової діяльності, виконавчого провадження, нотаріальних дій, виконання покарання, застосування законодавства про захист економічної конкуренції, податкового та митного законодавства;

3) проходження державної служби, в тому числі дипломатичної та військової, а також служби в органах місцевого самоврядування (проходження публічної служби є внутрішньоорганізаційними відносинами в межах публічної адміністрації, а от Адміністративно-процедурний кодекс забезпечує лише зовнішні відносини органів публічної адміністрації з громадянами та юридичними особами).

Окремо зупинимось на переліку сфер, на які не поширює дію АПК визначеному у підпункті другому аналізованої статті.

Вилучення діяльності органів публічної адміністрації у кримінально-правовій сфері з предмета регулювання Адміністративно-процедурного кодексу є повністю логічним, адже законодавство у цій сфері (закони “Про оперативно-розшукову діяльність”, “Про міліцію”, Кримінально-процесуальний та Кримінально-виконавчий кодекси) є досить розвинутим, відображає специфіку відповідної діяльності та й поширюється не лише на органи публічної адміністрації, але й прокуратуру та суди. Схожою є ситуація з нотаріальною діяльністю, яку здійснюють як державні, так і приватні нотаріуси.

Однак щодо повного вилучення виконавчого провадження з сфери дії АПК виникають окремі застереження. Справді, чинний закон України “Про виконавче провадження” забезпечує порядок діяльності державних виконавців. Проте окремі норми щодо виконання адміністративних актів містяться також і в окремому розділі проекту Адміністративно-процедурного кодексу і тому говорити про повне вилучення виконавчого провадження із сфери дії АПК навряд чи можна.

Три останні зазначені у підпункті другому аналізованої статті галузі законодавства: антимонопольне (про захист економічної конкуренції), податкове та митне вилучено зі сфери дії АПК з огляду на наявне достатньо детальне регулювання у спеціальних нормативно-правових актах. Звичайно, можна дискутувати про доцільність такого вилучення, адже усі три зазначені галузі

стосуються контрольної діяльності органів публічної адміністрації і спеціальне законодавство не завжди передбачає такі гарантії дотримання прав особи у відносинах з цими органами, які містить проект АПК. Однак зрозумілим є те, що у разі поширення дії загального Адміністративно-процедурного кодексу на три зазначені галузі, потрібно буде опрацювати та внести суттєві зміни до великої кількості нормативно-правових актів, а це потребуватиме додаткових зусиль і часу. Інакше кажучи, це зумовить додаткову затримку з прийняттям Адміністративно-процедурного кодексу. Крім того, як показує досвід окремих зарубіжних держав, специфіка у відзначених галузях, зокрема, податковій, є чималою, що є підставою непоширення загального процедурного законодавства на цю галузь [5, с. 227].

До сфери правового регулювання Адміністративно-процедурного кодексу залучені дії органів виконавчої влади, органів місцевого самоврядування та інших уповноважених суб'єктів різного характеру та змісту. У науковій літературі послідовно здійснювані уповноваженим суб'єктом (публічною адміністрацією) процесуальні дії щодо розгляду та вирішення індивідуальних справ визначаються як адміністративне провадження [6, с. 130]. З огляду на вищезазначену різноплановість процесуальних дій органів адміністративні провадження поділяють на види. Зокрема, усталеною у вітчизняній адміністративно-правовій літературі є поділ на неюрисдикційні (позитивні) та юрисдикційні провадження [7, с. 502]. Основною відмінністю цих двох груп є наявність або відсутність спору, який вирішується під час здійснення відповідного провадження.

Варто зазначити, що така класифікація має значення лише в контексті теоретико-правових узагальнень. Адже в жодному нормативно-правовому акті той чи інший вид провадження не зачислено до неюрисдикційного (позитивного) чи юрисдикційного. Більше того, сумнівним видається коректність ототожнення юрисдикційності та спірності адміністративних проваджень, адже термін юрисдикція може мати різні значення. Зокрема в енциклопедичних джерелах базовою дефініцією юрисдикції (від латинського *jurisdictio* – судочинство) є “правова сфера, що визначає повноваження певного органу державної влади” [8]. У подібному значенні поняття юрисдикції застосовується і в Кодексі адміністративного судочинства України, при визначенні терміна “справа адміністративної юрисдикції” [9]. В цьому контексті не випадково професор О.В. Кузьменко замінила аналізовані назви груп адміністративних проваджень на конфліктні та неконфліктні [10, с. 132].

Повертаючись до проекту Адміністративно-процедурного кодексу, зазначимо, що у ньому не проведено безпосередньої класифікації адміністративних проваджень залежно від їх характеру чи змісту. Застосоване в проекті визначення терміна адміністративне провадження є наближеним до усталених в адміністративно-правовій літературі і розглядається як сукупність послідовно здійснюваних адміністративним органом процедурних дій і прийнятих процедурних рішень з розгляду та вирішення адміністративної справи, що завершується прийняттям адміністративного акта і його виконанням (підпункт 2) пункту 1 проекту АПК). Однак, керуючись положеннями аналізованого проекту можна поділити адміністративні провадження за іншими критеріями.

Залежно від підстав для відкриття, визначених ст. 3 проекту, розрізняються адміністративні провадження, що відкриваються:

- 1) за заявою особи щодо забезпечення реалізації та захисту своїх прав і законних інтересів, у тому числі щодо отримання адміністративних послуг, а також виконання визначених законом обов'язків;

2) за ініціативою адміністративного органу, у тому числі у порядку здійснення ним контрольних повноважень;

3) за скаргою особи щодо прийнятого адміністративного акта, процедурних рішень, дій чи бездіяльності адміністративного органу.

По суті у цій статті поєднано поділ адміністративних проваджень, що забезпечуються проектом Адміністративно-процедурного кодексу України, за двома критеріями. Залежно від суб'єкта, за ініціативою якого відкривається провадження, останні можна поділити на заявні (ініціюються фізичною чи юридичною особою, яка вступає у правовідносини з уповноваженим органом) та втручальні (ініціюються уповноваженим органом виконавчої влади або органом місцевого самоврядування *ex officio*). Така класифікація, запозичена з німецької правової доктрини має не лише теоретичне значення. Відмінними є процедурні дії та рішення, що приймаються уповноваженим органом у разі відкриття провадження за ініціативою особи порівняно з відкриттям провадження самим органом з огляду на виконання покладених на нього обов'язків. Зокрема, лише при ініціюванні адміністративного провадження особою орган може залишити заяву без руху чи скерувати її за належністю. Тому відповідне правове регулювання цих відмінностей міститься у проекті Адміністративно-процедурного кодексу.

Другим критерієм, який можна застосувати у разі класифікації адміністративних проваджень є відповідна стадія адміністративної процедури. На базі норм цитованої вище ст. 3 та інших положень проекту АПК можна виділити провадження:

- з прийняття адміністративного акта;
- з оскарження адміністративного акта до вищого органу;
- з виконання адміністративного акта.

Такий поділ не є новим у вітчизняній адміністративно-правовій літературі, хоча й використовується під іншими назвами передусім, як “стадії адміністративного процесу”. У контексті цієї класифікації варто зазначити, що кожна із цих стадій адміністративного провадження можна ділити на етапи. Зокрема стадія, яка завершується прийняттям адміністративного акта, полягає у:

- ініціюванні адміністративного провадження;
- відкритті та підготовці адміністративної справи до вирішення;
- розгляді адміністративної справи;
- вирішенні адміністративної справи та прийнятті адміністративного акта.

Своєю чергою, етап розгляду адміністративної справи залежно від способу його проведення за проектом Адміністративно-процедурного кодексу може бути забезпечено через:

- розгляд адміністративної справи у разі особистого зверненні особи;
- розгляд адміністративної справи у письмовому провадженні;
- розгляд адміністративної справи із заслуховуванням учасників адміністративного провадження.

Доцільно зазначити, що поняття “письмового провадження” є новелою Адміністративно-процедурного кодексу і охоплює “розгляд і вирішення адміністративної справи без запрошення та усного заслуховування заявника, залучення учасників адміністративного провадження та осіб, які сприяють розгляду адміністративної справи, на основі наявних матеріалів”. Отже, у практиці функціонування органів публічної адміністрації письмове провадження стане фактично основною формою розгляду адміністративних справ.

А от розгляд та вирішення адміністративної справи в разі особистого звернення особи можливі лише в поодиноких випадках, наприклад, при реєстрації окремих актів громадянського стану. Також розгляд адміністративної справи із заслуховуванням учасників адміністративного провадження, за формою і змістом наближений до судового розгляду, поки що не є поширеним способом розгляду адміністративних справ. Більше того, закони і підзаконні нормативно-правові акти, що регулюють адміністративні процедури в окремих сферах, надзвичайно рідко передбачають проведення слухання в адміністративних справах. Однак, із прийняттям Адміністративно-процедурного кодексу ситуація може змінитись і у справах з великою кількістю учасників, особливо з різними інтересами, розгляд адміністративних справ у формі слухання ставатиме щораз поширенішим способом здійснення такого розгляду.

Наприкінці ще раз зазначимо, що проект Адміністративно-процедурного кодексу не передбачає видів проваджень і, відповідно, особливостей правового регулювання залежно від характеру та змісту адміністративного провадження. Єдиним винятком є відмінності положень проекту кодексу щодо порядку ініціювання провадження.

Норми щодо ініціювання провадження особою будуть застосовуватись до усіх видів реєстраційних, дозвільних, ліцензійних, атестаційних та інших схожих проваджень. Положення ж про ініціювання провадження адміністративним органом будуть актуальними для різних контрольно-наглядових проваджень. Істотні ж особливості правового регулювання у різних видах адміністративних проваджень залишатимуться предметом регламентації спеціального адміністративно-процедурного законодавства, яке, проте, не повинно суперечити принципам та правилам адміністративної процедури, визначені загальним Адміністративно-процедурним кодексом [11].

Підсумовуючи, зазначимо, що дискусія щодо предмета правового регулювання АПК є необхідною і очевидно буде продовжена. Адже цей кодекс у разі його прийняття суттєво новелізуватиме національне адміністративне законодавство, а його вплив на суспільні відносини важко переоцінити.

1. Права громадян у сфері виконавчої влади: адміністративно-правове забезпечення реалізації та захисту / За заг. ред. В.Б. Авер'янова. – К.: Наукова думка, 2007.
2. Принцип верховенства права у діяльності держави та в адміністративному праві / Відп. ред. В.Б. Авер'янов. – К.: Конус-Ю, 2008.
3. Тимошук В.П. Процедура прийняття адміністративних актів: питання правового регулювання. Дисер. на здобуття наукового ступеня канд. юрид. наук – Інститут держави і права ім. В.М. Корецького НАН України. – К., 2009.
4. Проект Адміністративно-процедурного кодексу України № 2789 від 19.07.2008 року // www.gksa2.rada.gov.ua
5. Пункт 2) параграфу 1 статті 3 Кодексу адміністративного провадження Республіки Польща // Переклад у навчальному посібнику: А.М. Школик Порівняльне адміністративне право. – Львів: ЗУКЦ, 2007.
6. Кузьменко О.В., Гуржій Т.О. Адміністративно-процесуальне право України: підручник / За заг. ред. О.В. Кузьменко О.В. – К.: Атіка, 2007.
7. Адміністративне право України. Академічний курс. Том 1 Загальна частина / Ред. Колегія: В.Б. Авер'янов В.Б. та ін. – К.: Юридична думка, 2007..
8. www.ru.wikipedia.org.

9. Пункт 1 статті 3 КАС України // Відомості Верховної Ради України. – 2005. – № 35–36. – Ст. 446.
10. Кузьменко О.В., Гуржій Т.О. Адміністративно-процесуальне право України: підручник / За заг. ред. О.В. О.В. Кузьменко – К.: Атіка, 2007.
11. Пункт 3 статті 4 проекту Адміністративно-процедурного кодексу України // www.gska2.rada.gov.ua

LEGAL REGULATION OBJECT OF THE ADMINISTRATIVE PROCEDURAL CODE

A. Shkolyk

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

The article is devoted to the legal regulation object of Administrative procedural code of Ukraine in draft, submitted to the Supreme Council of Ukraine. The problematic issues of draft's operation sphere and its non-covering some spheres of legal regulation, provided by other normative legal acts, are highlighted. Basic types of proceedings which shall be regulated by the Administrative procedural code are singled out.

Key words: administrative procedure, administrative proceedings, administrative appeal.

ПРЕДМЕТ ПРАВОВОЙ РЕГУЛЯЦИИ АДМИНИСТРАТИВНО ПРОЦЕДУРНОГО КОДЕКСА

А. Школык

*Львовский национальный университет имени Ивана Франка
ул. Университетская, 1, 79000 Львов, Украина*

В статье выяснен предмет правового регулирования проекта Административно-процедурного кодекса Украины, который есть на рассмотрении в Верховной Раде. Отражена проблематика сферы действия этого законопроекта и его нераспространения на определенные сферы правовой регуляции, которые обеспечиваются другими нормативно правовыми актами. Также выделены основные виды осуществлений, которые будут урегулированы Административно-процедурным кодексом.

Ключевые слова: административная процедура, административное осуществление, административное обжалование.

Стаття надійшла до редколегії 29.12.2009

Прийнята до друку 10.01.2010

ЦИВІЛЬНЕ, ГОСПОДАРСЬКЕ ТА ЦИВІЛЬНО-ПРОЦЕСУАЛЬНЕ ПРАВО

ЗАКІНЧЕННЯ РОЗГЛЯДУ СПРАВ ПРО РОЗІРВАННЯ ШЛЮБУ БЕЗ УХВАЛЕННЯ РІШЕННЯ ПО СУТІ СПРАВИ

У. Воробель

*Львівський національний університет імені Івана Франка
вул. Університетська, 1, 79000 Львів, Україна
e-mail: lana.worobel@gmail.com*

У статті досліджено особливості закінчення розгляду справ про розірвання шлюбу без ухвалення рішення по суті справи; проаналізовано проблемні питання застосування норм інститутів закриття провадження у справі та залишення заяви без розгляду до цієї категорії справ, що зумовлено особливостями шлюбно-сімейних відносин; аргументовано висновок про те, що вимога про розірвання шлюбу під час вагітності або впродовж одного року після народження дитини без дотримання вимог, встановлених Сімейним кодексом України, є підставою відмови у відкритті провадження у справі, а не повернення заяви заявнику; обґрунтовано необхідність закріплення додаткової підстави закриття провадження у справах про розірвання шлюбу у зв'язку із примиренням подружжя.

Ключові слова: шлюбно-сімейні відносини, розірвання шлюбу, закриття провадження у справі, залишення заяви без розгляду, примирення подружжя.

Актуальність теми полягає у тому, що особливість справ про розірвання шлюбу, як таких, що виникають із шлюбно-сімейних правовідносин, зумовлює і особливості застосування норм інститутів як закриття провадження у справі, так і залишення заяви без розгляду. Зокрема, в одних випадках деякі норми ст. 205 та 207 Цивільного процесуального кодексу України (далі – ЦПК України) [16] взагалі не застосовуються, а в інших, хоча і застосовуються, але у специфічній, характерній лише для цього виду категорій справ, формі. Саме тому важливо детальніше зупинитися на найдискусійніших моментах, які стосуються закінчення розгляду справ про розірвання шлюбу без ухвалення рішення по суті справи.

Особливості закриття провадження у справі про розірвання шлюбу та залишення заяви без розгляду досліджували і вчені-процесуалісти і науковці в галузі сімейного права: Р.Е. Гукасян, С.О. Іванова, А.М. Левушкіна, В.І. Корнілов, Н.М. Кострова, Л.М. Ракітіна, З.В. Ромовська, Я.Ф. Фархтдінов, Л.Г. Шличкіна та ін.

Метою статті є з'ясування особливостей закінчення розгляду справ про розірвання шлюбу без ухвалення рішення по суті справи та формулювання пропозиції щодо правового врегулювання дискусійних питань.

Підвищена увага до процедури розгляду справ про розірвання шлюбу зумовлена передусім тим, що в цих справах йдеться про такий важливий правовий, соціальний інститут, як сім'я. Відповідно до ч. 1 ст. 3 Сімейного кодексу України (далі – СК України) [12] сім'я є первинним та основним осередком суспільства. Саме на сім'ю покладено той комплекс соціальних функцій, який не може бути виконаний жодним іншим суспільним осередком.

Важливість інституту сім'ї виявляється в тому, що її охорона державою проголошується у найважливішому нормативно-правовому акті держави –

Конституції України (ст. 51 Конституції України). Так, Пленум Верховного Суду України (далі – ВСУ) зазначає, що проголошена Конституцією України охорона сім'ї державою полягає, зокрема, в тому, що шлюб може бути розірвано в судовому порядку лише за умови, що подальше спільне життя подружжя і збереження шлюбу суперечитиме інтересам одного з них чи інтересам їхніх дітей [10, с. 7].

Особливість розгляду справ про розірвання шлюбу зумовлена і тим, що вони виникають із шлюбно-сімейних правовідносин, а як слушно зазначає Н.М. Кострова, більшість шлюбно-сімейних відносин вирізняються стійкістю, постійністю, які й надають їм тривалого характеру [5, с. 14].

Особливості закінчення розгляду справ про розірвання шлюбу без ухвалення рішення виявляються і в тому, що при розгляді справ про розірвання шлюбу суду надається право вживати заходів для примирення подружжя у формі відкладення розгляду справи і призначення строку для примирення (ч. 5 ст. 191 ЦПК України). Призначення строку для примирення – це право судді, а не обов'язок. Як слушно зазначає З.В. Ромовська, “суд не зобов'язаний призначати строк для примирення. Це робиться лише тоді, коли збереження шлюбу можливе на паритетних засадах, на почуттях взаємної любові та поваги” [11, с. 249].

У випадку, коли сторони після закінчення строку, наданого судом для примирення, наполягають на подальшому розгляді справи про розлучення, суд починає розгляд справи спочатку (ч. 6 ст. 191 ЦПК України). Але як має діяти суд у випадку примирення подружжя, у який спосіб він має завершити розгляд справи? Ці запитання ЦПК України залишає поза увагою.

Аналіз судової практики засвідчує, що на сьогодні закінчення розгляду справ про розірвання шлюбу у зв'язку із примиренням подружжя суди процесуально оформляють або ухвалою про закриття провадження у справі з огляду на відмову позивача від позову (п. 3 ч. 1 ст. 205 ЦПК України), або ухвалами про залишення такої заяви без розгляду у зв'язку із поданням такої заяви (п. 5 ч. 1 ст. 207 ЦПК України), або у зв'язку із повторною неявкою на судові засідання позивача (п. 3 ч. 1 ст. 207 ЦПК України).

Очевидно, що в цих випадках суди допускають помилку у правовій кваліфікації таких дій. Не можна ототожнювати примирення подружжя із такими процесуальними діями, як відмова від позову, подання заяви про залишення заяви без розгляду чи неявкою позивача на судові засідання. Адже, по-перше, це не відповідатиме процесуально-правовій природі самого інституту примирення подружжя. По-друге, це не відповідатиме справжній причині припинення розгляду справи про розірвання шлюбу.

У випадку примирення подружжя не можна застосовувати інститут відмови від позову, адже, як слушно зазначає Я.Ф. Фархтдінов, примирення подружжя і відмова від позову – це дві самостійні підстави закриття провадження. Якщо для заяви про відмову від позову достатньо волевиявлення позивача, то примирення можливе за наявності на це взаємної згоди подружжя [15, с. 134]. Окрім цього, як встановлює п. 3 ч. 1 ст. 205 ЦПК України, суд закриває провадження у справі у зв'язку з відмовою позивача від позову лише у випадку, коли така відмова буде прийнята судом. У випадку ж примирення подружжя суд не перевіряє причин, які спонукали подружжя до примирення.

Що стосується повторної неявки позивача на судові засідання, то тут варто наголосити, що ця підстава вводилася у перелік підстав залишення заяви без розгляду, щоб дисциплінувати одну з сторін: забезпечити явку позивача на судові

засідання, зазначивши, що у випадку його неявки він зазнає негативних наслідків у вигляді залишення заяви без розгляду.

У теорії цивільного процесуального права загальноприйнятим є погляд про недопустимість мирової угоди у справах про розірвання шлюбу. Так, Л.М. Ракітіна та А.М. Левушкін зазначають, що “суть мирової угоди виражається в закінченні процесу шляхом мирового врегулювання спору, який має матеріально-правовий характер, на певних визначених умовах” [18, с. 120]. З ними погоджується і Л.Г. Шличкіна та вказує, що “це визначення дуже чітко визначає специфіку спорів, по яких можливе укладення мирових угод: вони мають мати матеріально-правовий характер. При примиренні які-небудь умови, за яких припиняється спір, не ставляться, а сама процедура спрямована на відновлення особистих стосунків подружжя” [18, с. 121]. Окрім цього, заслуговує на увагу і твердження Р.Е. Гукасяна про те, що “примирення – категорія не правова, а фактична” [2, с. 123]. Усе це дає підстави стверджувати, що примирення подружжя не можна розглядати як мирову угоду.

Отже, оптимальним варіантом процесуального оформлення примирення подружжя у справах про розірвання шлюбу можна було б вважати ухвалу про залишення заяви без розгляду з огляду на подання позивачем заяви про залишення такої заяви без розгляду. Проте, на нашу думку, і це буде неправильним вирішенням цього питання. Адже, по-перше, примирення подружжя, на відміну від такої процесуальної дії, як відкликання позовної заяви, означає не просто відмову від захисту своєї вимоги, але й відмову від самої вимоги розірвати шлюб. По-друге, із цією заявою може звернутися до суду лише позивач, а у випадку примирення на це має бути волевиявлення обох сторін.

Отже, примирення подружжя у справах про розірвання шлюбу відрізняється від таких процесуальних дій, як відмова від позову, подання заяви про залишення заяви без розгляду, повторної неявки позивача та укладення мирової угоди, оскільки, по-перше, примирення – категорія не правова, а фактична; по-друге, процедура примирення спрямована не лише на ліквідацію спору, але й на відновлення особистих відносин подружжя; по-третє, у випадку примирення подружжя суд не перевіряє причин, які спонукали подружжя примиритися, і нарешті у випадку примирення має бути чітке волевиявлення не лише однієї сторони (позивача), а чоловіка та дружини (позивача і відповідача) на завершення розгляду справи без ухвалення рішення по суті справи, це має бути їхня спільна заява, оформлена у вигляді однієї спільної заяви або ж у вигляді окремих заяв, але з однією процесуальною метою – припинити розгляд справи у зв'язку із їхнім примиренням.

Про необхідність закріплення в процесуальному законодавстві додаткової підстави закриття провадження у справах про розірвання шлюбу у зв'язку із примиренням подружжя науковці наголошували уже давно. Так, Н.М. Кострова зазначала, що саме “специфічність закінчення судового розгляду в наслідок примирення сторін у сімейних справах і його значення для укріплення сім'ї вимагає встановлення у процесуальному законодавстві додаткової підстави закриття провадження у справах про розірвання шлюбу” [7, с. 97]. Схожий погляд висловлювали і такі вчені, як В.І. Корнілов [4, с. 48], Я.Ф. Фархтдінов [15, с. 135], Л.Г. Шличкіна [18, с. 121] та ін.

Ми вважаємо за доцільне погодитись із тими вченими, котрі обстоюють позицію, що специфічність звернення розгляду справ про розірвання шлюбу у зв'язку із примиренням подружжя вимагає законодавчого закріплення її як самостійної підстави закриття провадження у справі. Адже, як ми зазначали вище,

не можна ототожнювати примирення подружжя із такими процесуальними діями, як відмова від позову, подання заяви про залишення заяви без розгляду чи неявкою позивача на судові засідання, оскільки жодне з них не розкриває повною мірою особливостей примирення подружжя як підстави завершення розгляду справи.

Вищенаведені міркування підтверджують необхідність вдосконалення процесуального законодавства і доповнення його відповідними положеннями, які б врегульовували дії суду в разі примирення подружжя у справах про розірванні шлюбу. Тому пропонуємо ч. 1 ст. 205 ЦПК України доповнити пунктом 5 такого змісту: “якщо у справах про розірвання шлюбу подружжя примирилося”.

У такому разі це дасть змогу судді провести належну правову кваліфікацію дій сторін, відобразити увесь спектр особливостей цієї підстави і завершити розгляд справи ухвалою про закриття провадження у справі у зв’язку із примиренням подружжя. Звичайно, у випадку, коли сторони по спливу одного року не змогли відновити нормальних взаємовідносин або знову припинили їх, то закриття провадження за даною підставою не може перешкоджати зверненню із вимогою про розлучення між тими самими сторонами, адже вони будуть звертатися уже із новим позовом, котрий базується на інших, нових обставинах.

У контексті аналізу питання закінчення розгляду справ про розірвання шлюбу без ухвалення рішення слід зупинитися і на вирішенні ще однієї дилеми, а саме – як має суд вирішувати питання щодо вимоги про розірвання шлюбу під час вагітності дружини або протягом одного року після народження дитини.

Згідно з ч. 2 ст. 110 СК України позов про розірвання шлюбу не може бути пред’явлено впродовж вагітності дружини та впродовж одного року після народження дитини, окрім випадків, коли один із подружжя вчинив протиправну поведінку, яка містить ознаки злочину щодо другого з подружжя або дитини. Зазначене обмеження стосується і чоловіка, і дружини, у тім числі випадки, коли дитина народилася мертвою або померла до досягнення нею одного року [10, с. 7].

Відповідно до п. 5 ч. 3 ст. 121 ЦПК України, якщо судом до постановлення ухвали про відкриття провадження у справі буде встановлено, що заява про розірвання шлюбу подана під час вагітності дружини або до досягнення дитиною одного року без дотримання вимог, встановлених СК України, то таку заяву суд зобов’язаний повернути заявнику. Повернення позовної заяви не перешкоджає повторному зверненню із заявою до суду, якщо стануть не актуальними, що стали підставою для повернення заяви (п. 5 ч. 3 ст. 121 ЦПК України).

Але що тоді, якщо такі обставини суд з’ясовує вже після відкриття провадження у справі? Більшість вчених-процесуалістів зазначають, що вимога про розірвання шлюбу під час вагітності дружини або протягом одного року після народження дитини, крім випадків, передбачених законом, не підлягає правовому захисту, а отже і не підлягає розгляду в порядку цивільного судочинства [6, 63–64; 8, с. 570; 17, с. 446]. А тому у випадку, коли судом під час розгляду справи про розірвання шлюбу буде встановлено, що дружина вагітна, чи що на момент розгляду справи не минуло одного року після народження дитини, суд зобов’язаний закрити провадження у справі на підставі, передбаченій п. 1 ч. 1 ст. 205 ЦПК України.

Інша ж група науковців обстоює зовсім іншу позицію, Зокрема, такі вчені, як О. М. Куренкова, Я. Ф. Фархтдинов, зазначають, що ця обставина за своєю природою має бути окремою, самостійною підставою для залишення заяви без розгляду, оскільки, по-перше, вона є такою, що із часом може бути усунена [15, с. 135], а по-друге, для неї характерні правові наслідки залишення заяви без

розгляду [9, с. 57–59]. А тому вони пропонують цю обставину закріпити у законодавстві окремою підставою для залишення заяви без розгляду.

Зазначимо, що в законодавстві низки країн саме так і врегульована ця ситуація. Так, відповідно до пункту h ст. 267 ЦПК Молдавії від 30.05.2003 року підставою залишення заяви без розгляду є подання чоловіком позову про розірвання шлюбу без згоди дружини під час вагітності або протягом одного року після народження дитини, якщо заяву не було повернуто позивачу судом. Хоча в ЦПК Молдавії окремою підставою закриття провадження у справі закріплена така обставина, як неможливість розгляду справи в порядку цивільного судочинства (п. а ст. 265 ЦПК Молдавії) [1].

ВСУ у своїй постанові зазначає, що, встановивши зазначені обставини, суддя відмовляє у відкритті провадження у справі за заявою про розірвання шлюбу, а якщо воно було відкрито, – припиняє провадження у справі. Ухвали такого роду не є перепорою для повторного звернення до суду з тих самих підстав у зв'язку зі зміною обставин, згаданих у вказаній нормі [10, с. 7].

Така позиція ВСУ викликає здивування. По-перше, щодо того, що у випадку встановлення таких обставин судом до відкриття провадження суддя відмовляє у цій процедурі. Відповідно до прямої вказівки п. 5 ч. 3 ст. 121 ЦПК України суд зобов'язаний повернути таку заяву заявникові, а не відмовити у відкритті провадження. Ми не стверджуємо, що позиція Пленуму ВСУ є неправильною. Просто у цій ситуації простежується тенденція до правотворчості таким суб'єктом, як Пленум ВСУ, що є недопустимо. По-друге, як розуміти таке положення, як “припиняє провадження у справі”. Адже законодавець у формулюванні норм ЦПК України не використовує такого правового терміна, як припинення провадження у справі. З іншого боку, можна стверджувати, що у широкому значенні суд може припинити провадження у справі як у формі закриття такого провадження, так і у формі залишення заяви без розгляду.

Така невизначеність у правовому регулюванні даної ситуації призводить на практиці до того, що суди подеколи під час вирішення справ просто змішують різні інститути цивільного процесу.

Так, наприклад, під час розгляду Шаргородським районним судом Вінницької області справи про розірвання шлюбу за заявою чоловіка суду стало відомо про вагітність дружини-відповідачки по справі (в судовому засіданні відповідачка надала суду довідку з КП Шаргородської ЦРЛ з зазначеною схемою УЗД, яка свідчить про вагітність відповідачки). Керуючись п. 5 ч. 3 ст. 121 ЦПК України і на підставі ч. 2 ст. 110 СК України, суд ухвалив позовну заяву про розірвання шлюбу повернути позивачеві [14].

Або, наприклад, Мостиський районний суд Львівської області своєю ухвалою залишив без розгляду справу про розірвання шлюбу за позовом Я. Т. А. до Я. В. С тому, що під час розгляду справи на адресу суду надійшла довідка, згідно з якою Я. Т. А. була вагітною. Суд вирішив, що є підстави для залишення заяви без розгляду на підставі п. 8 ч. 1 ст. 207 ЦПК України, оскільки така заява подана без дотриманням вимог, передбачених СК України [13].

І все ж таки подання заяви про розірвання шлюбу під час вагітності дружини або до досягнення дитиною одного року без дотримання вимог, встановлених СК України, – це підстава для закриття провадження у справі чи залишення заяви без розгляду?

На нашу думку, вирішуючи це запитання слід виходити із таких положень; по-перше, слід враховувати, що у науковій літературі є таке поняття, як “спеціальна передумова права на пред'явлення позову про розірвання шлюбу” [3, с. 31; 6, с. 62; 7, с. 90–91], суть якої полягає в тому, що під час вагітності

дружини, а також протягом одного року після народження дитини ні дружина, ні чоловік не можуть звертатися до суду із вимогою про розірвання шлюбу.

По-друге, як слушно зазначає Н.М. Кострова, навряд чи можна погодитись із думкою тих науковців, котрі вважають, що ця обставина є умовою реалізації права на пред'явлення позовної заяви, а не передумовою, оскільки в майбутньому ця перешкода усувається. До умов реалізації права на звернення до суду належать обставини, котрі визначають належне здійснення права, а не саму наявність суб'єктивного права на звернення до суду за судовим захистом [6, с. 62–63]. Передумовами права на пред'явлення позову слугують юридичні факти, з якими у законі пов'язується можливість порушення цивільної справи [7, с. 90].

Як відомо, відсутність передумов права на пред'явлення позову та порушення умов звернення до суду тягнуть за собою різні правові наслідки. У випадку відсутності передумов права на пред'явлення позову застосовуються норми інститутів відмови у відкритті провадження у справі (якщо такі обставини були встановлені до відкриття провадження у справі) або закриття провадження у справі (якщо вони були встановлені вже після постановлення ухвали про відкриття провадження у справі). Порушення ж умов звернення до суду тягне або залишення заяви без руху, або повернення заяви, або ж залишення її без розгляду (знову ж таки залежно від того, на якій стадії ці обставини були встановлені судом).

А тому, враховуючи все вищезазначене, можна зробити такі висновки. По-перше, якщо подана заява про розірвання шлюбу під час вагітності дружини або до досягнення дитиною одного року без дотримання вимог, встановлених СК України, то суд зобов'язаний відмовити у відкритті провадження у справі, а не повернути заяву позивачу. Окрім цього, нам видається, що недоцільно виокремлювати цю обставину як окрему підставу відмови у відкритті провадження у справі, оскільки вона охоплюється змістом підстави, яка передбачена п. 1 ч. 2 ст. 122 ЦПК України. Це пов'язано з тим, що така вимога самим законодавцем визнається не правовою, а отже і не може розглядатися в судах у порядку цивільного судочинства. Коли ж такі обставини будуть визначені судом вже після відкриття провадження у справі, то суд зобов'язаний закрити провадження в справі у зв'язку з тим, що така вимога не підлягає розгляду в суді у порядку цивільного судочинства (п. 1 ч. 1 ст. 205 ЦПК України).

Зважаючи на вищезазначене, вважаємо за доцільне вилучити п. 5 ч. 3 ст. 121 ЦПК України з переліку підстав повернення заяви заявнику, а ч. 2 п. 9 постанови Пленуму ВСУ викласти у такій редакції: “встановивши зазначені обставини, суддя відмовляє у відкритті провадження у справі за заявою про розірвання шлюбу на підставі п. 1 ч. 2 ст. 122 ЦПК України, а якщо воно було відкрито, — закриває провадження у справі на підставі п. 1 ч. 1 ст. 205 ЦПК України. Ухвали такого роду не є перепорою для повторного звернення до суду з тих самих підстав у зв'язку зі зміною обставин, згаданих у вказаній нормі”.

Викладене свідчить, що справи про розірвання шлюбу можуть завершуватись без ухвалення рішення по суті справи у формі закриття провадження у справі чи залишення заяви без розгляду з тих самих підстав, що й інші справи, котрі розглядаються в порядку цивільного судочинства. Проте особливості справ про розірвання шлюбу, що пов'язані з виникненням із шлюбно-сімейних відносин, зумовлюють у низку особливостей у разі застосування норм інститутів закриття провадження у справі чи залишення заяви без розгляду. Це, зокрема, виявляється у неможливості закриття провадження у справах про розірвання шлюбу у зв'язку із укладенням мирової угоди, у необхідності доповнення переліку підстав закриття провадження у справі самостійною підставою, а саме у зв'язку із примиренням

подружжя, яка б відображала специфіку справ цієї категорії; у можливості повторного звернення із вимогою розірвання шлюбу тощо.

Зазначимо, що законодавча регламентація форм закінчення розгляду справ про розірвання шлюбу без ухвалення рішення ще не достатньо досконала, а це, відповідно, зумовлює на практиці виникнення багатьох проблем, пов'язаних з недостатньою розробленістю особливостей застосування норм інститутів закриття провадження у справі чи залишення заяви без розгляду у цій категорії справ та відсутністю одноманітності в тлумаченні підстав для закінчення розгляду справ про розірвання шлюбу без ухвалення рішення. З метою вироблення єдиної концепції застосування норм цих інститутів у справах про розірвання шлюбу нові теоретичні дослідження в цьому напрямі мають бути спрямовані на вироблення пропозицій з удосконалення цивільного процесуального законодавства.

1. Гражданско-процессуальный кодекс Республики Молдова от 30.05.2003 // Официальный вестник Республики Молдова. – 2003. – № 111–115. – Ст. 451 // <http://www.google.com.md>
2. Гукасян Р.Е. Проблема интереса в советском гражданском процессуальном праве. – Саратов: Приволж. кн. изд-во, 1970. 190 с.
3. Иванова С.А. Особенности судебного рассмотрения дел о расторжении брака. – М.: Изд-во Моск. ун-та, 1984. 84 с.
4. Корнилов В.И. Процессуальные особенности рассмотрения дел о расторжении брака: Учеб. пособие. – М.: ВЮЗИ, 1984. 69 с.
5. Кострова Н.М. Особенности окончания рассмотрения гражданских семейных дел без вынесения решения // Советская юстиция. – 1984. – № 8. – С. 14–15.
6. Кострова Н.М. Судопроизводство по семейным делам: Учеб. пособие. – Махачкала: Издательство Дагестанского государственного университета имени В.И.Ленина, 1978. 124 с.
7. Кострова Н.М. Теория и практика взаимодействия гражданского процессуального и семейного права. – Издательство Ростовского университета, 1988. 144 с.
8. Кравчук В.М., Угриновська О. І. Науково-практичний коментар Цивільного процесуального кодексу України. – К. : Істина, 2006 р. 944 с.
9. Куренкова О.Н. Теоретические и практические аспекты прекращения производства по гражданским делам в судах общей юрисдикции: дис.... канд. юрид. наук: 12.00.15 / Куренкова Ольга Николаевна. – Саратов, 2006. 183 с.
10. Постанова Пленуму Верховного Суду України від 21 грудня 2007 року № 11 “Про практику застосування судами законодавства при розгляді справ про право на шлюб, розірвання шлюбу, визнання його недійсним та поділ спільного майна подружжя” // Відомості Верховного Суду України. – 2008. – № 1 (89). – С. 5–11.
11. Ромовська З.В. Сімейний кодекс України: Науково-практичний коментар. – 2-ге вид., перероб. і доп. – К. : Видавничий дім “Ін Юре”, 2006. – 568 с.
12. Сімейний кодекс України від 10.01.2002 р. // Відомості Верховної Ради України. – 2002. – № 21–22. – Ст. 135.
13. Ухвала Мостиського районного суду Львівської області у справі № 2–304/2008 // Архів Мостиського районного суду Львівської області за 2008 рік.
14. Ухвала Шаргородського районного суду Вінницької області у справі Справа 1 -97/2009 р. // <http://www.reyestr.court.gov.ua>
15. Фархтдинов Я.Ф. Судебное рассмотрение дел о расторжении брака (некоторые вопросы теории и практики). – Казань: Изд-во Казан. у-та., 1978.– 144 с.
16. Цивільний процесуальний кодекс України від 18.03.2004 р. // відомості Верховної Ради України. – 2004. – № 40–41. – Ст. 492.

17. Цивільний процесуальний кодекс України: Науково-практичний коментар / С.С. Бичкова, Ю.В. Білоусов, В.І. Білоусов та ін.; За заг. ред. С.С. Бичкової. – К.: Атака, 2008. 840 с.
18. Шлычкина Л. Г. Специфика возбуждения бракоразводного процесса // Российский юридический журнал. – 2006. – № 3. – С. 119–122.

COMPLETION OF PROCEEDINGS IN DIVORCE CASES WITHOUT DELIVERING A JUDGMENT ON THE CASE MERITS

U. Vorobel'

*Ivan Franko National University of Lviv,
Universytetska Str. 1, UA – 79000 Lviv, Ukraine
E-mail: lana.worobel@gmail.com*

The article highlights completion of proceedings peculiarities in divorce cases without delivering a judgement on the case merits. The issues of case production cessation institute and case dismissing application to such a category of cases, stipulated by peculiarities of marriage relationships, are analyzed. The author substantiates the conclusion that request for divorce during pregnancy or during one year after child's birth without observing the requirements fixed in the Family Code of Ukraine is a ground for the opening of a case refusal. An additional ground for production in cases of divorce cessation because of the married couple reconciliation is substantiated as well.

Key words: marriage relationship, divorce, cessation of case production, to shelve a motion, married couple reconciliation.

ОКОНЧАНИЕ РАССМОТРЕНИЯ ДЕЛ О РАСТОРЖЕНИИ БРАКА БЕЗ ПРИНЯТИЯ РЕШЕНИЯ ПО СУТИ ДЕЛА

У. Воробель

*Львовский национальный университет имени Ивана Франка
ул. Университетская, 1, 79000 Львов, Украина
e-mail: lana.worobel@gmail.com*

В статье исследованы особенности окончания рассмотрения дел о расторжении брака без принятия решения по сути дела; проанализированы проблемные вопросы применения норм институтов закрытия осуществления по делу и оставление заявления без рассмотрения к этой категории дел, что предопределенно особенностями брачно-семейных отношений; аргументированно вывод о том, что требование о расторжении брака во время беременности или на протяжении одного года после рождения ребенка без соблюдения требований, установленных Семейным кодексом Украины, является основанием отказа в открытии осуществления по делу, а не возвращение заявления заявителю; обоснованно необходимость закрепления дополнительного основания закрытия осуществления по делам о расторжении брака в связи с примирением супругов.

Ключевые слова: брачно-семейные отношения, расторжение брака, закрытия осуществления по делу, оставление заявления без рассмотрения, примирения супругов.

Стаття надійшла до редколегії 18.12.2009

Прийнята до друку 10.01.2010

ПОЗОВ ПРО ВИЗНАННЯ ПРАВА ВЛАСНОСТІ ЯК РЕЧОВО-ПРАВОВИЙ ЗАСІБ ЗАХИСТУ ПРАВА ВЛАСНОСТІ

О. Гупаловська

*Тернопільський національний економічний університет,
вул. Львівська, 11, 46011 Тернопіль, Україна*

У статті досліджено правову природу позову про визнання права власності та його роль у правовому захисті власності в Україні.

Ключові слова: позов про визнання права власності, позивач, відповідач, власність, судова практика.

У системі існуючих цивільних прав найбільш вагомим у сьогоденні є право власності. В Цивільному кодексі України відведено одне з центральних і найбільш значущих місць праві власності, відповідно й способам захисту, за допомогою яких охороняється й відновлюється порушене право власності, вони домінують як в науці, так і в практиці. Існуючі відносини власності є досить складними. Якщо враховувати, що в реальному житті речово-правові відносини переплітаються з іншими відносинами – зобов'язальними, приватизаційними, податковими, фінансовими та іншими, то стає зрозумілим, чому можливі альтернативні способи захисту права. Доведення різних аспектів існуючих правовідносин може зумовити однаковий результат. Водночас помилка в розміщенні акцентів при оцінці суміжних правовідносин може стати причиною програшу справи. Вибір позову, необхідного для захисту права, залежить від різних обставин, які вплинули на порушення права власності.

В Цивільному кодексі України законотворці заклали певну новелу порівняно з радянським законодавством, статтю 392, згідно з якою особа, яка є власником майна, може пред'явити позов про визнання його права власності, якщо це право оспорується або не визнається іншою особою, а також у разі втрати ним документа, який засвідчує його право власності. Безперечно, ця стаття є вкрай необхідною, адже вона ліквідувала наявний вакуум навколо такого способу захисту права власності шляхом її визнання за конкретним власником.

Позов про визнання права власності – це вимога, спрямована на становлення відносин із приводу конкретного об'єкта власності, юридичний статус якого не визначений. Судова практика обізнана з випадками, коли позови про визнання права власності заявляються як у випадку реалізації абсолютних прав на спірне майно, так і внаслідок спірності правовідносин сторін із приводу майна, які є відносними.

Багато науковців мають свою думку щодо природи позову про визнання права власності, зокрема визначають цей позов як:

- 1) позов, що супроводжує віндикаційний позов [1, с. 421] ;
- 2) вид негаторного позову [2, с. 93] ;
- 3) самостійний позов [3, с. 189].

Висловлені погляди свідчать про неоднозначність правової природи позову про визнання права власності. Однак усі вони можуть бути певною мірою прийнятними, залежно від конкретних обставин справи. Ця проблема зумовлена відсутністю безпосереднього його законодавчого закріплення серед засобів захисту

права власності, предметом вимог позивача та особливістю його застосування в судово-арбітражній практиці.

Умовами пред'явлення позову про визнання права власності є вимоги, які водночас загальні, але, певною мірою конкретизують цей позов, як окремий вид способів захисту права власності. Це насамперед:

1. Наявність об'єкта, на який заявляється вимога про визнання права власності. Право власності можливо визнавати, як на об'єкт матеріального світу (речі, майно), так і на результати інтелектуальної діяльності (інтелектуальна власність). Відсутність такого об'єкта тягне неможливість визнання права власності, оскільки немає речі, немає власності, отже, немає й права власності. Якщо річ, із приводу якої триває суперечка, на момент заяви позову не збереглася, то, на нашу думку, у позові про визнання права власності на річ, що не збереглася, в цьому випадку, не буде відкрите провадження та позов буде визнаний як безпідставний, але щоб компенсувати нанесений збиток власник втраченої речі може заявити позов про відшкодування збитків.

2. Невизначеність статусу речі, із приводу якої відбувається суперечка про власність. Така невизначеність може бути як з погляду невизначеної кількості осіб, що не мають безпосереднього стосунку до спірної речі, а також з погляду певних суб'єктів, що претендують на спірну річ, або які мають певний інтерес у зв'язку із правовідносинами із приводу спірної речі. Крім того, зацікавлена особа може заявити позов про визнання права власності на річ, що не має певного юридичного статусу навіть у тому випадку, якщо ніхто безпосередньо не пред'являє своїх прав на неї. У цьому випадку виникає процесуальна проблема, пов'язана з необхідністю визначення кола відповідачів, що протистоять позивачеві. Проте особливістю позову про визнання права власності є те, що цей позов захищає право власності взагалі, незалежно від того, піддається воно сумніву якої-небудь особи, невизначеного кола осіб чи зумовлено винятково особистим інтересом власника, незалежно від домагань на власність із боку третіх осіб. Деякі науковці стверджують, що коли немає суперечки, немає інших осіб, що претендують на майно, із приводу якого заявляється позов про визнання права власності, то відповідно й не може розглядатись цей позов в позовному провадженні. Прихильники такої точки зору керуються тим, що тільки спірні правовідносини між конкретними особами викликають необхідність застосування позовного способу захисту права власності, якщо немає суперечки про право, то не може бути й позову про захист права – це головний аргумент, що використовується науковцями. Наша думка схиляється до того, що не обов'язково повинен бути наявним спір між особами за право власності на річ чи майно для того, щоб звернутись до суду з такою вимогою, оскільки наше законодавство сформульовано так, що єдиною можливістю захисту права власності, створення йому юридичної можливості реалізації його права є визнання його права судом. Наприклад відсутність свідочств, що підтверджують право власності у власника (наприклад, правовстановлюючих документів) заважають власникові реалізувати свої права, наприклад, за розпорядженням майном навіть незважаючи на те, що ніхто безпосередньо не заперечує його прав.

3. Наявність у позивача правового зв'язку з річчю, із приводу якої заявляється позов про визнання права власності. Юридичний статус речі невизначений, але заявник є зацікавленою особою, і ця зацікавленість виявляється у тому, що він ініціює процес становлення відносин із приводу цієї речі. Відсутність формальних доказів права власності на майно позбавляє власника можливості здійснювати

реальні права, головню, право розпорядження майном. У разі досягнення формальної визначеності в праві власності на майно зникає проблема юридичного статусу речі.

4. Наявність суб'єкта права власності. За загальним правилом, позов про захист своїх інтересів, у цьому випадку про визнання права власності, заявляє сам власник, або його представник, повноваження якого оформлені у визначеному законом порядку. Винятки бувають у випадках, коли захищаються державні або суспільні інтереси, тоді позов заявляють державні органи, органи місцевого самоврядування й інші органи. Відсутність власника позбавляє інших осіб можливості пред'являти позов про визнання права власності в його інтересах. У законі підкреслюється, що навіть у тих випадках, коли позов заявлений прокурором в інтересах якої-небудь особи, все одно враховується думка цієї особи у судовому процесі. Відмова позивача від позову, що був пред'явлений у його інтересах прокурором, тягне залишення позову без розгляду, проте відмова прокурора у позові не позбавляє позивача права вимагати розгляду справи суті.

5. Наявність доказів, що підтверджують наявність права власності. Цивільний кодекс України чітко не перелічує підстав набуття права власності, тільки вказує, що право власності набувається на підставах, що не заборонені законом, зокрема із правочинів, та вважається набутим правомірно, якщо інше прямо не впливає із закону або незаконність набуття права власності не встановлено судом [4, с. 291]. Проте, аналізуючи цивільне законодавство, можна перелічити деякі підстави, що можуть бути доказами, це: придбання особою, яка виготовила або створила річ для себе, права власності на цю річ; право власності на надходження, отримані унаслідок використання власності; право власності на майно, що виникає на підставі договору купівлі–продажу, договору міни, договору дарування, в результаті іншої угоди про відчуження майна; право власності на майно, що виникає при спадкуванні за законом чи заповітом; право власності на майно виникає в результаті правонаступництва при реорганізації юридичних осіб та ін.

Для того, щоб були підстави в судовому порядку визнати право власності за особою, що звернулася з відповідним позовом, суд повинен переконатися, що право власності зазначеної особи не було припинене одним зі способів, установлених законом. Чинне цивільне законодавство пропонує такі способи припинення права власності:

- 1) відчуження власником свого майна;
- 2) відмова власника від права власності;
- 3) припинення права власності на майно, яке за законом не може належати цій особі;
- 4) знищення майна;
- 5) викуп пам'яток історії та культури;
- 6) викуп земельної ділянки у зв'язку із суспільною необхідністю;
- 7) викуп нерухомого майна у зв'язку з викупом з метою суспільної необхідності земельної ділянки, на якій воно розміщене;
- 8) звернення стягнення на майно за зобов'язаннями власника;
- 9) реквізиція;
- 10) конфіскація;
- 11) припинення юридичної особи чи смерть власника.

Важливо зазначити, що перелік способів припинення права власності не є вичерпним і право власності може бути припинене й в інших випадках,

встановлених законом, але принциповим є те, що таке припинення може відбутися лише на підставі закону.

Позивачем позову про визнання права власності (суб'єктом вимог про визнання права власності) може бути будь-яка особа (фізична, юридична, держава, територіальна громада), яка вважає себе власником (суб'єктом права повного господарського відання або права оперативного управління) певного майна, однак не може належно реалізувати свої правомочності у зв'язку з наявністю щодо цього прав сумнівів зі сторони третіх осіб, претензіями на це майно третіх осіб, необхідністю одержати правовстановлюючі документи. Відповідно відповідачем даного позову (суб'єктом обов'язку визнати право власності позивача) може бути будь-яка особа, яка сумнівається у приналежності майна позивачу, або не визнає за позивачем права здійснювати правомочності володіння, користування і розпорядження таким майном, або має власний інтерес в межах існуючих правовідносин.

Необхідність у зверненні з вимогами про визнання права власності виникає одночасно з визнанням недійсними певних документів та доводиться визнавати судом право власності на майно тоді, коли щодо його приналежності у позивача немає правовстановлюючих документів.

Дзера І.О. у дослідженні проблеми захисту права власності визнала складною ситуацію, в якій відсутні треті особи, які безпосередньо піддають сумніву наявність в особи права власності на майно чи самі претендують на це майно, тобто ситуація, в якій відсутній відповідач, який міг би бути змушений до примусового виконання обов'язку, а відтак, начебто й відсутність спору. Також дослідниця запропонувала звертатися з позовами про визнання права власності і за відсутності відповідача [5, с. 118]. У цивільно-процесуальній літературі з цього приводу відомий український вчений Штефан М.Й. зазначає, що позови про визнання спрямовуються на усунення спору між сторонами шляхом внесення ясності в існуючі правовідносини [6, с. 283], але й він не висловив свого ставлення про допустимості позову за відсутності особи порушника права власності. На наш погляд, питання спору між сторонами у справах за позовами про визнання права власності не повинно бути таким гучним, оскільки цей позов й характеризується тим, що в цьому випадку не завжди відбирається чи забороняється судом здійснювати своє право власності, а тільки визнається в судовому порядку. Можливо варто було б внести зміни до ст. 392 Цивільного кодексу України, яка стосується визнання власником права власності та доповнити її після слів “якщо це право оспорується або не визнається іншою особою” словами такого змісту: “або визнати в інший спосіб” у разі втрати ним документа, що засвідчує його право власності. Думається, що така новела буде кращою, ніж ліквідація інституту відповідача в позовах про визнання права власності, яка б створила певну плутанину в юриспруденції, оскільки однією з головних характеристик позовного провадження є наявність у процесі як позивача, так і відповідача.

1. Советское гражданское право. Т. 1 / Под ред. Рясенцева В.А. – М.: Юрид. лит., 1965. – 560 с.
2. Венедиктов А.В. Гражданско-правовая охрана социалистической собственности в СССР. – М. – Л.: Изд. АН СССР, 1954. 268 с.
3. Ерошенко. Личная собственность в гражданском праве. М.: Юрид.лит, 1973. 207 с.
4. Науково-практичний коментар Цивільного кодексу України / За ред. В.М. Коссака. – К.: Істина, 2004. 976 с.

5. Дзера І.О. Цивільно-правові засоби захисту права власності в Україні. К.: Юрінком Інтер, 2001. 256 с.
6. Штефан М.Й. Цивільний процес. -К.: ІнЮре, 1997. – с. 608.
7. Шевченко Я. М., Кучеренко І. М., Венецька М. В. та ін. – Цивільне право України: Академічний курс: Підручник : У 2-х т.– Т. 1. Загальна частина. – К.: Видавничий дім “Ін Юре”, 2006. 696 с.
8. Судовий захист прав власності: Матеріали міжнародної конференції; Одеса, 25 червня 2004 року (Бібліотека журналу “Юридичний вісник”) / Голов. ред. д-р юрид. наук, проф. С.В. Ківалов; заст. голов. ред.. д-р юрид. наук, проф. М.О. Баймуратов. – Одеса: Юридична література, 2004. 168 с.

ACTION FOR PROPERTY RIGHT DECLARATION AS MATERIAL AND LEGAL REMEDY FOR PROPERTY RIGHT

O. Gupalovs'ka

*Ternopil National Economic University
Lvivska Str. 11, UA – 46011 Ternopil', Ukraine*

The article highlights legal nature of the action for property right declaration and its role in legal protection of property in Ukraine.

Key words: action for property right declaration, plaintiff, defendant, property, judicial practice.

ИСК О ПРИЗНАНИИ ПРАВА СОБСТВЕННОСТИ КАК ВЕЩЕСТВЕННО-ПРАВОВОМ СРЕДСТВЕ ЗАЩИТЫ ПРАВА СОБСТВЕННОСТИ

О. Гупаловска

*Тернопольский национальный экономический университет,
ул. Львовская, 11, 46011 Тернополь, Украина*

В статье исследовано правовую природу иска о признании права собственности и его роли в правовой защите собственности в Украине.

Ключевые слова: иск о признании права собственности, истец, ответчик, собственность, судебная практика.

Стаття надійшла до редколегії 09.12.2009

Прийнята до друку 10.01.2010

СТОРОНИ ДОГОВОРУ МІНИ-БАРТЕРУ (ЗАГАЛЬНІ ХАРАКТЕРИСТИКА)

В. Лисенко

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

Автор статті викладає загальну правову характеристику сторін договору міни на підставі чинного законодавства та адміністративних актів України.

Ключові слова: договір міни, сторона договору, загальна характеристика, адміністративний акт

За часів планово-адміністративної системи управління економікою, договір міни (бартеру) застосовували вкрай рідко, а сфера його використання постійно звужувалася. Між колгоспами та іншими кооперативами, між громадськими організаціями договори міни мали укладатись в межах їх спеціальної правоздатності і винятково у випадках, коли це не суперечило закону. Договір міни, в якому однією чи обома сторонами були державні організації, міг бути укладений у випадках, передбачених законодавством.

В чинному законодавстві України і теорії цивільного права немає єдиного однозначного розуміння поняття “сторони міни (бартеру)”, що зумовлює його різне трактування сторонами на практиці, що нерідко негативно позначається на виконанні договорів і призводить до виникнення судових спорів.

Метою статті є дослідження і визначення правових характеристик сторін договору міни (бартеру) на основі чинних нормативно-правових актів України.

Окремі аспекти проблеми, що досліджується, висвітлені у працях таких вчених-юристів, як М.І. Брагінський, В.В. Вітрянський, В.В. Луць, В.Р. Скрипко, О.В. Дзера, Б.Я. Полонський, Ю.О. Шемшученко, М.Б. Біржаков, О.С. Йоффе та ін.

Зведений перелік загальних правових характеристик сторін договору міни (бартеру) ми зробили вперше.

Відповідно до ч. 1 ст. 510 ЦК сторонами у зобов’язанні, в тому числі і у зобов’язанні, яке виникає з договору міни, є боржник і кредитор. Тобто, сторонами зобов’язання є особи, які відповідно до положень ЦК є учасниками цивільних відносин. Зокрема, сторонами зобов’язальних правовідносин, згідно зі ст. 2 ЦК, можуть бути фізичні особи, юридичні особи, держава, Автономна Республіка Крим, територіальні громади, іноземні держави та інші суб’єкти публічного права.

Сторонами договору міни (бартеру) можуть бути будь-які учасники цивільних правовідносин, зазначені вище. До такого висновку можна дійти на підставі того, що чинне цивільне законодавство, зокрема, параграф 6 глави 54 ЦК, не встановлює обмежень щодо можливих учасників договору міни (бартеру). Проте це не означає, що жодних особливостей участі сторін договору міни чинним законодавством України не встановлено. Такі особливості існують внаслідок дії загальних положень цивільного законодавства, на підставі яких ми визначили загальні правові характеристики сторін договору міни (бартеру).

1. Враховуючи те, що за договором міни кожна з сторін зобов’язується передати другій стороні товар в обмін на інший товар, і кожна із сторін такого договору є продавцем того товару, яким вона передає взамін, то продавцями на момент укладення договору міни повинні бути особи, які мають повне право на майно, що відчужується.

Водночас право власника на вільне розпорядження належним йому майном шляхом обміну останнього на інше майно чи роботи (послуги) не є повним, оскільки пов'язане з певними обмеженнями, встановленими законодавцем.

По-перше, це обмеження, пов'язані з віком учасників цивільного обігу. Недодержання умови щодо віку сторони договору міни є підставою для визнання його недійсним. За ступенем недійсності, відповідно до ст. 215 Цивільного кодексу України (далі – ЦК) [1], всі правочини поділяють на нікчемні (недійсність якого встановлена законом) і оспорювані (недійсність якого прямо не впливає із закону, але одна із сторін або інша зацікавлена особа заперечує його дійсність на підставах, встановлених законом).

Нікчемним, зокрема, буде визнано договір міни, вчинений малолітньою особою за межами її цивільної дієздатності. Малолітньою, відповідно до ст. 31 ЦК, визнається особа, яка не досягла чотирнадцяти років. Таку особу законодавець наділяє частковою дієздатністю, тобто за нею визнається право здійснювати своїми діями не будь-які права і обов'язки, а лише ті, що прямо передбачені законом.

ЦК встановлює, що договір міни може бути згодом схвалений батьками (усиновителями) малолітньої особи або одним із них, з ким вона проживає, або опікуном. При цьому договір вважається схваленим батьками (усиновителями, опікунами), якщо ці особи, дізнавшись про його вчинення, протягом одного місяця не заявили претензії другій стороні.

Ще однією підставою визнання договору міни нікчемним є його укладення без дозволу органів опіки і піклування особою, над якою встановлено опіку або піклування, що визначено ст. 71 ЦК.

Водночас, такий договір міни може бути визнаний судом дійсним, якщо буде встановлено, що він відповідає інтересам фізичної особи, над якою встановлено опіку (ст. 224 ЦК). Визначення того, чи укладений договір міни в інтересах підопічного або особи, над якою встановлено піклування, потрібно проводити в кожному окремому випадку з урахуванням всіх обставин. Під інтересами підопічного чи фізичної особи, над якою встановлено піклування, як зазначає О. Швиденко, “слід розуміти такі наслідки правочину, які покращують побутові умови, забезпечення доглядом, лікування, виховання, навчання, розвиток. У будь-якому випадку за правочинами мають надаватися підопічному чи особі, над якою встановлено піклування, зустрічні майнові блага в розмірі, не меншому від тих, які відчужуються” [2].

По-друге, це обмеження, пов'язані з психічним станом учасників цивільного обігу. Зокрема, підставою для визнання договору міни нікчемним може бути укладення його недієздатною фізичною особою. Оскільки недієздатна фізична особа не має права вчиняти будь-якого правочину, то від її імені та в її інтересах, згідно зі ст. 41 ЦК, у цивільних правовідносинах діє і вчиняє правочини опікун.

2. Чинне законодавство України визначає, що юридичні особи, поряд із особами фізичними, також мають свою правоздатність та дієздатність (правосуб'єктність).

Для правосуб'єктності юридичної особи характерним є те, що категорії правоздатності та дієздатності в неї збігаються, тому в законодавстві та на практиці досить часто вживається термін “правоздатність” у розумінні правосуб'єктності юридичної особи. Відповідно до ч. 4 ст. 91 ЦК цивільна правоздатність юридичної особи виникає з моменту її створення і припиняється від дня внесення до єдиного реєстру запису про її припинення.

Згідно з частини 1 ст. 91 ЦК юридична особа здатна мати такі ж цивільні права та обов'язки (цивільну правоздатність), як і фізична особа, крім тих, які за своєю

природою можуть належати лише людині. Цивільна правоздатність юридичної особи може бути обмежена винятково судом (ч. 2 ст. 91 ЦК).

Водночас, окремі види діяльності юридична особа має право здійснювати лише після одержання нею спеціального дозволу (ліцензії).

Що стосується договору міни, то наявність у юридичної особи ліцензії має значення у випадку обміну майна на роботи (послуги), якими згідно з Законом України “Про ліцензування певних видів господарської діяльності” від 01.06.2000 р. [3] можна займатися виключно за наявності спеціального дозволу.

Відповідно до ч. 1 ст. 227 ЦК договір міни робіт (послуг), укладений юридичною особою без відповідного дозволу (ліцензії), може бути визнаний судом недійсним. Наслідком цього є обов’язок кожної з сторін повернути другій стороні у натурі все, що вона одержала, а в разі неможливості такого повернення, відшкодувати вартість того, що одержано, за цінами, які є на момент відшкодування.

Як вже було зазначено вище, цивільне законодавство не встановлює обмежень щодо учасників договору міни, водночас, сторонами його є, як зазвичай, підприємницькі товариства, якими, відповідно до ст. 84 ЦК, є господарські товариства (повне товариство, командитне товариство, товариство з обмеженою або додатковою відповідальністю, акціонерне товариство) або виробничі кооперативи.

Обсяги статті не дають змоги детально зупинитися на характеристиці кожного з них, разом з тим, вважаємо за потрібне приділити увагу особливостям відповідальності господарських товариств у випадку порушення умов договорів, в тому числі і договору міни.

Що стосується повного товариства, то його учасники несуть субсидіарну відповідальність за зобов’язаннями товариства усім своїм майном (ст. 124 ЦК). Учасники командитного товариства несуть відповідальність усім своїм майном, а один чи більше учасників, відповідальність яких обмежена, лише у межах владу у майно товариства (ст. 133 ЦК). Товариство з обмеженою відповідальністю і акціонерне товариство відповідає лише залежне йому майно (ст. ст. 140, 152 ЦК).

3. Наступною правовою характеристикою сторін договору міни, згідно з чинним законодавством, є те, що, відповідно з частини 1 ст. 293 Господарського кодексу України (далі – ГК) [4] товар може передаватись не тільки у власність, а й у повне господарське відання сторін чи оперативне управління сторін.

Зазначені правові режими майна є близькими до права власності, але вони характеризуються наявністю певних обмежень для суб’єкта підприємництва.

По-перше, майно, закріплене на праві господарського відання, може бути відчуженим (в тому числі і через обмін) лише у разі згоди державного органу, уповноваженого управляти підприємством. Так, державне комерційне підприємство, майно якого закріплюється за ним на праві господарського відання, має право відчужувати майнові об’єкти, що належать до основних фондів, лише за попередньою згодою органу (ст. 75 ГК).

На праві оперативного управління закріплюється майно за казенним підприємством. Відповідно до ст. 77 ГК орган, до сфери управління якого входить казенне підприємство, здійснює контроль за використанням і збереженням належного підприємству майна. Казенне підприємство не має права відчужувати (в тому числі і шляхом міни) майно, що належить до основних фондів, без попередньої згоди органу, до сфери управління якого воно входить.

По-друге, згідно з частини 4 ст. 293 ГК не може бути об’єктом міни (бартеру) майно, віднесене законодавством до основних фондів, яке належить до державної

або комунальної власності, у разі, якщо друга сторона договору міни (бартеру) не є, відповідно, державним чи комунальним підприємством.

4. Згідно з чинним законодавством стороною договору міни може бути особа, яка управляє майном, управитель, який має право на укладення правочинів від свого імені. Відповідно до ст. 1029 ЦК за договором управління майном одна сторона (установник управління) передає другій стороні (управителеві) на певний строк майно в управління, а друга сторона зобов'язується за плату здійснювати від свого імені управління цим майном в інтересах установника управління або вказаної ним особи. Договір міни може бути укладено управителем відносно майна, яке передано в управління (підприємство як єдиний майновий комплекс, нерухома річ, цінні папери, майнові права та інше майно). Проте стороною договору міни, що ним укладаються, він може стати лише за умови, якщо попередить контрагентів, що він діє як управитель.

5. Певні правові особливості притаманні сторонам договорів міни, що укладені на товарній біржі. Відповідно до ст. 1 Закону України “Про товарну біржу” від 10.12.1991 р. товарна біржа є установою, що об'єднує юридичних і фізичних осіб, які здійснюють виробничу і комерційну діяльність, і має за мету надання послуг в укладенні біржових угод, виявленні товарних цін, попиту і пропозиції на товари, вивчення, упорядкування і полегшення товарообігу і пов'язаних з ним торговельних операцій.

Договір міни визнається біржовою угодою, відповідно до частини 1 ст. 15 Закону, якщо він відповідає певним умовам, зокрема:

- являє собою обмін товарів, допущених до обігу на товарній біржі;
- його учасниками є члени біржі (засновники товарної біржі, а також прийняті до її складу згідно зі статутом біржі вітчизняні та іноземні юридичні й фізичні особи);
- він поданий до реєстрації та зареєстрований на біржі не пізніше наступного за здійсненням дня.

6. Окремою особливістю, що ґрунтується господарчій практиці, є те, що стороною договору міни може бути особа, котра такого права не має, зокрема, комісіонер, який придбав для комітента майно шляхом міни.

Зазвичай правочинами, які доручають вчинити комісіонерові, є договори купівлі-продажу, але закон не забороняє укладати шляхом договору комісії та будь-які інші договори, що відповідають вимогам цивільного законодавства, за винятком лише тих, які можуть укладатися тільки особисто. Зокрема, згідно зі ст. 1011 ЦК за договором комісії одна сторона (комісіонер) зобов'язується за дорученням другої сторони (комітента) за плату вчинити один або кілька правочинів від свого імені, але за рахунок комітента. Відповідно, комісіонер у цьому випадку виступатиме в договорі міни від свого імені, тобто буде стороною такого договору, а не від імені комітента.

7. Чинне законодавство визначає правові характеристики сторін договору міни, що спільно володіють майном. Відповідно до частини 1 ст. 368 ЦК спільна власність двох або більше осіб без визначення часток кожного з них у праві власності є спільною сумісною власністю. Відповідно, праву спільної сумісної власності притаманні такі риси, “як множинність її суб'єктів (співвласників) та єдність її об'єкта” [5]. Як слушно зазначає С. Сарбаш, “математична та фізична подільність предмета зобов'язання практично завжди є можливою. Інша справа, що закон визнає речі неподільними тоді, коли їх поділ у натурі неможливий без зміни їх призначення (аналогічна норма міститься і в ч. 1 ст. 183 ЦК – прим. авт.).

Іншими словами, річ в принципі може бути поділена фізично, але при такому поділі її призначення зміниться” [6].

Однак, наприклад, згідно зі ст. 1519 Цивільного кодексу Квебеку зобов’язання є подільним в силу закону, за умови, що його неподільність прямо не встановлена або об’єкт зобов’язання за своєю природою не піддається ні фізичному, ні абстрактному поділу.

Спільна сумісна власність виникає на підставі, не заборонених законом. Так, частина 3 ст. 368 ЦК передбачає презумпцію дії режиму спільної сумісної власності щодо майна подружжя, набутого ним за час шлюбу, якщо інше не встановлено договором або законом.

8. Договір міні між подружжям, які виступають сторонами зазначеного договору, підпорядковується загальним нормам, оскільки, відповідно до ч. 1 ст. 64 Сімейного кодексу України (далі – СК) [8] дружина та чоловік мають право на укладення між собою усіх договорів, які не заборонені законом, як щодо майна, що є їхньою особистою приватною власністю, так і щодо майна, яке є об’єктом права спільної сумісної власності подружжя. Питання можуть виникнути у випадку, коли предметом договору міні, який укладається з третьою особою, є майно, що перебуває у спільній сумісній власності подружжя. Сімейне законодавство встановлює спеціальні правила щодо розпорядження спільним майном подружжя, які суттєво відрізняються від закріплених в ЦК. Правові засади спільної сумісної власності подружжя визначаються ст. ст. 60–74 СК.

Однак подружжя має право встановити шлюбним договором інший правовий режим їхнього майна. Відповідно до ч. 2 ст. 97 СК сторони можуть домовитися про непоширення на майно, набуте ними за час шлюбу, режиму спільної сумісної власності і вважати його спільною частковою власністю або особистою приватною власністю.

Певні особливості має договір міні, стороною якого є жінка або чоловік, які перебувають у фактичному шлюбі. Як зазначає І. Злотнік, “...на сьогодні відносини між чоловіком і жінкою можна називати фактичним шлюбом, коли, по-перше, пара проживає на одній помешканні, по-друге, веде спільне господарство і, по-третє, не реєструє свої відносини в органах державної влади” [9].

Спільною сумісною власністю, згідно з частиною 4 ст. 368 ЦК, є також майно, набуте унаслідок спільної праці та за спільні грошові кошти членів сім’ї, якщо інше не встановлено письмовим договором між ними. водночас, законодавець не визначає коло осіб, які мають визнаватися в таких правовідносинах членами сім’ї. Відповідно до частини 2 ст. 3 СК сім’ю становлять особи, які спільно проживають, пов’язані спільним побутом, мають взаємні права та обов’язки. Дещо інше розуміння члена сім’ї міститься в Житловому кодексі Української РСР (далі – ЖК): членом сім’ї наймача житлового приміщення вважаються дружина (чоловік) наймача, їхні діти й батьки та інші особи, якщо вони постійно проживають спільно з наймачем і ведуть з ним спільне господарство (частина 2 ст. 64 ЖК) [10].

Відповідно до частини 1 ст. 3 Закону України “Про фермерське господарство” від 19.08.2003 р. [11] членами фермерського господарства можуть бути подружжя, їхні батьки, діти, які досягли 14-річного віку, інші члени сім’ї, родичі, які об’єдналися для спільного ведення фермерського господарства, визнають і дотримуються положень Статуту фермерського господарства. Згідно зі ст. 20 Закону майно фермерського господарства належить йому на праві власності і може бути відчужене та набуто на підставі цивільно-правових угод. Втім, у частині 2 ст. 22 зазначеного закону передбачено, що за рішенням членів фермерського

господарства відповідно до закону фермерське господарство як цілісний майновий комплекс може бути відчужене на підставі цивільно-правових угод (відповідно, і договорів міні) громадянам України, які мають право на створення фермерського господарства, або юридичним особам України для ведення товарного сільськогосподарського виробництва.

У спільній сумісній власності може перебувати також майно, що використовується для ведення особистого селянського господарства. Згідно із частиною 2 ст. 6 Закону України “Про особисте селянське господарство” від 15.05.2003 р. [12] майно, яке використовується для ведення особистого селянського господарства, може бути власністю однієї особи, спільною частковою або спільною сумісною власністю його членів відповідно до закону.

9. Правові особливості, з огляду на суб’єктний склад, притаманні договору бартеру у випадках, коли його стороною є іноземна фізична або юридична особа, обсяг дієздатності якої встановлюється її особистим законом.

Такі договори, згідно зі ст. 1 Закону України “Про зовнішньоекономічну діяльність” від 16.04.1991 р. [13] є зовнішньоекономічними і визначаються як матеріально оформлена угода двох або більше суб’єктів зовнішньоекономічної діяльності та їх іноземних контрагентів, спрямована на встановлення, зміну або припинення їх взаємних прав та обов’язків у зовнішньоекономічній діяльності.

Відповідно до ст. 3 зазначеного закону, суб’єктами зовнішньоекономічної діяльності в Україні є:

- фізичні особи – громадяни України, іноземні громадяни та особи без громадянства, які мають цивільну правоздатність і дієздатність згідно з законами України і постійно проживають на території України. Як зазначено у ст. 18 Закону України “Про міжнародне приватне право” від 23.06.2005 р. [14], цивільна дієздатність фізичної особи визначається її особистим законом. Особистим законом фізичної особи, відповідно до ст. 16 зазначеного закону, вважається право держави, громадянином якої вона є. Якщо фізична особа є громадянином двох або більше держав, її особистим законом вважається право тієї з держав, з якою особа має найтісніший зв’язок, зокрема, має місце проживання або займається основною діяльністю.
- юридичні особи, зареєстровані як такі в Україні і які мають постійне місцезнаходження на території України (підприємства, організації та об’єднання всіх видів, у тім числі акціонерні та інші види господарських товариств, асоціації, спілки, концерни, консорціуми, торговельні дома, посередницькі та консультаційні фірми, кооперативи, кредитно-фінансові установи, міжнародні об’єднання, організації та інші), в тому числі юридичні особи, майно та/або капітал яких є повністю у власності іноземних суб’єктів господарської діяльності. Як зазначено у ст. 26 Закону України “Про міжнародне приватне право” від 23.06.2005 р., особистим законом юридичної особи визначається також цивільна правоздатність і дієздатність юридичної особи, де в якості особистого закону розглядається право держави місцезнаходження юридичної особи. Своєю чергою, місцезнаходженням юридичної особи є держава, в якій юридична особа зареєстрована або іншим чином створена згідно з правом цієї держави. За відсутності таких умов або якщо їх неможливо встановити, застосовується право держави, у якій знаходиться виконавчий орган управління юридичної особи (ст. 25 Закону).
- об’єднання фізичних, юридичних, фізичних і юридичних осіб, які не є юридичними особами згідно з законами України, але які мають постійне

місцезнаходження на території України і яким цивільно-правовими законами України не заборонено здійснювати господарську діяльність;

- структурні одиниці іноземних суб'єктів господарської діяльності, які не є юридичними особами згідно з законами України (філії, відділення), але мають постійне місцезнаходження на території України
- спільні підприємства за участю суб'єктів господарської діяльності України та іноземних суб'єктів господарської діяльності, зареєстровані як такі в Україні і які мають постійне місцезнаходження на території України;
- інші суб'єкти господарської діяльності, передбачені законами України.

Окрім Закону України “Про зовнішньоекономічну діяльність” від 16.04.1991 р., перелік суб'єктів зовнішньоекономічної діяльності передбачено ГК. Варто зазначити, що ГК, порівняно з зазначеним законом, згузив перелік суб'єктів зовнішньоекономічної діяльності. Так, відповідно до ст. 378 ГК, суб'єктами зовнішньоекономічної діяльності є:

- господарські організації – юридичні особи, створені відповідно до ЦК, державні, комунальні та інші підприємства, створені відповідно до ГК, а також інші юридичні особи, які здійснюють господарську діяльність та зареєстровані у встановленому порядку;
- громадяни України, іноземці та особи без громадянства, які здійснюють господарську діяльність та зареєстровані відповідно до закону як підприємці;
- підрозділи (структурні одиниці) іноземних суб'єктів господарювання, що не є юридичними особами за законодавством України (філії, відділення тощо), але мають постійне місцезнаходження на території України і зареєстровані в порядку, встановленому законом.

10. Правовими характеристиками визначається юридична особа або її представник, що є стороною договору міни.

Відповідно до ст. 92 ЦК, юридична особа набуває цивільних прав та обов'язків і здійснює їх через свої органи, які діють відповідно до установчих документів та закону.

Як слушно зазначає О. Глоба, якщо від імені юридичної особи діє її керівник (директор, генеральний директор, голова правління) доцільно ознайомитися з положеннями статуту підприємства про повноваження виконавчого органу та встановити, чи передбачає статут певні обмеження у здійсненні виконавчим органом повноважень щодо вчинення від імені підприємства правочинів. Якщо такі обмеження встановлені (як правило, це можуть бути обмеження або щодо виду правочину, або щодо суми договору), необхідно визначитися, до компетенції якого з органів юридичної особи належить право надання дозволу виконавчому органу на підписання того чи іншого договору. Зазвичай таким органом є вищий орган управління підприємства (наприклад, у товаристві з обмеженою відповідальністю – загальні збори учасників, а в акціонерному товаристві – загальні збори акціонерів) [15].

У процесі виконання договору міни передбачається наявність двох (та більше) сторін, одна з яких визнається продавцем того товару, котрий вона зобов'язується передати, а інша особа – покупцем товару, який друга визначена сторона зобов'язується прийняти в обмін.

Щодо суб'єктного складу сторін договору міни, то цивільне законодавство не містить спеціальних обмежень. Отож, договір міни (бартеру) має універсальний характер і може застосовуватися для регулювання правовідносин за участю будь-яких осіб, які є носіями цивільних прав і обов'язків. Відповідно, сторонами

договору міни, з урахуванням загальних вимог щодо право- та дієздатності, можуть бути як громадяни, так і юридичні особи.

Ми визначили низку правових характеристик сторін договору міни:

1) Продавцями згідно з чинним законодавством на момент укладення договору міни повинні бути особи, які мають повне право на майно, що відчужується.

2) Товар згідно з чинним законодавством може передаватись не тільки у власність, а і у повне господарське відання сторін чи оперативне управління сторонами.

3) Стороною договору міни може слугувати управитель, який має право на укладення правочинів від свого імені.

4) Певні правові особливості притаманні сторонам договорів міни, що укладені на товарній біржі.

5) Сторонами договору міни можуть виступати фізичні і юридичні особи, які спільно володіють майном.

6) Договір міни між подружжям, які є сторонами зазначеного договору, підпорядковується загальним нормам.

7) Правові особливості, з огляду на суб'єктний склад, притаманні договору бартеру у випадках, коли як стороною бартеру є іноземна фізична або юридична особа, обсяг дієздатності якої встановлюється її особистим законом.

8) Правовими особливостями відзначається юридична особа, або її офіційний представник, які є сторонами договору міни.

9) У окремих випадках стороною договору міни може бути особа, яка такого права не має, зокрема, комісіонер, який придбав для комітента майно шляхом міни.

PARTIES TO BARTER CONTRACT (GENERAL CHARACTERISTIC)

V. Lysenko

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

The author of the article dwells upon general legal characteristic of barter contract parties on the basis of current laws and administrative acts of Ukraine.

Key words: barter contract, party to a contract, legal characteristic, administrative act.

СТОРОНЫ ДОГОВОРА МИНЫ-БАРТЕРА (ОБЩАЯ ХАРАКТЕРИСТИКА)

В. Лисенко

*Львовский национальный университет имени Ивана Франка
ул. Университетская, 1, 79000 Львов, Украина*

Автор статьи выкладывает общую правовую характеристику сторон договора мины на основании действующего законодательства и административных актов Украины.

Ключевые слова: договор мины, сторона договора, общая характеристика, административный акт

Стаття надійшла до редколегії 03.12.2009

Прийнята до друку 10.01.2010

ВИКОНАННЯ ДОГОВОРУ З НАДАННЯ МІЖНАРОДНОЇ ТЕХНІЧНОЇ ДОПОМОГИ

М. Михайлів

*Львівський національний університет імені Івана Франка
вул. Університетська, 1, 79000 Львів, Україна
тел. (0322) 39–47–60*

Висвітлено питання виконання договору з надання міжнародної технічної допомоги на підставі чинного законодавства та практики, а також проаналізовано його зміст. Виділено та досліджено засади, на яких ґрунтується договірне зобов'язання з надання міжнародної технічної допомоги. Сформульовано пропозиції щодо вдосконалення законодавства у сфері надання міжнародної технічної допомоги на підставі договору.

Ключові слова: міжнародна технічна допомога, договір з надання міжнародної технічної допомоги, виконання зобов'язань з надання міжнародної технічної допомоги.

Міжнародна технічна допомога як одна із форм співробітництва між державами відіграє важливе значення у перетвореннях, відбуваються в Україні у сферах розбудови громадянського суспільства, переходу до більш ефективної моделі ринкової економіки, подоланні макроекономічної дестабілізації, зменшення негативних наслідків перехідного періоду, підтримки екологічної та ядерної безпеки. Міжнародна технічна допомога надається на основі розроблених державами Програм залучення міжнародної технічної допомоги, Державних програм економічного та соціального розвитку, а також щорічних програм соціально-економічного розвитку. Такі документи закріплюють основні сфери та напрями, які потребують залучення міжнародної технічної допомоги та є своєрідними довідниками для потенційних реципієнтів такої допомоги, на основі яких донори та реципієнти розробляють спільні проекти (програми) надання міжнародної технічної допомоги.

На виконання проекту чи програми, пов'язаної із залученням міжнародної технічної допомоги укладається договір, який в міжнародній практиці отримав назву договору про надання міжнародної технічної допомоги. Отож, договір про надання міжнародної технічної допомоги є тим базовим документом, який визначає та регулює відносини учасників з питань надання міжнародної технічної допомоги, зокрема, між донором та реципієнтом. За своєю правовою природою договір з надання міжнародної технічної допомоги – це зобов'язання, яке виникає між сторонами – донором та реципієнтом щодо виконання умов, передбачених договором. Дослідження питань виконання зобов'язань за договором про надання міжнародної технічної допомоги на сьогодні є вельми актуальними та, у зв'язку із неврегульованістю як в законодавстві, так і на практиці, потребують додаткової аргументації.

Виконанням договірних зобов'язань значну увагу приділено не лише в законодавстві але й в науковій літературі. Зокрема, це питання досліджували такі відомі науковці як: А. Сейтмутафа, І. Федоров, Е. Вавілін, В. Толстой, О. Красавчиков, О. Іоффе, М. Брагінский, В. Вітрянський, О. Печений, В. Коссак, Т. Бондар, О. Дзера, Н. Кузнєцова, В. Луць та ін. Щодо законодавства, то питанням зобов'язального права присвячена книга п'ята Цивільного кодексу України та окремі статті Господарського кодексу України, Закону України “Про міжнародне приватне право” (в частині колізійного регулювання) тощо.

На думку А. Сейтмустафи, виконання зобов'язань можна розглядати в трьох аспектах, а саме: як правовий інститут, як процес і як підставу припинення зобов'язань [1, с. 268].

Виконання зобов'язань як правовий інститут – це сукупність цивільно-правових норм, що регулюють суспільні відносини, які виникають у зв'язку з виконанням зобов'язань. Виконання зобов'язань як процес – це динамічний стан зобов'язання, завдяки якому реалізуються права і обов'язки його сторін. Виконання зобов'язань як підстава припинення – тобто зобов'язання припиняється виконанням, проведеним належним чином.

Досліджуючи механізм здійснення суб'єктивних цивільних прав і виконання обов'язків, Є.В. Ванілін визначає його як послідовну комплексну організацію правових засобів і забезпечення умов, спрямованих на досягнення кінцевої мети, закладеної у змісті права і обов'язку. Мета цього механізму має бути спрямована не лише на досягнення результату де-юре (офіційного), а й на справжню фактичну реалізацію тих можливостей (де-факто) для уповноваженої особи, які надаються правом. Аналогічно мета механізму виконання обов'язків в ідеалі має відображати не виключно юридичне (формальне) виконання необхідних вимог, а й фактичний, соціально-економічний результат дії (бездіяльності) зобов'язаної особи [2, с. 42]. Про таке виконання і зазначено в Цивільному кодексі України – у ст. 545 та 599.

Саме при виконанні зобов'язання найповніше розкривається його зміст, оцінюється сукупність дій (бездіяльності) боржника щодо виконання покладених на нього обов'язків з погляду відповідності їхнім вимогам закону, умовам договору, звичаям, а отже, з погляду визнання виконання належним [3, с. 19–20].

Належне виконання зобов'язання – це не лише вказівка на мету, якої бажають досягнути сторони, укладаючи договір і визначаючи умови та елементи виконання, а це й встановлення певної наперед визначеної поведінки сторін, якої повинні дотримуватися сторони, щоб досягнути мети. Крім принципу належного виконання в законодавстві та в літературі виділяються ще такі принципи виконання зобов'язань як: реального виконання зобов'язань, свобода договору, добросовісності, справедливості, розумності тощо. Також доцільно зазначити, що на належне виконання договірних зобов'язань неабиякий вплив має місце та строк виконання, а також сторони договірних зобов'язань.

Тому виконання зобов'язань, які виникають з договору про надання міжнародної технічної допомоги, теж повинно ґрунтуватися на загальних засадах цивільного права та на принципах виконання договірних зобов'язань. А саме це стосується належного виконання договору про надання міжнародної технічної допомоги, тобто належними сторонами, виконання способами і засобами, передбаченими договором та законодавством. Такі відносини мають ґрунтуватися на принципах добросовісності, справедливості і розумності.

Під виконанням договору про надання міжнародної технічної допомоги потрібно розуміти здійснення його сторонами погоджених та спільних дій: реалізація донором своїх прав, а реципієнтом виконання покладених на нього обов'язків у договорі та обов'язків щодо реалізації проекту (програми) міжнародної технічної допомоги.

Виконувати договір з надання міжнародної технічної допомоги насамперед мають належні сторони, а саме – донор чи уповноважений ним орган або виконавець та реципієнт. Такими особами можуть бути лише ті суб'єкти, які визначені законодавством, а щодо виконавця, то він обов'язково повинен пройти акредитацію, щоб набути правосуб'єктності та мати змогу вступати в такого роду правовідносини. Якщо ж стороною є уповноважений донором орган чи особа, то

вони можуть бути суб'єктом лише за наявності довіреності чи іншого акту, відповідно до яких донор наділяє їх повноваженнями щодо укладення договорів з надання міжнародної технічної допомоги чи вчинення інших дій.

Виконання договору належними сторонами означає, що боржник зобов'язаний виконати свій обов'язок, а кредитор прийняти виконання особисто, якщо інше не встановлено договором або законом, не впливає із суті договору чи звичаїв ділового обороту. Так, договір про надання міжнародної технічної допомоги полягає у переданні донором (а у випадках, передбачених законодавством чи договором іншими особами) міжнародної технічної допомоги відповідно законодавства, а обов'язок реципієнта прийняти міжнародну технічну допомогу та використовувати відповідно до умов договору та з метою реалізації проекту (програми).

Виконання обов'язків реципієнтом має відповідати проекту (програмі), договору, законодавству та міжнародним договорам, які належним чином ратифіковані. Таке виконання також має бути спрямоване на досягнення спільної мети економічного чи соціального розвитку України загалом чи певної галузі зокрема.

У договірній практиці щодо надання міжнародної технічної допомоги визначено, що договір про надання міжнародної технічної допомоги та проект (програма), на виконання якого його було укладено, мають виконуватись сторонами, які уклали такий договір, тобто первинними суб'єктами. Виконання договору первинними суб'єктами має важливе значення з огляду на те, що погоджуючи певний проект (програму) донор враховує не тільки важливість та актуальність описаної в проекті пропозиції реципієнтом проблеми, але й можливості самого реципієнта вживати відповідних заходів щодо їх вирішення, це стосується відповідного досвіду, наявності ресурсів тощо. Реципієнт, зі свого боку, звертається до конкретно визначеного донора, оскільки його проектна пропозиція відповідає саме пріоритетам цього донора.

Проаналізувавши норми постанови Кабінету Міністрів України від 15 лютого 2002 року "Про порядок залучення, використання та моніторингу міжнародної технічної допомоги" можна зробити висновок про те, що законодавець допускає можливість заміни сторін у договорі про надання міжнародної технічної допомоги. Так відповідно до п. 21 Порядку проекти (програми) підлягають перереєстрації у разі зміни донора, виконавців, реципієнтів, назви, цілей, змісту, кошторисної вартості, термінів виконання проектів (програм) тощо. Перереєстрація проекту (програми) відбувається у тому ж порядку, що і реєстрація. Відтак, реципієнт та донор або уповноважена ним особа подають до Міністерства економіки України звернення (заяву) з усім пакетом документів, передбаченим п. 14 Порядку. За результатами розгляду звернення Міністерство економіки України приймає рішення про державну реєстрацію проекту (програми), анулювавши реєстраційну картку попереднього проекту (програми). Міністерство економіки України вносить відповідний запис у Державний реєстр проектів (програм), анулювавши попередній, та надсилає відповідні відомості про зміну проекту (програми) до Державного комітету України статистики, Державної митної служби України та Державної податкової адміністрації. Отже, керуючись загальними положеннями договірних зобов'язань заміна сторони у договорі не тягне за собою припинення договірних відносин, крім випадків, передбачених законодавством чи договором, зокрема, коли виконання такого зобов'язання є тісно пов'язане з особою, на яку покладається виконання зобов'язання і у зв'язку з цим не може бути виконане іншою особою тощо.

Виконання зобов'язання про надання міжнародної технічної допомоги як зобов'язального правовідношення повинно бути здійснене у встановлені

законодавством строки або в строки, закріплені програмою (проектом) міжнародної технічної допомоги чи договором, укладеними між донором та реципієнтом. Але керуючись практикою та аналізом законодавства, можна стверджувати, що є певні суперечності, пов'язані із моментом, з якого допускається початок виконання договору. Так момент, з якого допускається виконання договору про надання міжнародної технічної допомоги, момент укладення договору та момент набрання ним чинності не узгоджуються із моментом державної реєстрації проекту (програми) міжнародної технічної допомоги та початком її виконання. Виконання договору допускається з наступного дня після його підписання останньою зі сторін, а виконання проекту після його реєстрації. З огляду на це пропонуємо закріпити в законодавстві моментом набуття чинності договору про надання міжнародної технічної допомоги та моментом початку його виконання день підписання договору, але не раніше наступного дня після державної реєстрації проекту (програми), оскільки він є невід'ємною частиною договору, а відтак, без державної реєстрації проекту (програми) не допускається виконання самого договору.

Виконання договору про надання міжнародної технічної допомоги у належні строки стосується як дотримання сторонами договору загального строку, так і окремих строків, визначених у договорі. Загальний строк – це строк, протягом якого сторони договору про надання міжнародної технічної допомоги повинні здійснити необхідні дії для досягнення цілей надання міжнародної технічної допомоги. Окремі строки встановлюються для конкретизації загального строку, дій сторін та змісту договору. Зокрема, у випадках виникнення обставин, через які реципієнт не може вчасно завершити виконання проекту (програми), він зобов'язаний попередити не зволікаючи про це донора протягом місяця та просити донора про продовження строку дії проекту (програми) для виконання запланованих заходів, тобто автоматично продовжується дія договору. Таке клопотання реципієнта повинно супроводжуватися доказами, що будуть підтверджувати виникнення обставин, які ускладнюють виконання проекту (програми) або які впливають на неможливість виконання цього проекту. Якщо такі обставини створюють серйозну небезпеку, донор може прийняти рішення про призупинення виконання проекту (програми) на строк існування цих обставин. Після того, як такі обставини відпадуть термін дії проекту (програми) продовжується на строк, протягом якого існували такі обставини.

Також сторонами може передбачатися строк, протягом якого така допомога буде передана згідно з умов договору та строк, протягом якого реципієнт зобов'язаний таку допомогу забрати. Порушення таких строків може тягнути за собою низку несприятливих наслідків як для донора, так і для реципієнта, бо кожне порушення такого виду строків тягнутиме за собою неналежне виконання зобов'язань сторонами.

Виконання договору про надання міжнародної технічної допомоги має здійснюватися належним способом, тобто тим, який передбачений у договорі і в порядку та згідно з процедурою погодженої сторонами договору. Донор повинен передати міжнародну технічну допомогу у вигляді та у кількості, передбаченій договором про надання міжнародної технічної допомоги. Також така допомога повинна відповідати всім вимогам, які ставляться до того чи іншого виду допомоги, зокрема це стосується питань придатності, сертифікації наявності спеціальних знань чи навичок тощо. Своєю чергою, реципієнт зобов'язаний відкрити окремий розрахунковий рахунок для виключного обслуговування проекту

(програми) міжнародної технічної допомоги та відокремлення ресурсів, які надходять у вигляді такої допомоги. Цей рахунок повинен бути відкритим на момент передачі донором міжнародної технічної допомоги.

Міжнародна технічна допомога, яка передається донором, має бути використана реципієнтом для виконання проекту (програми) та способом, погодженим із донором. Допускається у виняткових випадках у разі виконання проекту внесення змін щодо способів використання міжнародної технічної допомоги, однак такі зміни не повинні змінювати в своїй основі проект (програму), а також якимось чином впливати на визначення його цілей та завдань. Тобто зміна способу допускається, якщо це не стане наслідком внесення змін до проекту (програми) надання міжнародної технічної допомоги.

Проект (програма) повинні виконуватися способом, погодженим сторонами і витрати на її реалізацію повинні здійснюватися так та в такому обсязі, як це передбачено договором. Допускається внесення змін до кошторису витрат, зокрема способу їх розподілу, якщо це не суперечитиме цілям договору та проекту (програми). Зміни до кошторису та способу їх використання допускаються лише в межах однієї статті видатків і забороняється здійснювати перерозподіл ресурсів через перенесення з однієї категорії в іншу. Більше того, такі зміни допускаються у встановленому донором відсотковому співвідношенні.

Наступною особливістю належного виконання є виконання договору про надання міжнародної технічної допомоги у належному місці. Тобто виконання договору повинно здійснюватися в Україні, а саме – за місцем знаходження чи місцем проживання реципієнта та галузях і сферах реалізації такого проекту (програми) міжнародної технічної допомоги. В договорі також повинно бути зумовлено місце передачі чи отримання міжнародної технічної допомоги. Так, відповідно до ст. 532 Цивільного кодексу України, місце виконання встановлюється у договорі. Якщо такого місця виконання у договорі не зазначено, то таке виконання керуватиметься правилами ч. 2 ст. 532 Цивільного кодексу України, крім випадків, якщо інше не встановлено актами цивільного законодавства або не впливає із суті зобов'язання чи звичаїв ділового обороту. Отже, належним місцем виконання договірних зобов'язань щодо надання міжнародної технічної допомоги буде таке:

1. якщо міжнародна технічна допомога надається у вигляді майна, устаткування, що виникає на підставі договору перевезення то місцем виконання буде місце здавання майна чи інших речей перевізникові;

2. якщо міжнародна технічна допомога надається у вигляді коштів, то місцем виконання буде місце проживання фізичної особи або місце знаходження юридичної особи реципієнта;

3. за іншими зобов'язаннями – за місцем проживання чи місцем знаходження реципієнта, крім випадків, якщо інше не встановлено актами цивільного законодавства або не впливає із суті зобов'язання чи звичаїв ділового обороту тощо.

Отже, проаналізувавши виконання зобов'язань з надання міжнародної технічної допомоги, зазначимо, що договір з надання міжнародної технічної допомоги має виконуватися належно, а саме – належними сторонами, належним способом та засобами, передбаченими договором та законодавством, в належному місці, а також повинен ґрунтуватися на загальних засадах цивільного законодавства та спеціальних принципах виконання зобов'язань. Тому проведене дослідження дасть змогу з'ясувати правову природу виконання зобов'язань, недоліки і суперечності, які мають місце у питаннях правового регулювання

виконання договору з надання міжнародної технічної допомоги, а зроблені висновки та пропозиції сприятимуть удосконаленню законодавства у цій сфері.

1. Сейтмустафа А. Понятие исполнения обязательства // Актуальные проблемы частного права. Материалы международной научно-практической конференции (в рамках ежегодных цивилистических чтений). – Алматы, 23–24 мая 2002 г. / Отв. ред. М.К. Сулейменов. – Алматы: КазГЮУ, 2003. С.285–288.
2. Вавилин Е.В. Понятие и механизм осуществления гражданских прав и исполнения обязанностей // Журнал российского права. 2004. С.42.
3. Бондар Т.В. Виконання договірних зобов'язань у цивільному праві. – К.: Юрінком Інтер, 2005. 272 с.

EXECUTION OF INTERNATIONAL TECHNICAL ASSISTANCE GRANTING CONTRACT

M. Mykhailiv

*Ivan Franko National University of Lviv,
Universytetska Str. 1, UA – 79000 Lviv, Ukraine
tel.(0322)39–47–60*

This article deals with the issue of international technical assistance granting contract execution on the basis of current laws and practice; its content is also analyzed. The author singles out international technical assistance granting contract's legal principles. Proposals aimed at legislation improvement in the sphere of international technical assistance granting by means of a contract are made.

Key words: international technical assistance, international technical assistance granting contract, execution of a contract, legal principle.

ВЫПОЛНЕНИЕ ДОГОВОРА ИЗ ПРЕДОСТАВЛЕНИЯ МЕЖДУНАРОДНОЙ ТЕХНИЧЕСКОЙ ПОМОЩИ

М. Михайлив

*Львовский национальный университет имени Ивана Франка
ул. Университетская, 1, 79000 Львов, Украина
тел.(0322) 39–47–60*

Отражен вопрос выполнения договора из предоставления международной технической помощи на основании действующего законодательства и практики, а также проанализировано его содержание. Выделены и исследованы принципы, на которых основывается договорное обязательство из предоставления международной технической помощи. Сформулированы предложения относительно совершенствования законодательства в сфере предоставления международной технической помощи на основании договора.

Ключевые слова: международная техническая помощь, договор из предоставления международной технической помощи, выполнения обязательств из предоставления международной технической помощи.

Стаття надійшла до редколегії 29.12.2009

Прийнята до друку 10.01.2010

ПРАВО НА ЗАХИСТ ЯК ЕЛЕМЕНТ ОХОРОННОГО ПРАВОВІДНОШЕННЯ

Ю. Мігашук

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

Досліджено суб'єктивне цивільне право на захист у контексті існування охоронного правовідношення з відшкодування шкоди, завданої органами дізнання та досудового слідства. Аналізуються правомочності потерпілої особи та особи щодо захисту порушених справ.

Ключові слова: право на захист, охоронне правовідношення, елементи охоронного правовідношення, способи захисту порушених прав.

Стан дослідження. Питання порушених цивільних прав були предметом дослідження М.М. Агаркова, В.П. Грибанова, Т.С. Ківалової, В.Т. Нора, М.Є. Шумила, Г.Б. Яновицької та ін.

Водночас в практичній діяльності виникають проблеми, пов'язані із застосуванням відповідних норм законодавства. Тому з'ясування теоретичних питань сприятиме удосконаленню цивільних правових відносин в охоронній сфері, зокрема зобов'язань з відшкодування шкоди, завданої правоохоронними органами.

Суб'єктивне цивільне право на захист є мірою дозволеної поведінки потерпілої особи, яка виражається в можливості самостійними діями захистити порушене право або вимагати застосування до правопорушника заходів цивільно-правового примусу з метою відновлення цивільного права чи правового стану. Суб'єктивне право на захист складається з трьох повноважень: 1) можливості здійснити самостійні фактичні дії для захисту права (наприклад самозахист); 2) можливість здійснювати самостійні юридичні дії з відновлення права; 3) можливість вимагати від державних органів примусового відновлення порушеного права. на підставі з перелічених правомочностей деякі автори кваліфікують право на захист в охоронному правовідношенні як самостійне цивільне право, зміст якого складають названі вище повноваження [1].

Механізм відновлення порушених цивільних прав та інтересів у сучасних умовах є важливою гарантією дотримання законності. Зміст права на захист розкриватиметься через призму вибору способу захисту. Для цього потерпіла особа повинна мати право на застосування способів захисту, передбачених ст. 16 ЦК України [2]. Тому правопорушення є підставою виникнення суб'єктивного цивільного права на захист, яке реалізується в рамках охоронного правовідношення.

В цьому контексті представляє інтерес аналіз правового статусу органів дізнання, попереднього (досудового) слідства, прокуратури та суду. Держава є учасником цивільних правовідносин через створювання нею юридичні особи, на які покладаються певні владно – управлінські функції або господарські завдання. Правоохоронні органи виконують специфічні функції та наділяються особливими повноваженнями. Для здійснення повноважень вони мають спеціальні права і повноваження. Але відносини, що виникають в процесі здійснення цих прав, не можна трактувати як цивільно-правові. Такі відносини належать до публічно-правових і пов'язані з здійсненням специфічних повноважень. Сферою таких серед іншого є майнові та особисті немайнові права, які становлять предмет регулювання

цивільного права. Незаконні рішення, дії чи бездіяльність, наслідком яких є порушення майнових та особистих немайнових прав фізичної особи, є підставою виникнення деліктних цивільних правовідносин.

Правовий захист, як було зазначено здійснюється за допомогою різних способів. До відносин, пов'язаних з відшкодуванням шкоди неправомірними рішеннями, діями або бездіяльністю органів дізнання, досудового слідства, прокуратури та суду, найчастіше застосовуються такі способи захисту, як відновлення становища, яке існувало до порушення права, відшкодування шкоди (матеріальної та моральної), визнання права тощо.

Обираючи один зі способів захисту або поєднуючи кілька з них, особа, права якої порушені, може їх захистити. Вибір способів захисту та їх здійснення залежить від конкретних обставин, що порушили права і охоронювані законом інтереси особи, а також від характеру негативних правових наслідків, незаконного рішення, дії чи бездіяльності, органу дізнання, досудового слідства, прокуратури та суду. Особливістю застосування способів захисту в коментованій сфері є те, що особа суб'єктивне цивільне право якої порушено, не може їх здійснювати в порядку самозахисту. Реалізація способів захисту порушених суб'єктивних цивільних прав можлива лише на підставі рішення суду у разі встановлення незаконності рішень, дій (бездіяльності) перелічених вище правоохоронних органів.

Реалізація права на захист в окремих сферах має свої особливості. В області відшкодування шкоди завданої органами дізнання, до судового слідства, прокуратури та суду суб'єктивне право потерпілого може полягати у вимозі відшкодування як майнової шкоди (завданої незаконною конфіскацією, виїмкою, обшуком) так і моральної, а також відновлення в майнових правах. Особливість здійснення права на захист від незаконних рішень, дій чи бездіяльності правоохоронних органів полягає у специфічних завданнях перелічених органів, для здійснення яких вони наділяють певними повноваженнями, що дають змогу втручатися в майнову та особисту сферу інших осіб. Таке втручання повинно здійснюватися в порядку, визначеному законодавством і буде трактуватися правомірним у разі дотримання вимог його положень.

Отже, з об'єктивного боку, втручання органів дізнання до судового слідства, прокуратури та суду з дотриманням вимог закону є правомірною дією. Однак порушення визначеного законодавством порядку здійснення цих дій або навпаки бездіяльність, якщо законом встановлено обов'язок діяти, наслідком яких є порушення майнової сфери потерпілого та його особистих немайнових прав, є підставою виникнення охоронного правовідношення.

В рамках охоронного правовідношення особа реалізує своє право на захист, обираючи один із способів, встановлених законом. Зміст суб'єктивного цивільного права у правоохоронному правовідношенні полягає у вимозі до зобов'язаної особи вчинити певні дії: відшкодувати шкоду, визнати право, відновити становище, яке було до порушення тощо. Це певною мірою стосується правоохоронного правовідношення в сфері відшкодування шкоди органами дізнання, до судового слідства, прокуратури, суду. Особа, права якої порушено неправомірними рішеннями, діями або бездіяльністю перелічених органів, має право на відшкодування майнової та моральної шкоди. Можливість вимагати відшкодування цієї шкоди є у формі суб'єктивного цивільного права, яке реалізується в охоронному правовідношенні. Вибір конкретних способів захисту порушеного права залежить від характеру порушення, можливості відновлення

майнового становища, яке існувало до порушення, поновлення майнових прав тощо.

Визнання права як спосіб захисту права найчастіше властиве захисту майнових прав. Хоча в науковій літературі інколи обґрунтовується думка щодо можливості застосування цього способу захисту і до визнання особистого немайнового права, наприклад права на життя в контексті застосування евтаназії. Але з таким трактуванням погодитись не можна, оскільки право на смерть не належить до особистих немайнових прав фізичної особи, передбаченої законодавством. Звідси особисте немайнове право фізичної особи має абсолютний характер і не потребує визнання шляхом застосування коментованого способу захисту.

У контексті відшкодування шкоди, завданої неправомірними рішеннями, діями або бездіяльністю органів дізнання, попереднього (досудового) слідства, прокуратури і суду, найбільш актуальними є компенсація моральної (немайнової) шкоди. На нашу думку, трактування підстав відшкодування моральної (немайнової) шкоди, яке міститься в постанові Пленуму Верховного Суду України від 31 березня 1995 р. “Про судову практику в справах про відшкодування моральної (немайнової) шкоди” дещо не відповідає реаліям і потребам захисту особистих немайнових прав після затвердження Цивільного кодексу 2003 р.. Коментована постанова акцентує увагу на можливості відшкодування моральної шкоди лише у випадках, прямо передбачених законодавством.

Можна констатувати, що унаслідок незаконного рішення, дій чи бездіяльності органів дізнання, досудового слідства, прокуратури, суду виникає право потерпілої особи вимагати відшкодування завданої шкоди. Це право реалізується в рамках охоронного правовідношення, елементами якого є: суб’єктивний склад – фізична особа – потерпіла внаслідок неправомірних дій правоохоронних органів та держави; об’єкт – порушені права та охоронювані інтереси потерпілої особи внаслідок неправомірних рішень, дій (бездіяльності) правоохоронних органів; змістом коментованого правовідношення є суб’єктивне право потерпілої особи вимагати відшкодування завданої шкоди і обов’язок держави (органів державної влади) відшкодувати шкоду, завдану правоохоронними органами.

Проблема полягає в тому, що держава як зобов’язаний суб’єкт за рішення дії протиправну бездіяльністю правоохоронних органів головно може відшкодовувати майнову і моральну (немайнову) шкоду. Але сфера майнового і немайнового інтересу потерпілої особи може бути ширша. Це, як зазначалося, корпоративні права, які мають майновий і немайновий характер, житлові, зобов’язальні, які відновити часом є досить проблематично. Зокрема, серед видів шкоди, завданої неправомірними рішеннями, діями або бездіяльністю органів дізнання, досудового слідства, прокуратури та суду, може бути втрата корпоративних прав, житлових сервітутів та інших майнових прав, що перейшли до інших осіб. Відновлення цих прав неможливе без позбавлення їх набувача. Зокрема, корпоративні права могли перейти до самої корпоративної структури і розподілені між засновниками (учасниками) і набуті ними в установленому законом порядку або продані у вигляді цінних паперів іншим особам. В рамках охоронного правовідношення про відшкодування шкоди правоохоронними органами, передбаченими ЦК України та спеціальними законами в цій області, це зробити неможливо. Адже відсутній один з елементів охоронного правовідношення – особа, обов’язком якої є вчинення дій з відшкодуванням заданої шкоди. Ця теоретична проблема безпосередньо пов’язана з практичними питаннями компенсації з майнової шкоди потерпілим від

незаконних рішень, дій або бездіяльності органів дізнання, досудового слідства, прокуратури та суду.

Зобов'язаною особою у відносинах з відшкодування шкоди, завданої органами дізнання, досудового слідства, прокуратури і суду, є держава. Моральну (немайнову) і матеріальну шкоду відшкодовується державою. Складніша ситуація з відновлення майнових прав, адже в багатьох випадках відновлення становища, яке було до порушення права, пов'язане з певними проблемами, не врегульованими законодавством.

Насамперед позбавлення окремих прав здійснюється відповідно до прямої вказівки у вирокі суду. Наприклад, звернення стягнення на цінні папери, корпоративні права. На момент постановлення виправдовувального вироку корпоративні права, в тім числі на цінні папери, можуть належати іншій особі (особам). Майже відсутній правовий механізм відновлення прав у таких випадках. Крім цього, не можна вважати зобов'язаною особу, до якої перейшли зазначені права, якщо з боку цієї особи не було кримінально-карних дій унаслідок яких потерпіла особа була позбавлена майнових прав. Звідси з забезпечення відновлення майнових прав потерпілих осіб в рамках правоохоронного правовідношення державою не завжди можливо. Так, згідно зі ст. 167 Господарського кодексу України [3], корпоративні права – це права особи, частка якої визначається в статутному фонді (майні) господарської організації, що охоплюють правомочності на участь цієї особи в управлінні господарською організацією, отримання певної частки прибутку (дивідендів) цієї організації та акцій у разі ліквідації останньої відповідно до закону, а також інші правомочності, передбачені законом та установчими документами. Право на частку в статутному капіталі є об'єктом цивільних (корпоративних) відносин, яке може відчужуватися і на яке може бути звернено стягнення, в тім числі і конфіскація.

Водночас у Цивільному кодексі України передбачені норми, які регулюють ситуації з попередження правопорушення. Зокрема, суб'єкт авторського права має право перешкоджати неправомірному використанню свого товару. В цьому випадку йдеться про те, що автор (суб'єкт авторського права) може вжити відповідних заходів щодо недопущення правопорушення його прав, не очікуючи самого правопорушення. Але лише правопорушення є підставою виникнення охоронного правовідношення. Змістом охоронного правовідношення право особи (кредитора) вимагати вчинення певних дій від боржника в рамках застосування способів захисту, передбачених цивільним законодавством. Результатом є право потерпілого вимагати відновлення права, відшкодування збитків, моральної (немайнової) шкоди, визнання права або застосування іншого способу захисту порушеного права. У такому випадку суб'єктивне право в рамках охоронного правовідношення спрямоване на певний об'єкт. Це певною мірою стосується цивільно-правової відповідальності за шкоду завдану органами дізнання, досудового слідства, прокуратури і суду, з тим винятком, що несприятливі наслідки покладаються не на заподіювача шкоди, а на державу. Схематично таку правову ситуацію можна зобразити так. Правові норми моделюють поведінку суб'єктів. Правомірна поведінка повинна здійснюватися особою відповідно до приписів нормативних актів, не порушуючи їх. Поведінка, що не відповідає нормативним приписам, порушує їх, є підставою застосування негативних наслідків – відшкодування завданої шкоди потерпілій особі та інших способів захисту. Останні можуть поєднуватися. Отож, порушення визначених приписами нормативних актів прав та охоронюваних інтересів особи є юридичним фактом

виникнення правоохоронного відношення. Залежно від виду порушених прав та охоронюваних законом інтересів обирається спосіб захисту та його правові наслідки.

У ст. 15 Цивільного кодексу України передбачено право кожної особи на захист свого цивільного права у разі його порушення, невизнання або оспорювання. В контексті відшкодування шкоди, завданої органами дізнання, досудового слідства, прокуратури і суду, йдеться про порушення цивільних прав фізичної особи. Таке порушення може виражатися відповідно до ст. 1176 ЦК України у шкоді, завданій фізичній особі внаслідок її незаконного засудження, незаконного притягнення до кримінальної відповідальності, незаконного застосування як запобіжного заходу тримання під вартою або підписки про невіїзд, незаконного затримання, незаконного накладення адміністративного стягнення у вигляді арешту чи виправних робіт.

Цей перелік доповнений Законом України від 1 грудня 1994 р. “Про порядок відшкодування шкоди, завданої громадянину незаконними діями органів дізнання досудового слідства, прокуратури і суду.” [4]. Згідно з названим законом права фізичної особи можуть бути порушені внаслідок незаконного проведення в ході розслідування чи судового розгляду кримінальної справи обшуку, виїмки, незаконного накладення арешту на майно, незаконного відсторонення від роботи (посади) та вчинення інших процесуальних дій, що обмежують права громадян; незаконну конфіскацію майна, незаконне накладення штрафу; незаконне проведення оперативно-розшукових заходів, передбачених Законом України від 30 червня 1993 р. “Про організаційно-правові основи боротьби з організованою злочинністю” [5]. та “Про оперативно-розшукову діяльність.” [6]. В перелічених випадках йдеться про порушення прав фізичної особи і застосування відповідних способів захисту, які зводяться до полягають у цивільно-правовій відповідальності держави за незаконні рішення, дії чи бездіяльність органу дізнання, попереднього (досудового) слідства, прокуратури або суду. Зазначені рішення дії (бездіяльність) вчиняються у сфері кримінального або адміністративного провадження чи судочинства, але порушують цивільні права та охоронювані законом інтереси особи.

Водночас порушення цих інтересів можливе і в цивільному правовідношенні, яке є предметом судового розгляду. Зокрема, п. 5 ст. 1176 ЦК України передбачено, що шкода, завдана фізичній чи юридичній особі внаслідок постановлення судом незаконного рішення в цивільній справі відшкодовується державою в повному обсязі у разі встановлення в діях судді (суддів), які вплинули на постановлення незаконного рішення, складу злочину чи обвинувальним вироком суду, що набув законної сили.

Отож, порушення цивільних прав фізичної особи під час проведення оперативно-розшукових заходів, кримінального чи адміністративного провадження або розгляду цивільної справи за наявності складу злочину в діях судді (суддів) є видом цивільного правопорушення у цій сфері. Але ст. 16 ЦК України крім порушення прав передбачає охорону її інтересів. Однак Цивільний кодекс України не визначає поняття інтересу. Цивільний кодекс містить лише вимогу, що захисту підлягає лише той інтерес, який не суперечить загальним засадам цивільного законодавства.

Спроби витлумачити термін “охоронюваний законом інтерес” здійснив Конституційний суд України в своєму рішенні від 1 грудні 2004 р. (справа №1–10/2004) стосовно офіційного тлумачення окремих положень ч. 1 ст. 4 ЦПК України

1963 р.. Згідно з названим Рішенням Конституційного Суду України поняття “охоронюваний законом інтерес”, що вживається в частині 1 ст. 4 ЦПК України та інших законах України логічно-смысловому зв’язку з терміном “права”, слід розуміти як намір до користування конкретним матеріальним або нематеріальним благом, як зумовлене загальним змістом об’єктивного і прямо не опосередковане в суб’єктивному праві простий легітимний дозвіл, який є самостійним об’єктом судового захисту та інших засобів правової охорони з метою задоволення індивідуальних і колективних потреб, які не суперечать Конституції і законам України, суспільним інтересам, справедливості, добросовісності, розумності та іншим загально-правовим засадам.

Отож на думку Конституційного Суду України охоронюваний законом інтерес варто трактувати як намагання до користування конкретними матеріальними та речовим благом. Інакше кажучи, охоронюваний законом інтерес особи безпосередньо не ґрунтується на суб’єктивному праві, яке однак у нього може виникнути унаслідок застосування відповідного способу захисту. В контексті відшкодування шкоди, завданої органами дізнання, досудового (попереднього) слідства, прокуратури та суду такий інтерес виявляється у компенсації майнових втрат та моральної (немайнової) шкоди. У разі порушення суб’єктивного цивільного права чи інтересу потерпілої особи виникає право на застосування конкретного способу захисту від неправомірних рішень, дій або бездіяльності органів дізнання, попереднього (досудового) слідства, прокуратури та суду.

1. Корхалев Д. Субъективное право на защиту // Арбитражный и гражданский процесс. 2008. -№ 1. С. 8–11.
2. Цивільний кодекс України.
3. Господарський кодекс України.
4. Закон України від 1 грудня 1994 р. “Про порядок відшкодування, завданої громадянину незаконними діями органів дізнання, досудового слідства, прокуратури і суду” // Відомості Верховної Ради України. – 1995. – № 1. С. 1.
5. Закон України від 30 червня 1993 р. “Про організаційно-правові основи боротьби з організованою злочинністю” // Відомості Верховної Ради України – 1993. – № 35. С. 358.
6. Закон України “Про оперативно-розшукову діяльність” // Відомості Верховної Ради України. – 1992. – № 22. С. 572.

RIGHT TO PROTECTION AS ELEMENT OF PROTECTIVE LEGAL RELATION

Y. Migaschuk

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

The article highlights the subjective civil right to protection in the aspect of protective legal relation on recovering damages caused by preliminary inquiry and preliminary investigation bodies. The competence of an aggrieved person and of a person in general as to the infringed rights protection is analyzed.

Key words: right to protection, protective legal relation, elements of protective legal relation, methods of infringed rights protection.

ПРАВО НА ЗАЩИТУ КАК ЭЛЕМЕНТ ОХРАНИТЕЛЬНОГО ПРАВООТНОШЕНИЯ

Ю.Мигашук

*Львовский национальный университет имени Ивана Франка
ул. Университетская, 1, 79000 Львов, Украина*

Исследовано субъективное гражданское право на защиту в контексте существования охранительного правоотношения из возмещения вреда, нанесенного органами дознания и досудебного следствия. Анализируются правомочия потерпевшей лица и лица относительно защиты нарушенных дел.

Ключевые слова: право на защиту, охранительное правоотношение, элементы охранительного правоотношения, способы защиты нарушенных прав.

Стаття надійшла до редколегії 17.12.2009

Прийнята до друку 10.01.2010

ДОГОВІР КУПІВЛІ–ПРОДАЖУ ЯК ПІДСТАВА ВИНИКНЕННЯ ПРАВА ВЛАСНОСТІ НА НЕРУХОМІСТЬ

К. Поляник

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

В науковій статті йдеться про теоретичні та практичні проблеми виникнення правовідносин на підставі договору купівлі–продажу нерухомості. Досліджуються особливості купівлі–продажу нерухомості, зміст правовідношення, яке виникає на підставі цього договору. Проаналізовано умови договору купівлі–продажу нерухомості, які становлять його зміст.

Ключові слова: договір купівлі–продажу нерухомості, предмет договору купівлі–продажу нерухомості, державна реєстрація договору купівлі–продажу нерухомості.

В умовах ринкової економіки нерухомість є об'єктом цивільно-правового обігу. Однак в Цивільному кодексі України [1], немає спеціальних норм, які регулюють особливості передання у власність об'єктів нерухомості. Тому в теорії та практиці обігу нерухомості на підставі договорів купівлі–продажу виникають проблемні питання, вирішення яких сприятиме удосконаленню відносин у сфері обігу нерухомості. Проблемами правового регулювання нерухомості були присвячені наукові праці Т.В. Боднар, О.В. Дзери, Н.С. Кузнєцової, В.С. Толстого, Я.М. Шевченко, О.С. Яворської та ін. Однак комплексного дослідження коментованих проблем не було проведено. Тому представлена стаття є спробою аналізу проблем у цій сфері.

Об'єкти нерухомості є предметом вивільго обігу. Правовою формою опосередкування відносин у сфері цивільного обігу є договори. Нерухомість може бути предметом різноманітних договорів. Це залежить від мети, що її ставлять перед собою учасники відносин, правового режиму нерухомості.

Договорами, які опосередковують передання об'єктів нерухомості в користування, є договори оренди, позички. У разі передання прав власності договірною формою можуть бути договори довічного утримання (догляду), дарування, міни та ін. Але найактуальнішою формою зміни власника є договір купівлі–продажу.

ЦК України не виокремлює особливості купівлі–продажу нерухомості, дефінуючи в ст. 655 загальне визначення зазначеного договору, за яким одна сторона (продавець) зобов'язується передати майно у власність покупцеві, а покупець зобов'язується прийняти майно (товар) і сплатити за нього певну грошову суму. Натомість коли йдеться про договір найму (оренди) законодавець в ЦК України виділяє особливості передання в оренду окремих видів нерухомості: земельної ділянки, будівлі чи іншої капітальної споруди тощо.

На наш погляд, така ситуація є не зовсім обґрунтованою. Справді певні особливості пов'язані з орендою окремих видів нерухомості. Але й те саме стосується й купівлі–продажу об'єктів нерухомості. Специфічний їх правовий режим зумовлює потребу в спеціальному правовому регулюванні особливостей купівлі–продажу нерухомості.

Насамперед це стосується предмета договору купівлі–продажу в ст. 656 ЦК України перелічено об'єкти, які можуть бути предметом договору купівлі–продажу. До них належить товар, який є у продавця на момент укладення договору або буде створений (придбаний, набутий) продавцем у майбутньому.

Предметом договору можуть бути і майнові права. В контексті купівлі–продажу нерухомості актуальним є майнові права, пов’язані з нерухомістю. Останні можуть бути самостійним об’єктом купівлі–продажу, а також можуть бути пов’язаними безпосередньо з нерухомістю як обмеження речових прав.

В ЦК України самостійним предметом купівлі–продажу слугують право вимоги без особистого характеру. Особливості договорів купівлі–продажу окремих видів майна можуть встановлюватись законом.

ЦК України виділяє окремі види договорів купівлі–продажу, зокрема, роздрібною купівлі–продажу. Встановлює можливість застосування до відносин з поставки, контрактації сільськогосподарської продукції, поставки через приєднану мережу, міні положень, які регулюють договір купівлі–продажу. Однак ЦК України оминає особливості купівлі–продажу нерухомості. Цю прогалину необхідно усунути. Пояснюють це тим, що нерухомість як об’єкт цивільних прав і обов’язків має специфічний правовий режим як у статистиці (відносин власності та речових прав), так і в динаміці (цивільному обігу).

Це необхідно враховувати у разі правового регулювання купівлі–продажу нерухомості. Адже специфічний правовий режим впливає на зміст договору купівлі–продажу. Останній визначається істотними умовами, які залежать від особливостей кожного виду нерухомості. Згідно з ст. 620 ЦК України зміст договору становлять умови (пункти), визначені на розсуд сторін і погоджені ними, та умови, які є обов’язковими відповідно до актів цивільного законодавства. Тому цікавим аналіз цих умов через призму впливу останніх на особливості договору купівлі–продажу нерухомості.

Істотною умовою будь-якого договору є його предмет. Чітке та однозначне розуміння поняття предмета та об’єкта договору має велике практичне значення, оскільки будь-який договір вважають неукладеним, якщо не визначений його предмет [2].

Багато вчених дотримуються позиції про складний предмет договору. Зокрема, М.І. Брагінський вважає, що договори, спрямовані на передання майна мають складний предмет, що охоплюють як дії зобов’язаних сторін з передання і прийняття майна, так і саме майно [3]. Так само Ф.І. Гавзе під предметом будь-якого цивільно-правового договору розумів дії, які повинен зробити боржник і об’єкт на котрий дії спрямовані [4]. Водночас М.Д. Єгоров дотримувався погляду, що об’єктом правовідносин є насамперед дії [5].

Як вже було зазначено ст. 656 ЦК України визначає предмет договору купівлі–продажу. Названа стаття уточнює дефініцію ст. 655 ЦК, стосовно предмета договору, згідно з якою за договором купівлі–продажу одна сторона (продавець) передає або зобов’язується передати майно (товар) у власність другої сторони (покупцеві), а покупець приймає або зобов’язується прийняти майно (товар) і оплатити за нього певну суму. З коментованого положення доходимо висновку, що предметом договору купівлі–продажу є дії з передання майна (товару) за плату у власність.

Під майном відповідно до ст. 190 ЦК України розуміють окрему річ, сукупність речей, а також майнові права та обов’язки. Враховуючи поділ грошей на рухомі та нерухомі (ст. 181 ЦК) дефініція договору купівлі–продажу охоплює нерухомість як предмет зазначеного договору. Водночас нерухомість може бути різних видів, кожен з яких підлягає особливому правовому регулюванню. Відповідно доцільно враховувати специфіку кожного з об’єктів нерухомості у погодженні такої умови, як предмет договору купівлі–продажу.

Нерухомість належить до індивідуально-визначених об'єктів. Тому його характеристика як предмета договору купівлі–продажу завжди пов'язана з описом індивідуальних ознак об'єкта нерухомості. Крім цього, право власності на нерухоме майно підлягає державній реєстрації. В реєстрі завжди зазначають кількісні та фізичні параметри конкретного об'єкта нерухомості. Тому в разі вчинення будь-якого правочину, в тому числі договору купівлі–продажу, варто враховувати у визначенні предмету договору техніко-юридичні характеристики об'єкта нерухомості, що міститься у відповідному державному реєстрі (стосовно земельних ділянок в кадастрі).

Наприклад, у разі укладення договору купівлі–продажу земельної ділянки потрібно накреслити план або схему земельної ділянки, кадастровий план з відображенням обмежень (обтяжень) у її використанні та встановлення земельних сервітутів, акт визначення меж земельної ділянки в натурі. Перелічені умови характеризують індивідуальні ознаки конкретної земельної ділянки як предмета договору купівлі–продажу. За згодою сторін можуть визначатися також інші умови. Але без погодження предмета договір не може бути укладений.

Індивідуалізація предмета договору купівлі–продажу стосується також інших видів об'єктів нерухомості. При цьому потрібно мати на увазі, що об'єкт нерухомості є індивідуально-визначеними об'єктами цивільних прав та обов'язків, які підлягають державній реєстрації. Індивідуально-визначеними критеріями об'єктів нерухомості є характеристики, визначені у державному реєстрі. Ці техніко-юридичні параметри мають становити суть характеристики предмета договору купівлі–продажу нерухомості.

Отож предмет правочинів з нерухомістю завжди індивідуалізований і міститься в державному реєстрі під визначеним номером. Крім номера державної реєстрації можуть існувати інші документи, що дають змогу визначити кількісні і якісні характеристики об'єкта нерухомості. Наприклад, щодо будинків (будівель), споруд, квартир це може бути технічний паспорт, який разом з витягом з державного реєстру речових прав на нерухомість дає підстави визначитися з предметом договору купівлі–продажу зазначених об'єктів. Крім цього, витяг з державного реєстру є необхідною передмовою укладення договору та його нотаріального посвідчення.

Детальне регулювання прав державної реєстрації на нерухоме майно передбачене Законом України “Про державну реєстрацію речових прав на нерухоме майно та їх обмежень”. У цьому законі міститься визначення державної реєстрації: це офіційне визнання і підтвердження державою фактів виникнення, переходу чи припинення державних прав на нерухоме майно та їх обмежень, що супроводжується внесенням даних до державного реєстру речових прав на нерухоме майно та їх обмежень.

Тому предмет договору купівлі–продажу нерухомості становить погоджений строками об'єкт з урахуванням характеристики останнього, що міститься в державному реєстрі речових прав на нерухоме майно та їх обмежень. Погоджуючи предмет договору купівлі–продажу нерухомості, сторони певною мірою обмежені в свободі волевиявлення техніко-юридичними характеристиками, що містяться відповідно до вимог закону в згаданому реєстрі. Це має важливе значення у разі укладення договору купівлі–продажу нерухомості, до складу якої входять кілька об'єктів нерухомості.

В Україні формується і діє єдиний Державний реєстр прав, який ґрунтується на державному обліку земельних ділянок усіх форм власності та розташованого на

них іншого нерухомого майна, реєстрації речових прав на об'єкти нерухомого майна, їх обмежень та правочинів щодо нерухомого майна. Державній реєстрації підлягають заявлені речові права на нерухоме майно за наявності документів, що підтверджують вчинення правочинів щодо цих об'єктів. Тому можна укладати договір купівлі-продажу нерухомості, якщо право власності на нього зареєстровано у встановленому законом порядку.

Державна реєстрація свідчить про належність нерухомого майна конкретному власникові. У цьому випадку можна стверджувати наявність презумпції правомірності володіння майном особою, зареєстрованою як суб'єкт права власності в Державному реєстрі речових прав на нерухоме майно та їх обмежень. Реєстрація у разі відсутності обмежень дає змогу скористатися з інших правомочностей власника – права користування і розпоряджання. До складу останньої правомочності належать і право на відчуження шляхом укладання договору купівлі-продажу. Однак для чіткої регламентації відносин з передання права власності на об'єкти нерухомості необхідно передбачити в Цивільному кодексі України спеціальні норми, які б враховували особливості цього виду договору купівлі-продажу. Чинні положення, що стосуються договору купівлі-продажу, не відображають повною мірою специфіки відносин, предметом яких є об'єкти нерухомості. Особливість правового режиму останніх диктується необхідністю встановлення спеціальних положень, які б стосувалися динаміки передання прав власності на об'єкти нерухомості за договором купівлі-продажу.

Це стосується визначення предмета договору купівлі-продажу нерухомості, моменту переходу права власності за цим договором, прав та обов'язків сторін тощо. Предмет договору купівлі-продажу нерухомості має відповідати характеристикам, що містяться у державному реєстрі. З огляду на це доцільно доповнити ст. 656 ЦК України "Предмет договору купівлі-продажу" ще однією частиною такого змісту: "Предметом договору купівлі-продажу можуть бути об'єкти нерухомості (земельні ділянки, будівлі, споруди, майнові комплекси підприємств та інші) відповідно до техніко-юридичних характеристик, що містяться в Державному реєстрі речових прав на нерухоме майно".

Договір займає важливе місце в регулюванні правовідносин. На відміну від нормативних актів загального та спеціального характеру, що містять абстрактну модель взаємовідносин суб'єктів цивільних правовідносин, договір регулює конкретні правовідносини сторін, у нашому випадку, з передачі об'єктів нерухомості у власність за плату. Укладаючи договір купівлі-продажу, сторони конкретизують наявні диспозитивні положення чинного законодавства, надаючи їм обов'язкового характеру, а також визначають права та обов'язки, які не передбачені законом, але не суперечать йому.

Це повною мірою стосується договору купівлі-продажу. В згаданому договорі сторони конкретизують свої взаємовідносини, можуть визначати умови, які загалом не встановлені законодавством як необхідні для цього виду договору. В договорі можна передбачити права і обов'язки, залежно від специфіки предмету договору або інших обставин, що мають значення для сторін. Отож договір є важливим регулятором взаємовідносин сторін у відносинах купівлі-продажу нерухомості, враховуючи відсутніх спеціальних норм законодавства у зазначеній сфері.

Предметом договору, як зазначалося, буде нерухомість відповідно до характеристик, визначених у Державному реєстрі речових прав на нерухоме майно

та їх обмежень. Але це не означає, що в договорі купівлі–продажу сторони не можуть конкретизувати взаємовідносини щодо предмету. Договір є регулятором відносин, який має на меті передбачити особливості змісту правовідносин між покупцем і продавцем. Це повною мірою стосується договору купівлі–продажу нерухомості. Сторони можуть уточнювати якісні та кількісні характеристики об’єкта нерухомості та пов’язані з ним права.

Адже на характеристику предмета договору купівлі–продажу можуть впливати якісні показники, розміри, можливість внесення змін. Усе це може бути передбачене в договорі купівлі–продажу як істотні умови, що характеризують його предмет. З предметом договору пов’язані речові права та обмеження. Перелік речових прав надається в Цивільному кодексі України. Характерною їх особливістю є право слідування за об’єктом нерухомості.

В законі України від 1 липня 2004 р. “Про державну реєстрацію речових прав на нерухомість та їх обмежень” [6], (ст. 12) міститься характеристика видів об’єктів нерухомості. Аналізуючи їх складники, можна дійти до висновку, що до нерухомості належать як окремі об’єкти нерухомості (земельні ділянки, будівлі, споруди тощо), так і майно, до складу якого належить сукупність нерухомих речей (садиба, земельна ділянка з розташованими на ній будівлями, спорудами тощо), це необхідно враховувати у визначенні предмета договору купівлі–продажу нерухомості. Таким предметом може бути як комплекс, так і окремо зареєстровані об’єкти.

Тому з метою конкретизації предмета договору купівлі–продажу нерухомості важливо в договорі визначити об’єкти нерухомості з урахуванням їх характеристик, передбачених в Державному реєстрі речових прав на нерухоме майно, та їх обмежень. Адже договір купівлі–продажу нерухомого майна, посвідчений нотаріально є підставою для державної реєстрації права власності на нерухоме майно. Отож, нотаріально посвідчений договір купівлі–продажу є правовстановальним документом для реєстрації права власності.

Звідси предмет договору купівлі–продажу нерухомості повинен трансформуватися в умову договору, керуючись техніко-юридичними характеристиками, що містяться в Державному реєстрі речових прав на нерухоме майно та їх обмежень. Зокрема, база даних об’єкта земельних ділянок та розташованих на них нерухомого майна містить дані державного земельного кадастру, зокрема:

- кадастровий номер земельної ділянки та іншого нерухомого майна;
- індексну кадастрову карту;
- кадастровий план земельної ділянки;
- дані про категорію земель за цивільним призначенням земельної ділянки;
- дані про площу та грошову оцінку земельної ділянки;
- відомості щодо власників чи користувачів земельної ділянки;
- дані технічної інвентаризації будівель та споруд, розташованих на земельній ділянці;
- інші дані, передбачені іншими нормативно-правовими актами з питань державного земельного кадастру.

Схожа ситуація із характеристикою інших предметів договорів купівлі–продажу нерухомості. Індивідуалізуючи предмет договору, необхідно врахувати характеристики об’єктів нерухомості, які містяться в Державному реєстрі речових прав на нерухоме майно та їх обмежень. Водночас це не позбавляє сторони права визначити інші умови, пов’язані з предметом договору.

Поряд з предметом договором купівлі–продажу його зміст визначають інші істотні умови. Цивільний кодекс України передбачає загалом, що сторонам за договором купівлі–продажу достатньо досягнути згоди стосовно предмета. Зокрема, у разі виконання договору без погодження ціни суд при розгляді спору може за основу взяти ринкову ціну, яка існувала на момент укладення договору.

Такий підхід не можна застосовувати до договору купівлі–продажу нерухомості. Ціна нерухомості, погоджена сторонами в договорі, є істотною його умовою. Більше того, закон встановлює вимоги, що ціна визначається сторонами, але не може бути нижчою від інвентаризаційної (страхової) оцінки будівлі, споруди.

Земельну ділянку також необхідно оцінювати відповідно до затверджених методик оцінювання землі. При цьому в перелічених випадках сторони, не обмежуючись у встановленні верхніх меж ціни, але не можуть укласти договір купівлі–продажу нерухомості нижче цін, які визначаються в порядку, встановленому законодавством. Це є ще одним доказом, який підтверджує особливість динаміки договірних відносин купівлі–продажу нерухомості. Отож щодо ціни сторони повинні досягти згоди на стадії погодження істотних умов договору купівлі–продажу нерухомості. Причому нижня межа вартості об'єкта нерухомості може бути встановлена відповідно до порядку, визначеному законодавством і не може бути, як зазначалося, змінена за згодою сторін.

Отож законодавством надано свободу сторонам договору купівлі–продажу нерухомості щодо визначення ціни договору водночас з імперативним встановленням мінімальної вартості об'єкта нерухомості. Останнє визначається відповідно до порядку, передбаченого законодавством.

Відповідно до істотних умов договору купівлі–продажу нерухомості необхідно зачислити ціну. Тому в положеннях, які визначатимуть особливості регулювання договору купівлі–продажу нерухомості, необхідно передбачити, що “До істотних умов договору купівлі–продажу нерухомості належать предмет договору (об'єкт нерухомості) та ціна.

Ціна об'єкта нерухомості визначається за погодження сторін, але не нижча страхової (кадастрової) оцінки, встановленої відповідно до законодавства”.

В ст. 663 ЦК України регламентується строк виконання обов'язку передати товар покупцеві, який визначається угодою сторін або встановлюється відповідно до положень ст. 530 ЦК України. Але названі статті стосуються купівлі–продажу товару. Об'єкти нерухомості не є товаром у розумінні зазначених положень. Це ще раз свідчить про необхідність спеціального регулювання купівлі–продажу об'єктів нерухомості.

Строк передачі об'єкта нерухомості збігається з часом укладання і нотаріального посвідчення договору купівлі–продажу. Водночас з певними видами нерухомості можуть пов'язуватися певні особливості щодо строків. Насамперед, це стосується об'єктів нерухомості виробничого характеру: майнових комплексів підприємств, окремих об'єктів нерухомості, що належать до основних фондів. У таких відносинах строк передачі нерухомості має важливе значення і в більшості випадків збігається з моментом нотаріального посвідчення.

Водночас необхідно розмежовувати строк нотаріального посвідчення, державної реєстрації права власності й реального передання об'єкта у володіння покупця.

Момент виникнення права власності на об'єкти нерухомості пов'язуються з державною реєстрацією право встановленого документа, у нашому випадку договору купівлі-продажу. З моменту державної реєстрації виникає право власності, зміст якого становлять правомочності володіння, користування, розпоряджання. Звідси, на перший погляд, строк в договорі купівлі-продажу нерухомості не є істотною умовою. Водночас, окремі умови щодо строків можуть передбачатися в договорі купівлі-продажу. Це стосується, зокрема, строку укладення договору купівлі-продажу.

ЦК України передбачає можливість укладення попереднього договору (ст. 625). Попереднім є договір, сторони якого зобов'язуються протягом певного строку (у певний термін) укласти договір в майбутньому (основний договір) на умовах встановлених попереднім договором.

Отож сторони можуть в попередньому договорі передбачити строк укладання основного договору купівлі-продажу нерухомості. Попередній договір повинен також бути укладений в нотаріальній формі. Тому строк укладання договору купівлі-продажу може бути погоджений у попередньому договорі.

Правочини з купівлі-продажу нерухомості підлягають державній реєстрації як правовстановлювальний документ для реєстрації права власності. Згідно зі ст. 19 Закону України “Про державну реєстрацію речових прав на нерухоме майно та їх обмежень” підставою для державної реєстрації прав, що посвідчують виникнення, перехід, призначення речових прав на нерухоме майно, є: нотаріально посвідчений договір купівлі-продажу земельної ділянки чи іншої нерухомості.

Згідно з ст. 334 ЦК України право власності на майно за договором, який підлягає нотаріальному посвідченню, виникає у набувача з моменту такого посвідчення або з моменту набрання законної сили рішення суду про визнання договору, не посвідченого нотаріально, дійсним. Якщо договір про відчуження майна підлягає державній реєстрації, право власності у набувача виникає з моменту такої реєстрації.

З наведеної дефініції доходимо висновку, що в коментованому випадку набуття права власності не пов'язується з таким фактом, як передання нерухомої речі. Хоча загальне положення, що міститься в ч. 1, 2 ст. 234 ЦК встановлює, що право власності у набувача майна за договором виникає з моменту передання майна, якщо інше не встановлено договором або законом.

Передаванням майна вважається вручення його набувачеві чи перевізникові, організації зв'язку для відправлення, пересилання набувачеві майна, відчуженого без зобов'язання доставки.

У перелічених випадках йдеться про рухоме майно. Передавання нерухомого майна не пов'язується з моментом виникнення права власності. Однак на практиці передання об'єкта нерухомості у володіння може не збігатися з нотаріальним посвідченням договору купівлі-продажу та його державною реєстрацією. Сторони в договорі купівлі-продажу досить часто передбачають умову про те, що відчужувач (продавець) володітиме і користуватиметься об'єктом нерухомості ще певний час після укладення договору. Особливо це актуальне для договорів купівлі-продажу житла. Тому в договорі зазначають строк звільнення приміщення і передання його набувачеві (покупцеві).

Тому строк передання у володіння об'єкта нерухомості може не збігатися з виникненням права власності, яке пов'язується з державною реєстрацією. Відповідно у статтях, що регулюватиме особливості купівлі-продажу необхідно передбачити норму такого змісту: “Договір купівлі-продажу об'єкта

нерухомості вважається укладений, якщо сторони досягли згоди стосовно предмета та ціни у письмовій формі з нотаріальним посвідченням”. При цьому фактичне передання у володіння може не збігатися з моментом виникнення права власності.

Необхідно розрізнити державну реєстрацію правочинів і державну реєстрацію речових прав, які виникають на підставі нотаріально посвідченого договору купівлі–продажу нерухомості. Цивільний кодекс України передбачає норму, згідно з якою у встановлених Законодавством випадках правочин підлягає державній реєстрації (ст. 210 ЦК). У разі відсутності реєстрації правочину його вважають неукладеним. На це звернено увагу в проєкті Постанови Пленуму Верховного Суду України “Про судову практику розгляду справ про визнання правочинів недійсними”. Зокрема, у вирішенні спору про визнання правочину, який підлягає нотаріальному посвідченню, дійсним судам необхідно враховувати, що норма ч. 2 ст. 220 ЦК України не застосовується щодо правочинів, які підлягають нотаріальному посвідченню і державній реєстрації, оскільки момент вчинення таких правочинів відповідно до ст. ст. 210, 640 ЦК України пов’язується з державною реєстрацією, тому вони не є укладеними і не створюють прав і обов’язків сторін.

У контексті Закону України “Про державну реєстрацію речових правна нерухоме майно та їх обмежень” державній реєстрації підлягає не сам договір, а права, що виникли на підставі цього договору. Це відповідає положенню ст. 11 ЦК України, що однією з підстав виникнення цивільних прав та обов’язків є договори та інші правочини. Державна реєстрація речових прав на нерухоме майно є офіційним підтвердженням державою факту виникнення, переходу або припинення речових прав на нерухоме майно, що супроводжується внесенням даних до Державного реєстру речових прав на нерухоме майно.

Всі речові права на нерухоме майно, що знаходиться на території України, підлягають обов’язковій реєстрації. Серед них право власності на нерухомість. Підставою виникнення речових прав власності на нерухоме майно у цьому випадку буде нотаріально посвідчений договір купівлі–продажу нерухомості. У коментованому випадку йдеться не про реєстрацію договору купівлі–продажу, а про державну реєстрацію речових прав. Тому договір купівлі–продажу нерухомості є підставою виникнення права власності у набувача.

Звідси важливе значення має питання моменту укладення договору і виникнення права власності. Договір купівлі–продажу нерухомості є укладений від часу досягнення згоди на всіх істотних умовах (предмета та ціни) в нотаріально посвідченій формі. Момент виникнення права власності у набувача (покупця) пов’язується з державною реєстрацією договору купівлі–продажу. Тому підставою виникнення права власності на нерухомість є юридичний склад – укладення договору купівлі–продажу нерухомості з нотаріальним посвідченням та державна реєстрація.

1. Цивільний кодекс України.
2. Див.: Яворська О.С. Договірні зобов’язання про передання майна у власність цивільно-правові аспекти. Тернопіль: Підручники і посібники, 2009. С. 21.
3. Див.: Брагинский М.М., Витрянский В.В. Договорное право: Общие положения. М, 1997. С. 224.
4. Див.: Гавзе Ф.И. Обязательственное право (общие положения). – Минск, 1968, С. 26.

5. Гражданское право. Т.1. Под. Ред. А.П. Серлева, Ю.К. Толстого. М.: ООО ТК Вельби, 1996. С.81.
6. Закон України від 1 липня 2004р. “Про державну реєстрацію речових прав на нерухоме майно та їх обмеженість” // Відомості Верховної Ради України. – 2004. № 51 С. 553.

PURCHASE AND SALE CONTRACT AS GROUND FOR PROPERTY RIGHT TO REAL ESTATE ACCRUAL

K. Polyanyk

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

The article highlights theoretical and practical issues of legal relations accrual on the ground of real estate purchase and sale contract. Peculiarities of real estate purchase and sale, the content of legal relation, which arises on the ground of the above-mentioned contract, are analyzed. Purchase and sale contractual terms, which comprise its content, are singled out.

Key words: real estate purchase and sale contract, subject-matter of real estate purchase and sale contract, real estate purchase and sale contract state registration.

ДОГОВОР ПОКУПКИ–ПРОДАЖУ КАК ОСНОВАНИЕ ВОЗНИКНОВЕНИЯ ПРАВА СОБСТВЕННОСТИ НА НЕДВИЖИМОСТЬ

К. Поляник

*Львовский национальный университет имени Ивана Франка
ул. Университетская, 1, 79000 Львов, Украина*

В научной статье идет речь о теоретических и практических проблемах возникновения правоотношений на основании договора покупки–продажу недвижимости. Исследуются особенности покупки–продажу недвижимости, содержание правоотношения, которое возникает на основании настоящего договора. Проанализированы условия договора покупки–продажу недвижимости, которые составляют его содержание.

Ключевые слова: договор покупки-продажи недвижимости, предмет договора покупки–продажу недвижимости, государственная регистрация договора покупки–продажу недвижимости.

Стаття надійшла до редколегії 18.12.2009

Прийнята до друку 10.01.2010

“НЕДІЙСНІСТЬ” ТА “НІКЧЕМНІСТЬ” ПРАВОЧИНУ

Я. Романюк

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

У статті проаналізовано співвідношення понять “недійсність” та “нікчемність” правочину. Досліджено правову природу зазначених термінів. З’ясовано цивільно-правові наслідки недійсності та нікчемності правочину.

Ключові слова: нікчемний правочин, недійсний правочин, державна реєстрація правочину.

Стан дослідження: питання дійсності правочинів у різний час було предметом дослідження Д.І. Мейєра, В.С. Мілаш, С.С. Потопальського, В.П. Шахматова, Г.Ф. Шершеневича та ін. Водночас в сучасних умовах виникло багато теоретичних та практичних проблем, пов’язаних з впровадженням до Цивільного кодексу України термінів “недійсність” та “нікчемність” правочину. Наукова стаття присвячена з’ясуванню правової природи наукових термінів, правові наслідки трактування правочинів “недійсними” або “нікчемними”.

Однією з найпоширеніших підстав виникнення цивільних прав і обов’язків є правочини (договори). Цивільний кодекс України [1], визначає правочин як дію особи, спрямовану на набуття, зміну або припинення цивільних прав та обов’язків. Правочини належать до такого виду юридичних фактів, які є правомірними діями і залежать від волі учасників правомірних правовідносин.

Цивільний кодекс України (ст. 204 ЦК) установлює презумпцію правомірності правочину, а саме – правочин є правомірним, якщо його недійсність прямо не встановлена законом, або якщо він не визнаний судом недійсним. Отож, хоча правочин належить до правомірних дій, але може порушувати права його учасників, а також третіх осіб, публічний порядок тощо. Шляхом укладання правочину суб’єкти цивільних відносин виконують свої правомочності, реалізують суб’єктивні цивільні права шляхом передання цих прав іншим учасникам. Суб’єкти цивільних правовідносин можуть набувати чи змінювати цивільні права і обов’язки. Однак у здійсненні цивільних прав особа зобов’язана утримуватися від дій, які могли б порушити права інших осіб, завдати шкоди довіллію чи культурній спадщині (ст. 137 ЦК).

Сторони договірних правовідносин мають суб’єктивні права і обов’язки. Порушення суб’єктивних прав є підставою виникнення охоронювального правовідношення, в рамках якого відбувається захист порушених прав. Це може здійснюватися шляхом зміни і припинення правовідношення, що виникає на підставі договору [2]. На наш погляд, передумовою захисту цивільних прав є дотримання законодавства і на стадії вчинення правочину. Наприклад, наданням письмової обіцянки зробити дарунок у майбутньому можуть бути порушені права інших осіб, якщо предмет дарування є об’єктом спільної сумісної власності. Згідно з ч. 2 ст. 369 ЦК України розпорядження майном, що є у спільній сумісній власності, здійснюється за згодою всіх співвласників. Водночас законодавець керується засадою, що вчинення одним з співвласників правочину щодо розпорядження спільним майном вважається таким, що вчинений за згодою всіх співвласників.

Звідси вже на стадії вчинення правочину повинні бути дотримані вимоги законодавства з метою недотримання порушення охоронюваних прав та інтересів.

У випадках нотаріального посвідчення правочину, пов’язаного з відчуженням об’єкта права спільної сумісної власності, нотаріус повинен отримати згоду інших співвласників. Це підтверджує тезу про необхідність дотримання вимог законодавства на стадії укладення договору.

Цивільний кодекс України передбачає, що у разі вчинення одним із співвласників правочину щодо розпорядження спільним майном вважається, що він вчинений за згодою всіх співвласників. Отже, діє презумпція згоди всіх співвласників. Однак ч. 4 ст. 369 ЦК України визначає, що правочин щодо розпорядження спільним майном, вчинений одним з співвласників, може бути визнаний судом недійсним за позовом іншого співвласника, якщо вчинено правочин без необхідних повноважень. Отож, порушення прав інших співвласників на стадії вчинення правочину є підставою визнання правочину недійсним. Тому, необхідно виключити друге речення з ч. 2 ст. 369 ЦК України. Тим самим припис ч. 2 коментованої ст. 369 ЦК буде акцентований на необхідності отримання згоди всіх співвласників у разі розпорядження майном, яке є об’єктом спільної сумісної власності. Зміна редакції коментованої норми буде важливою передумовою захисту прав інших співвласників. З нинішньої редакції частини другої цієї статті впливає презумпція згоди інших співвласників на вчинення правочинів, пов’язаних з відчуженням спільної сумісної власності (окрім правочинів, що потребують нотаріального посвідчення, згода на вчинення яких повинна бути виражена і підтверджена в нотаріальному порядку). Якщо надалі згода іншого співвласника (співвласників) на вчинення правочину, пов’язаного з відчуженням, не буде надана, такий правочин буде визнано недійсним. Отож, визнання правочину недійсним є способом захисту порушених прав та інтересів учасників цивільних правовідносин.

На думку С.С.Потопольського, ознаками недійсності договору є: 1) невідповідність договору встановленим законодавством вимогам; 2) припинення юридичного існування договору; 3) настання наслідків недійсності договору (правочину), визначених законом [3]. З огляду на це автор пропонує вважати юридичну нечинність “договору”, встановлену безпосередньо за законом або рішенням суду внаслідок невідповідності “договору” та настання визначених законом правових наслідків його недійсності. Це ще раз підтверджує тезу, що недійсність договору (правочину) є безпосереднім наслідком порушення приписів законодавства.

Приписи законодавства щодо впливу на дійсність правочину (договору) можна диференціювати на загальні і спеціальні. Перші стосуються всіх без винятку правочинів (договорів). Наприклад, вимоги щодо обсягу дієздатності фізичних сторін правочину, дотримання публічного порядку, вчинення правочинів з так званими “пороками волі” стосується всіх без винятку правочинів (договорів). Тому не випадково законодавець помістив згадані приписи в книгу “Загальні положення” Цивільного кодексу України. Спеціальні приписи стосуються окремих видів правочинів. Так, заповіт повинен бути написаний в нотаріальній і прирівняній до нотаріальної формах.

В контексті аналізу вимог законодавства щодо визнання правомірності, а відповідно, дійсності правочину актуальним є співвідношення термінів “недійсність” і “нікчемність” правочину. Зокрема, згідно з ст. 223 ЦК України правочин, який вчинила фізична особа, цивільна дієздатність якої обмежена за межами її дієздатності без згоди піклувальника, може бути визнаний судом недійсним, якщо буде з’ясовано, що він суперечить інтересам самого підопічного,

членів його сім'ї чи осіб, яких він відповідно до закону зобов'язаний утримувати. У цьому випадку недійсність правочину залежить від двох умов: а) схвалення правочину піклувальником; б) суперечності правових наслідків вчинення правочину з інтересами самої сторони правочину, членів його сім'ї та інших осіб, яку він зобов'язаний утримувати.

У разі наявності перелічених умов суд за позовом піклувальника може визнати правочин недійсним. Натомість відповідно до ст. 234 ЦК правочин, вчинений без дозволу органу опіки і піклування є нікчемним. Але на вимогу зацікавленої особи такий правочин може бути визнаний судом дійсним, якщо з'ясується, що він відповідає інтересам фізичної особи, над якою встановлено опіку або піклування. У коментованому випадку дефінується презумпція нікчемності правочину і лише суд може визначити його дійсним. В цьому зв'язку виникає проблема з'ясування правових наслідків нікчемності правочину. В першій ситуації прерогатива визнання правочину недійсним належить судові, в другій – припис щодо нікчемності містить дефініція ч. 1 ст. 234 ЦК України. На наш погляд рішення щодо нікчемності правочину повинен приймати суд. Адже ст. 254 ЦК України установлює презумпцію правомірності правочину. Звідси будь-який вчинений (укладений) правочин вважається правомірною дією до моменту спростування цієї презумпції судом. Тому нікчемність правочину може визнати лише суд. Відповідно правовим наслідком визнання правочину нікчемним є те, що його укладення не є підставою виникнення, зміни чи припинення цивільних прав та обов'язків.

Але рішення про це, як вже зазначалося, повинен постановити суд. У протилежному випадку сторона правочину та інші особи не матимуть правових підстав вважати такий правочин нікчемним. Наприклад, правочин відчуження майна вчинений без дозволу органів опіки та піклування. Який сенс вважати такий правочин нікчемним, якщо у зацікавленої сторони (набувача) є правовстановлювальні документи – договір, який має юридичну силу, допоки не буде визнаний недійсним. Адже суд визнаючи недійсним правочин (договір), тим самим визнає недійсний і правовстановлювальний для виникнення права власності документ.

Звідси доходимо висновку, що констатація правочину нікчемним без рішення суду про недійсність не породжує жодних правових наслідків у вигляді виникнення, зміни чи припинення цивільних прав і обов'язків. Для цього необхідно рішення суду про визнання недійсним правочину. Наслідком буде припинення права власності набувача і відновлення майнових прав відчужувача. Тому в частині 1 ст. 234 ЦК України потрібно викласти в такий редакції: правочин, здійснений без дозволу органу опіки і піклування є нікчемним і визнається недійсним за рішенням суду за позовом органу опіки та піклування або іншої зацікавленої особи. Крім цього, коментовану статтю треба доповнити частиною третьою такого змісту: "Правовим наслідком визнання правочину недійсним, укладеною без дозволу органу опіки та піклування є повернення сторін у попередній стан".

Тому не за всіма критеріями можна погодитись, які, узагальнюючи погляди науковців щодо нікчемності правочинів (договорів) обґрунтовує С.С. Потопольський. Останній перелічує такі ознаки: а) відсутність юридичної сили договору з моменту його укладення; б) необов'язковість прийняття судового рішення для встановлення нікчемності правочину; в) встановлення триваліших строків позовної давності для застосування наслідків нікчемного договору; г) у судовому процесі встановлення нікчемності розглядається як елемент фактичних

обставин справ, тому може констатуватися у мотивувальній частині рішення про вирішення спору, що виник із договору; д) нікчемність договору може бути усунута винятково у випадках, прямо передбачених законом шляхом визнання договору недійсним у судовому порядку [3].

Погоджуючись з деякими з перелічених ознак, підкреслимо неприйнятність окремих тверджень. Зокрема, це стосується тези щодо необов’язковості прийняття судового рішення для встановлення нікчемності договору. Вище обґрунтовувались положення, відповідно до яких відсутність судового рішення, яким визнається нікчемним (недійсним) конкретний правочин (договір) унеможливило захист порушених прав сторони правочину (договору), оскільки не дає змоги застосувати передбачені законом правові наслідки недійсності (нікчемності) правочину.

Для правочину, як підкреслював Д. Мейєр, суттєвими є лише дві умови: 1) юридичні дії мають спричинити зміни у вже наявних юридичних відносинах: зміни можуть полягати у встановленні будь-якого права, яке раніше не існувало, або у переводі права від однієї особи до іншої, або у припиненні права; 2) юридична дія має бути спрямована на зміну наявних юридичних відносин, з метою проведення цих дій. Дії, не скеровані на відповідні зміни, не можуть розглядатися як правочин [4].

Отож, нікчемний правочин не приводить до зміни існуючих юридичних відносин. Але це повинен постановити суд.

Дійсність як правова характеристика правочину означає, що закон визначає правову силу за ним як підстави виникнення, зміни чи припинення належних його суб’єктам цивільних прав і обов’язків і права, а також обов’язки, що виникли з правочину, підлягають правовій охороні та захисту [5].

Нормативне та доктринальне трактування умов чинності юридичнозначущих дій, які характеризують правочини, має такі вимоги: зміст правочину не може суперечити нормам моралі та актам цивільного законодавства; форма правочину має відповідати закону; наявність необхідного обсягу цивільної дієздатності особи для вчинення правочину; волевиявлення учасника правочину має бути вільним і відповідати його внутрішній волі; правочин має спрямовуватися на реальне настання правових результатів, що зумовлені ним тощо. Це загальні вимоги щодо дійсності правочину.

Отож, поняттєвий апарат відносин, пов’язаних з недійсними правочинами, має складний і навіть суперечливий характер. Буквальне тлумачення поняття “нікчемний правочин” слід розуміти як нікчемна дія, тобто дія, яка не зумовлює появу жодного правового наслідку у вигляді виникнення, зміни або припинення цивільних прав і обов’язків. Але констатація нікчемності правочину само собою теж не матиме жодного наслідку без відповідного рішення суду про недійсність правочину.

Від того, виконаний чи невиконаний правочин, який визнаний недійсним, залежать правові наслідки недійсності. Від дійсності договору як зазначає В.С. Мілаш, потрібно відмежовувати таку категорію, як “чинність договору” [6]. На її думку, вітчизняне законодавство непослідовно розмежовує дійсність та чинність правочину (угоди), у деяких випадках використовуючи їх як синоніми. Так у ст. 203 ЦК України перелічено загальні вимоги, дотримання яких є обов’язковою умовою чинності правочину, а у ст. 215 ЦК України встановлено, що відсутність вимог, встановлених вищезазначеній статті (вимоги чинності) у момент учинення правочину, є підставами його недійсності.

Цивільний Кодекс України (ст. 640) підкреслює, що договір є укладеним з моменту одержання особою, яка спрямувала пропозицію укласти договір, відповіді

про прийняття цієї пропозиції. Якщо відповідно до акту цивільного законодавства для укладення договору необхідно також передання майна або вчинення іншої дії, договір є укладеним з моменту передання відповідного майна або вчинення певної дії.

Договір, який підлягає нотаріальному посвідченню або державній реєстрації, а в разі необхідності нотаріального посвідчення і державної реєстрації – з моменту державної реєстрації. Отож, можна трактувати, що договір, що не зареєстрований, вважається не укладеним; відповідно, не породжує жодних цивільно-правових наслідків. Водночас в ст. 203 ЦК України перелічуються загальні вимоги, дотримання яких є необхідними для чинності правочину. Серед них:

а) зміст правочину не повинен суперечити Цивільному кодексу і законодавству;

б) особа, яка вчиняє правочин повинна мати необхідний обсяг дієздатності;

в) волевиявлення учасника правочину має бути вільним і відповідати його внутрішній волі;

г) правочин має вчинятись у формі, встановленій законом.

Це має важливе значення стосовно правочинів. Згідно зі ст. 210 ЦК України правочин підлягає державній реєстрації лише у випадках, встановлених законом. Такий правочин є вчинений з моменту його державної реєстрації. З цього доходимо висновку, що правові наслідки пов'язані не з фактичним вчиненням правочину, а з його державною реєстрацією. Це положення є актуальне для двосторонніх правочинів (договорів) про відчуження майна. Відповідно до частини 4 ст. 334 ЦК України, якщо договір про відчуження майна підлягає державній реєстрації, право власності у набувача виникає з моменту такої реєстрації.

Становить інтерес аналіз правових наслідків вчиненого, але ще не зареєстрованого правочину в контексті визначення термінів “нікчемний правочин”, “дійсний правочин”, “чинний правочин”, “недійсний правочин”.

Керуючись положенням ст. 210 ЦК України правочин, який підлягає державній реєстрації, вважається вчиненим з моменту його реєстрації. Отже на перший погляд, до моменту державної реєстрації такий правочин не є дією, спрямованою на виникнення, зміну чи припинення цивільних прав та обов'язків.

Водночас не можна вважати, що вчинення правочину, який підлягає державній реєстрації, взагалі не зумовлює жодних наслідків. Учасник правочину, який має право на його державну реєстрацію, може оскаржувати неправомірну відмову в реєстрації. Так учасник правочину має певні права. Але саме правочин відповідно до ст. 210 ЦК України не вважається укладеним до його реєстрації. На наш погляд в коментованому випадку виникнення, зміна чи припинення цивільних прав та обов'язків залежить від юридичного складу фактичного вчинення дій, які становлять зміст правочину у належній законом формі, та реєстрація правочину.

Правочин з моменту його вчинення є юридичним фактом – дією, яка слугує підставою виникнення, зміни чи припинення цивільних прав і обов'язків. Правочин може визнаватися недійсним (нікчемним), якщо він впливає на виникнення, зміну або припинення цивільного правовідношення і тим самим порушує права інших осіб і вимоги, визначені законодавством.

Неукладений правочин не зумовлює появу жодних правових наслідків і, відповідно, не потрібно визнавати його недійсним чи нікчемним. Звідси потрібно зробити висновок, що чинність правочину пов'язується з презумпцією його правомірності. Чинним є правочин, який слугує підставою виникнення цивільних прав та обов'язків до моменту визнання його недійсним. Тому нікчемним правочин стає не автоматично з огляду вказівку закону, а на основі рішення суду.

1. Цивільний кодекс України.
2. Боднар Т.В. Зміна і припинення договірних правовідношень як способи захисту цивільних прав // Українське комерційне право. 2007. № 8.
3. Потопальський С.С. Підстави та наслідки недійсності підприємницьких договорів (на матеріалах практики господарських судів). Автореф. дис. канд. наук. К. 2007.
4. Мейер Д.И. Русское гражданское право. – М., Статут, 1997.
5. Мындра Д.И. Недействительность сделки и неправомерность действия. Цивилистические записки. Межбузовский сборник научных трудов. – Вып. 3.-М. Статут, 2002.
6. Мілаш В.С. Комерційний договір у контексті сучасних ринкових умов. Харків, 2007.

“INVALIDITY” AND “NULLITY” OF TRANSACTION

Y. Romanyuk

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

The article is dedicated to the correlation of the notions of “nullity” and “invalidity” of transaction. The legal nature of the terms is defined. Civil law consequences of transaction invalidity and nullity are clarified.

Key words: null transaction, invalid transaction, state registration of transaction.

“НЕДЕЙСТВИТЕЛЬНОСТЬ” И “НИКЧЕМНОСТЬ” СДЕЛКИ

Я. Романюк

*Львовский национальный университет имени Ивана Франка
ул. Университетская, 1, 79000 Львов, Украина*

В статье проанализировано соотношение понятий “недействительность” и “ничтожество” правочину. Исследовано правовую природу отмеченных сроков. Выявлены гражданско-правовые последствия недействительности и ничтожества правочину.

Ключевые слова: никудышный правочин, недействительный правочин, государственная регистрация правочину.

Стаття надійшла до редколегії 30.12.2009

Прийнята до друку 10.01.2010

ТРУДОВЕ ПРАВО ТА ПРАВО СОЦІАЛЬНОГО ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ

СФЕРА ЧИННОСТІ ТРУДОВОГО ЗАКОНОДАВСТВА ЗА ПРОЕКТОМ ТРУДОВОГО КОДЕКСУ УКРАЇНИ

С. Глинська

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

У статті розглянуте поняття чинності трудового законодавства. Досліджено чинність трудового законодавства за колом суспільних відносин, у часі та просторі. Висвітлено співвідношення предмета трудового права та чинності трудового законодавства. Автор аналізує проект трудового кодексу щодо його чинності.

Ключові слова: трудове законодавство, чинність трудового законодавства, предмет трудового права.

Відомо, що відносини з приводу реалізації громадянами своїх здібностей до праці у різних сферах діяльності є відрізняються за своїм характером, підставами виникнення та іншими ознаками. Тому й не дивно, що вони можуть регулюватися різними галузями законодавства: трудовим, цивільним, адміністративним та іншими. Ступінь поширення норм трудового законодавства на різні види трудових відносин також є неоднаковим. Тому актуальним залишається питання про сферу дії трудового законодавства, а також межі його використання при регулюванні трудових відносин різних категорій громадян.

Дискусія щодо сфери дії трудового законодавства має тривалу історію. Усі погляди учених поділяють на прихильників так званої “широкої сфери дії” і “вузької сфери дії” трудового законодавства.

Представники концепції “широкої сфери дії” трудового законодавства в середині ХХ ст. вважали, що крім відносин найманої праці законодавство про працю поширюється на трудові відносини членів колгоспів, виробничих кооперативів. Широку сферу дії трудового законодавства обґрунтовували Л.Я. Гінцбург, А.Є. Пашерстник, А.С. Пашков та ін. [1, с. 160–171].

Прихильники концепції “вузької сфери дії” трудового законодавства М.Г. Александров, К.П. Горшенін, В.С. Андреев та інші заперечували можливість поширення сфери дії на зазначені групи відносин, обґрунтовуючи це наявністю двох самостійних форм організації праці: колгоспно-кооперативної і державної [2, с. 15].

Дискусія увінчалася перемогою прихильників “вузької сфери” дії трудового законодавства, оскільки за КЗпП УРСР 1971 р. регулюванню підлягали лише трудові відносини робітників і службовців. Відносини ж членів колгоспів відповідно до ст. 3 КЗпП УРСР в тодішній редакції регулювалися статутами колгоспів. Водночас кодекс не забороняв застосовувати трудове законодавство до осіб, які не є членами колгоспів, але працювали у ньому за трудовим договором. Отже, трудове законодавство у той час регулювало трудові відносини найманих працівників на

державних підприємствах, установах, організаціях (оскільки іншого тоді не існувало), а також осіб, які працювали за трудовим договором у колгоспах та кооперативах. Тобто сфера застосування трудового законодавства за колом відносин визначалася підставою їх виникнення. Трудове законодавство поширювалося лише на відносини, підставою виникнення яких був трудовий договір.

Однак прихильники широкої сфери дії законодавства про працю висловлювали надію, що в майбутньому трудове законодавство набуде широкої сфери дії [3, с. 169].

Зміни, внесені у ст. 3 КЗпП УРСР у 1991 р., відновили дискусію про “вузьку” і “широку” сфери дії трудового законодавства. Частина 1 цієї статті встановлювала правило, що законодавство про працю регулює трудові відносини працівників усіх підприємств, установ, організацій незалежно від форм власності, виду діяльності і галузевої приналежності.

А в частині 2 цієї ж статті було зазначено, що особливості праці членів кооперативів (у тому числі колгоспів) і орендних підприємств, працівників спільних підприємств визначаються їх статутами і чинним законодавством. Оскільки в диспозиції статті не було посилання на те, що трудове законодавство регулює трудові відносини, які виникають на підставі трудового договору, то на основі цього було зроблено висновок про те, що редакція “увінчала” собою перемогу представників “широкої сфери дії трудового права” [4, с. 29].

Прихильники “широкої сфери дії” трудового законодавства навіть пропонували поширити його на договори підяду, доручення і авторського договору, а також будь-яких договорів про працю, які передбачають виконання робіт незалежно від їх форми оплати.

В.І. Прокопенко вважав, що праця громадян, де б вона не застосовувалася, навіть на базі індивідуальної приватної власності має регулюватися єдиною галуззю – трудовим правом [5, с. 29].

В.І. Нікітінський і Т.Ю. Коршунова запропонували концепцію трудових відносин працюючих власників, які не ґрунтуються на найманій праці, проте повинні регулюватися трудовим правом. Вони вважали, що в господарських товариствах трудові відносини працюючих власників виникають із складного фактичного складу, що вміщує трудовий договір і договір членства чи акт прийняття в члени. Хоча трудові відносини, які ґрунтуються на членстві, мають свої особливості, але за своєю природою залишаються трудовими [6, с. 80].

Варто зазначити, що ця концепція має низку недоліків. Зокрема її автори чомусь об’єднують в одне ціле відносини власності і трудові відносини. Відносини власності є за своєю природою цивільно-правовими і до трудового права ніякого відношення не мають. Трудові відносини у цьому випадку можуть лише відрізнятися за способом їх виникнення. В корпоративних об’єднаннях вони можуть виникати на підставі членства, наприклад, в кооперативі [7, с. 18], або на підставі укладення трудового договору, наприклад, в господарському товаристві. Якщо трудові відносини членів кооперативу будуть регулюватися його статутом, то в господарському товаристві ці трудові відносини регулюються трудовим законодавством.

Цікавою з огляду на це є позиція розробників проекту Трудового кодексу, які у ст. 315 зазначають, що трудові відносини працівників – членів виробничих кооперативів регулюються трудовим законодавством з урахуванням особливостей, визначених цим кодексом, іншими законами, а також статутами та нормативними актами кооперативів. Більше того, зазначається, що член виробничого кооперативу

зобов'язаний виконати вимогу кооперативу щодо укладення трудового договору з кооперативом протягом п'ятнадцяти днів. Невиконання цієї вимоги є підставою для виключення з виробничого кооперативу.

Викликає заперечення встановлення у проекті Трудового кодексу обов'язку члена кооперативу з укладення трудового договору. У випадках, передбачених законом укладення трудового договору може бути обов'язком роботодавця. Що ж стосується працівника, то це його право, а не обов'язок з укладення трудового договору. Обов'язок працівника з укладення трудового договору суперечить договірній його природі, а також добровільності його укладення. Тим більше, у Конституції України йдеться про те, що працівник може вільно погоджуватися на роботу. А в проекті Трудового кодексу це можна тлумачити як примус до укладення трудового договору, що є примусовою працею, яка у ст. 5 цього ж проекту заборонена.

У разі укладення трудового договору з членом кооперативу його відносини повинні регулюватися трудовим законодавством, що суперечить самій природі кооперативу. Якщо трудові відносини найманих працівників у кооперативі регулюються трудовим законодавством, то це зрозуміло, оскільки вони виникають на підставі трудового договору. Відносини ж членства не виникають на підставі трудового договору, а тому не можуть регулюватися трудовим законодавством. Вони повинні регулюватися законодавством про кооперативи, або їхніми локальними нормативно-правовими актами. Автори проекту Трудового кодексу не врахували той факт, що відносини членства частково мають майновий характер, оскільки це пов'язано із розподілом прибутків між членами кооперативу. Відповідно, виникає питання про те, що трудове законодавство не може регулювати майнові відносини. Отже, у проект Трудового кодексу необхідно внести відповідні зміни.

Слушно підкреслює П.Д. Пилипенко, що доводиться констатувати те, що і в проекті Трудового кодексу проблему, сфери застосування його норм вирішити/покінчити не вдалося [8, с. 54–55].

У проекті Трудового кодексу сфера його дії визначена так. У його ст. 2 подано перелік відносин, на які поширюється сфера дії зазначеного проекту кодексу. Однак тут же наштовхуємося на принципові недопрацювання. Зокрема, у проекті не визначено, що таке трудові відносини, а є лише вказівка про те, що ним регулюються відносини щодо реалізації права на працю. Як правильно зауважує П.Д. Пилипенко, право на працю може бути реалізовано у найрізноманітніших формах: самозайняті особи, служба в органах Внутрішніх Справ, Службі безпеки України, Збройних Силах, шляхом укладення цивільно-правових договорів про працю, заняття підприємницькою діяльністю. З огляду на це він ставить правильне питання: якщо Трудовий кодекс регулюватиме всі відносини щодо реалізації права на працю, то як можна буде застосувати його норми в усіх таких випадках [9]?

Видається, що Трудовий кодекс не може регулювати усі відносини щодо реалізації права на працю. Це сфера регулювання Конституції України. Трудове законодавство може регулювати лише ті відносини з приводу реалізації права на працю, які виникають на підставі трудового договору.

Норма п. 8 ст. 6 цього проекту встановлює правило за яким трудове законодавство не застосовується у разі, якщо:

- роботу виконує фізична особа – суб'єкт підприємницької діяльності самостійно;

- роботу виконують члени особистого селянського господарства в цьому господарстві;
- фізична особа виконує роботу за цивільно-правовим договором.

Положення ст. 2 проекту уточнюються нормою ст. 6 цього ж проекту, яка встановлює правило, що трудове законодавство регулює трудові відносини, визначені цим кодексом. Однак варто зазначити, що кодекс самостійно не встановлює переліку трудових відносин, які ним регулюються. Лише системний аналіз, зокрема положень ст. 38, дає змогу зробити висновок про те, що під трудовими відносинами розробники проекту розуміють відносини, які виникають на підставі трудового договору. Однак це положення суперечить самій природі трудових відносин, оскільки як зазначалося вище вони є різними і залежно від підстав виникнення підлягають регулюванню різними галузями законодавства.

Знову ж таки дивним виглядає положення ст. 2 проекту Трудового кодексу, яке передбачає, що кодексом регулюються відносини щодо організації та управління працею. Якщо стосовно організації праці не виникає заперечень, то стосовно відносин з приводу управління працею позиція розробників виглядає дещо дивною.

По-перше, як можна управляти працею? Предмет будь-якої галузі права становлять суспільні відносини. Предметом трудового права є суспільні відносини з приводу застосування праці, що виникають на підставі трудового договору, а тому має йтися не про працю, а про відносини.

По-друге, відносини управління становлять предмет адміністративного права, а тому підлягають регулюванню адміністративним законодавством.

І зовсім вже недоречною видається позиція розробників проекту кодексу, які вважають, що він повинен регулювати відносини щодо інших питань, визначених цим кодексом. Знову ж таки, чомусь в авторів проекту переважає думка, що законодавство може регулювати будь-що, а не суспільні відносини.

У проекті трудового кодексу передбачена можливість поширення його норм і на відносини, які не є предметом трудового права. Зокрема, законодавство про працю поширюється частково на відносини, які виникають у разі проходження альтернативної (невійськової) служби. Відповідно до Закону України “Про альтернативну (невійськову) службу” від 12 грудня 1991 р. трудові відносини між громадянином, який проходить альтернативну службу, та підприємством, установою, організацією здійснюються на підставі письмового строкового трудового договору і регулюються законодавством про працю, за винятками, передбаченими цим законом [10, с. 59].

Відносини, які виникають під час проходження альтернативної служби є трудовими. Однак вони не належать до предмета трудового права, незважаючи на те, що законом встановлено їх виникнення на підставі строкового трудового договору. Адже характер виникнення цих відносин аж ніяк не договірний, оскільки немає взаємного волевиявлення сторін. Ці відносини виникають у примусовому порядку на підставі адміністративного акту.

У проекті Трудового кодексу міститься подібна норма. Однак, на відміну від закону, проект передбачає, що трудове законодавство регулює проходження альтернативної (невійськової) служби. Видається, що трудове законодавство не може регулювати порядок проходження служби, оскільки це сфера регулювання адміністративного законодавства. Трудове законодавство регулює трудові відносини, які виникають з огляду на проходження альтернативної служби. Тому норма чинного

закону “Про альтернативну (невійськову) службу видається більш точною і правильною.

Можна зробити висновок про те, що трудове законодавство регулює не лише трудові відносини, які становлять предмет трудового права. Воно також регулює деякі інші види трудових відносин у випадках, якщо це прямо передбачено законом. При цьому варто зазначити, що дія трудового законодавства поширюється на інші види трудових відносин лише у межах, визначених спеціальним законом.

Очевидно, що сфера дії трудового законодавства визначається не лише самим трудовим законодавством, але й актами деяких інших галузей законодавства, які допускають можливість застосування цього законодавства до трудових відносин, що виникають за іншими підставами. Але важливо зазначити, що таке застосування – це виняток із загального правила.

Тобто тут ми можемо простежувати два способи поширення трудового законодавства на відносини, які не є предметом трудового права.

Насамперед сфера дії трудового законодавства визначається ним самим, що ми спостерігаємо на прикладі ст. 3 чинного Кзпп України, а також ст. 6 проекту Трудового кодексу.

По-друге, сфера дії трудового законодавства визначається також і актами спеціального законодавства, яке допускає поширення трудового законодавства на відносини, що є предметом регулювання інших галузей права, наприклад, адміністративного.

З усього наведеного можна зробити висновок про те, що в цій редакції проект Трудового кодексу в частині визначення сфери його дії потребує доопрацювання.–

1. Див. напр. Пашерстник А.Е. Теоретические вопросы кодификации общесоюзного законодательства о труде. М., 1955. С. 42; Гинцбург Л.Я. Социалистическое трудовое правоотношение. М. 1977. С. 160–171.
2. Див. напр. Александров Н.Г. Советское трудовое право, М. 1963. С.16; Горшенин К.П. Теоретические проблемы кодификации законодательства о труде. М. 1969. С.54–55. Советское трудовое право / Под ред. В.С. Андреева. 1961. С.15.
3. Див. Лившиц Р.З. Трудовое законодательство: настоящее и будущее. М. : Наука ,1989. С. 169.
4. Пилипенко П. Д. Проблеми теорії трудового права: монографія. – Львів: Видавничий центр Львівського національного університету імені Івана Франка. – 1999. С. 29.
5. Прокопенко В.І. Трудове право України: Підручник. Х. : Фірма “Консум”, 1998. С.18.
6. Никитинский В.И., Коршунова Т.Ю. Правовое регулирование трудовых отношений работающих собственников // Государство и право. – 1992. – №6. – С.54–55.
7. Необхідно зазначити, що членство в кооперативі передбачає обов’язкову трудову участь, а тому його учасник автоматично стає його працівником.
8. Пилипенко П. Д. Про сферу чинності трудового законодавства у світлі проекту трудового кодексу України // Актуальні проблеми розвитку законодавства про працю та соціальне забезпечення: Тези доповідей і наукових повідомлень учасників Міжнародної науково-практичної конференції. М. – Харків, 22–23 квітня 2009 р. / За ред. В.В.Жернакова. – Харків: Національна юридична академія України імені Ярослава Мудрого 2009. С. 59.
9. Пилипенко П.Д. там само.с. 61.
10. Закон України “Про альтернативну (невійськову) службу” від 12 грудня 1991 року № 1975-ХІІ // Відомості Верховної Ради України від 14.04.1992 р. №15, С. 188.

VALIDITY SCOPE OF LABOUR LEGISLATION UNDER THE DRAFT LABOUR CODE OF UKRAINE

S. Hlyn's'ka

*Ivan Franko National University of Lviv,
Universytetska Str. 1, UA – 79000 Lviv, Ukraine
E-mail: ardefak@mail.ru*

In the article the concept of labour legislation validity scope is considered. The labour legislation validity by the scope of public relations, in time and within territory is examined. Correlation of the labour law subject-matter and labour legislation validity scope is pointed out. The author analyzes the Labour code in draft in the aspect of its validity scope.

Key terms: labour legislation, labour legislation validity scope, subject-matter of labour law.

СФЕРА ДЕЙСТВИЯ ТРУДОВОГО ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА ПО ПРОЕКТУ ТРУДОВОГО КОДЕКСА УКРАИНЫ

С. Глинска

*Львовский национальный университет имени Ивана Франка
ул. Университетская, 1, 79000 Львов, Украина*

В статье рассмотрено понятие действия трудового законодательства. Исследовано действие трудового законодательства за кругом общественных отношений, во времени и пространстве. Отражено соотношение предмета трудового права и действия трудового законодательства. Автор анализирует проект трудового кодекса относительно его действия.

Ключевые слова: трудовое законодательство, действие трудового законодательства, предмет трудового права.

Стаття надійшла до редколегії 11.12.2009
Прийнята до друку 10.01.2010

ДО ПИТАННЯ ПРО ВИЗНАЧЕННЯ “РОБОТОДАВЦЯ” ЗА ТРУДОВИМ ПРАВОМ УКРАЇНИ

Х. Пилипенко

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

У статті досліджено проблему визначення роботодавця та подано пропозиції його легітимного варіанту. Зокрема обґрунтовано необхідність вважати роботодавцями організаційні одиниці юридичних осіб, яким надано повноваження щодо укладення трудових договорів з найманими працівниками. Автор пропонує власне вирішення питання щодо вдосконалення трудового законодавства у цьому напрямку.

Ключові слова: трудові правовідносини, роботодавець, суб'єкт трудових правовідносин, юридична особа.

Сучасні трудові правовідносини представлені досить широким колом суб'єктів, які залежно від виду цих правовідносин взаємопов'язані між собою суб'єктивними правами та юридичними обов'язками. Незмінним та універсальним учасником усіх цих правових стосунків є роботодавець. Він бере участь не лише у власне трудових відносинах (індивідуальних), але й колективно-трудових та інших, тісно пов'язаних з трудовими правовідносинами.

Термін роботодавець на сьогодні вже є досить вживаним у вітчизняному трудовому праві. Однак, чинний Кодекс законів про працю України, незважаючи на всі внесені до нього зміни, так і не відобразив його у своїх положеннях. Натомість нормативні акти, що додатково врегульовують соціально-трудові відносини, прямо чи опосередковано застосовують цей термін, а подекуди й роблять спробу подати його визначення.

Про необхідність чіткішого законодавчого визначення роботодавця як сторони трудового договору та учасника трудових правовідносин вже звертали увагу науковці у своїх дослідженнях [1, с. 17–20]. Та, на жаль, за останнє десятиліття суттєвих змін тут не сталося. Доктринальні напрацювання щодо поняття роботодавця обмежуються переважно переліком відомих положень ст. 21 КЗпП України.

Нагадаємо, що ст. 21 КЗпП описує роботодавця як власника підприємства, установи, організації, уповноваженого ним органу, а також фізичну особу. І як видається, саме вказівка на власника, який і є роботодавцем з огляду на сучасне законодавство, не є достатньо коректною.

Зміст права власності, як відомо, передбачає єдність трьох правомочностей: права володіння, права користування та права розпорядження належним власникові майном. А ст. 320 ЦК України крім того вказує, що власник має право використовувати належне йому майно для підприємницької діяльності, крім випадків, встановлених законом. Звідси доходимо висновку, що власник засобів виробництва та іншого майна має право створити у встановленому законом порядку юридичну особу. Саме вона після держаної реєстрації здійснює право володіння, користування і розпорядження закріпленим за нею майном, тобто стає власником і відповідно до свого статуту відповідає за своїми зобов'язаннями. Натомість сам учасник (засновник) не відповідає за зобов'язаннями створених ним юридичних осіб, а вони не відповідають за зобов'язаннями учасника, окрім випадків, передбачених законодавчими актами України [2, с. 356]. Тобто,

юридична особа, яка з моменту її створення наділяється цивільною правосдатністю, стає самостійним суб'єктом правових відносин.

Отже, засновник (власник), який створив і зареєстрував підприємницьку діяльність як юридичну особу, формально є власником підприємства. Однак він не вправі розпоряджатися майном такого підприємства, бо усі функції розпорядження перейшли до юридичної особи. Вона має право приймати на роботу осіб за трудовим договором, тобто здійснювати роботодавчі функції. Юридична особа, як вдало підкреслює Господарський кодекс в ст. 55, є підприємцем, а водночас і роботодавцем. Тому формулювання "власник підприємства є стороною трудового договору", а отже – роботодавцем, – досить невдала юридична конструкція.

Важко не погодитись з тим, що наявні достатні підстави вважати, що найбільш прийнятною для функціонування юридичної особи є "теорія фікції" [3, с. 86]. Тобто, юридична особа, яка є суб'єктом трудових правовідносин – це лише юридична конструкція. Як учасник правовідносин вона існує завдяки положенням закону. А свою правосуб'єктність у правовідносинах юридина особа реалізує з допомогою спеціальних органів. Такими є керівники юридичних осіб чи колегіальні органи, визначені статутними документами.

З огляду на теоретичні міркування та спираючись на чинне законодавство, концептуально неправильним виглядає також інше формулювання ст. 21 Кодексу законів про працю в тій частині, де йдеться про "уповноваженого власником органу...", який нібито є стороною трудового договору. Такий орган лише представляє інтереси юридичної особи і за жодних обставин не може вважатися роботодавцем.

На підтримку позиції доцільності застосування теорії фікції юридичних осіб у трудовому праві виступає П.Д. Пилипенко, який окреслює роботодавця – суб'єкта трудового права, як *особу*, яка надає роботу іншій особі на підставі трудового договору, у тому числі в разі обрання чи призначення на посаду [4, с. 164]. Власне під *особою*, яка надає роботу, і потрібно розуміти фізичну або юридичну особу.

О.М. Ярошенко пропонує визначати роботодавця як фізичну або юридичну особу, незалежно від форми власності та організаційно-правової форми створення, з якими працівники вступають у трудові правовідносини, встановлені трудовим договором або контрактом [5, с. 12]. Таке визначення на сьогодні містить, як видається, низку недоліків. По-перше, чинне цивільне законодавство не оперує терміном "форми власності", тому наявність цього словосполучення у цитованому визначенні автоматично втрачає сенс. По-друге, жодна норма ні цивільного ні, тим паче, трудового законодавства не встановлює заборони будь-якій юридичній особі скористатися правом використовувати найману працю. Тому, вважаємо, що робити штучний акцент на словосполученні "незалежно від (...) та організаційно-правової форми створення" абсолютно недоцільно.

Існує чимало інших варіантів визначення поняття роботодавця у трудових правовідносинах, які вже були предметом з'ясування наукового вітчизняного трудового права [6, с. 9]. Однак дотепер все ще залишаються проблеми з визначенням цього поняття і, як видається, не лише на доктринальному, але й на законодавчому рівні.

Якщо проаналізувати послідовність закріплення поняття роботодавця у нормативних актах, починаючи з перших законів України, де було його вжито, то складається досить виразна картина.

Основи законодавства України про загальнообов'язкове державне соціальне страхування [7, с. 121] визначають роботодавця як власника підприємства,

установи, організації або уповноважений ним орган незалежно від форм власності, виду діяльності та господарювання, фізичну особу, яка використовує найману працю, а також як власника розташованих в Україні іноземних підприємств, установ та організацій (у тому числі міжнародних), філій та представництв, які використовують працю найманих працівників, якщо інше не передбачено міжнародними договорами України, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України. Це так званий “класичний підхід”.

Аналогічно до вирішення цього питання підходить і Закон України “Про професійні спілки, їх права та гарантії діяльності” [8, с. 397] у ст. 1 якого зазначено, що роботодавець – це власник підприємства, установи, організації незалежно від форми власності, виду діяльності, галузевої належності або уповноважений ним орган (керівник) чи фізична особа, яка відповідно до законодавства використовує найману працю.

В обох випадках ми бачимо застосування поняття роботодавець, визначення якого скопійовано з ст. 21 Кодексу законів про працю, і нічого нового окрім застосування самого терміна, що використовується як узагальнюючий для об'єднання в межах єдиного поняття термінів “власник” та “уповноважений ним орган” в цьому випадку простежити не вдається. У такому ж розумінні термін “роботодавець” використовується й у законах “Про загальнообов'язкове державне соціальне страхування на випадок безробіття” [9, с. 171], “Про загальнообов'язкове державне соціальне страхування у зв'язку з тимчасовою втратою працездатності та витратами, обумовленими народженням та похованням” [10, с. 71], “Про загальнообов'язкове державне пенсійне страхування” [11, с. 376] тощо.

Законодавство, що так чи інакше стосується використання найманої праці, передбачає чимало різних підходів до визначення суб'єктів, які можуть виступати роботодавцями.

Свого часу Закон України Про власність, який на сьогодні втратив чинність, у ст. 5 “Використання праці громадян при здійсненні права власності” зазначав, що “власник має право на договірній основі використовувати працю громадян”, а тому це законодавче положення трактували так, що будь-який власник є потенційним роботодавцем. Правило цієї норми отримало своє подальше закріплення у ст. 320 ЦК України.

Чинний Господарський кодекс України містить норму, яка засвідчує, що одним з основних принципів підприємницької діяльності в Україні є вільний найм підприємцем (суб'єктом господарювання) працівників [12, с. 144], а ст. 46 цього кодексу надає право підприємцям укладати з громадянами договори щодо використання їхньої праці. При цьому роботодавець зобов'язує власника у разі укладення такого договору, забезпечити належні і безпечні умови праці, оплату праці не нижчу від визначеної законом та її своєчасне одержання працівниками, а також інші соціальні гарантії, у тім числі соціальне й медичне страхування та соціальне забезпечення відповідно до законодавства України. Тим самим ГК України фактично визнає роботодавцем підприємця (суб'єкта господарювання).

До суб'єктів господарювання ГК України зачислює: 1) господарські організації – юридичні особи, створені відповідно до Цивільного кодексу України, державні, комунальні та інші підприємства, створені відповідно до цього Кодексу, а також інші юридичні особи, які здійснюють господарську діяльність та зареєстровані в установленому законом порядку; 2) громадяни України, іноземці та особи без громадянства, які здійснюють господарську діяльність та зареєстровані відповідно до закону як підприємці. Отож, наведені норми дають підстави

стверджувати, що законодавець визнає фізичну та юридичну особу потенційними роботодавцями.

Цікавими для з’ясування поняття “роботодавець” можна вважати Закон України Про податок з доходів фізичних осіб [13, с. 308]. Тут у ст. 1, щоправда, подається визначення терміна *працедавець*. Ним, зокрема, визнається юридична особа (її філія, відділення, інший відокремлений підрозділ чи її представництво), або фізична особа – суб’єкт підприємницької діяльності (у тім числі самозайнятих осіб), яка укладає трудові договори (контракти) з найманими особами та несе обов’язки із сплати їм заробітної плати, а також нарахування, утримання та сплати прибуткового податку до бюджету, нарахувань на фонд оплати праці, інші обов’язки, передбачені законами.

Якщо відкинути суто фіскальні обов’язки, які покладаються на такого суб’єкта правових відносин, то ми матимемо поняття “роботодавець”, яке вже не скопійоване зі ст. 21 КЗпП, а містить якісно відмінні ознаки. Більше того, роботодавцями цей закон визнає також філії, відділення та інші відокремлені підрозділи юридичних осіб. І якщо проаналізувати вітчизняну практику, то не важко переконатися, що зазначені суб’єкти справді наділяються роботодавчими функціями. Зокрема, за філіями банківських установ закріплено право найму на роботу працівників цих відокремлених підрозділів [14]. А трудові кодекси Російської Федерації та Польської республіки прямо зазначають, що у випадках, визначених законодавством, роботодавцями можуть бути й інші суб’єкти правовідносин [15, с. 20].

Отже, визначаючи поняття роботодавця у вітчизняному Трудовому Кодексі, бажано було б вказати таких і інших суб’єктів, що, як виняток, матимуть право укладати трудові договори від свого імені.

Дивує, щоправда, застосування у вказаному законі замість терміна “роботодавець” іншого менш вживаного аналога – “працедавець”.

Щоправда, якщо скористатися Тлумачним словником української мови, то побачимо, що терміни “роботодавець” і “працедавець” є словами-синонімами. Отже, працедавець – це той же роботодавець. А непослідовним у цьому випадку виявився законодавчий орган, який знехтував ухваленими ним же закодавчими актами.

Корисним для визначення поняття роботодавця може бути досвід Російської Федерації, де Трудовий кодекс набув чинності ще 1 лютого 2002 р. Аналіз цього акту для нас є важливим, оскільки, цей документ, ухвалений на пострадянському просторі, і в ньому поняття “роботодавець” отримало своє легітимне визначення.

Згідно зі ст. 20 цього кодексу роботодавцем визнається фізична або юридична особа (організація), яка вступила у трудові правовідносини з працівником і використовує його працю в своїх інтересах. У випадках, передбачених федеральними законами, роботодавцем може бути й інший суб’єкт, наділений правом укладати трудові договори. Закон чітко вказує, що права та обов’язки роботодавця у трудових правовідносинах здійснюються фізичною особою-роботодавцем та органами управління юридичної особи (організації) чи уповноваженими ними особами в порядку, визначеному законом, іншими нормативними актами, установчими документами юридичної особи (організації) та локальними нормативними актами. Фізична особа може бути роботодавцем, коли вона здійснює підприємницьку діяльність без створення юридичної особи або ж наймає домогосподарку, гувернантку, секретаря, помічника тощо, тобто використовує чужу працю для обслуговування свого домашнього господарства чи здійснення допомоги у творчій чи науковій діяльності.

Російське законодавство не встановлює віку, з досягненням якого фізична особа може виступати роботодавцем. Тому застосовуються загальні правила про досягнення нею повноліття. При цьому закон зобов'язує такого роботодавця оформити трудовий договір в письмовій формі та зареєструвати його в органах місцевого самоврядування; сплачувати страхові внески та інші обов'язкові платежі в порядку та розмірах, визначених законом; оформляти страхові свідоцтва державного пенсійного страхування для осіб, які приймаються на роботу вперше. Такі положення є досить принциповими, оскільки саме вони дають змогу розрізнити працю працівника за трудовим договором і за цивільно-правовим договором.

Що стосується роботодавця юридичної особи, то згідно з Російським законодавством, ним може бути будь-яка юридична особа незалежно від виду і форми власності. Зрозуміло, що трудова правосуб'єктність юридичної особи настає з моменту державної реєстрації. Після цього юридична особа має право приймати на роботу працівників, формувати трудовий колектив та нести відповідні зобов'язання.

Поняття роботодавця в сучасному форматі містить і Закон про працю в Республіці Казахстан. Тут норма сформульована максимально коротко і просто, що роботодавцем є юридична чи фізична особа, з якою працівник перебуває в трудових правовідносинах. Основу правового статусу цього суб'єкта трудових правовідносин містять відповідні права та обов'язки, які є однаковими як для фізичних, так і для юридичних осіб.

З'ясувавши отже досвід деяких наших сусідів, спробуємо проаналізувати Проект Трудового Кодексу України. Адже, вітчизняний законодавець перебуває тут у значно вигіднішому становищі: по-перше, вже давно набув чинності новий Цивільний кодекс, який вирішив низку спірних питань, що стосуються поняття юридичної особи; по-друге, можна скористатися досвідом зарубіжних законодавців (Росії, Польщі) в частині юридичного визначення роботодавця. Та, як видається, усі ці обставини залишились поза увагою вітчизняного законодавця. Зокрема, Проект Трудового кодексу від 02.10.2008 р. визначає роботодавцем юридичну (підприємство, установа, організація) або фізичну особу, яка в межах трудових відносин використовує працю фізичних осіб.

Тут, як бачимо, законодавець чітко окреслює наймача-роботодавця – це юридична та фізична особа. Однак, ототожнення юридичної особи з підприємством, установою, організацією, з огляду на чинний Цивільний кодекс видається алогічною.

Нагадаємо, що згідно з частиною 1 ст. 80 цього кодексу юридичною особою визнається організація, що створена і зареєстрована у встановленому законом порядку. При цьому, кожна юридична особа має створюватися за моделлю, відомою законодавцеві та учасникам обороту. Тому ЦК України встановлює вичерпний перелік форм юридичних осіб приватного права. Це зроблено передусім в інтересах усіх учасників обороту, які матимуть чітке уявлення про правовий статус тієї чи іншої організації. Тобто закон передбачає, що юридичні особи можуть створюватися у вигляді *товариств та установ*. Втім, для підприємницьких товариств ще встановлюється закритий перелік їхніх видів. Що ж стосується непідприємницьких товариств та установ, чинний ЦК України не містить переліку їхніх видів, а тому вони можуть створюватися безпосередньо на підставі положень Цивільного кодексу, якщо спеціальним законодавством не визначено особливостей їхнього правового статусу. Юридичні особи публічного права за

чинним ЦК України на сьогодні не мають чітко окресленої форми, в якій вони можуть існувати. Тому, є достатні підстави стверджувати, що, подаючи в проєкті ТК України роботодавця у такому трактуванні, законодавець серйозно помилився.

Автори науково-практичного коментаря до Цивільного кодексу України, зокрема, зазначають, що підприємство – це майновий комплекс, установа – лише організаційно-правова форма, в якій може створюватися юридична особа приватного права, а організація – ознака, яка характеризує юридичну особу як єдине ціле зі своєю внутрішньою структурою, тобто наявністю органів управління, філій, представництв тощо [16, с. 66]. Ось чому не можна на законодавчому рівні юридичну особу визначати через підприємство, установу, організацію. Принаймні, така редакція цієї норми дуже добре нагадує ст. 21 КЗпП України у її первинному варіанті 1971 р..

Серйозні зауваження викликає положення про те, що роботодавцем вважається особа, яка *в межах трудових відносин використовує працю фізичних осіб*. Якщо так визначати роботодавця, то можна дійти висновку, що під це поняття можна буде підвести усіх осіб-роботодавців, які використовують працю інших осіб. Адже трудові відносини, з огляду на підстави їхнього виникнення, бувають декількох видів. Роботодавцями будуть, наприклад, юридичні особи, що використовують працю міліціонерів, військовослужбовців, засуджених, або ж юридичні і фізичні особи, які укладатимуть цивільно-правові договори на виконання робіт іншими особами.

Очевидно, що у разі визначення роботодавця за Трудовим Кодексом, який регулює відносини найманої праці, потрібно зазначити, що таке використання праці відбувається на підставі трудового договору.

У проєкті ТК йдеться й про те, що юридична особа може бути роботодавцем незалежно від організаційно-правової форми, форми власності, галузевої належності, підпорядкування та інших ознак. І в цьому випадку законодавець використовує дещо застарілі підходи, не беручи до уваги зміни, відбулися у правовому регулюванні. Нагадаємо, що чинний ЦК України не оперує поняттям форми власності. Ця категорія була властива Закону про власність, який втратив чинність ще в 2007 р., тому застосування цього словосполучення на сьогодні є недоречним. І, як було зазначено раніше, жодна норма ні цивільного ні, тим паче, трудового законодавства не містить заборони будь-якій юридичній особі скористатися правом найму робочої сили. Тому акцентувати увагу, що таке може відбуватися "незалежно від організаційно-правової форми створення" зовсім не варто.

Проектом ТКУ передбачено, що повноваження юридичної особи як роботодавця реалізуються її органами та посадовими особами відповідно до законодавства, її установчих документів та нормативних актів. Така редакція цієї норми цілком відповідає вимогам щодо юридичної особи. І, як видається, долає ще одну проблему сучасного трудового права України, за якою роботодавцем вважаються також уповноважені власником органи. Тобто, за такого формулювання чітко простежується те, що уповноважені органи лише представляють роботодавця юридичну особу у трудових правовідносинах. У цій самій частині законодавець пропонує закріпити спеціальну норму, що стосується повноважень роботодавця стосовно певних працівників. Зміст її полягає в тому, що у разі здійснення окремих повноважень роботодавця стосовно певних працівників загальними зборами, установчими документами або нормативними актами роботодавця, що приймаються загальними зборами, визначається постійний орган

чи посадова особа, які вирішують невідкладні питання, пов'язані з реалізацією працівником своїх прав та виконання ним обов'язків. Невизначення такого органу чи посадової особи або тимчасова відсутність посадової особи не може бути перешкодою для реалізації трудових прав. Тут йдеться про працівників, праця яких пов'язана з доступом до комерційної чи державної таємниці, працівників, які несуть повну матеріальну відповідальність тощо. Застосування цієї норми повинно бути обов'язково застережене в установчих документах юридичної особи.

Позитивною є пропозиція закріпити на законодавчому рівні положення про те, що *роботодавцем фізичною особою може бути лише особа з повною цивільною дієздатністю*. Нагадаємо, що проект Трудового кодексу 2003 р. містив норму, відповідно до якої фізична особа могла вступати в трудові відносини як роботодавець незалежно від віку та цивільної дієздатності, а у випадку, якщо фізична особа – роботодавець обмежена у цивільній дієздатності, її інтереси у трудових відносинах і відносинах, що передують трудовим, мав би захищати представник відповідно до норм цивільного законодавства.

Відомо, що повна цивільна дієздатність настає з досягненням особою 18-річного віку, і саме з цього моменту фізична особа може бути як роботодавцем [17, с. 134]. Однак є правові підстави вважати роботодавцем також фізичну особу у дещо молодшому віці. Чинний ЦК України подає перелік підстав, коли повна цивільна дієздатність може надаватися фізичній особі “достроково” – тобто до моменту досягнення 18-річного віку. У таких випадках фізична особа набуває повної цивільної дієздатності з моменту державної реєстрації її як підприємця, реєстрації шлюбу або ж винесення відповідного рішення органом опіки та піклування, а відтак – може вважатися потенційним роботодавцем.

Зазначимо й те, що пропонується норма проекту ТК об'єднує в єдине поняття роботодавця як фізичну особу підприємця, так і фізичну особу, яка використовує найману працю у своїх інтересах без реєстрації суб'єкта підприємницької діяльності.

Беручи до уваги наведені тут міркування, роботодавцями можна вважати *фізичних та юридичних осіб*, які на підставі трудового договору використовують працю найманих працівників, *а також організаційні одиниці*, які не мають статусу юридичної особи, але з огляду на повноваження, надані їм законодавством чи статутними документами юридичних осіб, мають право укладати трудові договори з найманими працівниками та здійснювати усі роботодавчі функції.

1. Пилипенко П. Про концепцію трудового права України // Право України. – 1993. – № 4. – С.17–20.
2. Цивільний кодекс України // Відомості Верховної Ради. –2003. – № 40–44, Ст. 356.
3. Пилипенко П. Юридичні особи –роботодавці: новий погляд на стару проблему // Юридичний вісник. – 1999. – № 4. – С. 86.
4. Пилипенко П. Д. Проблеми теорії трудового права. Монографія. – Львів: Видав. центр Львів національного ун-ту імені І. Франка, 1999. – С. 164
5. Ярошенко О.М. Правовий статус сторін трудових відносин: Автореф. дис канд. юрид. наук: 12.00.05/ НЮАУ ім.Ярослава Мудрого. – Харків, 1999.С. 12.
6. Середа О.Г. Роботодавець як суб'єкт трудового права: Автореф. дис. канд. юрид. наук:12.00.05/ НЮАУ ім. Ярослава Мудрого. – Харків, 2004. С. 9.
7. Відомості Верховної Ради. – 1998. – № 23. – С. 121.
8. Відомості Верховної Ради. – 1999. – № 45. – С. 397
9. Відомості Верховної Ради. – 2000. – № 22. – С. 171

10. Відомості Верховної Ради. – 2001. – № 14. – С. 71
11. Відомості Верховної Ради. – 2003. – № 49–51. – С. 376
12. Господарський кодекс України // Відомості Верховної Ради. – 2003. – № 18, № 19–20, № 21–22, С. 144.
13. Відомості Верховної Ради. – 2003. – № 37. – С. 308.
14. Положення про порядок створення і державної реєстрації банків, відкриття їх філій, представництв, відділень. Затверджене Постановою Правління Національного банку України N 375 від 31.08.2001 РОЗДІЛ 9.
15. Трудовий кодекс Російської Федерації від 30 грудня 2001 г. N 197-ФЗ (ТК РФ). – ст. 20.
16. Цивільний кодекс України: Науково-практичний коментар / За ред. розробників проекту Цивільного кодексу України. – К. Істина. – С. 66.
17. О.В.Данилюк Трудовий договір як підстава виникнення індивідуальних трудових правовідносин: аналіз Проекту Трудового Кодексу України // Кодифікація трудового законодавства України: стан та перспективи. – Матеріали науково-практичної конференції; м. Запоріжжя, 25–26 червня 2004 р. / За заг. ред В.С. Венедиктова. – Харків: вид-во нац. ун-ту внутр. справ, 2004. – С. 134.

ON THE DEFINITION OF “EMPLOYER” UNDER LABOUR LAW OF UKRAINE

H. Pylypenko

*Ivan Franko National University of Lviv
Universytetska Str. 1, UA – 79000 Lviv, Ukraine
E-mail: ardefak@mail.ru*

The issues of “employer” definition and suggestions for its legal version are elucidated. In particular the article considers organizational units of legal persons, empowered to conclude contracts with employees, to be employers. The author makes his own proposals as to labour laws evolvement in this aspect.

Key terms: legal labour relations, employer, subject of legal labour relations, legal person.

К ВОПРОСУ ОБ ОПРЕДЕЛЕНИИ “РАБОТОДАТЕЛЯ” ЗА ТРУДОВЫМ ПРАВОМ УКРАИНЫ

Х. Пилипенко

*Львовский национальный университет имени Ивана Франка
ул. Университетская, 1, 79000 Львов, Украина*

В статье исследовано проблему определения работодателя и поданы предложения его легитимного варианта. В частности обоснованно необходимость считать работодателями организационные единицы юридических лиц, которым предоставлены полномочия относительно заключения трудовых договоров с наемными работниками. Автор предлагает собственное решение вопроса относительно совершенствования трудового законодательства в этом направлении.

Ключевые слова: трудовые правоотношения, работодатель, субъект трудовых правоотношений, юридическое лицо.

Стаття надійшла до редколегії 02.12.2009
Прийнята до друку 10.01.2010

ЗЕМЕЛЬНЕ ТА АГРАРНЕ ПРАВО

НАБУТТЯ ПРАВ НА ЗЕМЛІ В УКРАЇНІ ІНОЗЕМНИМИ СУБ'ЄКТАМИ ПІДПРИЄМНИЦТВА: ПРОБЛЕМИ ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ

В. Федорович

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

Стаття присвячена аналізу правового статусу іноземних суб'єктів підприємництва – головним чином іноземних юридичних осіб, як суб'єктів земельної власності в Україні. Запропоновано короткий огляд законодавства в контексті розвитку прав на землю іноземних суб'єктів в Україні. Визначені основні прогалини та недоліки чинного законодавства, процедуру його застосування у цій сфері. Висловлено висновок, що право на набуття земельної ділянки іноземними суб'єктами в Україні є декларативним.

Ключові слова: іноземні суб'єкти, право власності на землю, набуття земельних ділянок, землі сільськогосподарського (несільськогосподарського) призначення, довгостроковий найм (оренда), підприємницька діяльність, об'єкти нерухомості.

Земельна реформа, яка триває в Україні уже понад 15 років, повинна мати своїм результатом становлення та розвиток цивілізованого ринку земельних ділянок, нових форм власності та господарювання на них. Водночас, аналіз процесів, що відбуваються сьогодні у сфері земельних відносин в Україні, свідчить про непослідовність та незавершеність земельної реформи, її досить часто суперечливий характер. Особливо чітко це проявляється у сфері правового регулювання земельних відносин в Україні та практичного застосування правових норм.

Наслідками такого “проведення” земельної реформи є її численні недоліки та негативи, серед яких не лише аграрна криза, низький соціальний рівень розвитку села, простоювання значних площ земель, а й інвестиційна непривабливість підприємництва в Україні, що значною мірою зумовлено обмеженнями та невдалим правовим регулюванням прав іноземних інвесторів на землю в Україні. Адже відсутність чітко визначених шляхів придбання земель в Україні іноземними суб'єктами підприємництва – іноземними громадянами та юридичними особами, гарантій прав на землю іноземних інвесторів значно знижує очікуваний потік інвестицій в Україну. Так було у 90-ті роки, так є і зараз. Особливо гостро ця проблема відчувається в умовах підготовки до проведення в Україні Чемпіонату Європи з футболу у 2012 р. Часто будівництво нових стадіонів, готелів, аеропортів, доріг та інших необхідних для Євро-2012 об'єктів гальмується саме через надзвичайно низький рівень іноземного інвестування. Це тісно пов'язано із гарантуванням прав на землю іноземних осіб в Україні.

У статті зроблено спробу проаналізувати законодавство України в галузі придбання земель в Україні іноземними суб'єктами підприємництва, проблеми його застосування, та, в міру можливості, запропонувати шляхи вдосконалення відповідного законодавства та вирішення зазначених вище проблем.

Законодавство України про права іноземних суб'єктів на землю в Україні зазнало декілька етапів розвитку.

Після прийняття Закону України “Про форми власності на землю в Україні” від 30 січня 1992р. [1] та Земельного кодексу України (далі – ЗК України) в редакції від 13 березня 1992 р. [2] в Україні відбулася юридична демонополізація права власності на землю і було запроваджено (або відроджено) приватну власність на земельні ділянки. Проте відразу були закріплені численні обмеження права приватної власності на землю, найістотніше з яких полягало у тому, що іноземним громадянам та особам без громадянства земельні ділянки у власність не передавалися. Те ж саме правило діяло і щодо іноземних юридичних осіб, оскільки, за невеликими винятками, юридичні особи взагалі не визнавалися суб'єктами права власності на землю.

Приватизувати земельні ділянки могли тільки громадяни України, та й то із значними обмеженнями – тільки для певних потреб і не більше встановлених у законодавстві розмірах.

Проте законодавчі положення щодо невизнання іноземних громадян та юридичних осіб суб'єктами права власності на землю в Україні суперечили законодавству України про власність та про приватизацію, яке визнавало іноземних осіб суб'єктами права власності на інші об'єкти. Те саме було й на рівні підзаконних нормативно-правових актів. Так, наприклад, Указ Президента України “Про приватизацію об'єктів незавершеного будівництва” від 14 жовтня 1993 р. [3] закріпив право іноземних громадян та іноземних юридичних осіб на приватизацію об'єктів незавершеного будівництва. Земельні ж ділянки під ними могли бути передані іноземним суб'єктам тільки у довгострокову оренду. Виняток для іноземних суб'єктів було зроблено тільки в Указі Президента України “Про приватизацію автозаправних станцій, що реалізують паливно-мастильні матеріали виключно населенню” від 26 грудня 1993 р. [4], в якому було закріплено право іноземних громадян та юридичних осіб іноземних держав на приватизацію автозаправних станцій на тих земельних ділянках, на яких вони знаходились.

Невизнання за іноземними суб'єктами права власності на землю в Україні стало значною перешкодою для притоку іноземних інвестицій в Україну та співробітництва у сфері підприємницької діяльності.

Конституція України, прийнята 28 червня 1996 р. [5], гарантувала право власності на землю в Україні та зазначила, що це право набувається і реалізується громадянами, юридичними особами та державою виключно відповідно до закону. Проте відповідні зміни до земельного законодавства не були внесені.

І тільки з прийняттям чинного ЗК України від 25 жовтня 2001 року [6], який вступив у силу з 1 січня 2002 р., ситуація дещо змінилася. Іноземні громадяни та юридичні особи тепер можуть бути власниками земель в Україні, але з істотними особливостями та обмеженнями, що полягають у такому:

1. Відповідно до п. 4 ст. 22 ЗК України не можуть передаватися у власність іноземним громадянам та іноземним юридичним особам землі сільськогосподарського призначення.

2. Ст. 81 ЗК України вказує, що іноземні громадяни можуть набувати право власності на земельні ділянки сільськогосподарського призначення в межах населених пунктів, а також на земельні ділянки за межами населених пунктів, на яких розташовані об'єкти нерухомого майна, що належать їм на праві приватної власності. Іноземні громадяни можуть набувати права власності на

земельні ділянки у разі: 1) придбання за договором купівлі–продажу, ренти, дарування, міни та іншими цивільно-правовими угодами; 2) викупу земельних ділянок, на яких розташовані об'єкти нерухомого майна, що належить їм на праві власності; 3) прийняття спадщини.

3. Відповідно до ст. 82 ЗК України іноземні юридичні особи можуть набувати права власності на земельні ділянки несільськогосподарського призначення:

- у межах населених пунктів в разі придбання об'єктів нерухомого майна та для спорудження об'єктів, пов'язаних з здійсненням підприємницької діяльності в Україні;
- за межами населених пунктів у разі придбання об'єктів нерухомого майна.

Отже, для того, щоб іноземній юридичній особі придбати у встановленому порядку земельну ділянку, їй необхідно спочатку придбати об'єкт нерухомості, який розташований на цій земельній ділянці.

Крім того, у ст. 129 ЗК України врегульовано порядок продажу земельних ділянок державної або комунальної власності іноземним юридичним особам. Відповідно до цієї статті продаж земельних ділянок, що перебувають у власності держави, іноземним юридичним особам здійснюється Кабінетом Міністрів України за погодженням із Верховною Радою України. Продаж земельних ділянок, що перебувають у власності територіальних громад, іноземним юридичним особам здійснюється відповідними радами за погодженням з Кабінетом Міністрів України.

Надалі у статті буде звернено увагу на питання придбання земель в Україні переважно іноземними юридичними особами, а не громадянами, оскільки саме вони передусім є іноземними суб'єктами підприємницької діяльності в Україні.

З аналізу вищезазначених положень земельного законодавства України зрозуміло, що іноземні юридичні особи можуть набувати права власності на земельні ділянки несільськогосподарського призначення за умови:

- придбання об'єктів нерухомого майна на таких земельних ділянках (як у межах населених пунктів, так і поза межами);
- для спорудження на земельних ділянках об'єктів, пов'язаних з здійсненням підприємницької діяльності в Україні (у межах населених пунктів);
- реєстрації іноземною юридичною особою постійного представництва з правом ведення господарської діяльності на території України.

У всіх інших випадках законодавство України дозволяє іноземним суб'єктам господарювання набувати права довгострокового користування земельними ділянками на умовах оренди.

Зміст законодавства України про придбання земель іноземними суб'єктами господарювання та практика його застосування свідчать про наявність значних проблем у цій сфері, серед яких можна виділити такі:

1. Необхідність первинного придбання об'єкта нерухомого майна, а лише тоді – земельної ділянки, на якій він розташований. Придбання іноземною юридичною особою земельної ділянки під забудову, тобто ділянки, на якій відсутні будь-які об'єкти нерухомого майна, можливе лише в населених пунктах. Необхідність обов'язкового придбання об'єкту нерухомості створює для іноземного суб'єкта деякі негативні обставини:

- по-перше, внаслідок придбання об'єкта нерухомості може різко зрости ціна на земельну ділянку. На практиці досить часто купують об'єкт нерухомості заради земельної ділянки, на якій він розташований. У такому випадку потреби покупця в об'єкті нерухомості переважно немає;

- по-друге, в законодавстві не визначені правові наслідки знесення чи реконструкції об'єкта нерухомості, що був придбаний іноземною юридичною особою. Адже після придбання заради земельної ділянки, його часто зносять, щоб побудувати новий.

У такому випадку немає чіткої законодавчої позиції щодо правомірності володіння земельною ділянкою іноземним суб'єктом. Логічно виникає питання, чи не є знесення такого об'єкта нерухомості підставою для припинення права на земельну ділянку. Видається, що таку спірну ситуацію повинні вирішувати на користь іноземного суб'єкта, оскільки придбання об'єктів нерухомого майна іноземною юридичною особою є необхідною умовою набуття права власності на земельні ділянки несільськогосподарського призначення, а не користування ними.

2. Не зовсім чітким є формулювання п/п а) п. 2 ст. 82 ЗК України щодо можливості набуття права власності на земельні ділянки іноземними юридичними особами у межах населених пунктів для спорудження об'єктів, пов'язаних із здійсненням підприємницької діяльності в Україні. Термін “пов'язаний з здійсненням підприємницької діяльності” можна трактувати досить широко, оскільки житловий будинок, який підприємець може збудувати на такій земельній ділянці, теж пов'язаний з здійсненням ним підприємницької діяльності в Україні. Аналогічно можна трактувати і спорудження об'єктів соціально-культурного чи спортивно-оздоровчого призначення.

3. Досить доволіно можна трактувати також термін “землі несільськогосподарського призначення”, які може придбати іноземна юридична особа. До цих земель логічно можна зачислити землі всіх категорій, визначених у ст. 19 ЗК України, крім, відповідно, земель сільськогосподарського призначення. Тому до ЗК України потрібно внести доповнення, конкретизувавши поняття “землі несільськогосподарського призначення”.

4. Не визначено у ЗК України чи іншому земельному законодавстві підстав набуття іноземними юридичними особами права власності на земельні ділянки, як це зроблено для іноземних громадян. Адже термін “набуття права власності” є досить широким і може охоплювати багато різних підстав. Тому видається необхідним застосовувати для придбання іноземними юридичними особами земельних ділянок підстави, передбачені для іноземних громадян, а саме: придбання за договором купівлі–продажу, ренти, міни, дарування тощо; викупу земельних ділянок, на яких розташовані об'єкти нерухомого майна, що належать їм на праві власності; прийняття спадщини тощо.

5. Керуючись змістом ст. ст. 129, 131 ЗК України, іноземні юридичні особи мають право придбати на вищезазначених умовах тільки земельні ділянки державної та комунальної власності, що унеможливорює таке придбання у громадян та юридичних осіб України.

Проте в Україні комунальна власність на землю існує тільки де юре, де факто її немає з низки причин. По-перше, не проведено розмежування державної та комунальної власності на землю, по-друге, поки що не видано жодного акту про право комунальної власності на землю. Тобто, фактично передачі земель територіальним громадам із земель державної власності не відбулося. А якщо немає комунальної власності на землю, то залишається купувати лише землю державної власності, яка поки що до розмежування в межах населених пунктів перебуває в розпорядженні місцевих рад.

6. Чи не найбільшою проблемою у сфері придбання іноземними юридичними особами земельних ділянок державної та комунальної власності є

недоліки процедури продажу, яка в загальних рисах врегульована у ст. 129 ЗК України. Відповідно до неї, продаж земельних ділянок, що перебувають у власності держави, іноземним юридичним особам здійснюється Кабінетом Міністрів України за погодженням із Верховною Радою України; що перебувають у власності територіальних громад – відповідними радами за погодженням із Кабінетом Міністрів України. Продаж земельних ділянок допускається за умови реєстрації іноземною юридичною особою постійного представництва з правом ведення господарської діяльності на території України.

Якщо ж йдеться про продаж земельних ділянок, на яких розташовані об'єкти, які підлягають приватизації, іноземним юридичним особам, то він здійснюється органами приватизації (Фонд державного майна) за погодженням з Кабінетом Міністрів України.

Нестабільна політична ситуація, непрості стосунки між Верховною Радою та Кабінетом Міністрів України роблять процедуру продажу земель державної власності надто складною, якщо взагалі можливою.

Ще одна проблема полягає в тому, що закон (ст. 129 ЗК України) потребує подавати до клопотання про продаж договір оренди землі. Це означає, що перед придбанням у власність земельну ділянку необхідно взяти в оренду, що теж є надто тривалою процедурою. Очевидно, що йдеться тільки про землі в межах населених пунктів, призначених під забудову. Крім того, у ЗК України не встановлені строки, протягом яких повинно бути прийнятим рішення про продаж земельної ділянки, відповідні погодження тощо.

Проаналізовані відповідні правові норми щодо продажу земельних ділянок іноземним юридичним особам в Україні засвідчують, що ця процедура є складною, заплутаною, а саме право купівлі таких ділянок – значною мірою декларативним. При цьому аналізували тільки певні норми ЗК України, без урахування багатьох інших законів та підзаконних нормативно-правових актів.

Скеровуючи до уваги вищезазначені проблеми, реальним видається придбання земельних ділянок іноземними юридичними особами через створені ними юридичні особи в Україні. Такі юридичні особи можуть бути створені відповідно до положень Цивільного [7] та Господарського [8] кодексів України.

Проте, враховуючи певну складність (як у правових питаннях, так і процедурну) у створенні таких юридичних осіб, ефективнішим виглядає придбання діючих підприємств – юридичних осіб України повністю у власність іноземними юридичними особами разом з їх усіма правами на майно, в тому числі і на землю (як майнових комплексів).

Коли ж немає можливості придбати земельну ділянку взагалі, то залишається варіант права довгострокового користування земельною ділянкою на умовах договору оренди. Щоправда, оренда є менш стабільною формою використання земель, ніж право власності, оскільки передбачена переважно для тимчасових видів землекористування. Підприємницька ж діяльність полягає у будівництві та використанні постійних капітальних споруд та будівель. Договір довгострокової оренди укладається переважно для забудови. Ставши власником новозбудованої будівлі, іноземний суб'єкт у майбутньому може поставити питання про викуп земельної ділянки.

У цьому аспекті перспективним видається використання земель на підставі таких речових прав, як емфітевзис (право користування чужою земельною ділянкою для сільськогосподарських потреб) та суперфіцій (право користування

чужою земельною ділянкою для забудови). Емфітевзис виникає на підставі договору між власником земельної ділянки і користувачем, а суперфіцій – на підставі договору та заповіту. Хоч ці інститути і є новими в земельному законодавстві України, в перспективі вони можуть конкурувати з орендою, а то й витіснити її.

Привабливим для ведення підприємницької діяльності іноземними юридичними особами виглядає суперфіцій, оскільки передбачає користування земельною ділянкою для забудови. Недоліком суперфіцію є можливе припинення права власності на зведені користувачем споруди у разі його припинення. Право власності на споруди під час припинення суперфіцію може бути збережене, якщо це передбачено угодою сторін або за рішенням суду.

- Як вже зазначалося іноземні суб'єкти не можуть мати на праві власності землі сільськогосподарського призначення в Україні. У випадку встановлення такої норми аргументи були приблизно такі: маючи фінансову перевагу, іноземні суб'єкти можуть скупити землі; зайняти монопольне становище щодо виробництва певних видів продукції, що негативно позначиться на цінах та становищі національних товаровиробників [9, с. 144].
- Водночас сьогодні необхідно розглядати певні перспективи залучення іноземних інвестицій у сферу сільськогосподарської діяльності в Україні, надавши іноземним суб'єктам права на землі сільськогосподарського призначення. Це можна досягнути, скасувавши мораторій на продаж земель сільськогосподарського призначення, який є гальмом розвитку аграрного сектора та соціально – економічного розвитку села.
- Право на придбання у власність земель сільськогосподарського призначення для ведення товарного сільськогосподарського виробництва іноземні суб'єкти могли б набувати на аукціонах. На початкових етапах у разі придбання земельних ділянок на конкурентних засадах доцільно було б надати пільги та переваги вітчизняним інвесторам. А дані під час вирівнювання фінансових та економічних рівнів національних та іноземних сільськогосподарських товаровиробників надати право іноземним суб'єктам нарівні з національними [9, с. 145].
- Такий порядок становлення іноземних суб'єктів власниками сільськогосподарських земель в Україні потребує багато часу, проте є реальним і перспективним.

Отже, законодавство України у сфері придбання земель іноземними суб'єктами потребує істотних змін, хоч і містить окремі можливості для такого придбання.

Викладене у статті дає підстави зробити такі висновки:

1. Питання, пов'язані з придбанням іноземними суб'єктами земель для ведення підприємницької діяльності в Україні, є надзвичайно актуальними, оскільки від них залежить притік іноземних інвестицій в Україну. Законодавство України у сфері придбання земель іноземними суб'єктами є досить недосконалим та суперечливим, що значно ускладнює їх можливості у придбанні земель.

2. Тільки з прийняттям чинного ЗК України, у 2001 р., іноземні суб'єкти отримали право на придбання земель несільськогосподарського призначення, проте з істотними обмеженнями. Однак складною й тривалою є процедура

придбання таких земель, внаслідок чого право придбання земель іноземними суб'єктами є значною мірою декларативним.

3. Найперспективнішими та реальними видаються такі шляхи набуття прав на землі іноземними суб'єктами бізнесу в Україні:

через новостворені іноземними суб'єктами бізнесу юридичні особи України або через придбання ними діючих підприємств; шляхом укладення договорів довгострокової оренди землі з подальшим її викупом; шляхом застосування таких нових інститутів земельного права, як емфітевзис та суперфіцій.

4. Після скасування мораторію на продаж земель сільськогосподарського призначення в Україні перспективним видається придбання іноземними суб'єктами земель сільськогосподарського призначення для ведення товарного сільськогосподарського виробництва на аукціонах.

1. Земельний кодекс України в редакції Закону від 13 березня 1992 р. (втратив чинність з 1 січня 2002 року). - К.: Атіка, 2001. – 96 с.
2. Закон України “Про форми власності на землю в Україні” від 30 січня 1992 року.
3. Указ Президента України “Про приватизацію об’єктів незавершеного будівництва” від 14 жовтня 1993 року.
4. Указ Президента України “Про приватизацію автозаправних станцій, що реалізують паливно-мастильні матеріали виключно населенню” від 26 грудня 1993 року.
5. Конституція України (із змінами і доп.). – К.: Атіка, 2006. – 64 с.
6. Земельний кодекс України. – К.: Вид. ПАЛИВОДАВ, 2008. – 104 с.
7. Цивільний кодекс України. – К.: Велес, 2007. – 288 с.
8. Господарський кодекс України. – К.: Велес, 2008, – 168 с.
9. Інвестиційна діяльність у сільському господарстві: правові питання. Монографія / Кол. авторів. За ред. В. І. Семчика. – К.: Видавництво “Юридична думка”, 2008. – 252 с.
10. Земельний кодекс України; Науково–практичний коментар / За заг. ред. В. І. Семчика. – К.: Концерн Видавничий Дім “ІнЮре”, – 2004. - 748 с;
11. Науково–практичний коментар Земельного кодексу України / За заг. ред. В.В. Медведчука. – К.: Юрінком Інтер, 2004. – 656 с.

RIGHTS TO LANDS ACQUISITION IN UKRAINE BY FOREIGN BUSINESS ENTITIES: ISSUES OF LEGAL REGULATION

V.Fedorovich

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

The paper is dedicated to the analysis of foreign business subjects legal status, mainly foreign legal entities, as subjects of land ownership in Ukraine. A brief review of the legislation in the field of rights to land development in Ukraine by foreign subjects is presented. Basic gaps and drawbacks of current legislation, procedure of its application in this sphere are defined. The conclusion that the right to land plot acquisition by foreign subjects in Ukraine is declarative has been reached.

Key words: foreign subjects, right of ownership to land, acquisition of land plots, agricultural (non-agricultural) lands, long-term lease (tenancy), entrepreneurial activity, real estate objects.

**ПРИОБРЕТЕНИЕ ПРАВ НА ЗЕМЛЕ В УКРАИНЕ
ИНОСТРАННЫМИ СУБЪЕКТАМИ
ПРЕДПРИНИМАТЕЛЬСТВА:
ПРОБЛЕМЫ ПРАВОВОЙ РЕГУЛЯЦИИ**

В. Федорович

*Львовский национальный университет имени Ивана Франка
ул. Университетская, 1, 79000 Львов, Украина*

Статья посвящена анализу правового статуса иностранных субъектов предпринимательства – главным образом иностранных юридических лиц, как субъектов земельной собственности в Украине. Предложен короткий обзор законодательства в контексте развития прав на землю иностранных субъектов в Украине. Определены основные пробелы и недостатки действующего законодательства, процедуру его приложения в этой сфере. Выражен вывод, что право на приобретение земельного участка иностранными субъектами в Украине является декларативным.

Ключевые слова: иностранные субъекты, право собственности на землю, приобретение земельных участков, земли сельскохозяйственного (несельскохозяйственного) назначения, долгосрочный найм (аренда), предпринимательская деятельность, объекты недвижимости.

Стаття надійшла до редколегії 04.12.2009

Прийнята до друку 10.01.2010

ПОНЯТТЯ ЛІСУ ЯК ОБ'ЄКТА ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ

О. Чопик

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

У статті розглянуто поняття лісу, як об'єкта правового регулювання та його ознак як природного об'єкта. Обґрунтовано необхідність правового регулювання відносин щодо використання земель лісогосподарського призначення лісовим та земельним законодавством.

Ключові слова: ліс, земля, землі лісогосподарського призначення, лісове законодавство.

Проведення земельної реформи в Україні зумовлює зміну структури земельного фонду України, що тягне за собою зміни в земельному законодавстві, особливо щодо правового режиму окремих категорій земель. Це стосується і земель лісогосподарського призначення, з огляду на прийняття Лісового кодексу України у новій редакції. Базовим поняттям для визначення земель лісогосподарського призначення є поняття лісу, яке теж зазнало значних змін, тому з'ясування юридичних ознак лісу як об'єкта правового регулювання та його поняття є досить актуальним.

Загальноприйнятими, біологічними, “аксіомними” ознаками лісу є його сприйняття як природного об'єкта, що має велике санітарно-гігієнічне, оздоровче, естетичне, рекреаційне значення; одного із основних елементів навколишнього природного середовища; окремої екологічної системою та природним ресурсом; джерела деревини та деяких інших видів природної сировини; природного чи насадженого людиною замкненого рослинного комплексу, в якому переважають дерев'янисті рослини і своєрідна фауна [1, с. 707].

Ліс як природний об'єкт нерозривно пов'язаний з землею, на якій він проростає. Саме тому, що такий зв'язок має не тільки біологічний, а й правовий характер, виникають різні тлумачення поняття “ліс”, які не завжди збігаються.

Досить часто науковці у своїх дослідженнях звертали увагу на єдність та розмежування понять “ліс” і “земля” у визначенні поняття лісу. Різні аспекти співвідношення цих понять відшукуємо в працях О.І. Крассова [2], Н.І. Краснова [3], О.С. Колбасова [4], Г.Н. Полянської [5], В.Ф. Горбоного [6], В.П. Непийводи [7], С.М. Шершуна [8], А.М. Мірошниченка [9] та ін.

Проблема співвідношення юридичних понять “ліс” та “земля” породжує наукову дискусію, яка відображає співвідношення двох об'єктивних тенденцій у розвитку природоресурсного законодавства. З одного боку, це тенденція до внутрішньої інтеграції цього права і відповідного законодавства. В її основу покладено об'єктивну єдність та внутрішній взаємозв'язок всієї сукупності природних ресурсів як цілісного природного комплексу. З іншого боку, є тенденція до диференціації, спрямована на детальніше правове регулювання відносин, які виникають у зв'язку з використанням окремих природних ресурсів, зокрема, лісу та землі.

О.І. Крассов вніс пропозицію створення окремого законодавчого акта, який би закріплював правове становище лісових земель, в рамках не лісового, а земельного законодавства. Було запропоновано визначення лісу як сукупності низки його природних елементів, окрім землі, так зване “юридичне поняття

лісу”, що не збігається з його “біологічним поняттям” [2, с. 327–352]. Тобто, законодавче розуміння лісу звужувалось лише до лісової рослинності. Обґрунтовуючи відмінність юридичного та біологічного поняття лісу, Краснов Н.І. писав, що біологічні, економічні та інші характеристики природних об'єктів і відповідні їм поняття не можуть бути автоматично прийняті юриспруденцією для використання у законодавстві, оскільки право формує поняття природних об'єктів, керуючись своїми критеріями, і поняття ці можуть збігатися, проте можуть і відрізнятися [3, с. 40]. О.С. Колбасов, дотримуючись того погляду, хоча і визнавав, що право повинно виражати потреби, які випливають з об'єктивних законів природи, і, відповідно, система юридичних понять загалом відображає реальний стан речей, ал, водночас вказував на те, що ця система понять має значну специфіку порівняно з природничими, господарсько-технічними та буденними уявленнями і поняттями [4, с. 40].

На думку В.Ф. Горбового, включення до визначення лісу землі, тварин та мікроорганізмів є безпідставним. Адже ці та інші природні компоненти, такі як надра, вода хоч і взаємопов'язані з лісами, водночас є самостійними предметами правового регулювання незалежно від місця розташування мають свій режим, зумовлений їх природними властивостями та соціально-економічною роллю [6, с. 8]. Проте з цим твердженням погодитись не можна, оскільки ліс є складним природним комплексом, що охоплює інші об'єкти навколишнього природного середовища: землю, надра, рослинність, тваринний світ. Кожен з них є окремим об'єктом правового регулювання, проте саме їх комплексне поєднання утворює такий об'єкт, як ліс.

Дослідник Непийвода В.П. вважає ліс об'єктом охорони лісового права, тобто тим осередком, навколо якого виникають і розвиваються відповідні суспільні відносини. Однак поняття “ліс” не може бути одновимірним і тотожним у всіх випадках. Тому в законодавстві потрібно відобразити два принципові аспекти поняття лісу: по-перше, як елемента довкілля в його нерозривному зв'язку з іншими елементами і, по-друге, як сукупності певних земель. Визначення лісу в ЛК України у редакції від 2006 р. не відображає єдності лісу із землею (вжито значно вужчий термін “грунти”) [7, с. 8].

Шершун С.М. пропонує визначити ліс як елемент географічного ландшафту, який складається із сукупності землі, дерев, що переважають чагарників, тварин, мікроорганізмів та інших природних компонентів, що у своєму розвитку біологічно взаємопов'язані, впливають один на одний і на довкілля [8, с. 8].

Науковець А.М. Мірошніченко вважає, що ліс не охоплюється поняттям “земля”, “земельна ділянка”, обґрунтовуючи це тим, що проголошення власника земельної ділянки “автоматично” власником цього природного ресурсу фактично є декларацією, не наповненою реальним змістом: власник земельної ділянки (за деякими незначними винятками, що підтверджують правило) не має змоги на свій розсуд володіти, користуватись та розпоряджатися лісами, розташованими в межах земельної ділянки [9, с. 28].

Тенденція до розмежування поняття лісу та землі простежується з часу прийняття Лісового кодексу Української РСР 1979 р. [10], в якому дано визначення поняттям “ліс” та “лісові землі”. Це було спричинене тим, що ще раніше, в Основах земельного законодавства Союзу РСР і союзних республік [11] уперше в історії вітчизняного законодавства норми, які регулювали

використання земель державного лісового фонду, були включені й до земельного законодавства. Відносини, пов'язані з використанням лісових земель, регулювались як земельним, так і лісовим законодавством. Таке рішення законодавця можна пояснити тим, що зазначені норми хоча формально і включені до складу лісового законодавства, проте за своєю юридичною природою є земельно-правовими.

У ст. 3 Лісового кодексу України в редакції 1994р. [12] ліс було визначено як сукупність землі, рослинності, в якій домінують дерева та чагарники, тварин, мікроорганізмів та інших природних компонентів, що в своєму розвитку біологічно взаємопов'язані, впливають один на одного і на навколишнє середовище. Тобто, поняття лісу охоплювало землі, на яких він проростає.

Із внесенням змін Законом України №3404-IV від 08.02.2006 року [13] законодавець у частині 1 ст. 1 Лісового кодексу України (далі – ЛК України) під поняттям лісу розуміє тип природних комплексів, в якому поєднуються переважно деревна та чагарникова рослинність з відповідними ґрунтами, трав'яною рослинністю, тваринним світом, мікроорганізмами та іншими природними компонентами, що взаємопов'язані у своєму розвитку, впливають один на одного і на навколишнє природне середовище.

Отже юридичне поняття “ліс” охоплює ґрунти як складову частину цього природного комплексу, не згадуючи при цьому земель.

Аналізуючи чинні норми законодавства доходимо висновку, що виключення землі з поняття лісу є лише потребою суто юридичною з метою уникнення незрозумілостей у правовому регулюванні лісів та земель лісогосподарського призначення. Так, не залишаючи землю складовою частиною лісу, законодавець чітко вказує на те, що норми стосовно використання земель лісогосподарського призначення регулюються земельним законодавством, а норми щодо охорони, відтворення, захисту лісів – лісовим.

Крім того, у ст. 1 ЛК України [12] ліс є типом природних комплексів з відповідними ґрунтами. Згідно зі ст. 1 Закону України від 19 червня 2003 р. “Про охорону земель” [14] ґрунт – це природно-історичне органо-мінеральне тіло, що утворилося на поверхні земної кори і є осередком найбільшої концентрації поживних речовин, основою життя та розвитку людства завдяки найціннішій своїй властивості – родючості, а земля – поверхня суші з ґрунтами, корисними копалинами та іншими природними елементами, що органічно поєднані та функціонують разом з нею. Крім того, частина 2 ст. 79 Земельного кодексу України [15] визначає, що право власності на земельну ділянку поширюється в її межах на поверхневий (ґрунтовий) шар. Ґрунти мають спільний режим із землею, їх використання, охорона та відтворення регламентується земельним законодавством [9, с. 29]. Отже, очевидно є нерозривність понять землі та ґрунту, а тому робимо висновок про те, що законодавець лише уникає слова “земля” у визначенні поняття “ліс”.

Тоді незрозумілою є така суперечлива позиція, яка водночас ототожнює та розділяє юридичне і біологічне поняття лісу. Земля є базисом, на якому проростає лісова рослинність. Без землі ліс перетворюється лише на окремі ресурси, втрачає свої природні властивості. Також у лісовому законодавстві не передбачено можливості надання у власність чи користування лісу як природного комплексу, а лише надання земельної лісової ділянки. І тільки це вже може свідчити про невідокремлюваність лісу та землі. Тому включення землі в юридичне поняття “ліс” є правильним з погляду завдань правового

регулювання відносин, пов'язаних з використанням лісу. Це не суперечить тому, що відносини, пов'язані з використанням земель лісогосподарського призначення, є різновидом земельних відносин як предмета земельного права.

Щодо поняття земель лісогосподарського призначення, то в ЛК України [12] воно розкривається через їх склад. До цієї категорії земель належать лісові землі, на яких розміщені лісові ділянки, та нелісові землі, зайняті сільськогосподарськими угіддями, водами й болотами, спорудами, комунікаціями, малопродуктивними землями тощо, які надані у визначеному порядку та використовуються для потреб лісового господарства.

Переконаливим вважаємо висновок Г.Н.Полянської про те, що землі державного лісового фонду за чинним тоді радянським законодавством мали двоє значення: 1) як частина земної поверхні за земельним законодавством; 2) як частина неподільного лісового комплексу за лісовим законодавством. Поняття земель державного лісового фонду в земельному законодавстві було більш абстрактне і, відповідно, менш змістовне, ніж в лісовому законодавстві, де воно конкретизувалось у нерозривному зв'язку з лісовою рослинністю [5, с. 17].

Цим нерозривним зв'язком і зумовлено включення норм, які регулюють відносини з використання лісових земель до складу лісового законодавства. У ЛК України [12] містяться не лише норми щодо охорони, захисту, використання та відтворення лісів, а й норми з приводу зміни цільового призначення та використання земельних лісових ділянок.

Крім того, лісове законодавство передбачає таке поняття, як лісова ділянка (ст. 1 ЛК України [12]), що стверджує існування прив'язки лісів до земель, на яких вони розташовані, і концепції використання та охорони лісів відповідно до цільового призначення та категорій цих земель, а не правового режиму використання та охорони лісів і земель лісогосподарського призначення.

Підсумовуючи викладене, доходимо висновків, що існування різноманітності визначень поняття “ліс” засвідчує те, що воно не може бути однорідним в усіх випадках. Біологічне та юридичне визначення лісу відрізняються, оскільки розуміння лісу як природного об'єкта та як об'єкта правового регулювання базується на різних його функціях. Проте не варто їх штучно віддаляти лише з метою уникнення правових колізій. Цілком очевидно є неможливість уникнення переплітання лісового та земельного законодавства. Юридичне визначення поняття “земля” має два значення: як частина земельного фонду (в цьому випадку вона є об'єктом правового регулювання земельного права) та як складова лісового фонду (підпадає під правове регулювання використання, захисту, відтворення та охорони лісів).

Біологічний зв'язок лісу та землі спричиняє існування і юридичного зв'язку, а поєднання цих двох природних об'єктів створює таку правову категорію, як лісові землі, що входять до складу земель лісогосподарського призначення. Тому основні вимоги до раціонального використання земель лісогосподарського призначення мають збігатися з вимогами щодо користування лісами. Включення землі в поняття лісу пояснюють неможливістю сприйняття лісу винятково як ресурсу, створеного для задоволення матеріальних потреб та господарської експлуатації. Земля є просторовим базисом, на якому проростає лісова рослинність. Викладене дає підстави сформулювати таке юридичне визначення лісу: ліс – екологічна система, яка складається з деревно-чагарникової та

трав'янистої рослинності, що проростає на землі, та інших природних компонентів, які взаємопов'язані у своєму розвитку, впливають одне на одного і на навколишнє природне середовище.

1. УСЕ Універсальний словник-енциклопедія [Текст] / Гол. ред. ради М. Попович. – вид. 3-тє, перероб., і доп. – К.: Всеуито, Новий друк, 2003. – 1414 с.
2. Крассов О.И. Право лесохозяйственного землепользования [Текст] / О.И. Крассов // Советское государство и право. – 1980. – №7. – С.327–352.
3. Краснов Н.И. Новое советское лесное законодательство [Текст] // Советское государство и право. – 1978. – №7. – С.40–44.
4. Колбасов О.С. Правовые исследования по охране окружающей среды в СССР [Текст] / Колбасов О.С. // Итоги науки и техники. Сер. “Охрана природы и воспроизводство природных ресурсов”. – М.: ВИНТИ, 1978. – Т.5.
5. Полянская Г.Н. Актуальные вопросы лесного законодательства [Текст] / Галина Николаевна Полянская – М.: Юридическая литература, 1985. – 135 с.
6. Горбовой В.Ф. Предмет и система советского лесного права [Текст] / Владимир Федорович Горбовой. – Красноярськ, 1984. – 144 с.
7. Непийвода В.П. Правове регулювання суспільних відносин щодо лісів у контексті сталого розвитку [Текст]: автореферат дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.06 – Київ, 2006. – 19 с.
8. Шершун С.М. Еколого-правове регулювання лісокористування в Україні [Текст]: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.06 / С.М. Шершун. – Київ, 2005.
9. Мірошниченко А.М. Розмежування складових та приналежностей земельної ділянки [Текст] / Мірошниченко А.М. // Земельне право України: теорія і практика. – 2007. – № 1 – С. 25–31.
10. Лісовий кодекс Української РСР [Текст]: закон Української РСР від 13 грудня 1979 р. // Відомості Верховної Ради УРСР. – 1979. – додаток до № 52. – Ст. 673.
11. Основи земельного законодавства Союзу РСР і союзних республік [Текст]: закон Союзу РСР // Відомості Верховної Ради СРСР. – 1968. – № 51. – Ст. 485.
12. Лісовий кодекс України [Текст]: закон України від 21 січня 1994 р. №3852-XII // Відомості Верховної Ради. – 1994. – № 17.
13. Про внесення змін до Лісового кодексу України [Текст]: закон України від 08 лютого 2006 р. №3404-IV // Відомості Верховної Ради. – 2006. – № 21. – Ст. 170.
14. Про охорону земель [Текст]: закон України від 19 червня 2003 р. №962-IV // Відомості Верховної Ради. – 2003. – № 39. – Ст. 349.
15. Земельний кодекс України [Текст]: закон України від 25 жовтня 2001 р. №2768-III // Відомості Верховної Ради України. – 2002. – №3–4. – Ст. 27.

FOREST AS OBJECT OF LEGAL REGULATION

O. Chopyk

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

The notion “forest” as the object of legal regulation and its features as the natural object are exemplified in the article. The necessity of forest lands usage relations legal regulation by means of forest and land laws is substantiated.

Key words: forest, land, forest lands, forest laws, land laws.

ПОНЯТИЯ ЛЕСА КАК ОБЪЕКТА ПРАВОВОЙ РЕГУЛЯЦИИ

О. Чопик

*Львовский национальный университет имени Ивана Франка
ул. Университетская, 1, 79000 Львов, Украина*

В статье рассмотрено понятие леса, как объекта правовой регуляции и ее признаков как естественного объекта. Обоснованно необходимость правовой регуляции отношений относительно использования земель лесохозяйственного назначения лесным и земельным законодательством.

Ключевые слова: лес, земля, земли лесохозяйственного назначения, лесное законодательство.

Стаття надійшла до редколегії 25.12.2009

Прийнята до друку 10.01.2010

КРИМІНАЛЬНЕ ПРАВО ТА КРИМІНОЛОГІЯ

РОЗМЕЖУВАННЯ СКЛАДІВ ЗЛОЧИНІВ, СПІЛЬНОЮ ОЗНАКОЮ ЯКИХ Є СУСПІЛЬНО НЕБЕЗПЕЧНІ НАСЛІДКИ У ВИГЛЯДІ ШКОДИ ЗДОРОВ'Ю ЛЮДИНИ: СПІВВІДНОШЕННЯ СКЛАДІВ ЗЛОЧИНІВ

Л. Брич

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

З'ясовано типи співвідношення між складами злочинів, спільною ознакою яких є наслідки у вигляді шкоди здоров'ю людини, що впливає на вибір правил кримінально-правової кваліфікації.

Ключові слова: склади злочинів, передбачені конкуруючими нормами; суміжні склади злочинів.

Постановка проблеми. Як відомо, відповідальність за заподіяння шкоди здоров'ю людини, встановлена у КК України не лише статтями розділу II Особливої частини “Злочини проти життя та здоров'я особи”. Склади злочинів, суспільно небезпечні наслідки яких охоплюють шкоду здоров'ю людини у різних її кількісних проявах, поміщені й у інших розділах Особливої частини КК. Здоров'я людини у цих випадках виступає додатковим безпосереднім об'єктом [11, с. 142]. Відповідні статті є у більшості розділів Особливої частини КК, крім розділу XVI “Злочини у сфері використання електронно-обчислювальних машин (комп'ютерів), систем та комп'ютерних мереж і мереж електрозв'язку”.

Та й у межах розділу II Особливої частини КК, закріплено не лише склади злочинів, у яких шкода здоров'ю людини є єдиним наслідком, об'єднувані в теорії кримінального права у групу – злочини проти здоров'я, де здоров'я людини “є єдиним чи основним безпосереднім об'єктом” [11, с. 142]. Статтями цього розділу встановлюється й відповідальність за злочини, об'єднувані у теорії кримінального права у групу – злочини, що ставлять в небезпеку життя і здоров'я [13, с. 63–76], у юридичних складах яких шкода здоров'ю людини є єдиним чи одним з альтернативних наслідків поряд зі смертю. Відповідно, здоров'я людини у цих складах є додатковим безпосереднім об'єктом.

Наявність спільної ознаки, тобто такої, яка має однаковий зміст у кількох складах злочинів, викликає як потребу теоретично з'ясувати відмінності між цими складами злочинів, так і розмежувати сферу застосування кожної з норм, що містять склади злочинів, ознакою яких є суспільно небезпечні наслідки у вигляді шкоди здоров'ю людини.

Стан дослідження. Питання розмежування конкретних складів злочинів, у яких здоров'я людини є єдиним чи одним із кількох безпосередніх об'єктів, піднімалися у кримінально-правовій літературі, як правило, в межах дослідження того чи іншого злочину, наслідком якого є шкода здоров'ю людини і, як правило, лише щодо окремих аспектів проблеми або щодо окремих злочинів [3, с. 6–

49; 5, с. 191–206]. Окремі автори взагалі не зачіпали проблему розмежування досліджуваних ними складів злочинів [1; 10; 28].

Проте, ніхто з українських авторів не досліджував їх як систему, не намагався побудувати чітку схему взаємозв'язків, що визначають співвідношення між відповідними складами злочинів, та між нормами, що їх містять. Між тим, загальновідомо [2, с. 7–48; 23; 27], що саме системний метод, як найбільш ефективний, є пріоритетним у дослідженні системних явищ, яким є право. Певні обриси системи норм, що охороняють особисті блага людини, дані у одному з українських підручників з Особливої частини кримінального права України [11, с. 142]. Виділивши “три відносно самостійні форми, у яких здійснюється охорона особистих благ людини у КК України”, С.Д. Шапченко, по суті, класифікував розглядувані злочини за місцем особистих благ людини, до яких поряд зі здоров'ям він відносив життя, волю й гідність, в структурі безпосереднього об'єкта того чи іншого злочину, і тим самим звернув увагу на необхідність комплексного підходу до аналізу і кваліфікації цих злочинів.

Проблема розмежування злочинів проти життя і здоров'я особи та проти громадської безпеки аналізувалася В.П. Тихим [24, с. 35–38]. Проте співвідношення названих груп складів злочинів, розглянуте цим вченим, – лише одна з ланок у системі складів злочинів, що мають наслідком шкоду здоров'ю людини.

Аналіз злочинів проти здоров'я людини, як системи, декларував російський вчений С.В. Расторопов [22]. Поряд з цим він зазначав, що в КК РФ поза межами глави 16, передбачені й інші діяння, пов'язані із заподіянням шкоди здоров'ю людини, що не є цілком злочинця, а служить лише засобом для досягнення інших цілей. Тому, вважав він, систематизація вказаних складів злочинів потребує іншого спеціального дослідження [22, с. 18]. Дослідник задекларував, що вичерпно окреслив перелік складів злочинів, що є “обов'язково чи факультативно” суміжними зі складами злочинів проти здоров'я людини, на основі запропонованих ним критеріїв [22, с. 384]. Проте, аналіз визначеного цим вченим кола складів злочинів, всі з яких він відносить до суміжних, показує, що об'єднані вони в це коло лише за таким критерієм, як наявність спільних ознак. Тому в це коло потрапили як склади злочинів, що відрізняються за несумісними за змістом ознаками (власне суміжні), так і ті, що відрізняються за сумісними за змістом ознаками (передбачені конкуруючими нормами).

С.В. Расторопов розглядав окремо: розмежування складів злочинів в межах групи, яку прийнято відносити до злочинів проти здоров'я людини, об'єднаних у главі 16 КК РФ, та відмежування складів злочинів проти здоров'я людини від складів злочинів, що мають своїм наслідком шкоду здоров'ю у різних її проявах, поміщених до інших глав КК РФ, котрі він не включав до системи злочинів проти здоров'я ні у вузькому, ні у широкому її розумінні. Хоча принципових відмінностей у розмежуванні складів злочинів зі спільними ознаками залежно від їхнього розташування у тій чи іншій структурній частині Особливої частини КК (главі, розділі) не існує. Не виявив (принаймні не назвав) їх і С.В. Расторопов. Встановленню ж типу взаємозв'язків між відповідними складами злочинів цей автор значення не надавав. Тому типових правил кваліфікації для розглядуваної категорії злочинів дослідник не запропонував. Розмежовуючи їх, цей автор зупинився лише на ознаках, за якими, на його думку, можна розмежувати відповідні склади злочинів. Проте, виділив ці ознаки не за їхньою функцією у розмежуванні складів злочинів, а за приналежністю до основних, привілейованих,

кваліфікованих чи особливо кваліфікованих складів злочинів. Відповідно, ознаки, що розмежовують склади злочинів в межах групи, яку прийнято відносити до злочинів проти здоров'я людини, цей вчений поділив на: загальні, окремі, одиничні. Запропонований С.В. Растороповим концептуальний підхід не дає можливості правильно визначити у конкретному випадку правозастосування, який із складів злочинів зі спільними ознаками підлягає застосуванню. Цей підхід привів його автора до хибних висновків стосовно можливості тих чи інших ознак складу злочину виконувати розмежувальну функцію. Зокрема, він вважає, що за віком суб'єкта розмежовуються, з одного боку, склади злочинів умисного заподіяння тяжкої (ст. 111 КК РФ) і середньої тяжкості шкоди здоров'ю (ст. 112 КК РФ), суб'єктом яких визнається особа, яка на момент вчинення злочину досягла чотирнадцятирічного віку, і, з другого боку – склади злочинів, передбачені ст. 113, ч. 1 ст. 114, ч. 2 ст. 114, ст. ст. 115, 117, 118, 121, ч. 2, 3, 4 ст. 122, ч. 3 ст. 123, ст. 124 КК РФ, зокрема, умисного заподіяння тяжкої чи середньої шкоди здоров'ю при перевищенні заходів, необхідних для затримання особи, яка вчинила злочин, суб'єктом яких є особа, яка досягла шістнадцятирічного віку [22, с. 360–361]. Вважаю, що вікова ознака загального суб'єкта злочину об'єктивно не має і не може мати розмежувальних властивостей [7, с. 208–218]. Адже зміст розмежувальної ознаки має бути таким, щоб склади злочинів можна було відрізнити як теоретично, так і практично, і, в решті-решт, у ході кримінально-правової кваліфікації вчиненого із складів злочинів, включених до версії кримінально-правової кваліфікації, обрати той, який відповідає фактичним ознакам вчиненого діяння. Повертаючись до прикладів, наведених С.В. Растороповим, але інтерпретувавши їх до КК України, наприклад, умисного заподіяння тяжкого тілесного ушкодження (ст. 121 КК), суб'єктом якого, відповідно до ч. 2 ст. 22 КК визнається особа, яка на момент вчинення злочину досягла чотирнадцятирічного віку, і, з другого боку, – склад злочину, передбачений ст. 124 КК “Умисне заподіяння тяжких тілесних ушкоджень у разі перевищення меж необхідної оборони або у разі перевищення заходів, необхідних для затримання злочинця”, суб'єктом якого є особа, яка досягла шістнадцятирічного віку, то дійсно, особу яка вчинила діяння, що містить ознаки об'єктивної та суб'єктивної сторони складу злочину, закріпленого у ст. 124 КК, але не досягла 16 років, не можна притягнути до відповідальності за цією статтею. Але це не означає, що через відсутність вікової ознаки суб'єкта складу умисного заподіяння тяжких тілесних ушкоджень у разі перевищення меж необхідної оборони або у разі перевищення заходів, необхідних для затримання злочинця, особі можна інкримінувати вчинення більш тяжкого злочину – умисного заподіяння тяжкого тілесного ушкодження (ст. 121 КК). Досягнення 16-річного віку як ознака суб'єкта умисного заподіяння тяжких тілесних ушкоджень у разі перевищення меж необхідної оборони або у разі перевищення заходів, необхідних для затримання злочинця є одним з критеріїв криміналізації (криміноутворюючою ознакою) цього суспільно небезпечного діяння і, звісно, має значення для кваліфікації вчиненого, але ця ознака не є тією, що уможливорює вибір одного з кількох складів злочинів зі спільними ознаками, тому вона не може бути ні критерієм розмежування, ні відмінною ознакою конкуруючих норм. Розглядувані норми співвідносяться як загальна і спеціальна. Але спеціальний характер відповідної норми визначає не одна з ознак загального суб'єкта – вік, з якого може наставати кримінальна відповідальність, а обстановка вчинення злочину. Відсутність специфічної обстановки вчинення злочину означає, що вчинене діяння не охоплюється спеціальною нормою, а тому має кваліфікуватись за загальною.

Відсутність же однієї з ознак загального суб'єкта означає, як писав Б.А. Курінов [15, с. 101], відсутність складу злочину.

Також С.В. Расторопов, наводячи приклади того, як за ознаками, що характеризують потерпілого, розмежовуються окремі склади злочинів, твердить, що потерпілим від злочину, передбаченого ст. 118 КК РФ “Заподіяння тяжкої шкоди здоров'ю через необережність” може бути будь-яка особа, крім вагітної жінки, чи хворого [22, с. 361–362]. Мотивує він це тим, що “вагітна жінка” названа як потерпілий у ч. 3 ст. 123 КК РФ, де встановлена відповідальність за незаконне проведення абортів, що потягло через необережність смерть потерпілої або заподіяння тяжкої шкоди її здоров'ю, а “хворий” – як потерпілий у ст. 124 КК РФ, у ч. 1 якої встановлена відповідальність за ненадання допомоги хворому, якщо воно потягло з необережності заподіяння середньої тяжкості шкоди здоров'ю хворого (ч. 1 ст. 124 КК РФ), якщо воно потягло з необережності смерть хворого або заподіяння тяжкої шкоди його здоров'ю (ч. 2 ст. 124 КК РФ) [22, с. 362]. Насправді ж порівнювані С.В.Растороповим склади злочинів є такими, що передбачені нормами, котрі можуть конкурувати як частина і ціле. І у разі конкуренції перевагу над нормою, що міститься у ст. 118 КК РФ, буде мати норма про ціле, наприклад, закріплена у ч. 3 ст. 123 КК РФ. Але це не означає, що у разі заподіяння вагітній жінці тяжкої шкоди здоров'ю в результаті вчинення будь-якого суспільно небезпечного діяння, крім незаконного проведення абортів, вчинене не може кваліфікуватись за ст. 118 КК РФ. Власне не особливості потерпілого, а особливості суспільно небезпечного діяння, перш за все, визначають відмінність між порівнюваними складами злочинів і нормами, що їх закріплюють.

А саме головне, що запропоновані С.В.Растороповим підходи не дають чіткого уявлення про систему зв'язків між складами злочинів, спільною ознакою яких є шкода здоров'ю людей у тому чи іншому прояві.

Тому метою цієї роботи є дослідження розмежування складів злочинів, спільною ознакою яких є суспільно небезпечні наслідки у вигляді шкоди здоров'ю людини, під кутом зору їх системності; виявлення закономірностей, що характеризують співвідношення всіх чи більшості таких складів злочинів; виявлення особливостей, властивих для співвідношення лише окремих таких складів злочинів.

Виклад основних положень. Перш за все, потрібно дослідити те, що об'єднує ці склади злочинів, й відповідно породжує потребу в їхньому розмежуванні – спільні ознаки. Як було задекларовано у назві цієї роботи, критерієм об'єднання відповідних складів злочинів в одну групу стало те, що ознакою кожного з них є суспільно небезпечні наслідки, що полягають у шкоді здоров'ю людини.

В одній із попередніх публікацій автора було проаналізовано зміст і можливі законодавчі перспективи понять, що позначають спільну для певної групи складів злочинів ознаку – суспільно небезпечні наслідки у вигляді шкоди здоров'ю людини у різних їхніх проявах. Далі потрібно розглянути інші спільні ознаки складів злочинів, що мають своїм наслідком певну шкоду здоров'ю.

Одним з критеріїв, за яким можна класифікувати злочини, що мають своїм наслідком шкоду здоров'ю, є форма вини. Роль форми вини в розмежуванні складів злочинів, в яких єдиним, основним чи додатковим безпосереднім об'єктом є здоров'я людини, неоднакова стосовно різних складів злочинів. Для складів злочинів з однаковою формою вини вона є спільною ознакою. Водночас форма вини є розмежувальною ознакою між умисними і необережними злочинами, що мають своїм наслідком шкоду здоров'ю.

Серед складів злочинів, поміщених до розділу II Особливої частини КК, такими, суб'єктивна сторона котрих характеризується умислом щодо наслідків у вигляді шкоди здоров'ю людини, є “Умисне тяжке тілесне ушкодження” (ч. 1 і 2 ст. 121 КК), “Умисне середньої тяжкості тілесне ушкодження” (ч. 1 і 2 ст. 122 КК), “Умисне тяжке тілесне ушкодження, заподіяне в стані сильного душевного хвилювання” (ст. 123 КК), “Умисне заподіяння тяжких тілесних ушкоджень у разі перевищення меж необхідної оборони або у разі перевищення заходів, необхідних для затримання злочинця” (ст. 124 КК), “Умисне легке тілесне ушкодження” (ст. 125 КК), “Побої і мордування” (ст. 126 КК), “Катування” (ст. 127 КК).

Злочини, передбачені статтями інших розділів Особливої частини, суб'єктивна сторона яких характеризується умисним відношенням винного до наслідків у вигляді шкоди здоров'ю людини, які виступають ознакою основного чи кваліфікованого складу злочину, можна перелічити вичерпно. На умисну форму вини щодо наслідків у вигляді шкоди здоров'ю прямо вказує таке суспільно небезпечне діяння, що полягає у застосуванні фізичного насильства [19, с. 25] у будь-якому кількісному його прояві: “Грабіж” (ч. 2 ст. 186 КК), “Розбій” (ст. 187 КК), “Вимагання” (ч. 3, 4 ст. 189 КК); “Згвалтування” (ст. 152 КК); “Насильницьке задоволення статевої пристрасті неприродним способом” (ст. 153 КК), “Захоплення заручників” (ч. 2 ст. 147 КК). Слід зауважити, що немає підстав стверджувати, що наведені злочини характеризуються лише умисним ставленням винного до наслідків у вигляді конкретних для цих злочинів проявів шкоди здоров'ю. Складами цих злочинів охоплюється й заподіяння відповідних наслідків через необережність. Хоча у кримінальному праві висловлюється й інша точка зору. Наприклад, Н.А. Лопашенко зазначає, що у науці кримінального права всі вчені одностайні щодо того, що насильство може бути вчинене лише умисно. Саме тому, вважає вона, необережне заподіяння в ході розбою шкоди здоров'ю будь-якого ступеня тяжкості повинно отримати додаткову кваліфікацію [16, с. 84–85]. Погоджуючись з тим, що вказівка на насильницький спосіб вчинення злочину по суті є вказівкою на умисний характер суспільно-небезпечного діяння, що вчиняється таким способом, котрий є іманентним для насильства. Тим не менше не можна погодитись з тим, що усвідомлення суспільно небезпечного характеру свого діяння однозначно означає лише умисне відношення до всіх його наслідків. У законі є маса прикладів складів злочинів, коли за наявності ознак, що характеризують ставлення винного до діяння, котре властиве для умисного злочину, існує необережне відношення до його наслідків, принаймні одного з них, наприклад умисне тяжке тілесне ушкодження, що спричинило смерть потерпілого (ч. 2 ст. 121 КК).

Виходячи з аналізу сукупності об'єктивних і суб'єктивних ознак, не можливо заперечувати, що суб'єктивна сторона кваліфікованих видів злочинів: “Терористичний акт” (ч. 3 ст. 258 КК), “Застосування зброї масового знищення” (ч. 2 ст. 439 КК), чи основного складу злочину “Геноцид” (ст. 442 КК) включає й умисне ставлення до наслідків у вигляді шкоди здоров'ю людини. Вказівка на мету спричинити шкоду здоров'ю людей у ч. 2 ст. 265 КК “Незаконне поводження з радіоактивними матеріалами” по суті є вказівкою на вину у виді прямого умислу щодо “інших тяжких наслідків” – одного з альтернативних наслідків складу злочину, передбаченого ч. 3 ст. 265 КК. Така сама конструкція приводить до висновку про прямий умисел щодо інших тяжких наслідків у складі злочину, що міститься у ч. 3 ст. 265 КК “Незаконне виготовлення ядерного вибухового пристрою чи пристрою, що розсіює радіоактивний матеріал або випромінює

радіацію". Пряма вказівка у диспозиціях відповідних статей не залишає сумнівів про виключно умисне відношення винного до наслідків у вигляді різноманітних проявів шкоди здоров'ю у таких злочинах як: "Погроза або насильство щодо працівника правоохоронного органу" (ч. 2, 3 ст. 345 КК); "Погроза або насильство щодо державного чи громадського діяча" (ч. 2, 3 ст. 346 КК); "Погроза або насильство щодо службової особи чи громадянина, який виконує громадський обов'язок" (ч. 2, 3 ст. 350 КК); "Погроза або насильство щодо судді, народного засідателя чи присяжного" (ч. 2, 3 ст. 377 КК); "Погроза або насильство щодо захисника чи представника особи" (ч. 2, 3 ст. 398 КК). У ч. 2 ст. 405 КК "Погроза або насильство щодо начальника" немає прямої вказівки на умисну форму вини в цьому злочині. Таку прогалину можна вважати недоліком законодавчої техніки. Проте висновок про умисний характер аналізованого злочину робиться на підставі вказівки на наявність мотиву як ознаки складу злочину, закріпленого у ч. 2 ст. 405 КК. Такі самі висновки щодо суб'єктивної сторони цього складу злочину зустрічаємо й у спеціальній літературі [20, с. 41; 25, с. 118].

Враховуючи усталений на сьогодні в теорії підхід, згідно з яким такий спосіб вчинення злочину, як фізичне насильство та виділені за кількісним критерієм його прояви: насильство, що є небезпечним для життя чи здоров'я потерпілого та насильство, яке не є небезпечним для життя чи здоров'я потерпілого, охоплює й наслідки у вигляді шкоди здоров'ю людей, то вказівкою на умисне відношення винного до відповідних наслідків є вказівка на насильницький спосіб вчинення певного злочину.

Суб'єктивна сторона злочинів, передбачених усіма іншими статтями, як розділу II, так і інших розділів Особливої частини, до наслідків у вигляді шкоди здоров'ю, позначених термінами "тяжкі наслідки", "інші тяжкі наслідки", що виступають ознакою основного чи кваліфікованого складу злочину, характеризується лише необережною формою вини. Відповідні положення можна зустріти у роз'ясненнях Пленуму Верховного Суду. Наприклад, щодо злочинів проти безпеки дорожнього руху та експлуатації транспорту дане роз'яснення, з якого випливає, що відповідальність за статтями 286–288, 415 КК настає лише за необережної форми вини щодо наслідків у вигляді смерті чи шкоди здоров'ю. За наявності ж умисної форми вини щодо відповідних наслідків, дії винного пропонується кваліфікувати за статтями КК, в яких встановлено відповідальність за умисні злочини проти життя та здоров'я особи [21, п. 8]. Теза про те, що психічне відношення винного до наслідків, названих у КК, як загибель людей чи інші тяжкі наслідки, може бути лише необережним, є загально визнаною у кримінально-правовій літературі. У роботах присвячених окремим злочинам це підкреслюється авторами [4, с. 67; 20, с. 11; 26, с. 72]. Виняток становлять склади злочинів, що містяться у диспозиціях статей Особливої частини КК, де є пряма вказівка на умисну форму вини щодо загибелі людей чи інших тяжких наслідків, наприклад, названі вище ч. 3 ст. 265 КК, ч. 3 ст. 265¹ КК. Для більшої ясності варто було б у ч. 2 і ч. 3 цих статей слово "загибель" у терміні "загибель людей" замінити словом "знищення", лінгвістичне значення якого більше відповідає умисному характеру відповідних злочинів.

Для того, щоб уникнути різних тлумачень про форму вини щодо тих чи інших наслідків, що полягають у заподіянні шкоди здоров'ю людини, у складах злочинів, що не відносяться до групи складів злочинів проти здоров'я, доцільно вказівку на форму вини закріпити у самому КК. У КК РФ вказівка на необережну форму вини міститься у диспозиціях відповідних статей (частин статей) Особливої частини КК.

Але виходячи з того, що перелік злочинів, що мають своїм наслідком заподіяння шкоди здоров'ю людини, для яких характерним є умисне ставлення винного до відповідних наслідків, не є численним, і керуючись принципом економії тексту кримінального закону, доцільніше було б такий перелік закріпити у статті Загальної частини КК.

З'ясувавши проблемні питання визначення змісту такої спільної ознаки досліджуваної групи складів злочинів, як суспільно небезпечні наслідки, та розподіливши їх за формами вини, потрібно перейти до встановлення характеру співвідношення між відповідними складами злочинів та нормами, що їх закріплюють. Спершу встановимо характер співвідношення окремо: у межах групи умисних розглядуваних злочинів, та в межах групи, об'єднаної спільністю суспільно небезпечних наслідків, кожен з яких є конкретним проявом шкоди здоров'ю людини, та необережною формою вини щодо цих наслідків.

Склади злочинів, що мають спільні, тобто повністю чи частково збіжні за змістом ознаки, можуть співвідноситись як суміжні, або як такі, що передбачені конкуруючими нормами. Відмінність – у правилах кваліфікації. Характер співвідношення між відповідними складами злочинів встановлюється за такими критеріями: характером співвідношення норм, якими передбачені ціклади злочинів; характером співвідношення спільних ознак цих складів злочинів; характером співвідношення ознак, зміст яких не співпадає у складах злочинів, про які йдеться [6, с. 263–282].

Кожна з норм про умисний склад злочину, єдиним або основним безпосереднім об'єктом якого є здоров'я людини, крім “Катування” (ст. 127 КК) співвідноситься як частина відносно кожної з норм, що передбачають заподіяння більш тяжкої умисної шкоди здоров'ю. Так, норма про побої (ч. 1 ст. 126 КК) співвідноситься як частина стосовно норми про умисне легке тілесне ушкодження, що не спричинило короточасного розладу здоров'я або незначної втрати працездатності (ч. 1 ст. 125 КК), котра в свою чергу може бути частиною норми про умисне легке тілесне ушкодження, що спричинило короточасний розлад здоров'я або незначну втрату працездатності (ч. 2 ст. 125 КК). Остання – частиною норми про умисне середньої тяжкості тілесне ушкодження (ч. 1 ст. 122 КК) і так далі. Норма про основний склад умисного тяжкого тілесного ушкодження (ч. 1 ст. 121 КК) може перебувати в потенційній частковій конкуренції з нормою про кваліфікований склад цього злочину (ч. 2 ст. 121 КК), як частина з цілим в частині такої кваліфікуючої ознаки, як спричинення смерті потерпілого. Саме такий характер співвідношення пояснюється тим, що єдина ознака, за якою відрізняються відповідніклади злочинів, – це тяжкість шкоди здоров'ю. Поняття про менш тяжкий з таких видів шкоди здоров'ю співвідносяться як частина з поняттям про тяжчий з таких видів шкоди здоров'ю.

Норми про основний та кваліфікованийклади кожного з умисних злочинів проти здоров'я в частині тих кваліфікуючих ознак, що не пов'язані із заподіянням більш тяжкої шкоди здоров'ю, можуть перебувати у потенційній конкуренції загальної та спеціальної норм. Таке саме співвідношення мають норми про умисні злочини проти здоров'я, одна з яких містить основний, а інша – склад злочину з пом'якшуючими ознаками. Ознаками, що визначають спеціальний характер норми, є, наприклад, спосіб, що має характер особливого мучення, групою осіб, з метою залякування потерпілого або інших осіб, як у ч. 2 ст. 121 КК; стан сильного душевного хвилювання, як у ст. 123 КК; обстановка необхідної оборони, як у ст. 124 КК.

Також спеціальною відносно загальної норми, закріпленої у ч. 1 ст. 126 КК “Побої і мордування” є норма “Катування” (ч. 1 ст. 127 КК). Слід звернути увагу на наявність колізії між нормою про основний склад катування та нормою про кваліфікований склад побоїв і мордування в частині такої кваліфікуючої ознаки, як мета залякування потерпілого чи його близьких. Саме колізія, а не конкуренція, як цю проблему називає М.І. Хавронюк [18, с. 296], має місце тому, що одне й те саме за своєю суттю явище реальної дійсності одержало різну кримінально-правову оцінку з боку законодавця. Також не можна погодитися з М.І. Хавронюком, що розглядувані склади злочинів слід розмежовувати за наявністю мети. Суть проблеми якраз і полягає у тому, що в обох складах названа така ознака як мета, що має однаковий зміст. Викладення ст. 127 КК у новій редакції (Закон України від 15.04.2008 р.) не ліквідувало наявності колізії названих кримінально-правових норм. Про колізію норми, про основний склад катування та про кваліфіковані склади умисного тяжкого тілесного ушкодження, умисного середньої тяжкості тілесного ушкодження в частині такої їх кваліфікуючої ознаки, як “залякування потерпілого та інших осіб (або його родичів), в цьому випадку не йдеться. На мою думку, норма про катування не охоплює наслідків у вигляді тілесних ушкоджень, оскільки у диспозиції ч. 1 ст. 127 КК про такі наслідки не йдеться. З аналізу конструкції складу злочину випливає, що “інші насильницькі дії” в системі ознак складу цього злочину посідають місце способу вчинення злочину.

Конкуренція кількох спеціальних норм між собою може виникнути між нормами про кваліфікований склад умисного тяжкого тілесного ушкодження (ч. 2 ст. 121 КК), в частині таких кваліфікуючих ознак, як: вчинення способом, що має характер особливого мучення, вчинення групою осіб, та про відповідні склади злочинів з пом'якшуючими ознаками (ст. 123, ст. 124 КК). Як відомо, вчинене повинно кваліфікуватися за нормою про склад злочину з пом'якшуючими ознаками.

У разі настання смерті через необережність, спричиненої умисним тяжким тілесним ушкодженням, заподіяним у стані сильного душевного хвилювання (ст. 123 КК) чи у разі перевищення меж необхідної оборони або у разі перевищення заходів, необхідних для затримання злочинця (ст. 124 КК), виникає запитання про характер співвідношення між кожною з норм з пом'якшуючими ознаками, закріплених, відповідно, у ст. 123 КК чи ст. 124 КК із нормою про умисне тяжке тілесне ушкодження, що спричинило смерть потерпілого (ч. 2 ст. 121 КК). Між названими нормами не існує співвідношення кількох спеціальних норм між собою. Для такого типу співвідношення властивою є наявність норми, що є загальною відносно обох (кількох) спеціальних норм [17, с. 146]. А норма про основний склад тяжкого тілесного ушкодження (ч. 1 ст. 121 КК) є загальною лише щодо кожної з названих вище норм з пом'якшуючими ознаками. Стосовно ж норми про кваліфікований склад умисного тяжкого тілесного ушкодження, що спричинило смерть потерпілого, вона є нормою про частину.

У кримінально-правовій літературі доведено, що перебування особи у стані сильного душевного хвилювання унеможливорює наявність необережної форми вини щодо наслідків своєї поведінки, що обумовлено психофізіологічними особливостями такого стану [9, с. 134–138]. Відповідно, настання наслідків поведінки особи, яка перебувала у стані сильного душевного хвилювання, за відсутності умисної форми вини, слід розглядати як невинне спричинення шкоди. Звідси випливає, що конкуренції між нормою про умисне тяжке тілесне ушкодження, заподіяне у стані сильного душевного хвилювання (ст. 123 КК) та

нормою про умисне тяжке тілесне ушкодження, що спричинило смерть потерпілого (ч. 2 ст. 121 КК) в принципі виникнути не може. У разі настання смерті через необережність, спричиненої умисним тяжким тілесним ушкодженням, заподіяним у стані сильного душевного хвилювання (ст. 123 КК) виникає конкуренція між нормою, закріпленою у ч. 1 ст. 121 КК, та нормою, що міститься у ст. 123 КК, що є конкуренцією загальної і спеціальної норм, яка вирішується на користь застосування спеціальної норми – “Умисне тяжке тілесне ушкодження, заподіяне у стані сильного душевного хвилювання” (ст. 123 КК).

Що стосується заподіяння смерті через необережність унаслідок умисного тяжкого тілесного ушкодження, заподіяного у разі перевищення меж необхідної оборони або у разі перевищення заходів, необхідних для затримання злочинця, то з посиланням на положення чинного законодавства (ч. 3 ст. 36 КК) у кримінально-правовій літературі констатують, що вчинене кваліфікується лише за ст. 124 КК [9, с. 140]. Відповідно й у цьому випадку конкуренції між нормами, закріпленими у ст. 124 КК та ч. 2 ст. 121 КК виникнути не може.

Як відомо, наслідки у вигляді тяжкого тілесного ушкодження та середньої тяжкості тілесного ушкодження є складовою частиною наслідків, названих в законі іншими термінами, наприклад, тяжких наслідків, інших тяжких наслідків та особливо тяжких наслідків, насильства, що є небезпечним для життя чи здоров'я потерпілого, а легке тілесне ушкодження, що не спричинило короточасного розладу здоров'я або незначної втрати працездатності – насильства, що не є небезпечним для життя чи здоров'я потерпілого. У співвідношенні складів “Умисного тяжкого тілесного ушкодження”, “Умисного середньої тяжкості тілесного ушкодження”, “Умисного легкого тілесного ушкодження”, з одного боку, зі складними складами злочинів, наслідки яких включають як складову частину тілесні ушкодження відповідного виду, та характеризуються умисним суб'єктивним ставленням до їх настання, і охоплюють не лише шкоду здоров'ю, а й шкоду іншого характеру, що не належить до особистих благ людини, названі склади злочинів є такими, що передбачені нормою про частину. Такими, що передбачені загальною нормою, вони є відносно норм, у яких шкода здоров'ю відповідного виду є єдиним додатковим безпосереднім об'єктом. Це, відповідно до виду шкоди здоров'ю, склади злочинів, що передбачені: ч. 2, 3 ст. 345 КК; ч. 2, 3 ст. 346 КК; ч. 2, 3 ст. 350 КК; ч. 2, 3 ст. 377 КК; ч. 2, 3 ст. 398 КК; ч. 2 ст. 405 КК. Самі ж наведені склади злочинів є суміжними між собою. Правовий статус потерпілого є розмежувальною ознакою у названих складах злочинів. Ще однією розмежувальною ознакою аналізованих складів злочинів є мотив вчинення злочину – злочин вчиняється у зв'язку з відповідною професійною діяльністю потерпілого, чи виконанням ним громадського обов'язку.

Визначивши типи співвідношення у групі складів злочинів, спільними ознаками яких є суспільно небезпечні наслідки у вигляді шкоди здоров'ю людини і умисна форма вини, що характеризує ставлення до цих наслідків, потрібно перейти до встановлення співвідношення в межах групи необережних злочинів, що заподіюють шкоду здоров'ю.

Спеціальними відносно загальної норми про необережне тяжке або середньої тяжкості тілесне ушкодження (ст. 128 КК) є норми, де у складах закріплених у них злочинів здоров'я людини виступає додатковим об'єктом: єдиним або в альтернативі з іншими особистими благами людини (життям...). Для цих складів злочинів властивою є однакова (необережна) форма вини, що характеризує

суб'єктивне ставлення до всіх альтернативних наслідків. Це склади злочинів, передбачені статтями розділу II Особливої частини КК (ч. 2 ст. 134; ч. 3 ст. 135; ч. 1 ст. 136; ч. 2 ст. 139; ст. 140; ч. 1 ст. 141 КК) та інших розділів Особливої частини КК, наприклад: “Злочини проти волі, честі та гідності особи” (ч. 3 ст. 146; ч. 2 ст. 147; ч. 3 ст. 149 КК), “Злочини проти безпеки руху та експлуатації транспорту” (ч. 1, 2 ст. 286; ст. 287; ст. 288 КК), “Злочини проти безпеки виробництва” (ч. 1, 2 ст. 271; ч. 1, 2 ст. 272; ч. 1, 2 ст. 273; ч. 1, 2 ст. 274; ч. 1, 2 ст. 275 КК).

Норми, що містять склади злочинів, де здоров'я людини є одним з альтернативних додаткових безпосередніх об'єктів поряд з іншими суспільними відносинами, що формуються довкола блага, яке не є особистим благом людини, є нормами про ціле відносно норми про необережне тяжке або середньої тяжкості тілесне ушкодження (ст. 128 КК). Наприклад, злочини проти довкілля (ч. 2 ст. 242, ч. 2 ст. 243, ч. 2 ст. 245 КК).

Наявність усіх спільних ознак, крім однієї – форми вини, обумовлює потребу визначити, яке співвідношення існує між основним складом умисного тяжкого тілесного ушкодження (ч. 1 ст. 121 КК), складом умисного середньої тяжкості тілесного ушкодження (ч. 1 ст. 122 КК), з одного боку, та складом необережного тяжкого або середньої тяжкості тілесного ушкодження (ст. 128 КК) – з другого. Вони є суміжними складами злочинів. Розмежувальною ознакою між ними є форма вини.

Суміжними зі складом умисного тяжкого тілесного ушкодження є всі склади злочинів, передбачені нормами, що є спеціальними відносно загальної норми про необережне тяжке або середньої тяжкості тілесне ушкодження, а також тими, у співвідношенні з якими норма про необережне тяжке або середньої тяжкості тілесне ушкодження є нормою про частину. Також суміжними зі складом “Необережне тяжке або середньої тяжкості тілесне ушкодження” є склади злочинів, у співвідношенні з якими склад умисного тяжкого тілесного ушкодження є таким, що передбачений загальною нормою, чи нормою про частину, крім тих, для яких властивим є як умисне, так і необережне відношення до відповідних наслідків [8, с. 245–248]. Суміжними відносно складів злочинів, передбачених нормами, що є конкуруючими з нормою про необережне тяжке або середньої тяжкості тілесне ушкодження, є склади злочинів, що містяться у нормах, конкуруючих з нормою про основний склад умисного тяжкого тілесного ушкодження, крім тих, для яких властивим є як умисне, так і необережне відношення до відповідних наслідків. Розмежувальною ознакою у цих випадках є також форма вини. Логічним продовженням сказаного є висновки про те, що якщо під час встановлення фактичних обставин справи буде доведена наявність умислу на заподіяння відповідного виду шкоди здоров'ю людини, то у версію кримінально-правової кваліфікації склади злочинів, для яких властивим є необережне ставлення винного до відповідних наслідків включатись не повинні. Виняток становлять склади злочинів, для яких характерним є як умисне, так і необережне відношення до відповідних наслідків. Так, наприклад, порушення правил екологічної безпеки під час проектування, розміщення, будівництва, реконструкції, введення в експлуатацію, експлуатації та ліквідації підприємств, споруд, пересувних засобів та інших об'єктів, вчинене з метою спричинити загибель людей чи інші тяжкі наслідки не може бути кваліфіковане як злочин, передбачений ст. 236 КК “Порушення правил екологічної безпеки”. Залежно від

конкретних обставин справи таке діяння підлягає кваліфікації як один із злочинів: “Терористичний акт”, “Диверсія”, “Умисне вбивство”, вчинене способом, небезпечним для життя багатьох осіб”, “Геноцид”.

Як уже було сказано вище, доцільність виявлення типу співвідношення між складами злочинів, що мають спільні ознаки, полягає у тому, що він визначає вибір правил кваліфікації, котрі застосовуються для кримінально-правової оцінки вчиненого. Правила подолання конкуренції кримінально-правових норм залежать від її виду. Вони розроблені у кримінально-правовій доктрині [14, с. 220–236; 17, с. 150–206] і застосовуються на практиці.

Заздалегідь встановлених переваг не має жодна з норм, що передбачають суміжні склади злочинів. Яка з цих норм буде застосовуватися, вирішується у кожному конкретному випадку правозастосування залежно від того, наявність якої з розмежувальних ознак буде констатована в цьому випадку. Особливого значення тут набуває оцінка фактичних обставин справи, аналіз яких і дасть змогу дійти правильного висновку про те, якою з форм вини характеризувався вчинене діяння.

Системний підхід до аналізу складів злочинів, ознакою яких є суспільно небезпечні наслідки у вигляді смерті людини, показує, що можливим є вироблення алгоритму кримінально-правової кваліфікації цих злочинів за умови вдосконалення і уніфікації термінів, що позначають відповідні ознаки складів злочинів. Критерії і способи виявлення того, яка з форм вини мала місце в кожному випадку заподіяння шкоди здоров’ю людини, достатньо повно проаналізовані у кримінально-правовій літературі [3; 12, с. 42–55]. Тому немає потреби на них зупинятись у цій роботі.

1. Байлов А.В. Кримінальна відповідальність за посягання на життя та здоров’я особи, вчинені в стані сильного душевного хвилювання. Автореферат дисер. на здобуття наукового ступеня канд. юрид. наук. – Харків: Національний університет внутрішніх справ МВС України, 2004. – 19 с.
2. Блауберг И.В., Садовский В.Н., Юдин Э.Г. Системный подход в современной науке // Проблемы методологии системного исследования. – М.: Мысль, 1970. – С.7–48.
3. Борисов В.И., Куц В.Н. Преступления против жизни и здоровья: вопросы квалификации. – Харьков: Консум, 1995. – 104 с.
4. Борисов В.И., Пашенко О.О. Злочини проти безпеки виробництва: поняття та види. Кримінальна відповідальність за порушення правил ядерної або радіаційної безпеки. Харків: Видавець СПД ФО Вапнярчук Н.М., 2006. – 224 с.
5. Борзенков Г.Н. Преступления против жизни и здоровья: закон и правоприменительная практика. Учебно-практическое пособие. – Москва: Зерцало-М, 2008. – 256 с.
6. Брич Л.П. Співвідношення суміжних складів злочинів і складів злочинів, передбачених конкуруючими нормами // Вісн. Львів. у-ту. Сер. юрид. – Вип. 42. – 2006. – С.263–282.
7. Брич Л.П. Значення ознак суб’єкта для розмежування складів злочинів // Наук. вісн. Львів. держ. у-ту внутре справ. Сер. юрид. Збірник наукових праць / Гол. ред. В.Л. Ортинський. – Львів, 2006. – Вип.3. – С.208–218.
8. Брич Л. Про кількість розмежувальних ознак у суміжних складах злочинів // Проблеми державотворення і захисту прав людини в Україні. Матеріали XIV регіональної науково-практичної конференції. 6 лютого 2008 р. – Львів: Юридичний факультет Львівського національного університету імені Івана Франка, 2008. – С.245–248.
9. Бурдін В.М. Кримінальна відповідальність за злочини, вчинені в стані сильного душевного хвилювання. – Львів: ПАІС, 2006. – 200 с.

10. Гізімчук С.В. Кримінальна відповідальність за порушення правил, норм та стандартів, що стосуються забезпечення безпеки дорожнього руху (ст. 215⁵ КК України). Харків: Університет внутрішніх справ МВС України. – 16 с.
11. Кримінальне право України. Особлива частина. Підручник для студентів юрид. вузів та факультетів. / За ред. проф. П.С. Матишевського, С.С. Яценка, доцента П.П. Андрушка. К.: Юрінком Інтер, 1999. – 896 с.
12. Кримінальне право України. Особлива частина. / За ред. професорів М.І. Бажанова, В.В. Сташиса, В.Я. Тація. – Київ-Харків: Юрінком Інтер – Право, 2002. – 494 с.
13. Кримінальне право України. Особлива частина: Підручник (Ю.В. Александров, О.О. Дудоров, В.А. Клименко та ін.). – вид.2-ге, переробл. та допов. / За ред. М.І.Мельника, В.А.Клименка. – К.: Атіка, 2008. – 712 с. – С.63–76.
14. Кудрявцев В.Н. Общая теория квалификации преступлений. – Москва: ЮРИСТЪ. – 1999. – 304 с.
15. Куринов Б.А. Научные основы квалификации преступлений. – Москва: Изд-во Московского университета, 1984. – 181 с.
16. Лопашенко Н.А. Преступления против собственности. Теоретико-прикладное исследование. – Москва: ЛексСт, 2005. – 408 с.
17. Марін О.К. Кваліфікація злочинів при конкуренції кримінально-правових норм. – К. : Атіка. – 2003. – 224 с.
18. Науково-практичний коментар до Кримінального-кодексу України. – вид. 4-те, переробл. та доповн. / За ред. М.І. Мельника, М.І. Хавронюка. – К.: Атіка, 2007. – 1184 с.
19. Панов Н.И. Квалификация нкасылственных преступлений. Учеб. пособ. – Харьков: Юрид. ин-т, 1986. – 54 с.
20. Панов М.І., Касинюк В.І., Харитонов С.О. Злочини проти встановленого порядку несення військової служби (військові злочини). – Харків: Харків юридичний, 2006. – 172 с.
21. “Про практику застосування судами України законодавства у справах про деякі злочини проти безпеки дорожнього руху та експлуатації транспорту, а також про адміністративні правопорушення на транспорті”: постанова Пленуму Верховного Суду України від 23.12.2005 р. № 14.
22. Расторопов С.В. Уголовно-правовая охрана здоровья человека от преступных посягательств: Монография. изд. 2-е, перераб. и доп. – Спб.: Издательство Р. Асланова “Юридический центр Пресс”, 2006. – 489 с.
23. Системность в уголовном праве. Материалы Российского Конгресса уголовного права, состоявшегося 31 мая – 1 июня 2007 г. – М.: ТК Велби, Изд-во Проспект, 2007. – 576 с.
24. Тихий В.П. Злочини проти життя і здоров'я особи та проти громадської безпеки: проблеми розмежування та кваліфікації // Кримінально-правова охорона життя та здоров'я особи. – Матер. наук.-практ. конф. [Харків] 22–23 квітня 2004 р. – К.-Х.: Юрінком Інтер, 2004. – 260 с. – С.35–38.
25. Хавронюк М.І., Дячук С.І., Мельник М.І. Військові злочини: коментар законодавства. – Київ: А.С.К., 2003. – 272 с.
26. Хавронюк М.І. Довідник з Особливої частини Кримінального кодексу України. – Київ: Істина, 2004. – 504 с.
27. Черданцев А.Ф. Системообразующие связи права // Советское государство и право. – 1974. – № 8. – С.10–17.
28. Шаргородский М.Д. Преступления против жизни и здоровья. – Москва: Юридическое издательство Министерства юстиции СССР, 1947. – 511 с.

**DELINEATION OF BODIES OF CRIMES THAT HAVE HARM TO
HEALTH AS SOCIALLY DANGEROUS CONSEQUENCES IN
COMMON: BODIES OF CRIMES CORRELATION**

L. Brych

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

Correlation types of bodies of crimes that have harm to health as common feature, which influence the criminal law qualification rules choice, are clarified.

Key words: bodies of crimes envisaged by competing norms, overlapping bodies of crimes.

**РАЗГРАНИЧЕНИЕ СОСТАВОВ ПРЕСТУПЛЕНИЙ,
ОБЩИМ ПРИЗНАКОМ КОТОРЫХ ЯВЛЯЮТСЯ
ОБЩЕСТВЕННО ОПАСНЫЕ ПОСЛЕДСТВИЯ
В ВИДЕ ШКОДЫ ЗДОРОВЬЮ ЧЕЛОВЕКА:
СООТНОШЕНИЕ СОСТАВОВ ПРЕСТУПЛЕНИЙ**

Л. Брич

*Львовский национальный университет имени Ивана Франка
ул. Университетская, 1, 79000 Львов, Украина*

Выяснены типы соотношения между составами преступлений, общим признаком которых являются последствия в виде вреда здоровью человека, который влияет на выбор правил криминально-правовой квалификации.

Ключевые слова: составы преступлений, предусмотренные конкурирующими нормами; смежные составы преступлений.

Стаття надійшла до редколегії 01.12.2009

Прийнята до друку 10.01.2010

КРИМІНАЛЬНО-ПРАВОВЕ ЗНАЧЕННЯ ПСИХІЧНОГО ЗАХВОРЮВАННЯ ОСОБИ ПІСЛЯ ВЧИНЕННЯ НЕЮ ЗЛОЧИНУ

В. Бурдін

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

Розглянуто кримінально-правове значення психічного захворювання особи, яке мало місце після вчинення нею злочину. Розмежовано стан неосудності з психічним станом особи після вчинення нею злочину. Зроблені відповідні пропозиції щодо вдосконалення кримінального законодавства.

Ключові слова: злочин, неосудність, осудність, психічний стан.

На сьогодні в теорії кримінального права загальноновизнаним є положення, згідно з яким питання про осудність чи неосудність особи вирішується виключно стосовно вчиненого особою злочину або суспільно небезпечного діяння, відповідно. Детально розглядаючи цю проблему, ми уточнювали, що вирішення питання про осудність чи неосудність особи має відбуватися на момент початку вчинення суспільно небезпечного діяння, передбаченого КК України [1, с. 92–93]. У контексті досліджуваної проблеми ми звертали увагу і критикували позицію окремих вчених, які вважали за можливе говорити про осудність будь-якої особи безвідносно до вчинюваного нею суспільно небезпечного діяння. По суті така сама дискусія протягом певного часу відбувалася і стосовно поняття неосудності. Окремі науковці вважали, що неосудною необхідно визнавати також ту особу, яка під час вчинення злочину була осудною, проте після вчинення злочину через психічний розлад втратила можливість забезпечувати свідомо-вольовий контроль за своєю поведінкою [2, с. 64]. Потрібно зазначити, що така позиція вчених мала певне законодавче підґрунтя. Адже вже в одній і тій самій ст. 14 Керівних начал з кримінального права 1919 р. водночас містилося положення і про неосудність, і про осіб, які після вчинення злочину через психічний розлад втратили можливість забезпечувати свідомо-вольовий контроль за своєю поведінкою. Згодом аналогічні положення були передбачені законодавцем в ст. 17 КК УРСР 1922 р., ст. 10 КК УРСР 1927 р..

Аналізуючи в цьому відношенні кримінальне законодавство 1919–1926 рр., Г.В. Назаренко зазначає, що фактично законодавець замінив поняття неосудності сурогатним еквівалентом “некараність психічно хворих”, що призвело до цілої низки теоретичних та практичних недоліків. За такого підходу в судово-психіатричній практиці та в ході судового розгляду по справах психічно хворих зникла різниця між неосудними особами, які вчинили суспільно небезпечні діяння, та особами, які вчинили злочини, але які захворіли на психічну хворобу до моменту постановлення вироку. Унаслідок цього неосудність фактично ототожнювали з некараністю психічно хворих. Вчений цілком правильно зазначає, що заперечення класичної доктрини неосудності та заміна її сурогатною категорією некараності суперечили об’єктивним тенденціям розвитку кримінального права. Нові кримінально-правові терміни явно не відповідали суті явищ, що ними позначалися, а лише відображували ідеологічні установки радянських юристів, які будували соціалістичне кримінальне право на протиставленні основним положенням класичної школи [3, с. 101–104]. В цьому

відношенні доцільно нагадати, що Основи 1924 р. та КК УРСР 1927 р. взагалі відмовилися від поняття покарання, використовуючи нове родове поняття “заходи соціального захисту”, яке охоплювало заходи судово-виправного, медичного та медико-педагогічного характеру. При цьому застосування всіх цих заходів передбачало досягнення однакових цілей. Отож, за такого підходу, справді не було потреби у розмежуванні неосудності і психічного захворювання особи, яке мало місце після вчинення нею злочину.

Одним з перших, хто вказав на неприпустимість ототожнення правового становища неосудної особи та особи, яка вчинила злочин в стані осудності, але після цього захворіла на психічне захворювання, що позбавляє її можливості забезпечувати свідомо-вольовий контроль за своєю поведінкою, був український вчений В.С. Трахтеров [4, с. 47]. Згодом його позиція була підтримана і на практиці. Зокрема, у 1952 р. ЦНДІ судової психіатрії ім. В.П. Сербського видав методичні рекомендації, які орієнтували судову практику на розмежування стану неосудності під час вчинення суспільно небезпечного діяння та хворобливого стану психіки осудної особи після вчинення злочину. На думку Г.В. Назаренко, теорія в цьому відношенні випереджувала кримінальне законодавство, яке в частині, що стосувалася неосудних, тривалий час залишалося без змін. Тільки Основи кримінального законодавства Союзу РСР та союзних республік 1958 р. вперше на законодавчому рівні, зазначає він, диференціювали неосудність як обставину, що виключає кримінальну відповідальність, та неможливість застосування покарання до особи, яка вчинила злочин в стані осудності, але до моменту постановлення вироку захворіла на психічну хворобу [5, с. 104; 3, с. 105].

Ми не можемо погодитися з Г.В. Назаренко в тій частині, в якій він вважає, що саме Основи 1958 р. почали чітко розмежовувати правове становище неосудних та осіб, які після вчинення злочину захворіли на психічну хворобу. Адже справа в тому, що і Основи 1958 р., а згодом і КК УРСР 1960 р., хоч і відійшли від старої ідеологічної термінології, зокрема повернулися до терміну покарання, проте положення про неосудність особи та некараність осіб, які захворіли на психічну хворобу після вчинення злочину, знову ж таки як і в раніше чинному кримінальному законодавстві розміщувалися поруч в одній статті, що продовжувало бути підґрунтям для припущень про їхню сутнісну тотожність. Законодавець не вирішив по суті питання про необхідність розмежування різних за своїм кримінально-правовим значенням понять, що і надалі зумовлювало слушну критику цих положень. Свого часу ще В.С. Трахтеров акцентував на необхідності виділення в самостійній статті положень про кримінально-правове значення психічного захворювання особи, яке мало місце після вчинення нею злочину [4, с. 47]. Згодом пропозиції про необхідність розмежування в окремих статтях положень про неосудність і психічне захворювання, що позбавляє особу можливості забезпечувати свідомо-вольовий контроль за своєю поведінкою, але яке мало місце після вчинення злочину, висловлювали й інші вчені, критикуючи в цій частині кримінальне законодавство, що приймалося вже після Основ 1958 р. [6, с. 14; 7, с. 127–128; 3, с. 107]. Не змінює структурно розміщення цих положень законодавець і в КК України 2001 р.. Щоправда, якщо раніше вони були розміщені в ст. 12 КК УРСР 1960 р. під назвою “Неосудність”, то в чинному КК України законодавець в межах однієї ст. 19 “Осудність” водночас формулює поняття осудності, неосудності, а також в окремій частині вказує на кримінально-правові наслідки психічного захворювання, що було виявлене вже після вчинення особою злочину. Фактично назва ст. 19 КК України неадекватно позначає її зміст і, крім того, містить різні за своїм кримінально-правовим значенням поняття.

В науковій літературі по-різному розглядають правову природу та кримінально-правові наслідки психічного захворювання особи, яке виключає її можливість забезпечувати свідомо-вольовий контроль за своєю поведінкою, що сталося після вчинення нею злочину, але до постановлення щодо неї обвинувального вироку суду. Одні вчені вважають, що в таких випадках має йтися про звільнення особи від покарання [7, с. 127–128; 3, с. 111; 8, с. 140–141]. Такий погляд певною мірою пов'язаний і з частиною 3 ст. 19 КК України, де зазначено, що особа, яка вчинила злочин у стані осудності, але до постановлення вироку захворіла на психічну хворобу, що позбавляє її можливості усвідомлювати свої дії (бездіяльність) або керувати ними, не підлягає покаранню. Інші науковці уточнюють, що в таких випадках йдеться не лише про звільнення від покарання, а про фактичне звільнення особи від кримінальної відповідальності [9, с. 155; 10, с. 589].

На наш погляд, жоден з наведених поглядів не може бути визнаний правильним. Річ у тому, що по відношенню до особи, яка ще тільки перебуває на стадії досудового слідства чи судового розгляду справи, неправильно використовувати поняття “звільнення від покарання” або “звільнення від кримінальної відповідальності”, оскільки, як зазначає сам законодавець, щодо неї ще не постановлено обвинувального вироку. Питання про звільнення від кримінальної відповідальності взагалі або тільки від покарання вирішується тільки щодо особи, вина якої у вчиненні злочину доведена. Тому у частині 3 ст. 19 КК України йдеться не про кримінально-правові інститути звільнення від кримінальної відповідальності або від покарання, а про обставини, які перешкоджають процесуальному порядку провадження у справі. Адже психічне захворювання, про яке йдеться в частині 3 ст. 19 КК України, не впливає на зміст матеріального кримінального правовідношення, не змінює його суті. Ми не можемо погодитися з Ю.М. Ткачевським, який вважає, що особи, які втратили можливість забезпечувати свідомо-вольовий контроль за своєю поведінкою після вчинення злочину, можуть визнаватися неосудними, оскільки вони також не підлягають кримінальній відповідальності [11, с. 54–55]. На нашу думку, вчений допускає помилку. Адже особа, яка вчинила злочин у стані осудності, підлягає кримінальній відповідальності, звідси, якщо у вчиненому нею діянні є всі ознаки складу злочину. Інша справа, що після вчинення нею злочину можуть виникнути обставини, які перешкоджатимуть покладенню на особу такої відповідальності, але їх виникнення не змінює суті кримінального правовідношення.

З огляду на викладене, неточною видається і вказівка законодавця на те, що особа, яка після вчинення злочину захворіла на психічне захворювання, не підлягає покаранню. Втрата особою після вчинення злочину можливості забезпечувати свідомо-вольовий контроль за своєю поведінкою, не означає, що така особа перестала бути суб'єктом кримінально-правового відношення, яке виникло внаслідок вчинення нею злочину. Зазначений факт може бути тільки підставою, яка тимчасово перешкоджає доведенню її вини відповідними процесуальними засобами і відповідному процесуальному оформленню накладення на неї кримінальної відповідальності. Цілком слушно вважають окремі психіатри, що в тих випадках, коли психічний розлад стався після вчинення злочину, йдеться не про можливість усвідомлювати та керувати якоюсь конкретною поведінкою як це є при неосудності, а йдеться про неможливість усвідомлювати та здійснювати свої права як підозрюваного, обвинуваченого або підсудного, правильно сприймати дані досудового та судового слідства та активно користуватися цими даними

[12, с. 35]. Інакше кажучи у цьому випадку йдеться про тимчасову процесуальну недієздатність особи, яка перешкоджає розслідуванню кримінальної справи. Варто зазначити, що аналогічні положення ми таки знаходимо в КПК України. Так, відповідно до п. 2, частини 1 ст. 206 КПК України, досудове слідство в кримінальній справі зупиняється, коли психічне або інше тяжке захворювання обвинуваченого перешкоджає закінченню провадження по справі. Водночас, відповідно до частини 3 ст. 208 КПК України після видужання обвинуваченого слідство відновлюється і закінчується провадженням на загальних підставах. Згідно з частиною 2 ст. 249, а також частиною 2 ст. 280 КПК України аналогічно вирішується питання і у випадку, коли факт захворювання обвинуваченого чи підсудного було встановлено на стадії попереднього розгляду справи або судового розгляду, відповідно. У таких випадках на стадії попереднього розгляду справи суддя, а на стадії судового розгляду суд припиняють розгляд справи до видужання обвинуваченого або підсудного. Ще одним аргументом на користь того, що зазначений факт захворювання не змінює змісту кримінального правовідношення, є той, що воно не впливає на сплив строків давності, в межах яких на особу може бути накладено кримінальну відповідальність. Тому, якщо у період зупинення розслідування кримінальної справи спливають строки давності, передбачені в ст. 49 КК України, кримінальна справа підлягає закриттю.

Принагідно зазначимо, що аналогічні процесуальні положення передбачені в частині 2 ст. 84 КК України. Зокрема, в тій її частині, де вказано, що особа, яка після вчинення злочину захворіла на тяжку хворобу, може бути звільнена від покарання. Аргументом на користь того, що в цьому випадку фактично йдеться не про окремий вид звільнення від покарання, а про обставину, яка перешкоджає процесуальному порядку розгляду справи, може бути частина 4 ст. 84 КК України, в якій стосовно цього випадку зазначено, що у разі одужання такої особи, вона повинна бути направлена для відбування покарання, якщо не закінчилися строки давності, передбачені ст. 49 КК України. Крім того, вказане положення ґришить і редакційними вадами. Адже в тих випадках, коли захворювання виявили до постановлення вироку суду, особі ще не було призначено покарання, а отже після її одужання правильно говорити про відновлення провадження у справі, а не про направлення її для відбування ще не призначеного покарання. З огляду на викладене, нам видається, що положення частини 3 ст. 19 КК України, а також перелічені положення частини 2 ст. 84 КК України є процесуальними за своєю суттю, які дублюють вже наявні положення ст. ст. 208, 249, 280 КПК України. Отож, вважаємо, що положення частини 3 ст. 19 КК України, а також відповідні положення частини 2 ст. 84 КК України доцільно вилучити як такі, що не стосуються матеріального кримінального права.

Неоднозначно, а подеколи і дуже суперечливо вирішується в законодавстві питання про кримінально-правові наслідки настання різних обставин, зокрема захворювання, що були виявлені після постановлення стосовно особи обвинувального вироку суду. Законодавець передбачає окремі положення стосовно осіб, які після постановлення вироку захворіли на психічні захворювання. Так, у частині 1 ст. 84 КК України зазначено, що звільняється від покарання особа, яка під час його відбування захворіла на психічну хворобу, що позбавляє її можливості усвідомлювати свої дії (бездіяльність) або керувати ними. Аналогічні кримінально-правові наслідки передбачені і у випадку іншого тяжкого захворювання особи, що було виявлене після постановлення обвинувального вироку суду. В частині 2 ст. 82 КК України стосовно таких випадків зазначено, що особа, яка після постановлення

вироку захворіла на іншу тяжку хворобу, що перешкоджає відбуванню покарання, може бути звільнена від покарання або від його подальшого відбування. Щоправда, при цьому законодавець вказує, що остаточне вирішення цього питання залежить від тяжкості вчиненого злочину, характеру захворювання, особи засудженого, а також інших обставин справи.

На наш погляд, формулюючи ці положення, законодавець не зовсім правильно оперує кримінально-правовими термінами для позначення правових наслідків таких захворювань. Адже і в першому, і в другому випадках мова фактично йдеться не про звільнення від покарання і навіть не про звільнення від відбування чи подальшого відбування призначеного особі покарання, а про зупинення його відбування та виконання. Такий висновок робимо, керуючись частиною 4 ст. 84 КК України, де вказано, що у разі одужання зазначених у ч. 1 та 2 ст. 84 КК України осіб, вони повинні бути скеровані для відбування покарання, якщо не закінчилися строки давності або немає інших підстав для звільнення від покарання. З огляду на викладене, дивними, на наш погляд, видаються положення частини 2 ст. 84 КК України в тій частині, коли законодавець питання про зупинення відбування та виконання покарання прив'язує до тяжкості вчиненого злочину, характеристик особи, а також інших обставин. Тим самим створюється враження, що навіть у тих випадках, коли тяжке захворювання реально перешкоджає виконанню покарання, суд може і не зупиняти його виконання. Звісно, що в таких випадках цілком можливі ситуації, коли продовження застосування покарання не буде спрямоване на реалізацію його цілей, а фактично може перетворитися на знаряддя знущання над засудженим.

Отже, ми не можемо погодитися з думкою тих вчених, які вважають, що факт захворювання особи після постановлення щодо неї обвинувального вироку суду, може мати подвійне кримінально-правове значення: 1) бути підставою для звільнення від відбування призначеного покарання; 2) бути підставою для звільнення від подальшого відбування призначеного покарання, якщо захворювання виявили під час фактичного відбування покарання [3, с. 111; 9, с. 157, 159; 10, с. 591, 593]. Адже, як вже зазначено, сам факт захворювання розглядається законодавцем як тимчасова перешкода виконання покарання, яка за умови її зникнення не перешкоджає подальшому процесу його виконання. Єдині реальні види звільнення від відбування покарання або від подальшого його відбування, передбачені в частині 3 ст. 84 КК України, де йдеться про те, що військовослужбовці, які засуджені до службового обмеження, арешту або тримання в дисциплінарному батальйоні, в разі визнання їх непридатними до військової служби за станом здоров'я звільняються від покарання. Щоправда, одразу треба зробити уточнення, що в цьому випадку йдеться не про звільнення від покарання, як про це вказує законодавець, оскільки воно вже призначене, а про звільнення від відбування призначеного покарання або про звільнення від подальшого його відбування, що, звичайно, не одне і те ж саме. Крім того, вказані положення викликають у нас і інші заперечення. Адже незрозуміло, чому військовослужбовці опиняються в кращому становищі порівняно з іншими засудженими, щодо яких в таких випадках виконання покарання тільки зупиняється?

Ще більше неузгодженостей, на наш погляд, містить законодавство у тій частині, що стосується інших обставин, які перешкоджають виконанню покарання. Так, наприклад, в частині 5 ст. 53 КК України зазначено, що у разі неможливості сплати штрафу суд може замінити несплачену суму штрафу покаранням у вигляді

громадських або виправних робіт. Нам видається, що така законодавча позиція просто не витримує критики. По-перше, в таких випадках відбувається фактично скасування та заміна законного за своєю суттю на момент постановлення обвинувального вироку суду, яким особі було призначене певне покарання. Тобто особа, яка засуджена до штрафу, по суті повинна відбувати інше покарання і при цьому вирок суду формально не скасовується і не змінюється. По-друге, до уваги треба брати і те, що штраф – найлегше покарання, а замінюється воно більш суворими видами покарання – громадськими чи виправними роботами [13, с. 52–53]. В частині 8 ст. 59 КВК України зазначено, що стосовно особи, засудженої до обмеження волі, яка після постановлення вироку визнана інвалідом першої або другої групи або досягла пенсійного віку, а також жінки, яка завагітніла, кримінально-виконавча інспекція вносить до суду подання про звільнення такої особи від відбування покарання. Так само вирішується це питання щодо особи, засудженої до громадських робіт. Так, в частині 3 ст. 37 КВК України зазначено, що стосовно особи, яка після постановлення вироку визнана інвалідом першої або другої групи або досягла пенсійного віку, а також жінки, яка завагітніла, кримінально-виконавча інспекція направляє до суду подання про звільнення її від подальшого відбування покарання. Не зважаючи на принципову подібність за своєю суттю таких покарань, як громадські роботи та виправні роботи, стосовно виправних робіт законодавцем встановлені дещо інші правила вирішення цієї проблеми. В ч. 3 ст. 57 КК України вказано, що особам, які стали непрацездатними після постановлення вироку суду, виправні роботи суд може замінити штрафом. При цьому в ч. 6 ст. 42 КВК України це положення деталізується, і зазначається, що стосовно особи, яка після постановлення вироку суду досягла пенсійного віку, а також жінки, яка завагітніла, кримінально-виконавча інспекція вносить подання до суду про звільнення такої особи від відбування покарання.

Як бачимо, законодавець стосовно різних видів покарань по-різному вирішує питання про те, що робити із засудженим, коли буде встановлена неможливість відбування та виконання призначеного покарання. При цьому в низці випадків він чинить явно нелогічно та непослідовно. Адже незрозуміло, чому в одних випадках обставини, що з часом можуть змінюватися, є підставою для зупинення виконання та відбування покарання (ч. 1, 2 ст. 84 КК України), а в інших вони є підставою для остаточного звільнення від відбування покарання або подальшого його відбування (ч. 3 ст. 37, ч. 6 ст. 42, ч. 8 ст. 59 КВК України) чи заміни одного виду покарання іншим (ч. 5 ст. 53, ч. 3 ст. 57 КК України, ч. 5 ст. 42 КВК України). Мова йде про те, що в частині 4 ст. 84 КК України зазначено, що в разі одужання засудженого він, за загальним правилом, повинен продовжити відбування покарання. Проте в частині 3 ст. 37, частині 6 ст. 42, частині 8 ст. 59 КВК України йдеться про те, що такі обставини, як вагітність, визнання особи інвалідом першої або другої групи є підставою для остаточного звільнення засудженого від відбування покарання. Водночас, вагітність триває, за загальним правилом лише дев'ять місяців і, на жаль, не завжди народжується дитина. Стосовно визнання засудженого інвалідом першої або другої групи, то не завжди таке рішення приймається з вказівкою “довічно”, адже покращення стану здоров'я може призвести до скасування відповідного рішення, крім того, що і підставою інвалідності є факт відповідного захворювання.

У контексті досліджуваної проблеми не можна не зазначити те, що стосовно окремих видів покарання законодавець взагалі нічого не вказує про те, як бути в тих випадках, коли будуть виявлені обставини, що перешкоджають

відбуванню покарання. Йдеться, наприклад, про те, що невіршеним залишається питання, як бути, коли засуджена до арешту жінка, в процесі відбування цього покарання виявиться вагітною. Адже цілком можливі випадки, що на момент постановлення вироку жінка ще не була вагітною, а завагітніла лише в процесі відбування цього покарання чи на стадії приведення вироку суду до виконання. Такі випадки можливі з урахуванням того, що між статевим актом та заплідненням яйцеклітини може бути проміжок часу до кількох днів. Зрозуміло, що застосувати до таких випадків положення частини 2 ст. 84 КК України було би неправильно, оскільки вагітність не можна розглядати як хворобу.

На наш погляд, розглянуті випадки законодавчого вирішення питання про наслідки різних обставин, які перешкоджають виконанню призначеного покарання, є вельми суперечливими. Річ у тому, що в КК України, який є за своєю суттю матеріальним законом, містяться процесуальні положення, які стосуються процедури відбування та виконання засудженими різних покарань, що є предметом регулювання норм кримінально-виконавчого права, які по своїй суті є процесуальними. Утім, в КВК України, який за своєю суттю є процесуальним законом, законодавець передбачає нові види звільнення від відбування покарання чи його подальшого відбування, як інститутів матеріального законодавства.

В цілому щодо піднятої проблеми потрібно зазначити таке. Навряд чи є підстави для казуального перерахування всіх обставин, які перешкоджають виконанню покарання і можуть бути підставою для його зупинення. Правильним, на нашу думку, буде вирішення цього питання так, щоб у разі виявлення цих обставин, виконання покарання за рішенням суду було причинене до часу зникнення обставин, що зумовили його зупинення або до закінчення строків давності виконання обвинувального вироку суду. У разі зникнення обставин, що зумовили зупинення виконання покарання до закінчення строків давності, засуджений повинен продовжити відбування покарання. В разі спливу строків давності виконання обвинувального вироку суду, особа повинна остаточно звільнитися від відбування покарання чи його подальшого відбування. Таке вирішення цієї проблеми є доцільним і з того погляду, що навіть в тих випадках, коли буде очевидним, що настали незворотні обставини, що зумовлюються неможливістю виконання покарання, які не зникнуть до спливу строків давності, засуджений знаходитиметься у стані судимості протягом строків давності, які триваліші за строки судимості, що обчислюються після звільнення особи від відбування покарання в розглянутих нами випадках. При цьому такі загальні правила, на нашу думку, треба застосовувати до всіх покарань, відбуванню яким в принципі можуть перешкоджати різні обставини. З огляду на викладене ми пропонуємо вилучити ч. 5 ст. 53, ч. 3 ст. 57, ст. 84 КК України, а також ч. 3 ст. 37, ч. 5 та 6 ст. 42, ч. 8 ст. 59 КВК України. Натомість доповнити КВК України новою статтею, в якій регламентувати процедуру зупинення виконання покарання у випадку виникнення обставин, які унеможливають його виконання. Звісно, що аналогічні правила повинні бути передбачені в КВК України і щодо усіх інших форм реалізації кримінальної відповідальності, не пов'язаних із застосуванням до засудженого покарання або із його реальним відбуванням. Так, наприклад, якщо особа, яка звільнена від відбування покарання з випробуванням відповідно до ст. 75 КК України, в період іспитового строку захворіє на

хворобу, яка перешкоджатиме реалізації цієї форми кримінальної відповідальності, її реалізація також повинна бути зупинена до одужання особи або такого покращення стану її здоров'я, який дасть змогу продовжити її реалізацію. Запропоновані положення про зупинення виконання покарання та інших форм реалізації кримінальної відповідальності, на наш погляд, повинні бути включені саме до КВК України, а не до КК України, оскільки вони за своєю суттю передбачають процедурні норми, що стосуються порядку відбування та виконання покарання, а також реалізації інших форм кримінальної відповідальності [13, с. 54–55]. Натомість ми не можемо погодитися з тими вченими, які вважають, що в цьому випадку йдеться про власне кримінально-правові, а не процесуальні положення [7, с. 130]. Адже виникнення після набрання обвинувальним вироком суду законної сили обставин, які перешкоджають виконанню призначеного покарання або іншої форми кримінальної відповідальності, не впливає на зміст кримінально-правового відношення – кримінально-правовий обов'язок відбутися призначене покарання або іншу форму кримінальної відповідальності нікуди не зникає, а зупиняється його реалізація. В таких випадках мова йдеться про “деформацію” суб'єкта процесуального кримінально-виконавчого правовідношення, в межах якого відбувається фактична реалізація кримінальної відповідальності.

У контексті досліджуваної проблеми ми не можемо не звернути увагу на ще один її аспект. Йдеться про використання законодавцем в частині 3 ст. 19 та частині 1 ст. 84 КК України положень, які фактично позначають причини, через котрі особа не може брати участі у розслідуванні кримінальної справи або відбувати покарання чи іншу форму кримінальної відповідальності, що за своїм формулюванням збігаються з інтелектуальними ознаками поняття неосудності. Адже одні і ті самі формулювання законодавець використовує для характеристики психічного стану неосудної особи та психічного стану особи після вчинення нею злочину. З огляду на такий законодавчий підхід в науковій літературі трапляється думка про те, що стосовно психічного стану осіб, які після вчинення злочину втратили можливість забезпечувати свідомо-вольовий контроль за своєю поведінкою, можна говорити про встановлення інтелектуальних ознак неосудності [14, с. 426]. Не тяжко помітити, що за своєю суттю такий підхід знову повертає нас до вже відомої позиції, коли поняття неосудності не прив'язувалося до часових меж вчинення суспільно небезпечного діяння і фактично, як засвідчував Г.В. Назаренко, замінювалося сурогатним поняттям “некараності психічно хворих”. На недопустимість такого законодавчого підходу вказував свого часу ще В.С. Трахтеров [4, с. 47]. Згодом аналогічну думку висловлювали й інші вчені. На наш погляд, треба погодитися з тими науковцями, які вважають, що після вчинення злочину вирішення питання про те, чи зберігає особа можливість забезпечувати свідомо-вольовий контроль за своїми діяннями, має значення лише в тому контексті, чи може вона за своїм психічним станом брати участь у розслідуванні кримінальної справи або відбувати призначене їй покарання чи іншу форму кримінальної відповідальності [7, с. 127–128; 3, с. 24, 107, 109–110; 9, с. 144]. У цьому випадку має значення не стільки питання про те, чи зберігає особа можливість забезпечувати свідомо-вольовий контроль за своїми діяннями, які вже можуть бути нейтральними з погляду кримінального права, має значення питання про те, а чи має змогу особа відбувати призначене їй покарання чи іншу форму кримінальної відповідальності.

Отже, на нашу думку, різного роду обставини суб'єктивного чи об'єктивного характеру, які виникають після вчинення особою злочину, не можуть змінювати суті матеріального кримінального правовідношення, навіть в тих випадках, коли вони фактично перешкоджають реалізації кримінальної відповідальності. Тому, залежно від часу виникнення таких обставин, їх можна розглядати як перешкоду для розслідування кримінальної справи або як перешкоду для реалізації вже покладеної на особу кримінальної відповідальності. Тобто, якщо після вчинення злочину але до постановлення обвинувального вироку суду виникли обставини, які перешкоджають розслідуванню кримінальної справи, її розслідування повинно бути зупинено. Якщо відповідні обставини виникли після набрання обвинувальним вирок суду законної сили, процес реалізації кримінальної відповідальності також повинен бути зупинений. При цьому ми вважаємо, що фактичний зміст відповідних обставин не повинен впливати на правові наслідки їх настання. Інакше кажучи незалежно від того, чи це соматичні або психічні захворювання, чи інші обставини об'єктивного характеру, законодавець однаково повинен зупиняти процес розслідування або процес реалізації кримінальної відповідальності. І в першому, і в другому випадках йдеться про процесуальні положення, які відповідно повинні бути регламентовані в КПК України та КВК України.

1. Бурдін В.М. До питання про часові межі осудності // Бюлетень Міністерства юстиції України. – 2007.- № 2. – С. 83–94.
2. Евлахов А. Тратовка понятия вменяемости // Социалистическая законность.- 1953.- № 10.- С. 63–64.
3. Назаренко Г.В. Невменяемость: Уголовно-релевантные психические состояния.- СПб.: Издательство “Юридический центр Пресс”, 2002.- 207 с.
4. Трахтеров В.С. Формула невменяемости в советском уголовном праве // Учёные записки ХЮИ. 1939. Вып. 1. – С. 47.
5. Назаренко Г.В. Уголовно-релевантные психические состояния лиц, совершивших преступления и общественно опасные деяния: Монография.- М.: Издательство “Ось-89”, 2001.- 240 с.
6. Шахриманьян И.К. Невменяемость по советскому уголовному праву.- Автореф. дис. канд. юрид. наук – Л., 1962. – 17 с.
7. Михеев Р.И. Проблемы вменяемости и невменяемости в советском уголовном праве.- Владивосток: Изд-во Дальневост. ун-та, 1983.- 300 с.
8. Курганов С.И. Наказание: уголовно-правовой, уголовно-исполнительный и криминологический аспекты. – М.: ТК Велби, Изд-во Проспект, 2008. – 192 с.
9. Михайлов К.В. Уголовно-правовой институт освобождения от наказания.- М.: Издательство “Юрлитинформ”, 2008.- 312 с.
10. Энциклопедия уголовного права. Т. 10. Освобождение от уголовной ответственности и наказания.- Издание профессора Малинина.- СПб ГКА, СПб., 2008.- 882 с.
11. Ткачевский Ю.М. Освобождение от наказания в связи с болезнью // Законодательство.- 2000. – № 10. – С. 54–55.
12. Судебная психиатрия / Под ред. Г.В. Морозова. – М.: Медицина, 1965. – 424 с.
13. Бурдін В.М. Штраф як вид покарання за КК України // Життя і право. – 2004. – № 6. – С. 51–60.
14. Наумов А.В. Российское уголовное право. Курс лекций. В 2-х т. Т. 1. Общая часть. изд. 3-е, перераб. и доп. – М.: Юрид. лит., 2004. – 496 с.

CRIMINAL AND LEGAL SENSE OF PERSON'S MENTAL ILLNESS AFTER CRIME COMMITMENT

V. Burdin

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

Criminal and legal sense of person's mental illness after crime commitment is considered. The state of irresponsibility is delineated from the person's mental state after crime commitment. Suggestions for criminal legislation improvement on this issue are made.

Key words: crime, irresponsibility, responsibility, mental state.

КРИМИНАЛЬНО-ПРАВОВОЕ ЗНАЧЕНИЕ ПСИХИЧЕСКОГО ЗАБОЛЕВАНИЯ ЛИЦА ПОСЛЕ СОВЕРШЕНИЯ ЕЮ ПРЕСТУПЛЕНИЯ

В. Бурдин

*Львовский национальный университет имени Ивана Франка
ул. Университетская, 1, 79000 Львов, Украина*

Рассмотрено криминально-правовое значение психического заболевания лица, которое мало место после совершения ею преступления. Размежевано состояние невменяемости с психическим состоянием лица после совершения ею преступления. Сделаны соответствующие предложения относительно совершенствования криминального законодательства.

Ключевые слова: преступление, невменяемость, вменяемость, психическое состояние.

Стаття надійшла до редколегії 02.12.2009

Прийнята до друку 10.01.2010

ОКРЕМІ АСПЕКТИ ГОТУВАННЯ ДО ЗЛОЧИНУ

І. Вакула

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

У статті висвітлено окремі аспекти готування до злочину. Зокрема, проаналізовано готування до злочину та подано визначення поняття готування до злочину, проводиться розмежування між готуванням до злочину та виявленням наміру. В статті досліджено види готування до злочину. В процесі дослідження сформульовано та запропоновано ще один вид готування – планування злочину. Визначено єдину конструкцію кримінальної відповідальності за готування до злочину.

Ключові слова: стадії вчинення злочину, готування до злочину, замах на злочин, кримінальна відповідальність за готування до злочину, види готування до злочину.

Як і інші стадії вчинення злочину стадія готування до злочину характеризується неоднозначністю наукових підходів до визначення її правової природи як інституту кримінального права.

Формування незакінченого злочину як інституту кримінального права здійснювалось протягом кількох століть. Зокрема, ще у 1649 р. в Росії було прийнято Соборне Уложення, яким передбачалось такі стадії вчинення злочину виявлення умислу (голий умисел), готування до злочину, замах на злочин та закінчений злочин. Ті ж стадії визначались у Військовому Артикулі Петра I 1716 року, Уложенні про покарання 1845 р.. Але із прийняттям у 1903 р. Кримінального Уложення інститут незакінченого злочину зазнав певних змін. Ним визначались лише три стадії вчинення злочину. Виявлення наміру перестає бути кримінально караним. Отже, стадії вчинення злочину формувались та дійшли до нашого часу, пройшовши певну еволюцію. Однак і на сьогодні залишається не вирішеною низка проблем, пов'язаних з інститутом незакінченого злочину, зокрема, визначення поняття готування до злочину, його кримінально-правового значення та розв'язання основної проблеми – відповідальності особи за вчинення готування до злочину.

Із прийняттям Кримінального кодексу України розширюється перелік видів готування до злочину, а також передбачені спеціальні засади призначення покарання за готування до злочину. Зазначену проблематику досліджували у своїх працях ряд науковців, зокрема Н.Ф. Кузнецова, Н.В. Маслак, А.А. Піонтковський, І.С. Тишкевич, А.В. Шевчук та ін. Проте в науці кримінального права і донині залишається недостатньо розкритим питання притягнення до кримінальної відповідальності та призначення покарання за готування до злочину. Все це створює труднощі на практиці або ж його просто оминають. Погодьтеся, довести, що особа вчинила закінчений злочин, є менш складнішим, ніж доведення вчинення незакінченого злочину, а саме – готування. Крім цього, не вирішеною залишається проблема розмежування складу готування до злочину та складу адміністративного правопорушення, і тому виникає питання щодо меж кримінальної відповідальності за підготовчі дії. Актуальним залишається і питання щодо доцільності визначення готування до злочину в КК України як стадії незакінченого злочину.

З урахуванням вищезазначеного постає питання про критерії розмежування закінченого злочину, замаху на злочин та готування до злочину. Для того, щоб визначити зміст поняття готування, потрібно відмежувати дане поняття від

виявлення наміру. Людина, яка має намір вчинити умисний злочин, попередньо виношує план, прораховує кожен свій крок та має за мету довести задумане до кінця. Отож, вчинення умисного злочину починається із зародження думки про це. Проте не треба плутати дії особи та думки, оскільки злочин – це завжди суспільно небезпечне діяння, а формування умислу (думки) не може бути діянням, і тому не є кримінально караним. Деякі радянські криміналісти, зокрема В.Д. Меньшагін, З.А. Вишинська, вважали, що виявлення умислу є початковою стадією розвитку злочину і повинно бути кримінально караним.

Однак така позиція видається необґрунтованою, оскільки навіть якщо задум (голий умисел) і настановує людину на вчинення злочину, він не може бути кримінально караним, тому що людині властиво змінити свою думку, відмовитись від вчинення злочину. Між думкою і діянням є зв'язок лише в тому випадку, коли думка стане матеріальною, тобто знайде своє вираження через діяння. Виявлення наміру не може бути стадією злочину. Стадією розвитку злочину може називатись лиш те, що є сходиною для досягнення злочинного результату, а саме те, що більшою чи меншою мірою, але обов'язково сприяє заподіянню шкоди об'єкту злочину, наближає суб'єкт до поставленої цілі [3, с. 30].

Коли в особи сформувався умисел, вона остаточно вирішує для себе його виконати. Отже, початковою стадією розвитку суспільно небезпечного діяння є готування до злочину, яке відповідно до ч. 1 ст. 14 КК України полягає у підшукуванні або пристосуванні засобів чи знарядь, підшукуванні співучасників або у змові на вчинення злочину, усуненні перешкод, а також в іншому умисному створенні умов для вчинення злочину. Від виявлення умислу варто відрізняти самостійні склади злочинів, такі як погроза вбивством (ст. 129 КК України), погроза знищення майна (ст. 195 КК України), а також злочини, передбачені ст. 266, ч. 1 ст. 345, ч. 1 ст. 346, ч. 1 ст. 398, ч. 1 ст. 350, ч. 1 ст. 377, ч. 1 ст. 405, ч. 2 ст. 444. У цих злочинах погроза є суспільно небезпечним діянням, тобто суб'єкт злочину діє на психіку потерпілого та спричиняє безпосередню шкоду безпеці особи.

Отже, підготовчі дії не ставлять в безпосередню небезпеку охоронювані кримінальним законом суспільні відносини, вони лише створюють умови для можливості досягнення в подальшому злочинного результату. Це є перший етап в реалізації злочинного наміру особи.

Проблема розмежування стадій вчинення злочину висвітлена в дослідженнях деяких науковців. Так, А.Н. Трайнін вважає, що готування до злочину є необхідним актом, який забезпечує здійснення злочину, відмежовує стадію готування та замаху. На думку А.А. Піонтковського, замах також є необхідним актом, який забезпечує вчинення злочину.

Однак зазначені підходи не визначають конкретної межі між такими стадіями вчинення злочину, як готування до злочину та замах на злочин. Тому, на наш погляд, необхідно детальніше визначити та окреслити стадію готування до злочину. Як обґрунтовано зазначає Н.Ф. Кузнєцова, різні підготовчі дії створюють різний ступінь реальності здійснення злочину, цей ступінь визначається, по-перше, сукупністю підготовчих дій до злочинного результату, і, по друге, близькістю тих чи інших підготовчих дій до злочинного результату.

Не всі дії можуть визначати стадію готування. Необхідно враховувати два фактори: сукупність дій та їх наближення до закінченого злочину. Визначення таких чинників не є проблематичним і таке встановлення є необхідним для того, щоб відмежовувати підготовчі дії та дії, які не є діями по готуванню. Підготовчі дії

ніколи не можуть самі собою перетворитися у справжнє наближення злочинного результату. Прицілюванням неможливо вбити, наближенням до жертви – поранити, створенням організованої групи – викрасти, просвердлюванням гирі – вчинити обважування [3, с. 44]. За загальним правилом, готування, замах та закінчений злочин відмежовуються за об'єктивною стороною.

У чинному КК України чітко передбачені такі види готування: підшукування засобів чи знарядь, пристосування засобів чи знарядь, підшукування співучасників, змова на вчинення злочину, усунення перешкод, інше умисне створення умов для вчинення злочину.

В науці кримінального права пропонують виділяти й інші види готування. Так, А.В. Шевчук вказує на доцільність виокремлення таких форм готування, як мотивація, планування злочину, вибір об'єкта та мети.

Визначення окремих форм готування за ознаками суб'єктивної сторони, таких як мотив та мета, урізноманітнює види готування, але не визначення нових видів готування. Мотив та мета як ознаки суб'єктивної сторони не можуть бути чинником, який би відмежовував види готування. Усі умисні злочини є мотивованими. Мотив – це та рушійна сила, що спонукає особу до вчинення злочину, мета – це уява про бажаний результат, якого особа прагне досягнути. Мотивів може бути безліч, не будемо вдаватися до їх перелічування, а також і відповідно видів готування за мотивом.

Наступний критерій поділу видів готування – об'єкт, на який особа посягає під час вчинення злочину, а отже, і при вчиненні підготовчих дій. Видається, що роль об'єкта є важливою у визначенні незакінченого злочину, оскільки чим цінніший об'єкт, тим вищий ступінь суспільно небезпечних підготовчих дій. Керуючись цим, можна виділяти види готування за ступенем суспільної небезпечності, а також і ті, які не становлять суспільної небезпеки для об'єкта посягання. Тому дії, які не становлять суспільної небезпеки для об'єкта посягання, не можуть визначатись як дії, що є готуванням.

Планування злочину як вид готування в теорії кримінального права визначається, проте не закріплюється у Кримінальному кодексі України та охоплюється фразою “інше умисне створення умов для вчинення злочину”. На відміну від чинного Кримінального кодексу України, в Кримінальному кодексі Республіки Польща даний вид готування є закріпленим (ст. 16 §1). Погоджуємось із поглядом А.В. Шевчук, що більшість корисливих злочинів детально плануються. Проте чи можна план ототожнювати з умовою для вчинення злочину? Планування – це передусім дія, а не умова вчинення злочину. Тому вважаємо за доцільне використати досвід Польщі та в чинному КК України закріпити такий вид готування, як складання плану дій. Крім закріплення в КК України основних видів готування також передбачено “інше умисне створення умов”. Саме цим узагальненим видом готування законодавець уникнув перелічування усіх можливих видів готування. “Підготовчі дії, не дивлячись на їх різноманітність, мають спільні риси – всі вони є створенням умов для вчинення злочину” [4, с. 43].

Інші види готування пропонує виділити Н.В. Маслак. Для виокремлення слугують різні критерії. Наприклад, залежно від ступеня тяжкості виділити готування до прямо умисних злочинів невеликої тяжкості, середньої тяжкості, тяжких та особливо тяжких злочинів. На наш погляд, цю позицію не можна вважати цілком правильною. Очевидно, що від того, до якого злочину за ступенем тяжкості готувалась особа, залежатиме певною мірою кваліфікація вчинених

особою підготовчих дій. Крім того, готування до злочину невеликої тяжкості не є кримінально караним відповідно до ч. 2 ст. 14 КК України.

Ще одним критерієм поділу готування є характер дій особи. За цим критерієм готування до злочину поділяється на фізичне та інтелектуальне. До інтелектуального готування можна зачислити змову на вчинення злочину, підшукування співучасників. Але виникає проблема у відмежуванні виявлення умислу від готування до злочину, який виявляється в підбурюванні або змові, що зовні схоже на виявлення умислу. Отже відмінність готування від всіх інших вчинених суб'єктом дій визначається за ознакою створення умов, реальної можливості заподіяння шкоди" [3, с. 53].

Класифікація видів готування залежно від закріплення їх в Загальній частині КК України (загальні види готування) та в Особливій частині КК України (спеціальні види готування) вносить лише плутанину серед визначення видів готування.

Аналіз судової практики дає змогу зробити висновок, що вкрай рідко трапляється притягнення до кримінальної відповідальності за готування до злочину. Бракує доказів для констатації складу злочину готування. Як визначити, чи є дії особи готування до злочину? Очевидно, для того, щоб притягнути особу до кримінальної відповідальності за готування до злочину, потрібно визначити підставу такої відповідальності, а саме – склад злочину, до якого особа готувалась. З приводу цього в літературі виникають різні думки.

Автор дисертації Н.В. Маслак пропонує визначити готування як самостійний вид злочину. При цьому автор визначає об'єкт, який не є тотожним до об'єкта "задуманого" злочину, зазначає, що об'єктом готування є громадська безпека, ознаки об'єктивної сторони передбачені в загальній частині КК України в ч. 1 ст. 14, спеціальні види готування в Особливій частині КК України. Суб'єктивна сторона визначається лише у формі прямого умислу. Суб'єкт готування визначається залежно від того, які вимоги встановлюються законом до суб'єкта закінченого злочину, який особа мала намір вчинити.

Сумнівною видається позиція щодо виокремлення самостійного складу злочину готування. Автор у роботі визначає об'єкт усіх видів готування – громадську безпеку. Визначає громадську безпеку як стан захищеності суспільства, таких його цінностей, як життя та здоров'я людей, власності, довкілля, нормальної діяльності підприємств, установ, організацій від загально небезпечних посягань.

Важко погодитись з такою позицією, враховуючи те, що визначення громадської безпеки співвідноситься із загальним об'єктом. Отож, особа, вчиняючи злочин, посягає на один із видів громадської безпеки, тобто заподіює шкоду конкретним суспільним відносинам (безпосередньому об'єкту). Якщо особа здійснює підготовчі дії для вчинення злочину, вона усвідомлює, на які суспільні відносини спрямоване її посягання. І цей факт повинен бути встановлений слідством та судом. Що стосується суб'єкта, суб'єктивної сторони та об'єктивної сторони, то вони збігаються з складом закінченого злочину. Виділення окремого складу злочину готування за об'єктом злочину є лише підміною поняття.

Н.Ф. Кузнєцова вказує на необхідність з'ясування об'єкта злочину. Проводить розмежування в тому, що на відміну від закінченого злочину, об'єкту в незакінченому злочині шкода не заподіюється. Проте об'єкт має бути встановлений і доведений. Суб'єкт збігається із суб'єктом у закінченому злочині. Суб'єктивну сторону Н.Ф. Кузнєцова визначає лише з прямим умислом. Об'єктивну сторону діяння необхідно визначати за винятком дій із виконання

злочину і злочинного результату. Тобто, потрібно довести, що дії по вчиненню злочину були б виконані, якщо б не виникли причини, які не залежали від волі суб'єкта.

Схиляємось до думки, що склад злочину готування є складом закінченого злочину, передбаченого в Особливій частині КК України, до якого особа готувалася. І тому, визначивши об'єкт, суб'єкт, суб'єктивну сторону та частково об'єктивну сторону, як пропонує Н.Ф. Кузнєцова, є достатнім для кваліфікації дій особи як готування до злочину.

Особливе місце нині займає процедура доведення підготовчих дій. Наявність в особи умислу за загальним правилом ще не означає, що намір особи вчинити злочин набув рішучості. Відповідальність за готування може бути зумовлена тим, що воно само собою не створює реальної загрози інтересам, які охороняються правом, не ставить їх у безпосередню небезпеку [5, с. 505].

У літературі вчені не дійшли до спільної згоди щодо єдиної конструкції відповідальності за готування до злочину. В радянській кримінально-правовій літературі було декілька позицій по відповідальності за готування до злочину. Першу із них підтримували А.Н. Трайнін, Н.Ф. Кузнєцова. Ця конструкція відповідальності за готування до злочину була закріплена в ст. 12 УК РСФСР 1926 р. – застосовувалась відповідальність лише за ті підготовчі дії, які самі собою утворювали суспільно небезпечне діяння.

Другу позицію підтримав М.А. Чельцов, який пропонував замінити конструкцію, яку підтримував А.Н. Трайнін, і взагалі відмовитись від відповідальності за готування, при цьому в Особливій частині КК передбачити відповідальність за готування до найнебезпечніших злочинів шляхом створення усічених складів. У чинному КК України за допомогою усічених складів, законодавець передбачає в Особливій частині КК України відповідальність за замах на злочин, і в окремих випадках готування до злочину як за окремі самостійні закінчені злочини.

І третю позицію висловив Н.Д. Дурманов, А.А. Піонтковський. Їх підтримували М.І. Ковалев, Н.В. Лясс, І.С. Тишкевич. Це була зовсім нова конструкція, на відміну від вище зазначених. Вона полягала у тому, що готування повинно бути кримінально караним, як стадія вчинення злочину, проте лише у випадках, спеціально вказаних в Особливій частині КК.

Не заперечуючи права на існування цих позицій, вважаємо, що найбільш правильною є саме третя позиція. Ця конструкція не містить недоліків інших конструкцій, конкретизує відповідальність, і отже, полегшує роботу судів. Ця позиція не заперечує позицію А.Н. Трайніна, Н.Ф. Кузнєцової, не звужує цієї конструкції, проте визначає конкретні склади злочинів, готування до яких є суспільно небезпечним.

У зв'язку із цим постає питання: за якими критеріями визначати готування та до яких саме складів злочинів. На нашу думку, до таких критеріїв зачисляють ступінь суспільної небезпечності злочинів. Очевидно, що більший ступінь суспільної небезпечності мають тяжкі та особливо тяжкі злочини. Неможливо оминати і роль об'єкта посягання: чим ціннішим він є, тим небезпечнішими можуть бути підготовчі дії. Потрібно враховувати проміжок часу між підготовчими діями і їх наближеністю до замаху. Чим коротший той проміжок часу, тим небезпечніші ті дії, які становлять готування, оскільки, вони безпосередньо переходять у стадію замаху і підставляють суспільні відносини під безпосередню небезпеку. Отож, суспільна небезпечність підготовчих дій оцінюється на підставі

великого кола конкретних обставин, при яких відбувалося місце здійснення цих дій [5, с. 510].

Аналізуючи чинний КК України, вважаємо за доцільне закріпити саме третю конструкцію відповідальності за готування до злочину. Враховуючи усі вище зазначені критерії, в Особливій частині КК України передбачити відповідальність за готування до злочину, як це передбачено в КК Республіки Польща.

В ст. 16 § 2 КК Республіки Польща зазначено: приготування є карним лише тоді, коли це встановлено законом. Наприклад, Глава 16 Злочини проти миру, людства і військові злочини. Стаття 117 § 1 Хто розв'язує або веде агресивну війну, підлягає покаранню позбавленням волі на строк не менше 12 років, покаранню у вигляді позбавлення волі на строк 25 років або покаранню у вигляді довічного позбавлення волі. В § 2 передбачена норма, згідно з якою особа, яка вчинить готування до злочину, передбаченого в § 1, підлягає покаранню позбавленням волі на строк не менше трьох років.

На нашу думку, саме за таким способом було б доцільно визначити готування до злочину в чинному КК України. Це дало б змогу правильно кваліфікувати підготовчі дії. Приблизно два десятки статей КК України передбачають відповідальність за діяння, які водночас становлять собою адміністративні правопорушення (йдеться про збіг ознак складів злочинів та адміністративних правопорушень). Ще більше є випадків, коли адміністративне правопорушення становить собою готування до злочину. Очевидно, що вказані норми передбачають посягання, доцільність кримінальної відповідальності за які викликає сумнів [8].

Підсумовуючи вище викладене, можна зробити певні висновки.

По-перше, готування до злочину є початковою стадією розвитку суспільно небезпечного діяння. Для відмежовування підготовчих діянь та діянь, які не є дією по готуванню, а також відмежовування стадії готування та замаху необхідно враховувати два чинники: сукупність дій та їх наближеність до закінченого злочину.

По-друге, визначення готування закріпленого в КК України пропонуємо доповнити ще одним видом готування “планування злочину”. Отже, готуванням до злочину є підшукування або пристосування засобів чи знарядь, підшукування співучасників або змова на вчинення злочину, усунення перешкод, планування злочину, а також в інше умисне створення умов для вчинення злочину.

1. Кримінальний кодекс України. – К.: Видавничий дім “Скіф”, 2008.
2. Кримінальний кодекс Республіки Польща. – Мінськ.: Тесей, 1998.
3. Кузнецова Н.Ф. Ответственность за приготовление к преступлению и покушение на преступление по советскому уголовному праву. – М.: Изд-во Моск. у-та, 1958. – 204 с.
4. Тишкевич И.С. Приготовление и покушение по советскому уголовному праву. – М.: Госюриздат, 1958. – 260 с.
5. Пионтковский А.А. Учение о преступлении по советскому уголовному праву. – М.: Госюриздат, 1961. – 667 с.
6. Маслак Н.В. Кримінальна відповідальність за готування до злочину. – Автореф. дис. канд. юрид. наук. – Харків, 2005.
7. Шевчук А.В. Стадії вчинення злочину. – Автореф. дис. канд. юрид. наук. – Київ, 2002.
8. Навроцький В.О. Кримінальний кодекс України 2001 року: підсумки та перспективи. – www.lawyer.org.ua

SOME ASPECTS OF PREPARATION FOR A CRIME

I. Vakula

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

The article is devoted to certain aspects of preparation for a crime. Preparation for a crime is analyzed and defined; preparation for a crime and disclosure of intention are delineated. Preparation for a crime types are dwelled upon in the article. Another type of crime preparation – crime planning (designing) is defined and singled out. The unified construction of criminal liability for crime preparation is defined.

Key words: stages of crime commitment, preparation for a crime, attempt to crime, criminal liability for crime preparation, preparation for crime types.

ОТДЕЛЬНЫЕ АСПЕКТЫ ПРИГОТОВЛЕНИЯ К ПРЕСТУПЛЕНИЮ

И. Вакула

*Львовский национальный университет имени Ивана Франка
ул. Университетская, 1, 79000 Львов, Украина*

В статье отражены отдельные аспекты приготовления к преступлению. В частности, проанализировано приготовление к преступлению и подано определение понятия приготовления к преступлению, проводится разграничение между приготовлением к преступлению и выявлением намерения. В статье исследовано виды приготовления к преступлению. В процессе исследования сформулирован и предложен еще один вид приготовления – планирование преступления. Определенно единственную конструкцию криминальной ответственности за приготовление к преступлению.

Ключевые слова: стадии совершения преступления, приготовления к преступлению, покушение на преступление, криминальная ответственность за приготовление к преступлению, виды приготовления к преступлению.

Стаття надійшла до редколегії 16.12.2009

Прийнята до друку 10.01.2010

ОСНОВНІ ТЕНДЕНЦІЇ ДІЯЛЬНОСТІ ДЕРЖАВИ У СФЕРІ ЗАСТОСУВАННЯ КРИМІНАЛЬНИХ ПОКАРАНЬ

Т. Денисова

Інститут права Класичного приватного університету (м. Запоріжжя)

Висвітлено ключові питання щодо діяльності держави у сфері застосування (призначення і виконання) кримінальних покарань, а саме: аналіз застосування кримінальних покарань в Україні та їх ефективність; визначення основних функцій кримінального покарання; показ відсутності співвідношення між існуючими цілями та функціями покарання, видами, строками та умовами виконання кримінальних покарань; можливості гуманізації кримінальної та пенітенціарної політики; питання адекватності кримінального покарання вчиненому злочину.

Ключові слова: покарання, злочин, політика, функції покарання, засуджені, позбавлення волі, альтернативні покарання.

Протидія злочинності в Україні є одним з пріоритетних напрямів державної політики. Суспільство завжди застосовувало низку запобіжних заходів, щоби протистояти порушенням кримінального закону і стримувати своїх членів від вчинення протиправних дій.

Незважаючи на прийняття нових Кримінального та Кримінально-виконавчого кодексів, низки інших нормативних актів щодо призначення та виконання кримінальних покарань, реформування судової системи та правоохоронних органів, кримінальному покаранню відводиться значна роль. Воно продовжує бути основним засобом протидії злочинності. Практика призначення покарання засвідчує, що при винесенні вироку суди внутрішньо орієнтовані на застосування позбавлення волі, незважаючи на тяжкість злочину, без ретельного, всебічного розгляду обставин справи, збільшення строків покарання за вчинення окремих злочинів. Якість виконання покарань є недостатньо ефективною, про що свідчить високий рівень рецидивної злочинності. Своєю чергою, ефективність покарання залежить передовсім від того, наскільки правильно і справедливо призначено покарання і наскільки воно відповідає тяжкості вчиненого злочину.

Політика держави у сфері застосування кримінальних покарань, сутність, мета, та завдання покарання, аналіз застосування кримінальних покарань є предметом багатьох наукових досліджень. Цим проблемам присвячувались роботи Г.А. Аванесова, М.І. Бажанова, Л.В. Багрія-Шахматова, В.К. Грищука, І.М. Даньшина, М.Д. Дурманова, А.П. Закалюка, С.М. Іншакова, М.Й. Коржанського, В.А. Ломако, В.Г. Маляренка, А.С. Міхліна, І.С. Ноя, П. П. Михайленка, В.В. Сташиса, А.Х. Степанюка, М.О. Стручкова, В.М. Трубнікова, М.Д. Шаргородського, П.Л. Фріса та ін. Однак, незважаючи на таку значну кількість наукових праць, деякі питання залишаються дискусійними та не мають чіткого визначення й відокремлення. Це передусім визначення основних напрямів політики держави у питаннях призначення, виконання і ефективності кримінальних покарань, функцій покарання, співвідношення сутності, змісту, завдань та мети покарання, застосування альтернативних позбавленню волі видів покарань. Спроба відповісти на ці запитання є метою нашого дослідження.

Політика – багатопланове поняття, зміст якого може бути розкрито лише при розгляді всіх його аспектів. Політика держави у сфері застосування кримінальних покарань (частіше її називають кримінальною політикою – прим. авт.) охоплює

кримінально-правову, кримінально-процесуальну, кримінально-виконавчу та профілактичну складові, які спрямовані на протидію суспільно небезпечним діям. Не викликає сумніву, що саме вона покладена в основу кримінального законодавства, особливо в частині застосування кримінальних покарань. Відповідно до вимог кримінальної політики формується коло кримінально-караних діянь, встановлюється вид і розмір санкцій та порядок застосування кримінальних покарань.

Завданнями політики держави у сфері застосування кримінальних покарань сьогодення мають стати: вибір найбільш суспільно небезпечних діянь, які підпадали б під ознаки складу тих чи інших злочинів, за які призначається кримінальне покарання; вибір найбільш оптимально побудованих санкцій, які б відповідали ступеню суспільної небезпеки вчиненого злочину та особистості злочинця; застосування принципу економії репресії і подальше впровадження санкцій, не пов'язаних із позбавленням волі. Неможливо будувати нове суспільство, що базується на демократичних цінностях і водночас проводити репресивну політику. Але зовсім відмовитися від кримінальних покарань суспільство не може, хоча воно повинно розуміти, що це не є основним засобом у запобіганні злочинності.

Ст. 51 КК України передбачено 12 видів покарань, що застосовуються до осіб, винних у вчиненні злочину, а саме: 1) штраф; 2) позбавлення військового, спеціального звання, рангу, чину або кваліфікаційного класу; 3) позбавлення права обіймати певні посади або займатися певною діяльністю; 4) громадські роботи; 5) виправні роботи; 6) службові обмеження для військовослужбовців; 7) конфіскація майна; 8) арешт; 9) обмеження волі; 10) тримання в дисциплінарному батальйоні військовослужбовців; 11) позбавлення волі на певний строк; 12) довічне позбавлення волі [1].

Доречі, в переважній більшості країн світу основних покарань два – штраф та позбавлення волі. На сьогодні перед науковцями і практиками стоїть важливе завдання пошуку оптимального балансу у використанні методів переконання, заохочення та примусу для того, щоби покарання відповідало злочину.

Проблема вивчення ефективності застосування кримінальних покарань і відповідності покарання тяжкості вчиненого злочину, повинна розглядатися з позицій трьох взаємозалежних та взаємопов'язаних процесів: 1) призначення покарання; 2) виконання покарання установами кримінально-виконавчої системи; 3) організація роботи із запобігання нових злочинів з боку звільнених і їх соціальна адаптація у суспільстві. Покарання – це теж насильство, зло, яке суспільство змушене застосовувати, щоб зупинити злочинця. Ми перебуваємо нібито у замкнутому колі насильства: агресія, жорстокість, що виходить від злочинця, провокує державу на адекватний крок – жорстоке поводження із ним. Тенденції всього цивілізованого світу до гуманізації покарання затверджують нову модель взаємовідносин суспільства з злочинністю, завдяки якій держава повинна обмежити власну жорстокість і нарешті розірвати коло насильства.

Основною тезою політики держави у сфері застосування кримінальних покарань стало те, що кримінальне покарання виконує запобіжну функцію, тобто триває боротьба з злочинністю шляхом притягнення до відповідальності, призначення покарання і виконання заходів державного примусу до осіб, які вчинили злочин.

Безумовно, покарання є одним із засобів запобігання злочинності, особливо, коли існує ціла низка об'єктивних і суб'єктивних чинників, які зумовлюють подальше її зростання в Україні (зниження життєвого рівня більшості населення,

тіньовий сектор економіки, зниження авторитету влади та послаблення державного управління тощо). Однак загально-превентивні дії повинні бути зумовлені не жорстокістю покарання, а його невідворотністю. Варто ще раз підкреслити і неможливо забувати про те, що покарання, хоча і важливий, але не основний засіб боротьби з злочинністю. І як би сьогодні не хотілося швидше скоротити кількість злочинів, елементами погроз, посиленням покарання, навіть застосуванням довічного ув'язнення та смертної кари, досягти цього неможливо. На жаль, кримінальне законодавство України і практика його застосування переконливо свідчать, що держава відводить кримінальному покаранню значну роль. Загальновідомо, що незважаючи на приєднання до міжнародних документів з прав людини і взяття перед Європейською спільнотою зобов'язань щодо дотримання прав кожного громадянина, Україна, як не прикро зазначати, входить до "лідерів" із застосування запобіжного заходу "утримання під вартою" та кримінальних санкцій з призначенням покарань у вигляді позбавлення волі, а саме – посідає одне з перших місць у світі (після США, Росії, Білорусії).

Зокрема, за даними Державної судової адміністрації України, застосування позбавлення волі становить 27% до осіб, що "проходять" у кримінальних справах (для порівняння: в Білорусії – 36,3%; в Російській Федерації – 32,7%; в Молдові – 20,8%; США – 22%; Великобританії – 11%; Швеції – 8%). За останні 12 років, за вчинення злочинів в Україні засуджено більш ніж 2 млн 500 тис. громадян, що збільшило кримінальну репресію порівняно з 1991 роком до 65%. Більшість з них – це молоді люди.

Станом на 01.01.2008 р. у місцях позбавлення волі в Україні утримується більш ніж 235 тис. осіб, а задля їхнього утримання країна містить 181 кримінально-виконавчу установу: 126 виправно-трудова колонії, 11 колоній для неповнолітніх, 33 слідчих ізолятори, 11 лікувально-профілактичних профілакторіїв. Крім цього, щорічно під контролем кримінально-виконавчих інспекцій України утримується близько 100 тис. осіб, що звільняються з місць позбавлення волі.

Отож, засуджені становлять більш ніж 0, 416% населення України, яке постійно зменшується (за даними останнього перепису населення в Україні проживало близько 48 млн осіб, тоді як у 1990 р. їх було 52 млн). Тільки за січень 2008 р. порівняно з попереднім місяцем кількість населення скоротилась на 18 тис. і 46 млн 337 тис. 340 осіб. Кількість міського населення – близько 32 тис., сільського – близько 14 тис [2].

Незважаючи на те, що в Україні, починаючи з 1996 р., простежується тенденція до зниження рівня злочинності, криміногенна ситуація в країні залишається складною, а позбавлення волі є головним видом кримінального покарання.

У структурі злочинності переважають тяжкі та особливо тяжкі злочини. Їх темпи приросту становлять майже 11%, а питома вага – 51,6%. Кожний другий злочин – тяжкий або особливо тяжкий. Зростає кількість насильницьких злочинів, особливо вчинених організованими групами (+17,2%), умисних тяжких тілесних ушкоджень (+1,1%) та ін. Злочинні діяння з корисливою спрямованістю становлять більше половини (61,4%) від усіх зареєстрованих злочинів [3].

Прогнозування злочинності як у світі, так і в Україні на найближчі 2–3 роки, як і на весь початок третього тисячоліття, залишається невтішним. Загалом очікується зростання злочинності, особливо тяжких видів злочинів. Середній приріст злочинності може знаходитись в межах 3–5% на рік і більше. Враховуючи це, можна очікувати і підвищення застосування кримінальних санкцій, особливо пов'язаних з позбавленням

волі, бо жорстокість репресивної системи, що включає в себе і кримінально-виконавчу систему, її негативні наслідки, не викликають антипатії у населення, а тим більше у співробітників правоохоронних органів. З такими методами звиклися, і в разі зростання злочинності дедалі вагомішими стають питання про посилення тих чи інших норм кримінального закон про застосування поряд з позбавленням волі на значний термін, довічним ув'язненням (яке навіть ще не встигло проявити себе в Україні), смертної кари.

Врешті “населення” наших місць позбавлення волі зростає. У більшості слідчих ізоляторів засудженим, а також особам, що тільки чекають вироку, доводиться спати в дві-три зміни, туберкульоз та інші тяжкі й небезпечні захворювання стали реальними сьогодення. Засуджені до позбавлення волі, особливо на термін більше 8–10-ти років, поступово деградують і у соціально-моральному відношенні, втрачаючи соціально-корисні зв'язки, розпадаються сім'ї. За роки перебування в місцях позбавлення волі, знаходячись в специфічному оточенні, засуджені набувають безліч навичок та установок продовжувати злочинну діяльність у майбутньому.

Ми провели анкетування різних категорій засуджених: неповнолітніх, дорослих чоловіків та жінок, які скоїли злочини невеликої тяжкості, тяжкі та особливо тяжкі. Анкетування проводили у слідчих ізоляторах та установах по виконанню покарань. На запитання про визнання вини та адекватності призначеного покарання тяжкості вчиненого злочину, 79,6% “тюремного” населення визнають себе винними у вчиненні злочинів. Більше того, 72,1% вважають, що за свої вчинки вони заслуговують покарання. Але лише 18,5% погоджуються з призначеним видом та строками покарання. Більшість засуджених вважає, що позбавлення волі не було обґрунтованим і справедливим, оскільки воно руйнує їх подальше життя і назавжди позбавляє права стати нормальним громадянином у суспільстві.

Найбільш вразливою залишається категорія неповнолітніх та осіб, які перебувають під вартою і довгий час очікують на розгляд кримінальної справи та вироку суду.

Назавжди покалічене життя, захворювання, страждання, приниження честі й гідності, позбавлення спілкування з рідними, – ось тільки невеликий перелік наслідків утримання під вартою особи, яка ще не визнана винною, бо згідно з Конституцією України та чинним кримінальним законодавством це може зробити лише суд. Але міжнародний досвід засвідчує: якщо людина заарештована і її справа розглядається в суді, то суддя, зазвичай, застосовує обвинувальний вирок. Хоча цей вирок часто прирівнюється з фактично відбутим терміном у період проведення досудового слідства і судового розгляду. Трапляються і вирoki, коли позбавлення волі застосовується з випробуванням. Отже, у цьому випадку до особи, яка вчинила злочин, можна було б і не застосовувати такий жорстокий запобіжний захід, як взяття під варту. Незважаючи на це, аналіз практики свідчить, що в період проведення слідства та судового розгляду, невинуватим є показники взяття винних осіб під варту (більш ніж 57,8%). Поміж тим наявний і позитивний досвід, коли до особи застосовуються запобіжні заходи: підписка про невиїзд, застава та особиста порука.

Прагнення вирішити проблему злочинності за рахунок посилення карального впливу (утримання під вартою як найголовніше профілактичне завдання на стадії проведення досудового слідства; розширення такого виду покарань, як позбавлення волі, особливо з терміном 10, 15, 20 років тощо), характерно для нашого суспільства. Нажаль, воно мало обізнане в тому, чим насправді обертається для його членів відбування покарань у вигляді позбавлення волі, особливо у

відповідних установах, що іменуються “фабриками злочинності” і є, як і сучасна кримінально-виконавча система, одними з найнебезпечніших у світі.

Ще раз звернемося до видів кримінальних покарань та судової статистики за останні роки. В Особливій частині КК України альтернативні покарання представлені досить широко, але їх застосування, як і раніше, запроваджується непослідовно та недостатньо. Зокрема, питома вага штрафу, як основного виду покарання, становить близько 32% від загальної кількості санкцій. Однак цей вид санкцій застосовувався лише приблизно до 5% засуджених. Громадські роботи передбачені у 14-ти санкціях, їх застосування починалося з 0,07%, а нині становить 1,7%. Не краще виглядають і застосування виправних робіт (5,9%), арешту (0,001%) і обмеження волі (1,6%).

Такий стан застосування кримінальних покарань можна пояснити:

1. Зростанням кількості тяжких та особливо тяжких злочинів, що обумовлює призначення вироку у вигляді позбавлення волі.

2. Відсутністю роз'яснень щодо застосування альтернативних позбавленню волі видів покарань (особливо стосовно арешту).

3. Неефективністю інших видів покарання, особливо через складну економічну ситуацію в країні, через безробіття та зубожіння основної маси населення.

4. Недосконалістю законодавства.

5. Традиціями (усталена попередня практика), що формувалася при застосуванні судами покарань, особливо у вигляді позбавлення волі.

Як вже було зазначено, Україна серед країн Середньої і Західної Європи посідає третє місце після Росії та Білорусії за кількістю ув'язнених на 100 тис. населення. Це дає привід замислитися над необхідністю обмежити застосування позбавлення волі, враховуючи його руйнівний вплив на особу, та суспільство.

Вищезазначені негаразди, а саме – розлад фізичного здоров'я, соціальна і розумова деградація засуджених, ізолюваність від цивілізованого людського життя, розрив соціально-корисних зв'язків, тривалі терміни покарання, професійна деформація співробітників місць позбавлення волі – усе це справді загрожує моральному стану суспільства.

Знижується поріг негативного сприяння суспільством актів насильства і злодіянь, його члени стають терпимими до усякого зла, поступово і самі перетворюються на жорстоких, безкомпромісних, готових до найжорстокіших вчинків. Ось чому дедалі гучніше лунають гасла про посилення покарань, навіть за незначні провини чи необережні злочини.

У місцях позбавлення волі засуджені сповна отримують за свої вчинки.

Життя за колючим дротом – само собою важкий період. Навіть добровільне перебування декілька годин у місцях позбавлення волі змушує замислитися про цінність життя. Дуже швидко і просто можна потрапити в неволю, але надзвичайно важко вийти з неї.

Життя у неволі ставить непрості проблеми перед суспільством, різними його інститутами. Тому безсумнівно, що державно-правова політика в галузі призначення та виконання покарань має базуватися на цивілізованих методах, позитивному досвіді вітчизняної та зарубіжної науки і практики. Керуючись положеннями Конституції України, яка закріпила пріоритетними загальнолюдські цінності, потрібно поступово протидіяти злочинності, що дасть змогу забезпечити безпеку життя, здоров'я громадян, їхні права і свободи. Але при цьому є недопустимими такі крайнощі, як репресивний уклін (тривалі строки покарання, особливо, пов'язані з позбавленням волі, жорстокість тощо), або нічим не виправданий лібералізм, що призводить до

беззаконня, підвищення рівня злочинних проявів та рецидиву. Було б неправильно робити висновок, що держава і суспільство відмовляться від застосування кримінальних покарань. Але з прийняттям нового Кримінального кодексу створені всі умови для застосування в розумних межах позбавлення волі і визначено широке коло альтернативних видів кримінального покарання.

Наприклад, в Особливій частині КК України декриміналізовано понад 30 складів злочинів, бо діяння, передбачені ними, в умовах нових суспільних відносин втратили суспільну небезпеку або не потребують кримінально-правового впливу для боротьби з ними. Поряд з суворою відповідальністю за вчинення тяжких та особливо тяжких злочинів, надано можливість застосовувати до осіб, які скоїли злочини середньої та невеликої тяжкості, покарань, не пов'язаних з позбавленням волі, і навіть звільнення від кримінальної відповідальності. Все зазначене повинно дати змогу значно зменшити негативні наслідки криміналізації.

Суспільство, держава та кожен її громадянин повинен зробити все для того, щоби підняти рівень моральності, правової культури для досягнення основної мети – скорочення кількості вчинених злочинів та установа рівноваги між вчиненими негативними діями і покаранням за них.

В ч. 2 ст. 50 КК України зазначено, що покарання має на меті покарати винну особу, а також виправити засуджених, запобігти вчиненню нових злочинів як засудженими, так і іншими особами. Досягненню мети слугують функції кримінального покарання.

Функція (лат. *functio* – виконання, здійснення) – це діяльність в рамках певної системи, до якої вона належить, або напрям правового впливу. Мета – ідеальне, мислене передбачення результатів діяльності [4].

Реалізація мети потребує певної діяльності, а саме – виконання відповідних функцій. Функції та цілі кримінального покарання є близькими, але не тотожними за змістом поняттями, хоча іноді їх назви можуть і збігатися.

Ідеальний результат, якого прагне держава, зазначений саме у ст. 50 КК України: покарати злочинця, виправити його та запобігти вчиненню нових злочинів. Але досягнення такого результату – це лише віддалений результат, а то й мрія (наприклад, по відношенню до такої мети, як виправлення засуджених).

Саме функції перетворюють на реальність об'єктивні можливості того чи іншого виду покарання. Серед них необхідно виділити загальні та спеціальні функції. До загальних потрібно зачислити:

- захисну (окрім державного примусу у вигляді кари, виконує загальну та спеціальну превенцію);
- виховну (має педагогічний та соціальний зміст, одночасно спрямована на засудженого, його оточення та суспільство);
- компенсаційну (захист потерпілого та відшкодування йому шкоди, що завдана злочинцем);
- ресоціалізації засуджених та їх соціальну адаптацію після звільнення від покарання;
- соціального контролю (негативна моральна та правова оцінка особи, яка вчинила злочин, громадський контроль за відбуванням покарання та нагляд у постпунітивний період).

Спеціальні функції необхідно класифікувати на кримінально-правові та кримінально-виконавчі функції покарання. Наприклад, до першої групи належать функції реалізації принципів призначення покарання, функції забезпечення загальних начал призначення покарання і таке інше, до другої – каральна,

охоронювальна, виховна тощо. Як вбачається автору, функції покарання становлять злагоджену, ієрархічну систему засобів реалізації можливостей покарання (спеціальні, куди входять найближчі і проміжні, та загальні або основні). Механізм розгортання найближчих функцій є змістом середніх (проміжних). Віддаленими вважаються ті загальні, за допомогою яких буде досягнуто основні цілі покарання.

Як відомо, законодавець очікує від застосування покарання головної мети, а саме – запобігти вчиненню нових злочинів як з боку засудженого, так і інших громадян. Натомість же загальні функції виражають головну функцію кримінального законодавства – охорону суспільних відносин від злочинних посягань.

Нейтралізація антисуспільної поведінки засуджених та осіб, що відбули покарання, забезпечується розробкою та виконанням комплексних програм протидії злочинності. Одержавши чисельні суперечності у розробці та реалізації різного роду комплексних програм запобігання злочинності, зазначимо, що до їх змісту неодмінно потрібно долучити питання щодо ефективності кримінальних покарань, підходів до призначення видів та термінів покарання, а також організацію профілактичної роботи зі звільненими.

На основі викладеного головними напрямками діяльності держави та суспільства слід вважати:

- необхідність прийняття комплексу законодавчих та організаційних заходів, спрямованих на реформування політики держави у сфері застосування кримінальних покарань (призначення, виконання, відбування). Тут повинно знайти своє місце і визнання недоцільності тривалих строків покарання у вигляді позбавлення волі для більшості засуджених, удосконалення санкцій Кримінального кодексу, обмеження перебування під вартою підсудних в період розгляду кримінальних справ до набуття вироком законної сили, застосування видів покарань, альтернативних позбавленню волі, а також застосування таких запобіжних заходів, як підписка про невиїзд, особиста порука, порука громадської організації або трудового колективу, застава;
- необхідно спрямувати зусилля держави на розробку та вживання запобіжних заходів щодо попередження злочинів. Особливе місце тут має займати дослідження щодо визначення ефективності застосування позбавлення волі, оскільки цей вид лише на певний час може попередити вчинення нових злочинів, а загалом не досягає мети, зазначеної у кримінальному законодавстві України;
- важливим залишається і чинник соціальної адаптації звільнених з місць позбавлення волі, організація їх життєзабезпечення та побуту. Звільнившись від покарання, колишній злочинець повинен мати змогу жити і працювати, мати сім'ю і утримувати її, не стати тягарем для суспільства, якому він вчинив і так багато шкоди;
- доцільно вживати широкомасштабних заходів щодо зміни громадської думки відносно тенденцій застосування позбавлення волі та руйнівного впливу такого виду покарання.

Але основним напрямом держави у боротьбі зі злочинністю повинно стати не тільки притягнення винних до кримінальної відповідальності і призначення покарання. Держава має право карати, але вона не має права ставити своїх громадян в таке становище, що провокує, або навіть підштовхує до злочинної діяльності не тільки осіб, які мають судимість, не стали на шлях виправлення, мають наміри і надалі скоювати злочини, а й найбільш вразливі прошарки населення,

армія яких щороку поповнюється. Саме тому необхідно вжити термінових заходів до поліпшення економічного та соціального становища суспільства, підняття життєвого рівня населення, відродження моральності.

1. Кримінальний кодекс України // Відомості Верховної Ради України. – 2001. – № 25–26. – Ст. 131.
2. Див.: Московский комсомолец в Украине. 19–25 марта 2008. – С. 17.
3. Див.: Аналіз роботи суддів загальної юрисдикції у 2001 році за даними судової статистики // Вісник Верховного Суду України. – 2002. – № 4 (32). – С.15–25; Маляренко В.Т. Про покарання за новим Кримінальним кодексом України. – К.: Фонд “Правова ініціатива”, 2003. – С.15–23; Статистика судимості та призначення мір кримінального покарання // Вісник Верховного Суду України. – 2003. – № 4 (38). – С.36–41.
4. Див.: Философская энциклопедия. Т.5. – М., 1970. – С.168, 437; Керимов Д.А. Философские проблемы права. – М.: Юрид. лит., 1972. – С.190; Новейший философский словарь / Сост. А.А. Грицанов. – Мн.: Изд. В.М. Скакун, 1998. – С.779.

BASIC TENDENCIES OF STATE OPERATION IN THE SPHERE OF CRIMINAL PUNISHMENT APPLICATION

T. Denysova

Law Institute of Classic Private University (Zaporiggya)

The article deals with the key questions of state operation in the sphere of criminal punishments application (infliction and execution): the analysis of criminal punishments application in Ukraine and its effectiveness; definition of criminal punishment's basic functions; demonstration of correlation absence between goals and functions, types, terms and conditions of punishment execution; possibilities of criminal and penitentiary policy humanization; the issue of criminal punishment's adequacy to the crime committed.

Key words: punishment, crime, policy, functions of punishment, convicts, deprivation of liberty, alternative punishments.

ОСНОВНЫЕ ТЕНДЕНЦИИ ДЕЯТЕЛЬНОСТИ ГОСУДАРСТВА В СФЕРЕ ПРИМЕНЕНИЯ КРИМИНАЛЬНЫХ НАКАЗАНИЙ

Т. Денисова

Институт права Классического частного университета (г. Запорожье)

Отражены ключевые вопросы относительно деятельности государства в сфере применения (назначение и выполнение) криминальных наказаний, а именно: анализ применения криминальных наказаний в Украине и их эффективность; определение основных функций криминального наказания; показ отсутствию соотношения между существующими целями и функциями наказания, видами, сроками и условиями выполнения криминальных наказаний; возможности гуманизации криминальной и пенитенциарной политики; вопрос адекватности криминального наказания совершенному преступлению.

Ключевые слова: наказание, преступление, политика, функции наказания, засуджені, лишения свободы, альтернативные наказания.

Стаття надійшла до редколегії 10.12.2009

Прийнята до друку 10.01.2010

СОЦІАЛЬНО-ЕКОНОМІЧНІ ПЕРЕДУМОВИ МІЖНАРОДНОГО ТЕРОРИЗМУ

В. Канцір

*Львівський державний університет внутрішніх справ
вул. Городоцька, 26, 79007 Львів, Україна*

Розкрито сучасну геополітичну динаміку, що певним чином продукує умови для виникнення тероризму та його ескалації, адже багато в чому це явище визначається соціально-економічними причинами.

Ключові слова: тероризм, соціально-економічні чинники, індустріально-інформаційне суспільство, нелегітимне насильство, деструктивні процеси глобалізації.

Здавалося б, сучасне індустріально-інформаційне суспільство як суспільство необмежених можливостей цілком здатне забезпечити високу продуктивність праці, створювати всі необхідні умови для технічного переоснащення виробництва на основі найновіших технологій, розвитку сучасних швидкодіючих систем комунікацій та засобів зв'язку, накопичення і розповсюдження наукової, технічної та іншої важливої для життєдіяльності людей інформації і, отже, прокласти шлях до зближення країн і народів, залучення до стійкого економічного розвитку навіть найвідсталішої частини світового співтовариства, забезпечуючи стабільність відносин в цілому.

Різні аспекти сучасного тероризму досліджувалися у працях таких зарубіжних авторів: Б. Дженкіса, Р. Бейснера, Д. Белла, Р. Хантера, Г. Ангейера, М. Гласіуса, М. Келдора, С. Гука, Дж. Спеніера, Р. Кагана, Р. Родмена, А. Гарфінкла, Дж. Торопа, В. Подгореца, Д. Пайпса, С. Хантінгтона, С. Купчана, І. Валлерстайна, К. Хіршмана, А. Конте, П. Девіса.

Низка російських науковців також зосереджувалися на питаннях сучасного тероризму. Передусім про це йдеться у працях Ю. Антоняна, С. Беглова, Е. Ляхова, В. Лапкіна, В. Пантіна, В. Максименка, М. Ільїна, М. Чешкова, А. Владимірова, Ф. Толіпова, В. Устинова та ін. Проблематикою тероризму і антитероризму починають перейматися українські науковці, серед яких можна назвати В. Ліпкана, Д. Никифорчука, М. Руденка, Б. Канцелярука, В. Гребцова, О. Сушка, Т. Токаревського.

Мета статті полягає у дослідженні соціально-економічних передумов, що продукують потужні джерела соціальних конфліктів, регіональних зіткнень та локальних воєн, ескалація котрих неухильно виводить на перший план тероризм як найприйнятніший та найефективніший засіб боротьби.

У період глобалізаційних змін стає дедалі очевиднішим той факт, що сучасний економічний розвиток схиляється у бік вже надто відомої останнім часом формули 20:80, що означає ще більшу його поляризацію. Адже як визнає багато економістів, для успішного функціонування світової ринкової системи достатньо 20% висококваліфікованих робітників. Значна частина їх вже сьогодні інтегрована країнами так званого “золотого мільярда”. Досить вірогідним є те, що 80% іншим працівникам при нинішньому розвитку подій відведено місце маргіналів світової економіки. Тому навряд чи подібна політика соціальної деградації та виштовхування значної частини працездатного населення на периферію світової цивілізації може бути зреалізована непомітно, не викликаючи відповідної, зокрема й найгострішої, реакції у тих країн, народів і соціальних груп, котрі маргіналізуються.

У цьому зв'язку цілком доречно і навіть певним чином коректна постановка питання, наприклад, про те, чи не стане у найближчій перспективі ядерний або бактеріологічний тероризм вагомим чинником стримування сильних, високорозвинутих, багатих країн менш сильними і розвинутими?

Навіщо нині так званим “відсталим” країнам (не говорячи вже про політичні, національно-етнічні та подібні їм рухи і соціальні групи) створювати чисельну багатозатратну армію для протистояння, наприклад, експедиційному корпусу збройних сил США, якщо є потенційна можливість придбати або виготовити декілька ядерних вибухових пристроїв середньої потужності і таємно переправити їх на територію Америки. Те ж саме цілком реально можна здійснити з високотоксичною отруйною речовиною: один літр газу VX здатний знищити до мільйона осіб. Важко не погодитися з тим, що такі заходи можуть справити вплив на окремі рішення і навіть на економічну політику найамбіційніших держав.

Із цього випливає, що внутрішньонаціональне і особливо міжнародне право повинно бути спрямоване не лише на викриття та покарання терористів – цей поверхневий процес не здатний навіть пом'якшити нарощування глобальної терористичної загрози. Антитерористичне міжнародне право за своїм призначенням – протидіяти, боротися з тероризмом – може виконувати необхідну функцію лише у разі повного охоплення своїм впливом обставин і чинників, що створюють умови і передумови виникнення та існування тероризму. Їх визначення полягає, перш за все, у необхідності аналізу процесів, що відбуваються у світовій економіці, глобалізація якої поряд із проблемою обмеженості сировинних ресурсів, що постійно зменшуються, містить у собі значний конфліктогенний потенціал.

На фоні деструктивних процесів глобалізації світової економічної системи досить обґрунтовано передбачається посилення руйнівного впливу глобальної злочинності, корупції в системі державного управління, втрата національного суверенітету і підвищення ролі тероризму, особливо його релігійно-етнічного різновиду. Сама ж світова фінансова система, що переживає у наш час найбільшу кризу у своїй історії, на думку академіка Д.Б. Львова, перетворилась у глобальний спекулятивний конгломерат, що функціонує не в інтересах розвитку національних економік, зростання промислового виробництва та рівня життя людей, а в інтересах закріплення позицій країн “золотого мільярда”. Це – ракова пухлина на живій тканині світової економіки, метастази якої пронизують фінансові системи щораз більшої кількості країн [1, с. 15]. Реальна перспектива важких криз і конфліктів у майбутньому, у тому числі збройних, що ґрунтуються на тактиці тероризму, тут також цілком можлива.

Керуючись вищевикладеним, завданням нашої статті є аналіз і оцінка сутнісних процесів (у тому числі й прихованих) у світовій економічній системі, що впливають на ескалацію тероризму, з тим, щоб у подальшому виробити відповідні юридичні механізми, запровадження котрих у міжнародне і національне право сприяло б ефективній протидії цій світовій загрозі.

Аналіз глобальних тенденцій, що зумовлюють позицію провідних західних країн і міжнародних організацій стосовно України необхідний також з урахуванням визначальної ролі зарубіжного впливу на вибір стратегії, тих економічних перетворень, що відбуваються в нашій країні. З огляду на питання, що розглядається, це сприятиме точнішому визначенню заходів терористичних загроз нашій країні,

оптимізації національного антитерористичного законодавства та його ефективної інкорпорації в оновлене міжнародне право.

Нестабільність сучасного світу, заплутаність і диктат в економічних відносинах, деформація існуючих балансів у політичному протистоянні, непередбачуваність розвитку подій у соціальній і культурній сферах очевидна.

Згідно з висловлюванням колишнього Генерального секретаря ООН Бутроса Бутроса-Галі, “планета затиснута між двома надзвичайно могутніми протидіючими силами: глобалізацією та дезінтеграцією” [2, с. 86–99].

Причому визнаний багатьма спеціалістами перехід сучасного світу від економічної (індустріальної) системи суспільного устрою до нової глобальної системи, якою є постекономічне (постіндустріальне) суспільство, супроводжується зростаючою соціальною напругою.

З цього приводу відомий західний соціолог І. Валлерстайн в одній з своїх останніх робіт зазначив, що “ми живемо в епоху переходу від існуючої глобальної системи суспільного устрою – капіталістичної світової економіки – до іншої або інших глобальних систем. ... Немає сумніву, однак, що перехідний період буде виключно важким для тих, хто живе в цей час. Це буде період загострення та посилення безпорядків, що супроводжуватимуться, на думку багатьох, руйнуванням звичаєвих цінностей” [3, с. 35].

Сутність основного глобального конфлікту значною мірою визначається тим фактом, що досягнення в економічній площині життя, по-перше, розповсюджуються повною мірою лише на незначну частину населення планети, а по-друге, ці досягнення значно випередили прогрес у площині соціальній та політичній, причому так, що економіка, соціальна сфера і політика входять у режим дисонансу, що постійно посилюється. І якщо в економічній площині світ сформувався в єдину, всезагальну, всеохопну виробничу оболонку (безумовно ж, далеко не ідеальну і досить суперечливу), то у політичному та соціальному аспектах він переживає зростаюче розмежування. Напруга між цими двома прямо протилежними тенденціями спричинює зіткнення, потрясіння, конфлікти різного ступеня інтенсивності та масштабів.

Загалом, на думку сучасного російського дослідника В.Л. Іноземцева, джерела і масштаби нинішніх і потенційних протистоянь визначаються тим, що на порозі XXI століття постекономічний лад формується не як самодостатня соціальна система, а як деяка досить замкнута спільність у рамках постіндустріальних суспільств, що призводить до двох типів конфліктів. З одного боку, країни світового співтовариства, що розвиваються і зіштовхуються з кризою господарства, котра посилюється і спричинена, передусім відсутністю реального попиту на їх продукцію з боку розвинутого світу, встануть в опозицію до високотехнологічних, постіндустріальних держав; виникне нова межа, що розділятиме сучасну цивілізацію. З другого боку, самі розвинуті країни, що здаються чимось монолітним лише у разі їх оцінки з погляду громадян “четвертого світу”, також будуть уражені зростаючим соціальним розшаруванням, котре наростатиме за різними мотивами діяльності представників тієї чи іншої соціальної страти. Це може призвести до соціальних конфліктів усередині самих розвинутих країн, а також спричинити сповільнення становлення постекономічного суспільства чи навіть руйнування його внутрішньої логіки [4, с. 16].

Розвиваючи думку вченого, додамо, що на зазначеній вище основі сформувався третій тип конфлікту, котрий полягає в тенденції до зубожіння та

соціальної поляризації населення на національному, регіональному та глобальному рівнях при каталізованому впливі на цей процес цивілізаційних, расово-етнічних та інших відмінностей.

Стає також очевидним, що гостроту процесу сучасного глобального економічного розвитку надає наявність у ньому двох протилежних тенденцій: підкорення світової економіки інтересам міжнародної фінансової олігархії і транснаціонального капіталу, з одного боку, та конкуренції національних економічних систем – з іншого. Деякі транснаціональні корпорації переважають за економічним потенціалом великі країни, підкоряючи своєму впливу уряди, вирішально впливають на формування міжнародного права та міжнародних інституцій.

Як планетарна управлінська структура, що представляє інтереси світової олігархії, дедалі більше проявляється так званий Світовий уряд (Рада міжнародних відносин, Трьохстороння комісія, Більдерберзький клуб, Світовий форум).

Оцінюючи роль і місце Світового уряду в сучасних геоекономічних процесах, генеральний директор Інформаційного аналітичного агентства при Управлінні справами президента РФ А.Д. Ігнатов зазначає: “Ключовим фактором що впливає на сучасні глобалізаційні процеси, виступає діяльність Світового уряду. Не вдаючись у страхітливі подробиці, що подаються нам багаточисленними теоріями змов, необхідно визнати, що така наддержавна структура цілком ефективно виконує роль штабу “Нового світового порядку”. Однак у своїй роботі дана організація орієнтується на інтереси малочисленної еліти, об’єднаної етнічною спорідненістю та ініціацією в ложах деструктивної спрямованості. Дана обставина – узурпація влади у Світовому уряді хасидсько-парамасонською групою – вимагає найшвидшого виправлення” [5, с. 8].

Інакше кажучи, вбачається утворення ще однієї групи суперечностей, пов’язаних із боротьбою за присутність і домінування у Світовому уряді. Це підтверджується, зокрема, наступними роздумами А.Д. Ігнатова про те, що російська еліта повинна увійти до Світового уряду і його структури з метою суттєвого корегування мети і способів глобалізації. Росія повинна мати змогу впливати на рішення, що їх приймають таємні міжнародні структури влади [5].

Важко розраховувати на те, що ці наміри будуть із захопленням сприйняті світовою олігархією. Відповідно, посилення напруженості та конфліктності, зумовлене геоекономічними інтересами з цього погляду видається також досить можливим.

Конфліктогенність вищезазначеного комплексу економічних суперечностей визначається трьома основним характеристиками. По-перше, вони зумовлюють появу протестних настроїв та намірів найрізноманітніших рівнів і напрямів, по-друге, конфліктне, нестабільне середовище саме собою виступає сприятливою умовою багаторазового зростання прибутків для великого транснаціонального капіталу, а по-третє, створення обстановки нестабільності і конфліктності в регіонах, що не зачисляються до західної цивілізації, для світової олігархії необхідне з метою обґрунтування економічної та політичної неспроможності національних режимів і подальшого закріплення статусу однополярного світу.

Доцільно зазначити, що глобалізація світової економіки, окрім відторгнення вже відомих країн і народів так званого “третього” і “четвертого світу”, дедалі відчутніше зачіпає інтереси середнього класу. “Лише наївні теоретики, – зазначають Г.-П. Мартін і Х. Шуманн, – і недалекоглядні політики вважають, що можна з року в рік, як у нинішній Європі, позбавляти мільйони людей роботи і

соціального захисту і не заплатити колись за це політичну ціну. Щось обов'язково відбудеться. У державах, побудованих за демократичним принципом, на відміну від концернів з їх споживацькою стратегією, немає “зайвих людей”. І немає жодних підстав для самозаспокоєння, адже за соціальним потрясінням слідуватиме політичне. ... Ось вже тривалий час мільйони громадян, які належать до середнього класу, що втратив упевненість у завтрашньому дні, шукають порятунку у ксенофобії, сепаратизмі та розірванні стосунків зі світовим ринком. Відторгнуті відповідають відторгненням” [1, с. 29].

З огляду на це зростає популярність сепаратистських партій у Квебеку, Бретані та на Корсиці, в Шотландії, Каталонії, Паданії та Ломбардії. Не випадково у травні 2001 року до влади в Італії прийшов С. Берлусконі, которого не без підстав називають послідовником Муссоліні. Раніше політичних успіхів досягали такі праві націонал-популісти, як Росс Перо у США, Жан-Марі Ле Пен у Франції, Йорг Хайдер в Австрії тощо.

Особливої гостроти виникаючому конфлікту, на нашу думку, надає усвідомлення громадськістю того факту, що глобалізація економіки (і її трагічні наслідки) не є результатом природного процесу або, як його ще називають глобалісти від економіки, природним результатом науково-технічного прогресу. “Глобалізація неминуча, – заявив в одному зі своїх виступів директор Світового банку, – а високого рівня життя у країнах, що розвиваються і країнах “третього світу” можна досягти відкриттям їх “економік” в цілому та лібералізацією фінансових ринків для міжнародного капіталу” [6, с. 3–24]. Щоправда, завдячуючи виступам прогресивних дослідників, світова громадськість побачила, що глобальна економічна інтеграція, котра виступає невідворотною загрозою для істинної демократії, свідомо просувається цілеспрямованою політикою. Саме уряди та парламенти розвинутих країн своїми угодами і законодавчими актами планомірно усувають бар'єр за бар'єром на шляху просування товарів і капіталів через національні кордони. “Помилково вважати, що глобалізація – результат дії виключно ринкових сил. Ті межі, у яких діють ринкові сили, визначаються політикою” [7].

Отож, цілком очевидно, що політика соціальної деградації, відштовхування більшої частини працездатного населення на периферію світової цивілізації априорі не має жодних перспектив і здатна бумерангом вдарити по інтересах розвинутих країн. Її продовження слугуватиме потужним джерелом виникнення щоразу нових соціальних конфліктів, регіональних зіткнень і локальних воєн, котрі при досягненні критичної маси можуть перетворитися на глобальне протистояння між країнами і народами світу. З огляду на значні відмінності у рівнях розвитку країн збільшуватиметься попит на тероризм як засіб досягнення цілей боротьби.

Не викликає сумніву той факт, що в основі тероризму лежить соціальний конфлікт. Розуміння ж природи конфлікту пов'язане з розумінням природи самої людини, її взаємовідносин із суспільством. З давніх-давен і до наших днів щодо цього два погляди.

Перший з них належить ще Арістотелю, котрий у своєму знаменитому трактаті “Політика”, вирішуючи головне питання соціології про співвідношення суспільства та індивіда, недвозначно віддає перевагу суспільному: “Очевидно, держава існує в силу природи і в силу природи передре кожній людині, оскільки остання, виявившись в ізолюваному стані, не є істотою самодостатньою, то її

відношення до держави таке ж, як відношення будь-якої частини до свого цілого” [8, с. 379].

Іншого погляду дотримувався видатний англійський мислитель XVII ст. Т. Гоббс. В його трактаті “Левіафан, або Матерія, форма і влада держави церковної і громадянської” питання про співвідношення суспільства й особистості вирішується на користь людини як окремої самоцінної істоти. Т. Гоббс вважає, що “природа створила людей рівними у співвідношенні фізичних і розумових здібностей, тому свобода підданого цілком поєднується з необмеженою владою суверена, котрий зобов’язаний дотримуватися природних законів: “Свобода підданих полягає у тих речах, котрі суверен при регулюванні їх дії обійшов мовчанням...” [9].

Отже, аристотелівська позиція засвідчує суспільне начало в людині, її здатність до співпраці з іншими людьми, що закладено у самій природі людини. Т. Гоббс, навпаки, виходить із розуміння того, що людина є певна самість, індивід, для якого інші люди представляють собою середовище його існування, ворогів або партнерів; людина самостійно формулює свої цілі і завдання і прагне до того, щоб використати свої зв’язки та стосунки з іншими людьми як засоби для досягнення своїх цілей [10, с. 19].

Однак, незважаючи на певну протилежність, обидві позиції центральною властивістю суспільних відносин визнають конфлікт, хоча його джерело визначають по-різному.

Зокрема, Арістотель найважливіші джерела конфліктів убачав у майновій нерівності людей і в нерівності отримуваних ними почестей: занадто велике прагнення до збагачення і почестей вищої частини суспільства призводить до того, що виникає незадоволення з боку простих людей, громадян держави, що стає причиною державних переворотів [8, с. 421].

Гоббсівська ж концепція розуміння суспільства як “війни всіх проти всіх” свідчить про обумовленість конфліктів самою природою людини і головно – природною нерівністю людей: наскільки люди початково рівні у своїх здібностях, настільки вони рівні і в своїх претензіях. Предмети ж бажання не можуть належати всім одночасно, це й спричинює конфлікт у суспільстві [9, с. 250].

У сучасній науковій літературі соціологічні напрями поділяються на дві великі групи залежно від того, яке місце в теоретичній побудові посідає проблема соціального конфлікту. В теоріях К. Маркса, Д. Александера, М. Вебера, Р. Парето, Р. Дарендорфа, що стосуються соціальних процесів і змін, проблематика конфлікту займає домінуючу позицію. Соціальні теорії іншої групи вчених (Е. Дюркгейм, Т. Парсонс, Н. Смелсер та ін.) ґрунтуються на характеристиках стабільності та стійкості.

Інакше кажучи: ці дві позиції різняться тим, що перша робить акцент на конфлікті та зміні, а друга – на співробітництві.

Акцентуючи на динаміці розвитку, творчих інтерпретаціях та змінах, котрим піддаються ці напрями соціологічної науки, відомий російський вчений А.Г. Здравомислов підсумовує: “У будь-якому випадку можна говорити, що сама по собі дихотомія “конфлікт – консенсус”, або “напруга – стабільність” зберігається як важлива проблема всіх більш або менш значних побудов соціології XIX – XX століть” [10, с. 45].

Наприкінці 80-х – на початку 90-х років XX ст. значно зросла зацікавленість до вивчення міжнародних конфліктів, насамперед з урахуванням неочікуваності різкого зростання конфліктності у світі після закінчення “холодної” війни.

Пророчі передбачування Ф. Фукуями, котрий у своїй відомій статті “Кінець історії” (1989) прогнозував “безконфліктність” світу, не збулися. Всупереч оптимістичних надій цього і багатьох інших дослідників та політиків, завершення “холодної” війни спричинило численні локальні збройні конфлікти. Причому “локальними” переважну більшість цих конфліктів можна назвати умовно, якщо враховувати лише територіальність у прямому розумінні цього слова. Адже за своєю суттю і метою конфлікти мають міжнародне походження і відображають глобалізаційні процеси, пов’язані з перерозподілом сил і акцентів на світовій арені. Їх відрізняє жорстокість і нерозбірливість форм боротьби, тенденція щодо розширення використання тактики терору.

Руйнування попередньої біполярної структури пришвидшило процеси економічної поляризації; загострилися відносини між індустріальними і сировинними країнами з чіткою тенденцією до одностороннього посилення залежності від останніх [11, с. 239]. Різко зросли прояви націоналізму, особливо на хвилі формування нових держав. До того ж, суттєво посилися процеси урбанізації, а багато міст, особливо в регіонах “третього” і “четвертого” світу, виявилися не готовими до надзвичайно інтенсивної міграції населення.

На підставі аналізу можемо стверджувати, що сучасні глобалізаційні процеси каталізуються економічною поляризацією, яка, з одного боку, посилює у тих, хто витіснений на периферію суспільного життя, почуття соціальної несправедливості, а з іншого – підштовхує до використання у боротьбі за досягнення цієї справедливості таких засобів і методів, котрі роблять цю боротьбу співвідносною. Як наслідок – на світову арену виходить тероризм з усіма своїми негативними сторонами.

1. Мартин Г.-П. Западная глобализация: атака на процветание и демократию / Г.-П. Мартин, Х. Шуманн; [пер. с нем.]. – М.: Издат. дом “Альпина”, 2001.
2. Boutroc-Chali, Boutroc. Global leadership after the Cold War // Foreign Affairs. – Mar / Apr. 96. – Vol. 75, Iss. 2. – P. 86–99.
3. Wallerstein I. Utopistics or Historical choices of the twenty-first century / I. Wallerstein. – N.Y.: The New Press, 1998.
4. Иноземцев В.Л. Расколота цивилизация: Наличествующие предпосылки и возможные последствия постэкономической революции / В.Л. Иноземцев; [А.И. Антипова (ред.)]. – М.: Academia, 1999.
5. Игнатов А.Д. Стратегия “глобализационного лидерства” для России / А.Д. Игнатов // Независимая газ. – 2000. – 7 сент. – С. 8.
6. Сенченко М.І. Дарунки Заходу: глобалізм, мондіалізм, лібералізм / М.І. Сенченко // Контрасти. Мондіалізм і тероризм. – К., 2001. – С. 3–24.
7. Social Consequences of Globalization. Marginalisation or Improvement. Conference by H. E. Fernando Henrique Cardoso at the Indian National Centre. – New Delhi, 1996.
8. Аристотель. Сочинения / Аристотель; [в 4 т.]. – М.: Мысль, 1983. – Т. 4.
9. Гоббс Т. Сочинения / Т. Гоббс [Т. 2.]. – М.: Мысль, 1991.
10. Здравомыслов А.Г. Социология конфликта: Россия на путях преодоления кризиса: учеб. пособ. [для студентов высш. учеб. заведений] / А.Г. Здравомыслов; [2-е изд., доп.]. – М.: Аспект Пресс, 1995.
11. Агеев В.С. Межгрупповое взаимодействие: соц.-психол. проблемы / В.С. Агеев. – М.: Изд-во МГУ, 1990.

SOCIO-ECONOMIC PREDISPOSITION OF INTERNATIONAL TERRORISM

V. Kantsir

*Internal Affairs State University of L'viv
Gorodots'ka Str. 26, UA – 79007 L'viv, Ukraine*

This article is devoted to the modern geopolitical dynamic disclosure, which, to some extent, causes terrorism and its escalation, since international terrorism is greatly determined by socio-economic causes.

Key words: terrorism, socio-economic predisposition, industrial-informative society, illegitimate violence, escalation of terrorism.

СОЦИАЛЬНО-ЭКОНОМИЧЕСКИЕ ПРЕДПОСЫЛКИ МЕЖДУНАРОДНОГО ТЕРРОРИЗМА

В. Канцир

*Львовский государственный университет внутренних дел
ул. Городецка, 26, 79007 Львов, Украина*

Раскрыта современная геополитическая динамика, которая определенным образом продуцирует условия для возникновения терроризма и его эскалации, ведь во многом это явление определяется социально-экономическими причинами.

Ключевые слова: терроризм, социально-экономические факторы, индустриально информационное общество, нелегитимное насилие, деструктивные процессы глобализации.

Стаття надійшла до редколегії 17.12.2009
Прийнята до друку 10.01.2010

ПРОБЛЕМИ ПРАВОВОЇ ПРИРОДИ “СПЕЦІАЛЬНОЇ КОНФІСКАЦІЇ” У КРИМІНАЛЬНО-ПРАВОВИХ САНКЦІЯХ

О. Кондра

*Львівський національний університет імені Івана Франка
вул. Університетська, 1, 79000 Львів, Україна
тел. (032) 239–44–82*

Висвітлено проблеми правової природи “спеціальної конфіскації” у кримінально-правових санкціях. Досліджено питання правової природи, її відмінність від конфіскації майна, вказано на неузгодженість правового регулювання, з’ясовано сучасні тенденції судової практики з цього приводу. Є авторські висновки як теоретичного характеру, так і пропозиції щодо вдосконалення законодавства.

Ключові слова: кримінально-правові санкції, спеціальна конфіскація, конфіскація майна.

У сучасному кримінальному праві України традиційною є думка, що правова система України побудована на трактуванні кримінально-правових санкцій, яке класичне для всіх національних правових систем романо-германської сім’ї, що сприйняли класичну римську формулу: *Meo et legum eas partes juius poenas constitumus aol versus cos jiii contra ieies bearint, sanctiones vocamus* (ту частину, яка встановлює покарання тому, хто зробив дію, заборонену законом, іменуємо санкцією). Незважаючи, на те що окремі вчені критикують цю позицію (зокрема, противником є проф. Ю.В. Баулін [2, с. 25], все таки пріоритетною залишається вищезазначена дефініція.

Проте детальний аналіз кримінально-правових санкцій, що містяться в чинному КК України, дає підстави стверджувати, що вони містять не лише покарання, а й певні інші заходи, які не є покаранням, навіть більше, наводять аргументовані міркування, що їх правова природа не є кримінально-правовою. Йдеться про так звану “спеціальну конфіскацію”.

Питання про спеціальну конфіскацію традиційно досліджували у працях, в яких розглянуто додаткові види покарання чи конфіскації майна такими вченими: П. А. Аветісян, М.І. Бажанов, В.Н. Веселова, І.І. Голубов, Н.О. Гуророва, Р.А. Гюльалієва, В.К. Дуюнов, А.В. Кобахідзе, А.Г. Михайлянц, Г.М. Собко, В.А. Пімонов, М.Д. Шаргородський, К.М. Шутов та ін. Також частково висвітлювалося в працях стосовно загальних питань Особливої частини (О.К. Марін, М.І. Хавронюк, В.О. Навроцький, М.С. Таганцев). проте наявні і окремі публікації (Д.С. Азаров, В.М. Бурдін, М.В. Вісков, Л.Л. Кругліков, Б.О. Кириш, І.А. Марогулова, В.М. Мельнікова-Крикун, А.Н. Павлухін, А.Л. Цветінович, Н.Ф. Кузнецова).

Однак задовільним вирішення проблеми правової природи “спеціальної конфіскації” визнати не можна. Є низка питань, щодо яких триває гостра дискусія, зокрема, питання, проблемність яких не вбачалась, або взагалі не зачіпалась. Узагальнивши, можна сформулювати ці запитання таким чином:

- 1) яка правова природа спеціальної конфіскації?
- 2) чи узгоджується правове регулювання “спеціальної конфіскації” у кримінально-правових санкціях з нормами інших галузей права і які особливості застосування правових норм, що врегульовують порядок здійснення “спеціальної конфіскації” у судовій практиці?

3) чи можна зачислити спеціальну конфіскацію до кримінальних покарань (з огляду на це – чи є спеціальна конфіскація різновидом загальної конфіскації майна як кримінального покарання)?

З’ясуванню цих питань і присвячена ця стаття. Зазначу, що проблеми предмета і обсягу спеціальної конфіскації залишаються поза межами цієї праці, оскільки їх важливість та об’ємність заслуговують на самостійне дослідження.

За моїми підрахунками, Особлива частина чинного КК України (в редакції станом на 19.03.09 р.) передбачає спеціальну конфіскацію у 56 санкціях (ч. 11. ст. 158, ч. 12. ст. 158, ч. 1. ст. 176, ч. 2. ст. 176, ч. 3. ст. 176, ч. 1. ст. 177, ч. 2. ст. 177, ч. 3. ст. 177, ч. 1. ст. 201, ч. 2. ст. 201, ч. 1. ст. 203–1, ч. 2. ст. 203–1, ч. 1. ст. 204, ч. 2. ст. 204, ч. 3. ст. 204, ч. 1. ст. 208, ч. 2. ст. 208, ч. 1. ст. 209, ч. 2. ст. 209, ч. 3. ст. 209, ч. 2. ст. 216, ч. 1. ст. 229, ч. 2. ст. 229, ч. 3. ст. 229, ч. 2. ст. 233, ч. 2. ст. 240, ч. 1. ст. 244, ч. 2. ст. 244, ст. 246, ч. 1. ст. 248, ч. 2. ст. 248, ч. 1. ст. 249, ч. 2. ст. 249, ч. 1. ст. 300, ч. 2. ст. 300, ч. 3. ст. 300, ч. 1. ст. 301, ч. 2. ст. 301, ч. 3. ст. 301, ч. 1. ст. 305, ч. 2. ст. 305, ч. 3. ст. 305, ч. 1. ст. 306, ч. 1. ст. 332, ч. 2. ст. 332, ст. 334, ч. 1. ст. 361, ч. 2. ст. 362, ч. 1. ст. 361–1, ч. 2. ст. 361–1, ч. 1. ст. 361–2, ч. 2. ст. 361–2, ч. 1. ст. 362, ч. 2. ст. 362, ч. 3. ст. 362, ч. 2. ст. 363–1) причому, зазвичай, зміни до КК України не торкаються спеціальної конфіскації, у побудові санкцій, що свідчить про небажання законодавця відмовитись від цього інституту.

У науці кримінального права сформувались дві діаметрально протилежні позиції стосовно правової природи “спеціальної конфіскації”: одні вчені вважають, що спеціальна конфіскація має кримінально-правову природу (зокрема, прихильниками є проф. М.І. Хавронюк [26, с. 105–106], такої ж думки, щоправда з іншою аргументацією притримуються Н.О. Гуторова [7, с.8, 21, 32], Н.Ф.Кузнєцова [15, с.27] та ін.), інші вчені обстоюють кримінально-процесуальну природу спеціальної конфіскації і пропонують вилучити її з КК України (В.М. Бурдін [3, с. 70; 4, с. 45], О.К. Марін [18, с. 95–97]). Показовим є те, що проф. Л.Л. Кругліков, який у співавторстві з А.В. Васильєвським раніше обстоював твердження, про недопустимість “спеціальної конфіскації” у кримінально-правових санкціях [14, с. 272–274], з часом дещо модифікував свою позицію і став дотримуватись думки, що спеціальна конфіскація має кримінально-правову природу і властивості покарання [13, с. 150].

Прихильники теорії кримінально-правової природи “спеціальної конфіскації” вказують на те, що спеціальна конфіскація за своєю суттю є правообмеженням, що застосовується до особи, яка вчинила суспільно-небезпечне діяння, має на меті не допустити повторне використання певних предметів в антисуспільних цілях, попередити новий злочин, впливати на свідомість особи для того, щоб переконати її в “невигідності” подальшого заняття злочинною діяльністю [13, с. 151], крім того, спеціальна конфіскація є правовим наслідком вчиненого злочинного діяння, а положення КПК України не повинні визначати санкції кримінально-правових норм [26, с. 106].

Аргументовано критикує прихильників кримінально-правової природи спеціальної конфіскації В.М. Бурдін, який у своїх публікаціях зазначає, що вказівка у санкціях окремих статей Особливої частини КК України на застосування до особи “спеціальної конфіскації”, котра за своєю суттю є заходом процесуального примусу, не означає, що це положення входить до змісту кримінально-правової норми. Положення про спеціальну конфіскацію не є якимось новелою законодавства, оскільки йдеться не про що інше, а саме про порядок поводження з речовими доказами, про що вказується у ст. 69 КПК УРСР та ст. 81 КПК України [4, с. 48].

Бурдін В.М. вбачає кримінально-процесуальну колізію між положеннями окремих санкцій статей КК України та ст. 81 КПК України. Ця колізія в окремих випадках суперечлива (наприклад, ст. 81 КПК України і ч. 1. ст. 244 КК України), а в більшості випадків дублююча (положення КК України дублюють положення ст. 81 КПК України). Більше того, цей вчений іронічно наголошує, що окремі положення КК ставлять під сумнів добросовісність працівників правоохоронних органів, коли імперативно вказують на обов'язкове знищення незаконно виготовлених підкацизних товарів та обов'язкову конфіскацію засівів опійного маку та конопель [4, с. 46].

Вважаю, що у разі з'ясування правової природи спеціальної конфіскації передусім слід звернутись до завдань, які поставлені перед відповідними нормативно-правовими актами цих галузей права.

У ст. 1 КК України зазначено, що Кримінальний кодекс має своїм завданням правове забезпечення охорони прав і свобод людини і громадянина, власності, громадського порядку та громадської безпеки, довкілля, конституційного устрою України від злочинних посягань, гарантії миру і безпеки людства, а також запобігання злочинам. Для здійснення цього завдання Кримінальний кодекс України визначає, які суспільно небезпечні діяння є злочинами та які покарання застосовуються до осіб, що їх вчинили.

Тобто, законодавець визначає правову охорону основним завданням кримінально-правових інститутів, а здійснюється це завдання за допомогою конструювання кримінально-правових норм, які передбачають склади злочинів та покарання за їх вчинення.

Спробуємо зіставити вищевказане завдання і положення стосовно “спеціальної конфіскації”, які містяться у кримінально-правових санкціях. При цьому, зазначимо, що правова охорона передбачає неможливість або значне ускладнення порушення тих чи інших охоронюваних правом прав і свобод. Аналіз санкцій Особливої частини КК України, які містять поняття “спеціальної конфіскації”, наукової доктрини та положень судової практики дає змогу зробити декілька висновків:

- “спеціальна конфіскація” може бути застосована лише після скоєння злочину, тобто після того, як вже була завдана шкода об'єкту кримінально-правової охорони;
- “спеціальна конфіскація” може бути застосована і у разі звільнення від кримінальної відповідальності і покарання, тобто є незалежною від інших заходів кримінально-правового впливу;
- “спеціальна конфіскація” в абсолютній більшості пов'язана з такою ознакою об'єктивної сторони складу злочину, як знаряддя та засоби, тобто зв'язок з об'єктом має непрямої, а опосередкований.

Все це свідчить, що “спеціальна конфіскація” не може виконувати завдання кримінально-правової охорони, оскільки вона настає лише постфактум і лише за спеціальних умов наявності певних речей матеріального світу, якими завдається шкода об'єкту. Сам об'єкт кримінально-правової охорони “спеціальна конфіскація” охороняти не може, вона слугує для виконання двох основних завдань:

- не дати збагатитися за рахунок незаконно здобутого майна, яким було завдано шкоди об'єкту (конфіскація незаконно впольованих тварин тощо);
- вилучити з володіння майно, яке взагалі не може перебувати у володінні на загальних підставах (конфіскація наркотичних засобів, їх аналогів чи прекурсорів)

До того ж, зазначимо, що якби спеціальна конфіскація мала кримінально-правову природу, то вона була б неможлива у разі винесення виправдовувального вироку, оскільки немає злочину, відповідно, немає і кримінально-правових відносин. Натомість, чинне законодавство і практика його застосування свідчать про можливість спеціальної конфіскації навіть при винесенні виправдовувального вироку (наприклад за відсутністю складу злочину через відсутність настання необхідних злочинних наслідків). Тобто, для спеціальної конфіскації наявність кримінально-правових відносин не має значення, для неї буває достатнім здійснення процедури кримінального переслідування.

Однак, варто зазначити, що йдеться про речі, які заборонені до обігу в цивільному обороті (наркотичні речовини тощо), або користування якими передбачає наявність особливих вмінь та отримання дозволів і ліцензій (зброя, транспортні засоби тощо), оскільки сама їх наявність чи протиправне використання створюють небезпеку для суспільства і в окремих випадках це визнано злочином (напр. ст. 263, ст. 307 КК України). Для реалізації такого вилучення не обов’язково застосовувати положення кримінального чи кримінально-процесуального законодавства, оскільки їх вилучення може застосовуватись на підставі норм інших галузей права. Та й узагалі, постає закономірне питання, чи доцільно говорити в таких випадках саме про “конфіскацію”, тому що змістом терміно-поняття “конфіскація” є примусове вилучення із законного володіння, а не протиправного.

Відповідно до ст. 1 КПК України призначенням Кримінально-процесуального кодексу України є визначення порядку провадження у кримінальних справах. Тобто, КПК України, призначений у правовому порядку врегулювати те, як ведеться провадження у кримінальній справі. Логічно, що будь-якому процесуальному регулюванню доцільно виділяти певні етапи і встановлювати деталізоване регулювання окремих дій в межах цих етапів. Саме так структурований КПК України. Керуючись тим, що “спеціальна конфіскація” є заходом на певному етапі провадження у кримінальній справі: заходи для її забезпечення визначаються на досудовому слідстві, рішення про її застосування – при вирішенні справи по суті, то, на мою думку, це свідчить лише про те, що порядок застосування спеціальної конфіскації визначається, зокрема, КПК України, але не більше. Вважати саму наявність правового регулювання “спеціальної конфіскації” у КПК України (зрештою як і КК України) достатньою підставою для вирішення питання про її правову природу методологічно неправильно і ненауково, бо це всього лише рефлексії над законодавством.

У ст. 2 чинного КПК України визначено, що завданням кримінального судочинства є охорона прав та законних інтересів фізичних і юридичних осіб, які беруть в ньому участь, а також швидке і повне розкриття злочинів, викриття винних та забезпечення правильного застосування Закону з тією метою, щоб кожний, хто вчинив злочин, був притягнутий до відповідальності, і жоден невинний не був покараний.

Спеціальна конфіскація не має зв’язку з розкриттям злочину і притягненням до кримінальної відповідальності, оскільки останні можуть реалізуватись і без неї. Проте в окремих випадках “спеціальна конфіскація” може слугувати охороні прав та інтересів осіб, які беруть участь у кримінальному процесі, наприклад у випадку конфіскації майна, яке було об’єктом злочинних дій і повернення його потерпілому. Отож, спеціальна конфіскація не забезпечує реалізації основного завдання кримінального судочинства (розкриття злочину і притягнення до кримінальної відповідальності), але може частково виконувати допоміжні завдання (правова охорона прав та інтересів учасників кримінального судочинства).

Оскільки спеціальна конфіскація містить правообмеження прав і свобод людини, то законодавством має бути передбачена підстава і можливість її застосування. Така підстава і можливість мають встановлюватись виключно матеріальним законом, а процесуальним законом – лише порядок виконання. Можливо, саме такою думкою керуються законотворці, які нав'язливо пропонують доповнити КК України положеннями про спеціальну конфіскацію, незважаючи на те, що вони фактично внесуть процесуальні положення в КК України, що вже критикувалось вище.

Прагнучи повернутись до основ, хочеться зазначити, що підстава для спеціальної конфіскації майна вже визначена Конституцією України. У ч. 6. ст. 41 Конституції України зазначено, що конфіскація майна може бути застосована винятково за рішенням суду у випадках, обсязі та порядку, визначених законом. Таким стислим формулюванням вказуються винятки з непорушності права власності і закріплюється можливість конфіскації майна. Було б неправильним вважати, що йдеться тільки про конфіскацію майна як вид покарання, оскільки норма ч. 6. ст. 41 Конституції України має ширший зміст і поширюється, в тому числі, і на положення цивільного, адміністративного права (в яких також є поняття конфіскації) тощо. Оскільки слово “конфіскація” за своїм змістом означає примусове вилучення з чужого володіння, то можна стверджувати, що терміно-поняття “конфіскація” в ст. 41 Конституції України охоплює і “спеціальну конфіскацію”, тому що остання є також примусовим вилученням, специфіка ж полягає в предметі і обсязі. Крім того, Конституція України вказує на загальний термін “майно” без персоніфікації, а у КК України йдеться про конфіскацію майна, що є власністю засудженого.

Доцільно принагідно зазначити, що положення ст. 81 КПК України суперечать Конституції України, оскільки містять можливість конфіскації майна несудовим актом, зокрема постановою прокурора про закриття справи. Цю невідповідність потрібно виправити через внесення змін у ст. 81 КПК України.

Окрім цього, правову підставність існування “спеціальної конфіскації” можна віднайти у ст. 354 ЦК України, яка зазначає, що до особи може бути застосовано позбавлення права власності на майно за рішенням суду як санкція за вчинення правопорушення (конфіскація) у випадках, встановлених законом. Конфісковане майно переходить у власність держави безоплатно. Обсяг та порядок конфіскації майна встановлюються законом.

Вищенаведені положення свідчать, що так звана “спеціальна конфіскація” є нічим іншим, як специфічним проявом припинення права власності (володіння, користування, розпорядження), має економічний характер і за своєю природою є цивілістичною категорією. У рамках кримінально-правової та кримінально-процесуальної площини стосовно “спеціальної конфіскації” застосовуються спеціальні методи, і порядок правового регулювання зумовлені особливостями цих галузей права. Існування в межах кримінального судочинства цивілістичних положень подиву не викликає. Адже як і у КК України, так і у КПК України існує багато приватних інститутів: обов'язок відшкодувати заподіяні збитки (ст. 105 КК України), інститут цивільного позову у кримінальній справі (ст. 123 КПК України), що свідчить про міжгалузевий характер застосування окремих правових положень.

Якщо зосередити увагу на питанні взаємоузгодження правозастосування “спеціальної конфіскації” у судовій практиці, то можна віднайти проблемні моменти. Зокрема, положення ч. 1. ст. 201 КК України та ч. 2. ст. 326 МК України (з відповідними роз'ясненнями п. 18 постанови Пленуму ВСУ № 8 від 03.06.2005 р.

“Про судову практику у справах про контрабанду та порушення митних правил”), згідно з яким предмети контрабанди конфісковуються незалежно від того, хто є їх власником, не завжди сприймаються судовою практикою, свідченням чого є ухвала палати у цивільних справах Верховного суду України від 27.09.2007 р. у справі №6–15646св07 [24].

Підставою для судового спору у цій справі став обвинувальний вирок Сумського районного суду Сумської області, яким засуджено ОСОБА-1 (дані не розголошуються) за ст.ст. 201 ч. 1, 15–201 ч. 1, 358 ч. 3 КК України (запис формули кваліфікації наведено так, як він поданий у вироку) з сплатою штрафу в сумі 13 000 грн з конфіскацією предметів контрабанди. Серед предметів контрабанди, що підлягали конфіскації був автомобіль марки Porsche Cayenne. Цей автомобіль було викрадено у Німеччині і після виплати страхового відшкодування власниці, на підставі абандону, право власності на цей автомобіль перейшло до німецької страхової компанії Generali Versicherung AG, яка подала позов до місцевого суду про визнання права власності на цей автомобіль і виключення його з акту опису майна, що підлягає конфіскації.

Рішенням місцевого суду позов було задоволено у повному обсязі, апеляційна інстанція залишила його без змін. Незважаючи на касаційну скаргу прокурора Сумської області, Верховний суд також не виявив порушень закону і залишив рішення попередніх судів без змін, а скаргу без задоволення. Цією ухвалою Верховний Суд України фактично частково не застосував санкції ч. 1. ст. 201 КК України, оскільки виключив з конфіскації майно, а саме – автомобіль Porsche Cayenne, який був предметом контрабанди, але належав іншому власнику, а не злочинцю, хоча ні санкція ч. 1. ст. 201 КК України, ні положення ст. 81 КПК України такої можливості не передбачають.

Вважаю, що цією ухвалою Верховний Суд України формально допустив порушення вимог КК України і КПК України, проте з погляду верховенства права (ст. 8 Конституції України) та непорушності права власності (ст. 41 Конституції України) його рішення є слушним. А це змушує черговий раз задуматись над узгодженням застосування положень різних галузей права і об'єднання їх у системний зв'язок.

Як варіант уникнення непорозумінь з іншими галузями права у питаннях, що виникають при здійсненні спеціальної конфіскації в кримінальному процесі є пропозиція зробити колізійну прив'язку у Конституції України. Це уточнення деталізує положення Конституції України стосовно пріоритету захисту права власності і може бути викладене, наприклад, шляхом доповнення ч. 6. ст. 41 Конституції таким реченням: “У випадку здійснення конфіскації майна пріоритетним є захист прав законного власника”.

Крім цього, потрібно внести зміни ЦК України, шляхом доповнення ст. 354 частиною 3 приблизно такого змісту: “У разі провадження у кримінальній справі право володіння, користування чи розпорядження певними видами майна можуть бути змінені, обмежені чи припинені виключно за рішенням суду у випадках, обсязі та порядку, встановлених законом. Власник майна має право на витребування належного йому незаконно конфіскованого майна або відшкодування його вартості”.

Стосовно того, чи можна зачислити спеціальну конфіскацію до покарань (у зв'язку з цим виникає ще одне запитання - чи є спеціальна конфіскація різновидом загальної конфіскації майна як кримінального покарання), чи до інших мір кримінально-правового впливу, то на мою думку, слід керуватися такими аргументами.

По-перше, види покарань у чинному КК України передбачено у ст. 51 КК України. Слово “конфіскація” у ній згадується лише щодо такого виду покарання, як конфіскація майна. Якщо проаналізувати ст. 59 КК України, де йдеться про конфіскацію майна, то можна виявити, що ніяких згадок про “спеціальну конфіскацію майна” немає, як безпосередньо текстуальних, так і прихованих. У ст. 59 КК України зміст поняття покарання “конфіскація майна” розкрито у повному обсязі і воно не містить тих положень, які вкладаються в зміст “спеціальної конфіскації”. Отже, текстуальне тлумачення КК України дає підстави виявити, що згадок про спеціальну конфіскацію у розділі цього закону присвяченого кримінальному покаранню, немає, тобто, за правилами формальної логіки, чинний КК України не зачислює її до покарань.

По-друге, спеціальна конфіскація не наділена елементами і властивостями кримінального покарання. Оскільки попередній аргумент ґрунтувався на текстуальному тлумаченні, то його слід підкріпити зверненням до теоретичних основ. На сучасному рівні розвитку теорії кримінального права під покаранням звично розуміють захід примусу, який призначається за обвинувальним вироком суду особі, винній у скоєнні злочину і який полягає в обмеженні її прав і свобод [3–7]. З незначною корекцією таке поняття увійшло і в ст. 50 КК України. Сутність покарання також проявляється через його мету. Стосовно мети покарання в теорії кримінального права ведуться суперечки, дещо спрощено – сформовано дві філософсько-правові позиції з приводу мети покарання – сучасного неокласицизму та теорії соціального захисту.

Не вдаючись до концептуальних диспутів теорії покарання, яким присвячена численна кількість публікацій, спробуємо усі вищеперелічені елементи (поняття і мету) пов’язати зі спеціальною конфіскацією.

Унаслідок такого теоретичного експерименту одержуємо: спеціальна конфіскація може полягати в обмеженні прав і свобод як засудженої особи, так і інших осіб; спеціальна конфіскація може застосовуватись і за відсутності злочину; спеціальна конфіскація може як карати злочинця, так і просто відбирати в нього те, на що він і так не має права; спеціальна конфіскація може як здійснювати загальну та спеціальну превенцію (конфіскація знять злочину, доходів від майна здобутого злочинним шляхом) так і не мати до неї жодного відношення (конфіскація майна здобутого злочинним шляхом), бо превенцію в останньому випадку забезпечуватимуть інші каральні засоби, а не позбавлення “чужого” для злочинця майна; спеціальна конфіскація не впливає на виправлення злочинця (це взагалі сфера кримінально-виконавчого права) і його ресоціалізацію, навпаки, може, в окремих випадках, їх погіршувати через позбавлення засобів для існування, які перед тим були набуті цілком законним шляхом (конфіскація понаднормової суми валюти при контрабанді валютних цінностей).

Отже можемо ствердити: хоча спеціальна конфіскація і володіє рисами схожості до кримінального покарання, але їй притаманні водночас відмінні риси, які, своєю чергою, аж ніяк не властиві кримінальному покаранню.

По-третє, наукою кримінального права вироблені правила відмежування покарання (в тому числі стосовно конкретного покарання – конфіскації майна) від спеціальної конфіскації. У більшості науково-практичних коментарів, посібників, підручників з кримінального права України міститься положення, що від конфіскації майна як виду покарання слід відрізняти так звану спеціальну конфіскацію, що не є покаранням [12, с. 315]. Хоча і тут є протилежні міркування, зокрема, у публікаціях Хавронюка М.І. спеціальна конфіскація належить до

покарання як часткова конфіскація. При цьому у своєму “Довіднику з Особливої частини Кримінального кодексу України” він неодноразово наводить дивні законодавчі аномалії з приводу спеціальної конфіскації.

Цю позицію М. Хавронюка детально спростовує В. Бурдін, який зазначає, що позиція окремих науковців про визнання “спеціальної конфіскації” різновидом загальної конфіскації як виду покарання не може вважатися правильною [3, с. 69–70; 4, с. 45], оскільки в чинному КК України ці види конфіскацій чітко розмежовуються і можуть водночас оцінюватися як рівнозначні (наприклад ч. 2. ст. 201, ч. 1–3 ст. 209), інакше їх наявність довелося б визнавати законодавчою тавтологією, а законодавчі аномалії, на його думку, свідчать про те, що спеціальна конфіскація, про яку йдеться у санкціях окремих статей Особливої частини КК України, не може розглядатися як покарання у вигляді часткової конфіскації.

Розвинувши цю думку, можна зазначити, що сам законодавець навіть не намагається підійти до регулювання спеціальної конфіскації саме як виду покарання, позиція законодавця свідчить, що він не вважає його покаранням, тому і при конструюванні норм не дотримується визначених правил для кримінального покарання. Кругліков Л.Л. [13, с. 147] зазначає, що санкція норми кримінального права не може підміняти собою санкцій інших галузей права, при цьому, керуючись назвою публікації, спеціальну конфіскацію він пропонує називати іншою мірою кримінально-правового характеру, хоча у подальшому тексті, як вже було зазначено, обґрунтовує її кримінально-правову природу і вказує на те, що вона володіє ознаками кримінального покарання [13, с. 151]. Але при цьому він також вказує на суттєві відмінності конфіскації майна від спеціальної конфіскації.

Компаративний аналіз свідчить, що навіть у тих державах, де спеціальна конфіскація визнається кримінальним покаранням, вона завжди відмежовується від конфіскації майна. Зокрема, Б.О. Кириєв, який досліджував питання регулювання конфіскації за законодавством зарубіжних держав [10, с. 202–203], умовно виділив три групи: держави, які визнають тільки загальну конфіскацію; держави, які визнають тільки спеціальну; держави, які встановлюють два самостійні види: загальну і спеціальну. Проблеми спеціальної конфіскації він розглядає на прикладах таких держав, як Азербайджан, Бельгія, Корея, Нідерланди, Японія, з певними особливостями Франція, і у жодній з них не вказує на спеціальну конфіскацію як різновид загальної конфіскації. Не акцентує на цьому питанні і М.І. Хавронюк у монографії “Кримінальне законодавство України та інших держав континентальної Європи” [25, с. 310–337].

Не буде зайвим зазначити, що факт існування спеціальної конфіскації в кримінально-правових санкціях ще не свідчить про притаманні їй властивості покарання, оскільки, як зазначалось у літературі [21, с. 149], кримінально-правові санкції не обмежуються покаранням і можуть містити цілий комплекс різноманітних елементів, до того ж, розміщення якоїсь норми права у законодавчому акті ще не свідчить про її місце і правову природу, оскільки вона може бути включена помилково.

По-п’яте, такі самі позиції розмежування покарання і спеціальної конфіскації посідає судова практика. Зокрема, Верховний Суд України, аналізуючи судову практику (див., наприклад, Узагальнення судової практики розгляду кримінальних справ та справ про адміністративні правопорушення, вчинені на кордоні з Республікою Молдова) і надаючи роз’яснення, вказував, що конфіскацію майна як додаткове покарання слід відділяти від спеціальної конфіскації, яка полягає у вилученні у засудженого предметів, що визнані засобом чи знаряддям вчинення

злочину або одержані внаслідок його вчинення, предметів злочину, інших предметів, які не можуть перебувати в цивільному обороті. У статтях 201, 305 КК спеціальна конфіскація предметів контрабанди визначена як обов'язковий примусовий захід. У цих узагальненнях, з посиланням на Науково-практичний коментар до КК України за ред. С. Яценка [20, с. 120] Верховний Суд вказував, що спеціальна конфіскація допускається і у разі звільнення від відбування покарання з випробуванням (ст. 75 КК), однак додаткове покарання у вигляді конфіскації майна при застосуванні цього інституту не допускається (ст. 77 КК).

Також показовим є те, що жодних зауважень, вказівок, застережень стосовно спеціальної конфіскації не містить чинна постанова Пленуму ВСУ № 7 від 24.10.2003 р. “Про практику призначення судами кримінального покарання”. Більше того, історичний аналіз роз'яснень Пленуму ВСУ (а також Пленуму ВС УРСР та Пленуму СРСР), присвячених питанню кримінальних покарань засвідчив, що в них немає жодних вказівок про застосування спеціальної конфіскації як виду покарання. При цьому Верховний Суд оминув питання, а що робити у випадку, коли, наприклад, ч. 1. ст. 244 КК України дає змогу як здійснювати спеціальну конфіскацію, так обійтись без такої. Тобто, згідно з редакцією ч. 1. ст. 244 КК України суд може і не призначити застосування спеціальної конфіскації. Щоправда, це не позбавляє можливості вилучення певного майна в порядку ст. 81 КПК України, що зайвий раз засвідчує непотрібність і проблемність наявності однакових заходів впливу у матеріальному та процесуальному законодавстві

З огляду на усі попередньо зазначені позиції і аргументи закономірно одержуємо відповідь на запитання, а чи є потрібними вказівки на спеціальну конфіскацію у санкціях Особливої частини КК України? Як свідчить досвід, таке існування у кримінально-правових санкціях чітко не врегульованого законодавством інституту ні до чого позитивного не призводить. Суперечки стосовно можливості застосування, дублювання положень КК України положеннями КПК України, їх окрема колізійність, неузгодженість з іншими галузями права – все це аж ніяк не підтверджує якості кримінального закону. Залишається підтримати авторів Особливої частини КК РФ 1996 р., які порівняно з КК РСФСР 1960 р. вилучили з кримінально-правових санкцій Особливої частини вказівки на спеціальну конфіскацію. У разі необхідності необхідні зміни можна вносити до ст. 81 КПК України, але в кримінально-правових санкціях КК України наявність вказівок на спеціальну конфіскацію є неприпустимою.

1. Азаров Д.С. Кримінальний кодекс України 2001 р.: проблеми застосування і перспективи удосконалення: Матеріали міжнар. наук.-практ. конф., 7–8 квіт. 2006 р. – Львів, 2006. – Ч. 1. С. 142–146.
2. Баулін Ю.В. Звільнення від кримінальної відповідальності: Монографія. – К.: Атіка, 2004. – 296 с.
3. Бурдін В.М. Лінгвістичне тлумачення санкцій окремих статей Особливої частини Кримінального кодексу України // Матеріали II міжнародної науково-практичної конференції “Право і лінгвістика”: У 2-х ч., 23–26 вересня 2004 р. – Сімферополь: ДОЛЯ, 2004. – Ч. 1. – С. 68–77.
4. Бурдін В.М. Санкції окремих статей Особливої частини КК України потребують змін // Життя і право. – 2004. – № 4. – С. 44–51.

5. Висков Н.В. Специальная конфискация: юридическая природа, уголовно-правовые и уголовно-процессуальные средства обеспечения исполнения: автореф. дис. канд. юрид. наук / Висков Н.В. – Самара, 2006. 20 с.
6. Висков Н.В. Специальная конфискация: правовая природа, уголовно-правовые и уголовно-процессуальные средства обеспечения исполнения: монография. Волгоград: Изд-во ВГСХА “Нива”, 2006. 136 с.
7. Гуторова Н.О. Проблеми кримінально-правової охорони державних фінансів України: Автореф. дис... д-ра юрид. наук: 12.00.08 // Нац. юрид. акад. України ім. Я. Мудрого. – Х., 2002. 38 с.
8. Дуюнов В.К. Проблемы уголовного наказания в теории, законодательстве и судебной практике. – Курск. 2000. 327 с.
9. Кабінет Міністрів пропонує удосконалити процедуру конфіскації майна // Прес-реліз Міністерства юстиції України від 19.11.2008р. – Режим доступу: <http://www.minjust.gov.ua/0/17294>
10. Кирись Б.О. Конфіскація майна як вид покарання за кримінальним законодавством зарубіжних держав // Університетські наукові записки.- 2005. - №1–2 (13–14), С. 202–209.
11. Козлов А.П. Уголовно-правовые санкции (проблемы построения, классификации и измерения).– Красноярск: Изд-во Краснояр. ун-та, 1989. 176 с.
12. Кримінальне право України: Загальна частина: Підручник / М.І. Бажанов, Ю.В. Баулін, В.І. Борисов та ін.; За ред. професорів М.І. Бажанова, В.В. Сташиса, В.Я. Тація. – К.-Х.: Юрінком Інтер – Право, 2002. 416с.
13. Кругликов Л.Л. Об иных мерах уголовно-правового характера в санкции нормы. // Уголовно-правовая политика и проблемы противодействия современной преступности. Сборник научных трудов под ред. д-р. юрид наук, проф. Н.А. Лопашенко. – Саратов : Сателлит, 2006. – С. 147–152.
14. Кругликов Л.Л., Васильевский А.В. Дифференциация ответственности в уголовном праве. – СПб: Юридический центр Пресс, 2003. – 300 с.
15. Кузнецова Н. Мнение ученых о реформе УК (или qui prodest?) // Уголовное право. – 2004. - №1. – С. 26–27.
16. Курс уголовного права. В 5 т. / Под ред. И.М Кузнецовой, И.М Тяжковой, Г.Н Борзенкова, В.С. Комисарова – М.: Зерцало, 2002. – Т.2 464 с.
17. Лейст. О.Э. Санкции в советском праве. – М.: Госюриздат, 1962. – 238 с.
18. Марін О.К. Кваліфікація злочинів при конкуренції кримінально-правових норм. Монографія. – К.: Атіка, 2003. – 224 с.
19. Мельнікова-Крикун В.М. Спеціальна конфіскація // Право і безпека. – 2005. – Вип. 44. С. 89–92.
20. Науково-практичний коментар до Кримінального кодексу України. – вид. 4-те, переробл. та доповн. / Відп. ред. С.С. Яценко. – К.: А.С.К., 2005. – 848 с.
21. О. Кондра. Окремі проблеми поняття кримінально-правових санкцій // Міжнародна студентська наукова конференція “Правова система, громадянське суспільство та держава” 10–12 травня 2007 року. Тези доповідей. – Львів: Юридичний факультет Львівського національного університету імені Івана Франка. – 2007. – С. 148–150
22. Осмоловський Андрій. Один день “правничого” комітету // Юр. Газета. 2006 – №18 (78) 28 вересня. – Режим доступу: <http://www.yur-gazeta.com/article/330/>
23. Таганцев Н.С. Русское уголовное право. Часть общая. Т.1. – М.: Наука, 1994. – 380 с.
24. Ухвала палати у цивільних справах Верховного суду України від 27.09.2007 р. у справі №6–15646св07. – Режим доступу: <http://reyestr.court.gov.ua/pls/apex/f?p=204:3:2082456960397554:SEARCH:NO:RP::>

25. Хавронюк М. І. Кримінальне законодавство України та інших держав континентальної Європи: порівняльний аналіз, проблеми гармонізації. – К., 2006. – 1048 с.
26. Хавронюк М.І. Довідник з Особливої частини Кримінального кодексу України. – К.: Істина, 2004. – 504 с.

ISSUES OF “SPECIAL CONFISCATION” LEGAL NATURE IN CRIMINAL SANCTIONS

O.Kondra

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

The article is devoted to the issues of special confiscation legal nature in criminal sanctions. The legal nature of the special confiscation and discrepancies between the special confiscation and the confiscation of property are elucidated. Inconsistencies of the legal regulation and modern tendencies in this sphere are analysed. The author makes theoretical conclusions and suggestions concerning the legislation improvement on special confiscation.

Key words: criminal sanctions, special confiscation, confiscation of property.

ПРОБЛЕМЫ ПРАВОВОЙ ПРИРОДЫ “СПЕЦИАЛЬНОЙ КОНФИСКАЦИИ” В КРИМИНАЛЬНО-ПРАВОВЫХ САНКЦИЯХ

О. Кондра

*Львовский национальный университет имени Ивана Франка
ул. Университетская, 1, 79000 Львов, Украина
тел. (032) 239–44–82*

Отражены проблемы правовой природы “специальной конфискации” в криминально-правовых санкциях. Исследовано вопрос правовой природы, ее отличие от конфискации имущества, указан на несогласованность правовой регуляции, выяснены современные тенденции судебной практики по этому поводу. Есть авторские выводы как теоретического характера, так и предложения относительно совершенствования законодательства.

Ключевые слова: криминально-правовые санкции, специальная конфискация, конфискация имущества.

Стаття надійшла до редколегії 28.12.2009

Прийнята до друку 10.01.2010

ДОСЯГНЕННЯ ВІКУ, З ЯКОГО НАСТАЄ КРИМІНАЛЬНА ВІДПОВІДАЛЬНІСТЬ, ЯК ЗАГАЛЬНА ОЗНАКА СПЕЦІАЛЬНОГО СУБ'ЄКТА ЗЛОЧИНУ

Р. Максимович

*Львівський державний університет внутрішніх справ
вул. Городоцька, 26, 79007 Львів, Україна*

Стаття з'ясовує таку загальну ознаку спеціального суб'єкта злочину, як вік, по досягненні якого може наставати кримінальна відповідальність. Проаналізовано особливості цього питання стосовно конкретних видів спеціальних суб'єктів злочинів.

Ключові слова: спеціальний суб'єкт, вік, склад злочину.

Дослідження проблеми віку, по досягненні якого особа може бути визнана спеціальним суб'єктом злочину, надзвичайно важливе. У доктрині кримінального права воно може сприяти зменшенню існуючих суперечок, а на практиці – прийняттю законного рішення при розслідуванні кримінальної справи, адже однією з головних цілей діяльності науковців є полегшення роботи для працівників правоохоронних і судових органів.

Питання визначення віку як загальної ознаки спеціального суб'єкта злочину в різний час вивчали у своїх працях такі вчені як: Л.П. Брич, В.О. Навроцький, В.Г. Павлов, О.Я. Светлов, та ін. Проте наявність деяких змін у законодавстві, і привернення уваги до не врахованих раніше аспектів дають змогу по-новому підійти до його вирішення. Саме тому метою даної публікації є з'ясування на основі чинного законодавства та правової літератури питання про те, з якого віку особа може бути визнана спеціальним суб'єктом злочину.

Відповідно до ч. 2 ст. 18 Кримінального кодексу (далі – КК) України, спеціальним суб'єктом злочину є фізична осудна особа, що вчинила у віці, з якого може наставати кримінальна відповідальність, злочин, суб'єктом якого може бути лише певна особа. Загальновідомо, що окрім спеціальних ознак, наявність яких дає підставу визнати особу розглядуваним суб'єктом злочину, вона наділена і загальними. Однією із загальних ознак є досягнення віку, з якого настає кримінальна відповідальність. Під віком людини розуміють тривалість життя людини, тварини, рослини // період, ступінь у рості, розвитку людини // відрізок життя людини від зрілого періоду до смерті [1, с. 187], певний етап її розвитку, який характеризує ступінь формування її особистості [2, с. 102], період часу від народження людини до будь-якого моменту відліку, певного періоду її життя, що відображає анатомо-фізіологічний стан організму та ступінь формування її особистості [3, с. 76].

За загальним правилом кримінальної відповідальності підлягають особи, яким до вчинення злочину виповнилося шістнадцять років. Особи, що вчинили злочини у віці від чотирнадцяти до шістнадцяти років, підлягають кримінальній відповідальності лише за вчинення злочинів, вичерпний перелік яких міститься у ч. 2 ст. 22 КК. У кримінальному законі прямо нічого не сказано про мінімальний вік з якого може наставати відповідальність за вчинення злочину спеціальним суб'єктом. Варто зазначити, що автор цих рядків вже розглядав питання стосовно змісту цієї ознаки щодо службової особи [4, с. 97–110]. З огляду на це оминемо цей вид спеціального суб'єкта злочину. Зосередимо увагу у даному контексті насамперед на тих спеціальних суб'єктах, стосовно мінімального віку яких існують певні особливості.

У деяких випадках може бути так званий знижений вік. Зокрема, відповідно до ч. 2 ст. 22 КК, за вчинення умисного вбивства матір'ю своєї новонародженої дитини, передбаченого в ст. 117 КК, суб'єктом якого є жінка-мати. Це ж саме стосується і згвалтування (ст. 152) – безпосереднім виконавцем злочину має бути особа протилежної статі стосовно потерпілої особи.

У низці складів злочинів спеціальним суб'єктом є медичний працівник (ст. ст. 131, 132, 134 (ч. 2), 139–142, 143 (ч. 1,2), 144, 145, 151, 168 (ч. 2)). В Україні загальний строк навчання у вищому медичному закладі становить шість років. Водночас, відповідно до п. 1.1 Положення про спеціалізацію (інтернатуру) випускників вищих медичних і фармацевтичних закладів освіти III – IV рівнів акредитації медичних факультетів університетів, яке затверджено наказом Міністерства охорони здоров'я України від 19 вересня 1996 року № 291, обов'язковою формою післядипломної підготовки випускників всіх факультетів медичних і фармацевтичних закладів освіти III – IV рівнів акредитації медичних факультетів університетів незалежно від підпорядкування та форми власності є інтернатура. Строк навчання в інтернатурі залежить від виду спеціальності (див. Перелік спеціальностей та строки навчання в інтернатурі випускників медичних і фармацевтичних вищих навчальних закладів, медичних факультетів університетів, які затверджені наказом Міністерства охорони здоров'я України від 23 лютого 2005 року № 81). Мінімальний же строк становить один рік. Отож якщо особа вступає до вищого навчального закладу у сімнадцять років, то тільки по досягненні нею двадцяти чотирьох років присвоюється кваліфікація лікаря – спеціаліста певного фаху.

Проаналізуємо в цьому контексті склади злочинів, у яких потерпілими є неповнолітні, законним правам, інтересам і нормальному розвитку яких заподіюється шкода. Суб'єктом у цих випадках є батько, мати, вітчим, мачуха, опікун чи піклувальник, особа, на яку покладено обов'язки щодо виховання потерпілого або піклування про нього (ч. 2 ст. 155, ч. 2 ст. 156, ч. 2 ст. 304, ч. 2 ст. 323), батько, мати, усиновитель (ст. ст. 150–1, 164, 166), опікун чи піклувальник (ст. ст. 166, 167), особа, яка є кровною дитиною або була усиновлена (ст. 165), тренер (ч. 2 ст. 323). Відповідно до частини 1 ст. 22 Сімейного кодексу (далі – СК) України шлюбний вік для жінки встановлюється у сімнадцять, а для чоловіка – у вісімнадцять років [5]. У частині 2 ст. 23 СК зазначено, що за заявою особи, яка досягла чотирнадцяти років, за рішенням суду їй може бути надано право на шлюб, якщо буде встановлено, що це відповідає її інтересам. Проте, як вже зазначалося вище, з чотирнадцятирічного віку особа підлягає кримінальній відповідальності лише за вчинення вичерпного переліку злочинів. Тому батько, мати, вітчим чи мачуха може бути суб'єктом розглядуваних злочинів з шістнадцятирічного віку. Згідно із частиною 1 ст. 211 та частиною 1 ст. 244 СК України усиновлювачем, опікуном, піклувальником дитини може бути повнолітня дієздатна особа. Частина перша ст. 208 СК України передбачає, що усиновленою може бути дитина. Відповідно до ст. 6 СК України та ст. 1 Закону України „Про громадянство України” [6] дитиною вважається особа до досягнення вісімнадцятирічного віку. На нашу думку, відсутні підстави, які перешкоджали б особі бути тренером з шістнадцятирічного віку.

У деяких складах злочинів суб'єктом є особа, яка засуджена до певних видів покарань. Йдеться про частину 1 ст. 389 – особа засуджена до покарання у вигляді штрафу, позбавлення права обіймати певні посади чи займатися певною діяльністю, частина 2 ст. 389 – особа засуджена до покарання у вигляді

громадських робіт чи виправних робіт, ч. 1,2 ст. 390 – особа засуджена до покарання у вигляді обмеження волі, ч. 3 ст. 390 – особа засуджена до покарання у вигляді позбавлення волі, ст. 391, 392 – особа, яка відбуває покарання у вигляді обмеження волі чи позбавлення волі, ст. 393 – особа, яка відбуває покарання у вигляді позбавлення волі або арешту чи перебуває в попередньому ув'язненні. Варто уточнити, що у ст. 393 під особами, які перебувають у попередньому ув'язненні, згідно із ст. 1 Закону України „Про попереднє ув'язнення” треба розуміти обвинуваченого, підсудного, підозрюваного у вчиненні злочину, за який може бути призначено покарання у вигляді позбавлення волі, та засудженого, вирок щодо якого не набув законної сили [7]. Відповідно до ст. ст. 57, 60, 61, 98, 100 і 101 КК з усіх вказаних видів покарань до особи з 14-річного віку може бути застосовано тільки штраф і позбавлення волі на певний строк. Водночас, у кримінально-правовій літературі цілком слушно зазначено, що у неповнолітніх віком від 14 до 16 років переважно немає ні майна, на яке могло б бути звернене стягнення, ні заробітку, що унеможливує застосування до такого неповнолітнього покарання у вигляді штрафу [8, с. 318]. На перший погляд може видатися, що особи, засуджені до покарання у вигляді позбавлення волі, можуть підлягати відповідальності з 14-ти років за вчинення відповідних злочинів. Проте не слід забувати про положення частини 2 ст. 22 КК. Відповідно до частини 3 ст. 61, обмеження волі не застосовується до неповнолітніх, а тому такі особи не можуть вчинити відповідні склади злочинів, передбачені у частині 1,2 ст. ст. 390, 391 і 392. Відповідно до ст. ст. 100, 101, 132–135 Кримінально-виконавчого кодексу України лише вісімнадцятирічні, які відбувають покарання у вигляді позбавлення волі за порушення вимог режиму відбування покарання, можуть бути піддані протягом року стягненню у вигляді переведення у приміщення камерного типу (одиначної камери) або переведення на більш суворий режим відбування покарання. Саме тому тільки повнолітні здатні вчинити суспільно-небезпечні дії, зазначені у ст. 391. На тих самих підставах потрібно вирішувати питання про вік особи, стосовно якої є постанова судді про направлення її на примусове лікування до спеціалізованого лікувального закладу – суб'єкта складу злочину, передбаченого в ст. 394.

Суб'єктом складу злочину, який передбачений у ст. 395, є вісімнадцятирічна особа, щодо якої встановлено адміністративний нагляд, оскільки останній, відповідно до ст. 3 Закону України „Про адміністративний нагляд за особами, звільненими з місць позбавлення волі”, встановлюється щодо повнолітніх [9].

Цікаву ситуацію в цьому контексті простежуємо стосовно мінімального віку осіб, які вчиняють військові злочини, а також інші суспільно небезпечні діяння, які вчиняються з огляду на виконання військового обов'язку. Такі злочини можуть бути вчинені військовослужбовцями, військовозобов'язаними під час проходження ними навчальних (чи перевірних) або спеціальних зборів, а також призвониками. Склади злочинів, що передбачені у ст. ст. 407 (ч. 1), 413 (ч. 1) вчиняються лише військовослужбовцями строкової служби, у ст. ст. 402–406, 407 (ч. 3), 408–413 (ч. 2), 414–422, 428–435 – військовослужбовцями, зокрема, і інших видів військової служби, ст. ст. 407(ч. 2) – військовослужбовцями, крім тих, які проходять строкову військову службу, ст. ст. 336, 337, 402–405, 411, 412, 413 (ч. 2) – військовозобов'язаними, ст. 335 – громадянами України, які підлягають черговому призову на строкову військову службу. Відповідно до ч. 1 ст. 15 Закону України „Про військовий обов'язок і військову службу”, на строкову військову службу в мирний час призиваються придатні до неї за станом здоров'я громадяни України

чоловічої статі, яким до дня відправки у військові частини виповнилося вісімнадцять років [10]. Згідно із частини 1 ст. 20 цього Закону на військову службу за контрактом можуть бути прийняті військовослужбовці, які прослужили на строковій військовій службі не менше шести місяців, громадяни призовного віку, які мають вищу або професійно-технічну освіту і не проходили строкової військової служби, військовозобов'язані, а також жінки, які не мають офіцерських звань офіцерського складу з відповідною освітою та спеціальною підготовкою віком від 18 років на військову службу за контрактом осіб рядового, сержантського і старшинського складу, особи з повною загальною середньою освітою віком від 17 років, в тому числі ті, яким 17 років виповнюється в рік початку військової служби на військову службу (навчання) курсантів вищих військових навчальних закладів або військових навчальних підрозділів вищих навчальних закладів. „Такий вік для курсантів вищих військових навчальних закладів або вищих навчальних закладів, що мають військові навчальні підрозділи, фактично, може становити навіть 16 років, якщо 17 років їм виповнюється у рік зарахування до навчального закладу” [11, с. 111]. У чинному законодавстві не передбачено мінімальний вік, з досягненням якого громадяни України можуть бути зараховані чи призвані на військову службу осіб офіцерського складу. Водночас, погоджуємося із М.М. Сеньком, який на підставі аналізу норм цього ж закону, дійшов висновку про те, що їхній вік не може бути меншим за вік, з якого зараховуються на військову службу за контрактом інші категорії військовослужбовців [11, с. 109]. Відповідно до частини 8, 9 ст. 20 розгляненого закону до запасу першої категорії належать військовозобов'язані, які проходили військову службу та здобули під час її проходження військово-облікову спеціальність, а до запасу другої категорії – військовозобов'язані, які не здобули військово-облікової спеціальності під час проходження військової служби, або не проходили військової служби, а також військовозобов'язані-жінки. Це, на нашу думку, дає підстави стверджувати, що мінімальний вік військовозобов'язаних 18 років.

Коротко розглянемо в цьому контексті злочини, які посягають на виборчі права громадян. Суб'єктами таких складів злочинів є у ст. 158 (ч. 2, 3) – кандидат, його уповноважений представник, уповноважена особа політичної партії (блоку), член ініціативної групи референдуму, ст. 158 (ч. 4, ч. 9) – виборець, ст. 159 (ч. 2) – кандидат, його уповноважений представник, довірена особа кандидата, уповноважена особа. Народним депутатом може бути особа з 21 року (ст. 9 Закону України „Про вибори народних депутатів України”) [12], депутатом Верховної Ради Автономної Республіки Крим, місцевої ради та сільським, селищним, міським головою – з 18 років (ст. 9 Закону України „Про вибори депутатів Верховної Ради Автономної Республіки Крим, місцевих рад та сільських, селищних, міських голів”) [13], президентом – з 35 років (ст. 9 Закону України „Про вибори Президента України”) [14]. Стосовно ж віку кандидата, то потрібно враховувати, що перед обранням особи триває визначений законодавством період виборчого процесу. У зв'язку із цим мінімальний вік таких кандидатів становить 20, 17 і 34 роки, відповідно. Суб'єктом складу злочину, передбаченого у ст. 158 (ч. 4, 9) може бути тільки повнолітній, оскільки відповідно до ст. 70 Основного Закону України [15] право голосу на виборах і референдумах мають громадяни України, які досягли на день їх проведення вісімнадцяти років.

Відповідальність за вчинення злочинів, передбачених у ст. ст. 172, 173, 203, 204, 205, 207, 209, 212, 212–1, 218, 219, 220, 221, 222, 223, 271, 275 може

наставати з 16-річного віку на певних підстав. Суб'єктом зазначених складів злочинів є, зокрема, особа, яка має право займатися підприємницькою діяльністю. Згідно із ч. 1 ст. 50 Цивільного кодексу (далі – ЦК) України право на здійснення підприємницької діяльності, яку не заборонено законом, має фізична особа з повною цивільною дієздатністю [16]. Відповідно до ст. 34 (ч. 1) ЦК повну цивільну дієздатність має фізична особа, яка досягла вісімнадцяти років (повноліття). Відповідно до ч. 2 ст. 34 ЦК України у випадку реєстрації шлюбу фізичної особи, яка не досягла повноліття, вона набуває повної цивільної дієздатності з моменту реєстрації шлюбу. частина 1 ст. 35 ЦК України повна цивільна дієздатність може бути надана фізичній особі, яка досягла шістнадцяти років і працює за трудовим договором, а також неповнолітній особі, яка записана матір'ю або батьком дитини. Згідно із ч. 3 ст. 35 ЦК України повна цивільна дієздатність може бути надана фізичній особі, яка досягла шістнадцяти років і яка бажає займатися підприємницькою діяльністю. За наявності письмової згоди на це батьків (усиновлювачів), піклувальника або органу опіки та піклування така особа може бути зареєстрована як підприємець. У цьому разі фізична особа набуває повної цивільної дієздатності з моменту державної реєстрації її як підприємця. У разі припинення трудового договору, припинення фізичною особою підприємницької діяльності надана їй повна цивільна дієздатність зберігається (ч. 5 ст. 35 ЦК). Також при з'ясуванні даного питання необхідно враховувати також і те, що у ст. 22 Закону України “Про охорону дитинства” передбачено, що діти, які досягли 16-річного віку, мають право займатися підприємницькою діяльністю [17].

Суб'єктом складів злочинів, передбачених у ст. ст. 328, 329, є особа, якій довірена державна таємниця. У ст. 22 Закону України „Про державну таємницю” зазначено, що допуск до державної таємниці з ступенями секретності „особливої важливості”, „цілком таємно” та „таємно” надається дієздатним громадянам України віком від 18 років [18]. В окремих випадках, які визначаються міністерствами, іншими центральними органами виконавчої влади, за погодженням із Службою безпеки України громадянам України віком від 16-ти років може надаватися допуск до державної таємниці із ступенями секретності “цілком таємно” та “таємно”, а віком від 17-ти років — також до державної таємниці із ступенем секретності “особливої важливості”.

Суб'єктом складів злочинів, передбачених у ст. ст. 111, 114 (ч. 1), 130, 133, 134 (ч. 1), 135, 137, 143 (ч. 3), 154, 191, 197, 214, 216, 223–1, 223–2, 225, 227, 232, 232–1, 232–2, 236, 237, 239, 241, 242, 243, 244, 247, 251, 253, 254, 272, 273, 274, 276, 282, 287, 288, 291, 303 (ч. 2), 320, 321 (ч. 2), 326, 330, 334, 354, 362, 363, 388, 447 (ч. 2) є особи з 16-ти років.

Підсумовуючи вищенаведене, зазначимо, що вид спеціального суб'єкта злочину впливає на вирішення питання про вік, з якого особа може підлягати кримінальній відповідальності за вчинення злочинів таким суб'єктом.

1. Великий тлумачний словник сучасної української мови (з дод. і допов.) / Уклад. і голов. ред. В.Т. Бусел. – К.; Ірпін: ВТФ „Перун”, 2005. – 1728 с.
2. Кримінальне право України. Загальна частина: Підручник. (Ю.В. Олександр, В.І. Антипов, М.В. Володько та ін.). 3-тє вид., переробл. та допов./ За ред. М.І. Мельника, В.А. Клименка. – К.: Юридична думка, 2004. – 352 с.

3. Кримінальне право в запитаннях і відповідях. Загальна частина. (Посібник для підготовки до іспитів) / (За заг. ред. В.А. Клименка). – К.: Атіка, 2003. – 288 с.
4. Максимович Р.Л. Поняття службової особи у кримінальному праві України: Монографія. – Львів: Львівський державний університет внутрішніх справ, 2008. – 304 с.
5. Сімейний кодекс України від 10 січня 2002 // Відомості Верховної Ради України. – 2002. – № 21–22. – Ст. 135.
6. Закон України „Про громадянство України” від 18 січня 2001 року // Відомості Верховної Ради України. – 2001. – № 13. – Ст. 65.
7. Закон України „Про попереднє ув’язнення” від 30 червня 1993 року // Відомості Верховної Ради України. – 1993. – № 35. – Ст. 360.
8. Гриниха І. Окремі проблеми призначення покарань неповнолітнім за Кримінальним кодексом України // Проблеми державотворення і захисту прав людини в Україні: Матеріали XI регіональної науково-практичної конференції. 3–4 лютого 2005 року. – Львів: Юридичний факультет Львівського національного університету імені Івана Франка, 2005. – С. 317–319.
9. Закон України „Про адміністративний нагляд за особами, звільненими з місць позбавлення волі” від 1 грудня 1994 року // Відомості Верховної Ради України. – 1994. – № 52. – Ст. 455.
10. Закон України „Про військовий обов’язок і військову службу” в редакції Закону від 4 квітня 2006 року // Відомості Верховної Ради України. – 2006. – № 38. – Ст. 324.
11. Гришук В.К., Сенько М.М. Кримінальна відповідальність за самовільне залишення військової частини або місця служби: Монографія. – Львів: Львівський державний університет внутрішніх справ, 2007. – 308 с.
12. Закон України „Про вибори народних депутатів України” від 25 березня 2004 року // Відомості Верховної Ради України. – 2004. – № 27–28. – Ст. 366.
13. Закон України „Про вибори депутатів Верховної Ради Автономної Республіки Крим, місцевих рад та сільських, селищних, міських голів” від 6 квітня 2004 року // Відомості Верховної Ради України. – 2004. – № 30–31. – Ст. 382.
14. Закон України „Про вибори Президента України” від 5 березня 1999 року // Відомості Верховної Ради України. – 1999. – № 14. – Ст. 81.
15. Конституція України від 28 червня 1996 року // Відомості Верховної Ради України. – 1996. – № 30. – Ст. 141.
16. Цивільний кодекс України від 16 січня 2003 року // Відомості Верховної Ради України. – 2003. – № 40–44. – Ст. 356.
17. Закон України „Про охорону дитинства” від 26 квітня 2001 року // Відомості Верховної Ради України. – 2001. – № 30. – Ст. 142.

AGE OF CRIMINAL LIABILITY ATTAINMENT AS GENERAL FEATURE OF CRIME SPECIAL SUBJECT

R. Maksymovych

*Internal Affairs State University of L'viv
Gorodots'ka Str. 26, UA – 79007 L'viv, Ukraine*

The article is devoted to the age of criminal liability definition as crime special subject's general feature. Peculiarities of these issues as to certain special subjects of a crime are analyzed.

Key words: special subject, age, body of crime.

**ДОСТИЖЕНИЕ ВОЗРАСТА, ИЗ КОТОРОГО НАСТУПАЕТ
КРИМИНАЛЬНАЯ ОТВЕТСТВЕННОСТЬ, КАК ОБЩИЙ
ПРИЗНАК СПЕЦИАЛЬНОГО СУБЪЕКТА ПРЕСТУПЛЕНИЯ**

Р. Максимович

*Львовский государственный университет внутренних дел
ул. Городецка, 26, 79007 Львов, Украина*

Статья выясняет такой общий признак специального субъекта преступления, как возраст, по достижении которого может наступать криминальная ответственность. Проанализированы особенности этого вопроса относительно конкретных видов специальных субъектов преступлений.

Ключевые слова: специальный субъект, возраст, состав преступления.

Стаття надійшла до друку 23.12.2009

Прийнята до друку 10.01.2010

СТАНОВЛЕННЯ ПЕНСИЛЬВАНСЬКОЇ ТА ОБЕРНСЬКОЇ ПЕНІТЕНЦІАРНИХ (В'ЯЗНИЧНИХ) СИСТЕМ

К. Марисюк

*Львівський національний університет імені Івана Франка
вул. Університетська, 1, 79000 Львів, Україна
e-mail: markos1976@mail.ru*

У статті досліджено питання становлення пенсильванської та обернської пенітенціарних систем. Проаналізовано їх основні елементи та характерні прояви. Вивчено їх вплив на розвиток кримінально-виконавчого права.

Ключові слова: пенітенціарна система, в'язниця, покарання.

Вивчення історико-правового досвіду найрозвинутіших держав завжди було важливою й актуальною діяльністю широкого кола науковців і практиків. Це тим більше важливо, оскільки дає змогу не лише заповнити прогалини в дослідженнях, але й зрозуміти походження багатьох правових інститутів та виробити пропозиції щодо розвитку чинного законодавства. Зазначене вище повною мірою стосується й кримінально-виконавчого права. І чи не найменш вивченим при цьому є питання виникнення та розвитку пенітенціарних (в'язничних) систем світу як передумови формування нинішньої кримінально-виконавчої системи України. Саме тому запропоноване дослідження можна вважати надзвичайно актуальним.

Питанням пенітенціарних (в'язничних) систем присвячували свої дослідження такі вчені, як І. Богатирьов, О. Колб, В. Трубников та багато інших, однак вони зосереджували свою увагу на досліджуваних питаннях лише у комплексі з вивченням інших проблем кримінально-виконавчого права. Спеціальних досліджень пенітенціарних (в'язничних) систем у вітчизняній науці фактично немає. Саме на заповнення прогалин у наукових дослідженнях цього питання й спрямована запропонована стаття.

Після буржуазних революцій у XVIII-XIX ст. прогресивні філософи, мислителі, правознавці висунули положення про те, що метою покарання є безпека суспільства, проте у кримінальному праві було відзначено, що покарання – це, насамперед, помста. Таке положення виявилось у створенні різних пенітенціарних систем тюремного ув'язнення осіб, засуджених до позбавлення волі. Всі ці системи були спрямовані на приниження людської гідності засуджених, заподіяння їм моральних і фізичних страждань [3, с. 11].

Варто зазначити, що у США відсутнє єдине законодавство, яке регулює питання позбавлення волі. В кожному з штатів створено власну систему. При цьому між цими системами існує суттєва різниця. Становлення американської в'язничної системи відбувалось перед громадянською війною і характеризувалось широким застосуванням каральних заходів. Після громадянської війни погляди на виконання покарання було переглянуто, що виявилось у створенні виправних закладів [2, с. 331].

Пошук ефективних заходів впливу атрибутами покарання на осіб, які вчинили злочин, призвело до появи ідеї жорстокої і повної як фізичної, так і духовної ізоляції засуджених від суспільства [1, с. 281]. Ця ідея належала американській релігійній секті квакерів (одна з гілок протестантизму), яка 1786 р. у штаті Пенсильванія (м. Філадельфія) відкрила в'язницю, і дала їй назву пенітенціарій [1, с. 282].

Перший пенітенціарій складався з 30-ти келій, чого спочатку видавалось більш ніж достатньо. Однак внаслідок напливу ув'язнених через короткий час довелося почати роботи зі збільшення кількості місць для їхнього утримання.

У 1790 р. Філадельфійському в'язничному товариству вдалося ухвалити закон, який вимагав, щоб в кожній в'язниці було створено певну кількість келій для утримання в них найбільш небезпечних злочинців. Найбільшого розквіту пенсильванська пенітенціарна що досягла в 20-ті рр. XIX ст., коли законодавчі збори штату Пенсильванія доручили квакерам і Філадельфійському в'язничному товариству створити два великі пенітенціарії – в Пітсбурзі та в Черрі-Гілл. Перший з них було відкрито 1826 р., але він виявився настільки непрактичним і незручним, що у ньому одразу ж довелося робити реконструкцію. На відміну від нього, другий, який почав функціонувати 1829 р., послужив зразком для інших пенітенціаріїв. Про нього ми ще будемо вести мову нижче.

Виконання покарання у вигляді позбавлення волі відповідно до пенсильванської пенітенціарної системи будувалося на тому постулаті, що ув'язнений має відчувати обмеження, а відтак, зводилось до ізолювання людини від всього громадського і злочинного. Ізоляція мала на меті залишити людину наодинці зі своєю совістю і Богом, що, на думку квакерів, повинно було привести злочинця до каяття і збудити у нього бажання повернутися до людей і знайти своє місце у пастві Божій. Цьому мали сприяти повна відокремленість і тиша.

Відтак, засуджені мали проводити весь строк покарання в повній ізоляції від зовнішнього світу. Навіть церква складалась з одиночних кабін, сидячи в яких засуджений міг бачити і чути лише священнослужителя. Правило мовчання проводилось настільки послідовно, що не лише тюремна адміністрація мала пересуватись в бузшумному взутті, але й колеса екіпажів, які в'їжджали в тюремний двір, мали обгортатись войлоком, щоб шумом не порушувати тиші в межах в'язниці.

Відповідний порядок у в'язниці підтримували значною мірою через застосування фізичного примусу.

Для душевного спокою в'язень повинен був старанно вивчати релігію і літературу, молитися Богові [1, с. 282].

Запропоновані вище заходи мали сприяти появі у засудженого стимулу до виправлення [2, с. 331].

Як уже зазначалося, пенсильванська пенітенціарна система передбачала одиночне тюремне ув'язнення, яке було вигідним з економічних мотивів, оскільки задоволенню підлягали лише мінімальні потреби засудженого. Одиночне утримання саме собою було покаранням, оскільки людина є суспільною істотою, а тому страждає через відсутність собі подібних. Як результат – ізольованість і обмеження змушували засудженого задуматись над своєю поведінкою і розкаятись.

Як дисциплінарні заходи впливу застосовували карцер, тримання на хлібі і воді, гамівна сорочка.

Побачення і листування з родичами та близькими не дозволялися.

За зразком пенсильванського пенітенціарія створювали в'язниці й у низці інших міст і штатів США. Там же, у м. Філадельфія, 1829 р. було побудовано в'язницю нового, модернізованого типу, що за місцем розташування дістала назву Чері-Гілл ("Вишневий пагорб"). Вона мала сім камерних блоків, що розходилися від одного загального центру, як спиці в колесі. До кожного блоку примикав дворик для прогулянок, розбитий на маленькі ізольовані ділянки, що відповідали

кількості одиночних камер. Персонал в'язниці повинен був дотримуватись абсолютної тиші і не вступати в розмови з ув'язненими [5, с. 138–139].

Найпоказовіше принципи пенсильванської пенітенціарної системи реалізовувались у в'язниці Істерн Стейт (м. Філадельфія, США). Незвичною була вже її архітектура, оскільки вона за внутрішнім виглядом мала нагадувати приміщення храму. Камери були лише одиночні. Кожна камера мала одне вікно в центрі стелі, яке повинно було символізувати “око Бога”, який постійно спостерігає за грішниками. Припускалось, що засуджений буде проводити дні в тиші і абсолютній ізоляції. Він буде роздумувати про свої гріхи і читати Біблію, що зумовить його покаяння та душевну трансформацію. [6]

Виконуючи завдання духовного відродження злочинців і спеціальної превенції, пенсильванська в'язнична система, однак повною мірою не вирішувала проблем забезпечення виховної ролі покарання. Вона отримала певне визнання в США, Англії і деяких інших країнах [1, с. 282]. Пенсильванська система стала предметом наслідування й у Європі (наприклад, Маобіт у Берліні, Сенжиль у Брюсселі, Лефортівська в'язниця в Москві, Хрести в Санкт-Петербурзі тощо) [4, с. 116].

Варто зазначити, що деякі позитиви у досліджуваній вище пенітенціарній системі були. Так, наприклад, фактично стали неможливими заколоти засуджених, особи, які вперше вчинили злочини, не потрапляли під вплив рецидивістів, звільнені від відбування покарання повертались на волю не обтяженими в'язничними зв'язками і т.д.

Проте безсумнівим є і те, що така система не могла довго існувати, оскільки обмеження для засуджених тут досягли своєї межі [4, с. 116]. Досвід пенсильванської системи засвідчив, що вона настільки фізично і духовно калічить засуджених, що останні стають інвалідами, непридатними в майбутньому до жодної роботи. З іншого боку, вимушене безробіття засуджених не давало жодної можливості не те, щоб отримувати прибуток від праці останніх, а й просто робило їх перебування в межах місця ув'язнення збитковим. Саме ці причини стали причиною реформи, яка відбулася на початку XIX ст.

Внаслідок зазначеної вище реформи виникла нова пенітенціарна система, названа обернською, історія якої розпочинається 1816 р. (за іншими даними – 1819), коли у м. Оберн, штат Нью-Йорк (США) була збудована в'язниця, адміністрація якої мала на меті каяття в'язнів і режим повного мовчання, при цьому, ізолюючи засуджених до одиночних камер тільки на ніч [1, с. 282].

Варто зазначити, що умови відбування покарання у виправних установах цієї системи мали суттєві відмінності від режиму в установах пенсильванської пенітенціарної системи. Передусім це виявлялось у тому, що одиночне ув'язнення застосовувалось лише у нічний час.

Власне, можна зробити висновок, що автори обернської пенітенціарної системи, як і їх попередники – розробники пенсильванської пенітенціарної системи, вважали необхідною умовою утримання засуджених саме їх одиночне утримання. Проте мали місце й певні досить суттєві зміни й у цьому питанні. Так, наприклад, стіну, яка відгороджувала камери від коридора, в Оберні було замінено ґратами, щоб наглядачі могли спостерігати за діями засуджених. Власне – відтоді довіг коридори з заґратованими камерами стали помітною рисою майже всіх американських в'язниць.

Вдень засуджені повинні були спільно працювати. Щодня їх приводили в майстерні, де вони займались суспільно-корисною працею, проте засудженим було

й надалі заборонено розмовляти і подавати один одному знаки, а тих, хто порушував цю заборону, піддавали тілесним покаранням.

Тиші потрібно було дотримуватись і під час прогулянок. Засуджені пересувались по колу, поклавши руки один одному на плечі і повернувши обличчя в сторону наглядачів, щоб ті могли бачити, що ніхто не відкриває рота.

Новацією обернської пенітенціарної системи можна вважати й те, що засудженим видавалась однакова смугаста форма одягу.

За найменшу провину засуджені каралися батогами, причому кількість ударів була необмеженою.

Варто зазначити, що жорстка дисципліна дала змогу обернській адміністрації перетворити в'язницю на досить прибуткове підприємство. Працю засуджених здавали в найм підприємствам, які пропонували найкращу ціну. Відтак підприємці організовували виробництво, платили в'язниці і забирали продукцію. Так, у різні часи засуджені виробляли цвяхи, залізні інструменти, бочки, шили одяг, взуття, робили меблі.

Найбільшого розквіту виробництво в Обернському пенітенціарії досягло у 1840-х роках, коли до в'язниці привезли шовковичних черв'яків, і в Оберні почали виробляти шовкову тканину. Такий успіх не міг не викликати хвилі бажаючих його повторити, внаслідок чого ідею комерційного виробництва прийняли на своє озброєння й такі відомі американські в'язниці, як Сінг-Сінг, Ньюгейт та багато інших [6].

Важко не погодитись з тим, що праця засуджених приносила певні прибутки, а це давало змогу частково відшкодовувати витрати на їхнє утримання. Залучення засуджених до праці, на думку деяких авторів, наприклад, Брілліантова та ініціали Курганова, можна вважати чи не найбільш позитивною стороною цієї системи. [2, с. 332]

Проте зазначена вище думка не є однозначно визнаною в науковій літературі. Дещо інший підхід до розгляненого питання можна проілюструвати словами Багатирьова, який вважає, що "обернська в'язнична система, використовуючи примусову працю безправних людей, виявила себе як засіб витонченого знуцання над злочинцями і не була спроможна примусити їх до каяття. Однак позитивні наслідки від використання праці в'язнів обумовили визнання цієї системи як у США, так і в інших країнах" [1, с. 282].

Підсумовуючи наведене вище можна зробити висновок, що пенсильванська та обернська пенітенціарні (в'язничні) системи були першими добре обґрунтованими та детально розробленими пенітенціарними системами. Незважаючи на всі недоліки, саме вони виявились тим підґрунтям, на якому в подальшому й розвинулась кримінально-виконавчі системи різноманітних держав світу. Саме у них установи, які виконували покарання у вигляді позбавлення волі, почали називати пенітенціарними. З'явилися такі поняття та словосполучення, як пенітенціарна політика, пенітенціарне право та інші, які вживаються і сьогодні незалежно від їх головного змісту. Визнана термінологія знайшла своє місце і у міжнародних документах з питань використання покарань у вигляді позбавлення волі [1, с. 282].

1. Богатирьов І.Г. Кримінально-виконавче право України. – К.: Всеукраїнська асоціація видавців "Правова єдність", 2008. – 352 с.
2. Бриллиантов А.В., Курганов С.И. Уголовно-исполнительное право Российской Федерации. – М.: ТМ Велби, Изд-во Проспект, 2007. – 344 с.

3. Колб О.Г., Хлистік А.М., Барчук А.І., Кулічук М.М. та ін. Кримінально-виконавче право України. – Луцьк: Видавництво Волинська обласна друкарня, 2000. – 165 с.
4. Кримінально-виконавче право України / За заг. ред. В.М. Трубникова. – Харків: Право, 2001. – 384 с.
5. Кримінально-виконавче право України / За заг. ред. О.М. Джужи. – К.: Юрінком Інтер, 2002. – 448 с.
6. Образцы для наказания. // www.rockfeller.ru/print.php?p=different/2008/06/30/005206.html

ORIGIN OF PENNSYLVANIAN AND OBERN PENITENTIARY (PRISON) SYSTEMS

K. Marysyuk

*Ivan Franko National University of Lviv,
Universytetska Str. 1, UA – 79000 Lviv, Ukraine
e-mail: markos1976@mail.ru*

The article highlights the issues of Pennsylvanian and Obern penitentiary systems origin. Their basic elements and characteristic features are analyzed. Their influence on criminal executive law development is elucidated.

Key words: penitentiary system, prison, punishment.

СТАНОВЛЕНИЕ ПЕНСИЛЬВАНСЬКОЇ И ОБЕРНСЬКОЇ ПЕНИТЕНЦИАРНЫХ (ТЮРЕМНЫХ) СИСТЕМ

K. Марысюк

*Львовский национальный университет имени Ивана Франка
ул. Университетская, 1, 79000 Львов, Украина
e-mail: markos1976@mail.ru*

В статье исследовано вопрос становления пенсильванської и обернської пенитенциарных систем. Проанализированы их основные элементы и характерные проявления. Изучено их влияние на развитие криминально исполнительного права.

Ключевые слова: пенитенциарная система, тюрьма, наказание.

Стаття надійшла до друку 07.12.2009

Прийнята до друку 10.01.2010

КРИМІНАЛЬНО-ПРАВОВЕ ЗНАЧЕННЯ ЮРИДИЧНОЇ ПОМИЛКИ

Б. Мелих

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

У статті розглянуто кримінально-правове значення різних видів юридичної помилки для кваліфікації діяння особи, яка допустила таку помилку. Проаналізовано законодавство інших держав та погляди науковців. Запропоновано деякі заходи щодо вдосконалення правового регулювання цього інституту.

Ключові слова: помилка, суб'єктивне інкримінування, юридична помилка.

Частиною першою ст. 62 Конституції України закріплено один з основоположних принципів кримінального права, який прийшов до нас з римського права – *nullum crimen sine lege* (немає злочину без покарання), сучасне тлумачення змісту якого декларує: “Особа вважається невинуватою у вчиненні злочину і не може бути піддана кримінальному покаранню, доки її вину не буде доведено в законному порядку і встановлено обвинувальним вироком суду”. За цим принципом зводить нанівець об'єктивне інкримінування, тобто відповідальність лише за сам факт вчинення певного діяння або настання наслідків такого діяння за відсутності визначеного законом суб'єктивного зв'язку особи із вчиненням – вини [1, с. 127]. У КК України 2001 р. цей конституційний принцип відображення у частині другій ст. 2. Він полягає у нерозривному зв'язку суб'єктивних та об'єктивних ознак складу злочину. Особа може нести кримінальну відповідальність лише за ті свої бажання та наміри, які реально втілилися в суспільно небезпечних діях (бездіяльності). Однак, не може слугувати підставою для притягнення особи до кримінальної відповідальності суспільно небезпечна дія, вчинена нею за відсутності певного психічного ставлення (у формі умислу або необережності). Це положення розкриває суть принципу суб'єктивного інкримінування.

Із суб'єктивним інкримінуванням тісно пов'язаний інститут помилки у кримінальному праві. Значення помилки проявляється у тому, що вона здатна впливати на вину особи, тобто функціонує винятково в рамках даного інституту. А вина, як закріплено у ст. 23 КК України, – це психічне ставлення особи, до *вчинюваної* (курсив наш – Б.М.) дії чи бездіяльності та її наслідків. Це положення свідчить про те, що вина формується в особи до моменту закінчення відповідного посягання. Отож, ретроспективна помилка, за якої особа дає неправильну юридичну оцінку своєму діянню вже після його вчинення, жодним чином не впливає на відповідальність особи. Відповідно, вона не є предметом нашого дослідження.

В юридичній літературі помилці приділено достатньо уваги. Протягом останніх шістдесяти років з'явилися окремі монографічні дослідження з цієї проблематики (З.Г. Алієв, Ю.А. Вапсва, В.Ф. Кириченко, М.Б. Фаткулліна, В.А. Якушин). Однак більшість науковців розглядають помилку в контексті аналізу більш загальних інститутів кримінального права – вини та суб'єктивної сторони. Серед них можна назвати праці Л.Д. Гаухмана, В.М. Кудрявцева, Б.С. Нікіфорова, П. С. Дагеля, Л.І. Коптякової, О.О. Піонтковського, О.І. Рарога, М.С. Таганцева, А.Н. Трайніна, М. Угрехелідзе, Б.С. Утевського та багатьох ін. Більшість з них приділили увагу розглядові загальнотеоретичних аспектів

помилки. Однак, низка концептуальних питань, до яких можна зачислити поняття, ознаки, критерії класифікації, кримінально-правове значення та особливості кваліфікації різних видів помилок, не було належно висвітлено в літературі, що зумовлює актуальність проведення подальших досліджень у цій сфері. У цій праці аналізується кримінально-правове значення юридичної помилки, тобто вплив на кваліфікацію дій особи, яка її допустила та на призначення покарання за вчинене, а інші проблеми розглядатимуться лиш у разі потреби уточнити чи розкрити зміст і значення різних видів такої помилки.

Перш ніж розпочати вирішення поставленого перед нами завдання, необхідно з'ясувати, що таке юридична помилка. На законодавчому рівні поняття юридичної помилки не визначено, а в наукових працях трапляються досить різні підходи. Зокрема, В.Ф. Кириченко визначав її як неправильне уявлення особи щодо протиправності діяння, тобто його належності до злочинів, кваліфікації та розміру покарання, що загрожує особі, яка вчинить відповідне протиправне діяння [2, с. 35]. О.І. Парог писав, що юридична помилка – це неправильне уявлення особи про юридичні властивості вчинюваного діяння [3, с. 135]. Ю.А. Вапсва зазначає, що під юридичною помилкою потрібно розуміти неправильне уявлення особи щодо юридичного характеру діяння та його наслідків [4, с. 11]. А.А. Музика в коментарі до ст. 25 КК України засвідчує, що це хибне уявлення особи про правову сутність чи правові наслідки вчиненого нею діяння [5, с. 77]. На противагу цим науковцям М.Б. Фаткулліна розглядає юридичну помилку не як неправильне уявлення, а як неправильне знання, отримане особою під впливом омани відносно юридичних обставин вчиненого нею діяння [6]. Не зупиняючись зараз на дискусіях, які ведуться навколо цього питання, зазначимо, що, на нашу думку, **юридична помилка** – це неправильне сприйняття особою юридичних властивостей підготовлюваного або вчинюваного діяння, що виникло у неї під впливом омани внаслідок причин об'єктивного та/або суб'єктивного характеру.

У кримінально-правовій літературі виділяється чимало класифікацій юридичних помилок. Найбільше підтримки серед науковців знаходить поділ юридичних помилок залежно від неправильного сприйняття особою тієї чи іншої сторони вчинюваного нею діяння на такі види: 1) помилка щодо злочинності чи незлочинності діяння; 2) помилка щодо кваліфікації вчиненого; 3) помилка щодо караності діяння [7, с. 336–337]. Крім цієї класифікації залежно від структури кримінально-правової норми виділяють: а) помилку щодо виду і розміру кримінально-правової санкції за вчинене діяння; б) помилку в змісті диспозиції кримінально-правової норми; в) помилку особи стосовно гіпотези кримінально-правової норми; г) помилку щодо кримінально-правової норми в цілому [8, с. 55–56]. З урахуванням помилки особи щодо кількості порушених кримінально-правових норм можна виділити такі різновиди юридичної помилки: а) особа вважає, що порушено декілька норм права, а фактично порушується лише одна; б) особа вважає, що посягає на одну правову норму, а фактично відбувається посягання на декілька норм [8, с. 56]. Залежно від ставлення особи до суспільної безпеки і кримінальної протиправності вчинюваного діяння можна виділяти позитивну (коли особа вважає, що вчиняє суспільно небезпечне і кримінально протиправне діяння, хоча насправді воно таким не є) та негативну (коли особа вважає, що вчинюване нею діяння не володіє ознаками суспільної небезпечності та кримінальної протиправності, хоча насправді воно є злочином) помилку.

Кримінально-правове значення різних видів юридичної помилки не є однаковим, так само як не є однаковим значення наведених вище класифікацій для практичних

потреб. Та сторона суспільно небезпечного діяння, яку відображає юридична помилка, а саме – його протиправність, є об'єктивним фактом. Оскільки вона є однією з ознак злочину, закріплених у частині 1 ст. 11 КК України, то за її відсутності не можна говорити про злочинність діяння, хоч воно може і становити небезпеку для певних суспільних відносин. Вирішуючи питання про вину особи важливо з'ясувати, як протиправність відображалася у її свідомості, як вона ставилася до цієї ознаки. На нашу думку, кримінально-правове значення юридичної помилки найкраще аналізувати, користуючись її поділом на помилку щодо злочинності, щодо кваліфікації та щодо караності вчиненого діяння. Спробуємо з'ясувати зміст кожного з цих видів.

Що стосується **помилки щодо злочинності діяння**, то в літературі загальноприйнятим є їх поділ залежно від правової природи вчиненого на такі підвиди:

а) помилка особи, яка вважає своє діяння злочином, хоч насправді воно таким не є;

б) помилка особи, яка не вважає своє діяння злочином, хоч насправді воно є злочином [5, с. 77; 6].

У першому випадку йдеться про так звану *позитивну юридичну помилку* або “уявний злочин” [2, с. 31–32; 5, с. 77]. У такій ситуації особа неправильно оцінює вчинюване нею діяння як злочинне, помиляючись в його суспільній небезпеці та кримінальній протиправності, оскільки воно не спричиняє і не може спричинити істотної шкоди суспільним відносинам, які поставлені під охорону кримінального закону і закон не вважає відповідне діяння злочином [9, с. 172], тобто КК України або взагалі не містить норми, яка передбачала б учинене особою діяння (через що діяння не може бути визнано кримінально протиправним), або містить норму, яка передбачає умови, відповідно до яких діяння визнається правомірним [6].

Таке діяння вважається злочинним лише з погляду самого “уявного злочинця”. Як слушно відзначає В.Ф. Кириченко, наявності лише цього факту ще не достатньо для того, щоб зробити діяння злочинним [2, с. 31–32]. Відсутність хоча б однієї з ознак складу злочину свідчить про відсутність складу злочину в цілому. “Уявний злочин” не тягне кримінальної відповідальності, хоча не є імовірною можливістю порушення особою норм інших галузей права та притягнення її до інших видів юридичної відповідальності.

Наприклад, дружина злочинця приховує сліди злочину, знаючи про кримінальну відповідальність за такі дії (ст. 396 КК України). Однак незнання того, що кримінальний закон унеможливл.є кримінальну відповідальність членів сім'ї чи близьких родичів, не може слугувати підставою для визнання її дій злочинними. У таких випадках кримінальної відповідальності не виключається, оскільки для цього відсутні об'єктивні підстави: не було вчинено злочинного діяння [10, с. 86].

Отже, “уявний злочин” не змінює загалом незлочинного характеру вчиненого діяння, тому подібна помилка не тягне кримінальної відповідальності особи. Такий різновид юридичної помилки може мати лише кримінологічне значення для характеристики особи, яка її допустила.

Складнішим є питання про кримінально-правове значення негативної юридичної помилки, суть якої полягає у тому, що особа неправильно оцінює вчинюване нею діяння як незлочинне, хоча воно передбачене у кримінальному законі як злочин. М.Б. Фаткулліна виділяє такі ознаки такої юридичної помилки:

1) у результаті негативної юридичної помилки особа неправильно оцінює юридичну сторону вчинюваного діяння, помиляючись щодо його суспільної небезпеки і кримінальної протиправності;

2) неправильна оцінка стосується того, що особа не вважає вчинюване нею діяння суспільно небезпечним і кримінально протиправним;

3) кримінальний закон зачислює вчинюване особою діяння до злочинів;

4) особа справді не знає про існування кримінально-правової заборони, помиляючись добросовісно;

5) особа не могла знати про існування кримінально-правової заборони, підставою для чого могли стати такі обставини: а) особливі психофізіологічні, соціальні та інші ознаки особи (наприклад, відставання у психічному розвитку, проживання в місцевості, віддаленій від великих культурних та промислових центрів або коли іноземний громадянин недавно приїхав у країну тощо); б) кримінальний закон, який набув законної сили, не був опублікований або не був доведений до відома громадян іншим способом; в) помилкове тлумачення кримінального закону; г) криміналізація діяння відбулася незадовго до його вчинення; д) було змінено нормативні акти інших галузей права (з'явилися нові правила, норми, інструкції), порушення яких формує основу злочинів з бланкетними диспозиціями, при цьому суб'єкт не ознайомлений і не мав змоги ознайомитися з новими правилами (нормами, інструкціями), котрі змінили зміст кримінально-правової заборони [6]. Цей перелік не є вичерпним.

З'ясовуючи кримінально-правове значення цього різновиду юридичної помилки, зазначимо наступне. У кримінальному праві багатьох сучасних країн, в тому числі й України, домінує положення про те, що незнання закону не звільняє від відповідальності. Це положення закріплене у частині 2 ст. 68 Конституції України. Такої ж думки дотримувався і В.Ф. Кириченко, який заперечував, що юридична помилка може впливати на кримінальну відповідальність особи [2, с. 35].

Інші погляди на кримінально-правове значення юридичної помилки висловлював М.С. Таганцев, який вважав, що така помилка не позбавляє вини особи, яка її допустила, однак може змінювати форму її вини: “якщо я порушив веління права, я посилаюся в своє виправдання, що не знав цього веління, мене не можна обвинувачувати у свідомому і вольовому порушенні цього веління; але мене можуть обвинувачувати у тому, що я легковажно і недбало не взнав, а тому і не виконав це веління” [11]. У тих діяннях, в яких умисел і необережність караються однаково, посилання на незнання забороненості не має жодного значення для притягнення особи до відповідальності, особливо якщо порушення допустила така особа, яка відповідно до своєї посади, службового або іншого становища була зобов'язана знати вимоги закону.

На нашу думку, твердження “незнання закону не звільняє від відповідальності” не може бути виправданим для всіх без винятку випадків. Можна погодитися з В.М. Бурдіном, який зазначає, що сьогодні можна говорити про це положення не як про презумпцію, а як про аксіому – воно не може бути спростоване за жодних умов. Незнання законів, якщо воно справді має місце і сталося не з вини особи, повинно звільняти її від юридичної і, зокрема, кримінальної відповідальності. Інакше кажучи, це положення має бути спростовним [12, с. 29].

Про значення юридичної помилки неможливо говорити, не з'ясувавши питань, пов'язаних із виною особи. Потрібно обов'язково з'ясувати, чи входять до її змісту юридичні властивості діяння, щодо якого в особи існує юридична помилка. Варто погодитися з висловленими в юридичній літературі аргументами на користь того, що елементом вини особи є усвідомлення не тільки суспільної небезпеки, але й

кримінальної протиправності вчиненого нею діяння (тобто, юридичних властивостей останнього – Б.М.) [3, с. 13–17]. А це означає, що усвідомлення юридичних властивостей діяння також може визначати вину особи.

Отже, ми дійшли висновку, що негативна юридична помилка може і повинна в деяких випадках мати кримінально-правове значення, оскільки безапеляційне використання твердження “незнання закону не звільняє від відповідальності” необґрунтовано обмежує можливості захисту особи в суді чи інших правоохоронних органах, чим істотно порушує її права. Вважаємо, що частина 2 ст. 68 Конституції України потрібно викласти в новій редакції, яка передбачала б можливість спростування цієї презумпції, такого змісту: “Незнання закону не звільняє від юридичної відповідальності, якщо не буде встановлено, що особа з поважних причин не могла з ним ознайомитись”.

У науці кримінального права та чинному законодавстві окремих держав дедалі частіше простежується відхід від вищезазначеного положення.

Наприклад, згідно з Модельним Кримінальним кодексом США відповідальність особи виключається у тих випадках, якщо положення кримінального закону не були їй відомі, або нормативний акт не був опублікований, або офіційне формулювання закону було помилковим чи недійсним. У деяких зарубіжних країнах юридична помилка є підставою для пом'якшення покарання (Японія, Швейцарія та інші), а якщо незнання і добросовісність помилки будуть доведені, то особа взагалі може бути звільнена від покарання (Австрія, Чилі, Югославія та ін.) [6].

Відповідно до § 17 КК Німеччини особа, яка вчинила суспільно-небезпечне діяння, помиляючись у протиправності вчиненого, діє без вини, якщо вона за жодних умов не могла уникнути цієї помилки. Якщо ж вона могла уникнути помилки, то така помилка може бути врахована як обставина, яка пом'якшує покарання. У ст. 122–3 КК Франції зазначено, що не підлягає кримінальній відповідальності особа, яка доведе, що внаслідок помилки щодо права, якої не можна було уникнути, вона вважала, що має законну підставу для вчинення відповідного діяння. Згідно зі ст. 9 розділу 24 КК Швеції діяння, вчинене особою, яка не усвідомлювала його протиправності, не тягне відповідальності, якщо вона помилялася щодо наявності в законі умов його правомірності або з інших причин. У статті 30 КК Республіки Польща зазначено, що не є злочином діяння особи, яка вчинила суспільно небезпечне діяння, добросовісно помиляючись щодо його протиправності; якщо її помилка не є добросовісною, суд має право застосувати надзвичайне звільнення від покарання.

Підсумовуючи викладене, спробуємо сформулювати такі положення, які характеризують кримінально-правове значення негативної юридичної помилки:

1. Цілком добросовісне незнання особою забороненості скоєного повинно виключати її вину у вчиненні того чи іншого злочину у таких випадках: а) відносно тих діянь, за яких карається тільки умисне посягання на охоронюваний інтерес, б) щодо тих посягань, вчиняючи які обвинувачений не тільки не знав про заборону діяння, але й не міг та не повинен був знати про неї.

2. Якщо особа не знала, але могла і повинна була знати про злочинність вчинюваної нею дії або бездіяльності, то така помилка виключає умисну вину з її боку, і свідчить про наявність необережності.

3. В інших випадках цей вид помилки може враховуватися судом як обставина, яка пом'якшує покарання відповідно до частини 2 ст. 66 КК України.

Наступним видом юридичної помилки є *помилка щодо кваліфікації діяння*. З.Г. Алієв виділяє такі підвиди цієї помилки:

а) помилка, за якої особа вважає, що діяння слід кваліфікувати за декількома статтями, тоді як воно підлягає кваліфікації лише за однією статтею кримінального закону (цей різновид можна ще назвати “*уявною множинністю злочинів*”. Найчастіше він може мати вигляд “уявної ідеальної сукупності”. Однак це також може бути “уявна реальна сукупність” (наприклад, при складених злочинах, злочинах, які ускладнені додатковими тяжкими наслідками тощо) та “уявна повторність” злочинів (наприклад, вчиняючи продовжуваний злочин, особа вважає, що вчиняє декілька самостійних злочинів) – Б.М.);

б) помилка, за якої особа вважає, що діяння варто кваліфікувати за однією статтею кримінального закону, тоді як воно підлягає кваліфікації за декількома (“*уявний одиничний злочин*” – Б.М.);

в) помилка при розмежуванні суміжних складів злочинів [13].

Щодо останнього різновиду зазначимо, що така помилка можлива як стосовно суміжних складів злочину, так і щодо таких, які не є суміжними, а наприклад, є конкурентними між собою (наприклад, особа, яка посягає на життя працівника правоохоронного органу, вважає, що її дії становлять просте умисне вбивство). Тому доцільніше було б назвати його *помилкою у конкретній кримінально-правовій нормі*.

Особа, яка допускає юридичну помилку щодо кваліфікації діяння, не помиляється у тому, що вчинювана нею дія чи бездіяльність є злочином. Тому така помилка жодним чином не повинна впливати на форму її вини та відповідальність, оскільки презумпція знання закону полягає у тому, що громадяни мають знати, яке діяння є злочинним, а яке не є таким, тобто знати про кримінально-правові заборони. Однак ця презумпція не потребує від них знання змісту конкретних кримінально-правових норм, що належить до спеціальних знань, адже з’ясування змісту норм є прерогативою професійних юристів, які встановлюють відповідність між вчиненням особою діянням (діяннями) та тими складами злочинів, які закріплені у КК України.

Останнім різновидом юридичної помилки є *помилка щодо караності діяння*, яку також можна поділяти на підвиди. Зокрема, особа може помилятися щодо виду або розміру покарання, яке передбачене законом за вчинене діяння. Також можлива помилка щодо додаткового покарання. Як і помилка у кваліфікації злочину, така помилка не впливає на вину особи, оскільки усвідомлення виду і розміру (строку) покарання, яке може бути призначене за вчинений злочин, не охоплюється змістом ні умислу, ні необережності, і отже, не впливає на кримінальну відповідальність та кваліфікацію. Кожен повинен дотримуватися вимоги права лише тому, що така вимога існує, а не тому, що за її невиконання передбачено покарання. Те, що винний не знав, що за крадіжку, яка поєднана з проникненням у житло, передбачено покарання у вигляді позбавлення волі на строк від трьох до шести років, в жодному випадку не впливає на відповідальність за її вчинення.

Все вище викладене дає підстави стверджувати, що у деяких випадках юридична помилка може мати кримінально-правове значення для оцінки діяння особи, яка допустила таку помилку, хоч ця позицію підтримують далеко не всі науковці. Це стосується, насамперед, помилки щодо злочинності діяння. Помилка щодо незлочинності діяння не тягне кримінальної відповідальності, оскільки у такому разі немає обов’язкової ознаки злочину – його протиправності. Помилка щодо кваліфікації та щодо караності діяння не можуть впливати на кримінальну відповідальність особи, тому що ці обставини не входять до змісту вини.

Вважаємо, що для забезпечення ефективної дії принципу суб'єктивного інкримінування варто на законодавчому рівні закріпити положення про юридичну помилку щодо злочинності діяння, в якому передбачити, за яких умов ця помилка виключатиме кримінальну відповідальність особи, змінюватиме форму її вини або слугуватиме як обставина, що пом'якшує покарання. Редакція норми про юридичну помилку може бути такою:

“1. Юридична помилка – це неправильне сприйняття особою юридичних властивостей підготовлюваного або вчинюваного діяння, що виникло у неї під впливом омани внаслідок причин об'єктивного та/або суб'єктивного характеру.

2. Особа, яка не знала, не могла і не повинна була знати про існування кримінально-правової заборони, добросовісно помиляючись щодо кримінальної протиправності свого діяння (дії або бездіяльності), не підлягає кримінальній відповідальності.

3. Юридична помилка щодо кримінально-правової кваліфікації та караності діяння не впливає на кримінальну відповідальність особи”.

Крім того, було б доцільно доповнити частину 1 ст. 66 КК України “Обставини, які пом'якшують покарання” пунктом 7–1 такого змісту: “вчинення злочину за наявності фактичної або юридичної помилки, яка не виключає вини особи”.

1. Гримайло В. Окремі питання інституту вини у КК України // Підприємництво, господарство і право. – 2007 р. – № 3. – с. 127–132.
2. Кириченко В.Ф. Значение ошибки по советскому уголовному праву. – М.: Изд-во АН СССР, 1952. – 96 с.
3. Рарог А.И. Вина в советском уголовном праве. – Саратов: Изд-во Саратовского ун-та, 1987. – 187 с.
4. Вапсва Ю.А. Помилка у змісті суб'єктивної сторони складу злочину: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.08 / Ун-т внутрішніх справ. – Х., 2000. – 19 с.
5. Науково-практичний коментар Кримінального кодексу України. 3-тє вид., переробл. та доповн. / За ред. М. І. Мельника, М. І. Хавронюка. – К.: Атіка, 2005. – 1064 с.
6. Фаткуллина М.Б. Юридические и фактические ошибки в уголовном праве (Проблемы квалификации). Автореф. дисс. ... канд. юрид. наук: 12.00.08: Екатеринбург, 2001. Электронный ресурс: <http://dissertation1.narod.ru/avtoreferats2/av84.htm>
7. Курс советского уголовного права. В 6-ти т. / Под. ред. А.А. Пионтковского. Т.2. – М., 1970. – 516 с.
8. Якушин В.А. Ошибка и ее уголовно-правовое значение. Казань: Изд-во Казанского ун-та, 1988. – 126 с.
9. Рарог А.И. Квалификация преступлений по субъективным признакам. – СПб., 2003. – 304 с.
10. Мордовина А.А. Осуществление законного права как обстоятельство, исключающее преступность деяния. Дисс. ... канд. юрид. наук: 12.00.08: Ставрополь, 2005. – 162 с.
11. Таганцев Н.С. Уголовное право (Общая часть). Часть 1. По изданию 1902 г. [Электронный ресурс: http://allpravo.ru/library/doc101p0/instrum105/print_890.html].
12. Бурдін В.М. Особливості кримінальної відповідальності неповнолітніх в Україні: Монографія. – К.: Атіка, 2004. – 240 с.
13. Алиев З.Г. Ошибка как особое обстоятельство оценки поведения субъекта преступления, и ее уголовно-правовое значение. Автореф. дисс. ... канд. юрид. наук: 12.00.08: Москва, 2007. Электронный ресурс: www.iile.ru/library/avtoreferat/ar019.rtf

CRIMINAL AND LEGAL SIGNIFICANCE OF LEGAL ERROR***B. Melykh***

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

The article deals with an influence of different forms of legal errors on legal qualification of person's criminal behaviour. The author has analysed scientific ideas and other states legislation on this issue. Proposals are made as to the evolvement of this institute legal regulation.

Key words: mistake, subjective incrimination, legal error.

**КРИМИНАЛЬНО-ПРАВОВОЕ ЗНАЧЕНИЕ
ЮРИДИЧЕСКОЙ ОШИБКИ*****Б. Мельх***

*Львовский национальный университет имени Ивана Франка
ул. Университетская, 1, 79000 Львов, Украина*

В статье рассмотрено криминально-правовое значение разных видов юридической ошибки для квалификации деяния лица, которое допустило такую ошибку. Проанализировано законодательство других государств и взгляды научных работников. Предложены некоторые мероприятия по совершенствованию правовой регуляции этого института.

Ключевые слова: ошибка, субъективное инкриминирование, юридическая ошибка.

Стаття надійшла до друку 16.12.2009

Прийнята до друку 10.01.2010

ФЕНОМЕН ВИНИ ЯК ЕКЗИСТЕНЦІЙНА ЗАСАДА ПРАВОСУДДЯ

О. Стовба

*Харківський національний університет імені В.Н. Каразіна
Пл. Свободи, 4, 61000, Харків, Україна
Тел. (8057)7075661*

У статті висвітлено питання про феномен вини як екзистенційне підґрунтя правосуддя. Зроблено порівняльний аналіз вини у моральному, релігійному, правовому контекстах. Запропоновано переосмислення самого явища “вини”, яке замість “психічного ставлення особи” до вчиненого діяння трактується як екзистенційна здатність особи започатковувати причинно-наслідковий ряд, який тягне за собою заподіяння шкоди іншим. У підсумку автор доходить висновку, що сенс правосуддя полягає у відшукуванні винного задля того, щоб шляхом покарання “повернути” його до суспільства, а через це відновити порушені можливості співбуття в цілому.

Ключові слова: вина, діяння, подія, правопорядок, правосуддя, спів-буття.

Звернення до права ніколи не є “чистою цікавістю”. Право дає нам змогу відповісти на запитання, яке в іншому випадку залишилося б без відповіді. Можна припустити, що це питання про винність. І насправді, якщо ми знаємо, хто винен, все інше вже достатньо зрозуміле. Отже саме з цього питання починається правове запитання, яке формує буття права. В іншому випадку право являло б собою лише абстрактну сукупність норм, яка існує винятково у людський свідомості. Отож, феномен вини відкриває онтологічний вимір права. Водночас вина є екзистенційною можливістю людини. Тому питання про вину є актуальним не лише для філософа, який питає про буття права, але й для кожної людини, яка втягнута у правову подію і змушена визначати свій статус стосовно неї.

Проблема вини в її екзистенційно-правовому аспекті досі не знайшла свого відображення у філософсько-правовій літературі. Деяка увага зазначеному питанню приділялася у працях В.В. Бібіхіна, Г. Гуссерля, А. Кауфмана, Дж. Кона, Ю.Є. Пермякова [1; 2; 3; 4; 5]. Серед вітчизняних юристів-практиків така проблема взагалі не ставиться, оскільки вичерпна (з практичного погляду) відповідь міститься у ст. 23 КК України: “вина є психічне ставлення особи до вчиненого діяння, передбаченого цим Кодексом, та його наслідкам, виражене у формі умислу або необережності” [6]. Однак звуження феномена вини винятково до його психологічного аспекту залишає відкритим питання про його зв’язок з правом: на підставі зазначеної дефініції власне, “правовою” вину робить не саме діяння або його наслідки, а те, закріплені вони у КК, чи ні. Проте особа може взагалі не уявляти, як закон регулює вчинене ним, і отже, вина приписується вчинку лише “постфактум”. Зрозуміло, що незнання закону не звільняє від відповідальності. Але який тоді механізм “відкритості закону людям”, що створює підстави для того, аби судити людей за вчинене? Чи не є в такому разі “вина” просто певною юридичною конструкцією, яка слугує для виправдання кримінального переслідування людей державою?

Відповідь на це питання в межах юридичної науки, яка використовує метод юридичної догматики та визнає власні конструкції за апіорне Належне, є неможливою. Цим зумовлене звернення до філософсько-правового способу

осмислення. Отже, метою цієї статті є аналіз феномена вини як екзистенційного підґрунтя правосуддя¹.

Але спочатку потрібно вирішити одне питання. Власне, чому йдеться про вину як виключно правовий феномен? Адже мораль і релігія також оперують ним. Тому для виявлення правової специфіки вини треба критично визначити поле дослідження. Задля цього треба реконструювати ситуації, в яких виникає питання про вину у моралі, релігії, праві. Феномен вини є своєрідною відповіддю на це запитання.

Вина у релігії виникає як індикатор порушення вищих релігійних догм при визначенні долі людини після смерті. Це є відповідь на питання: яка доля спіткає людину – пекло чи рай? Тому релігійна вина не належить до нашого світу. Вона є чимось трансцендентним: прерогатива судити про неї належить винятково Богам.

Вина як моральне явище, навпаки, належить цілком “нашому” світу. Він настільки “наш”, що справжнім суб’єктом морального судження про себе може бути лише сама людина. Так Кант, обстоюючи моральну автономію особистості, стверджував, що моральне є те явище, виток якого знаходиться в нас, а не у зовнішньому світі. Отже, в моральному сенсі засудити себе може тільки я сам: будь-яке судження про мою вину інших людей будуть чимось “трансцендентним” для мене. Тому в моральному вимірі що є виключно трансцендентальним феноменом.

Отже, вина як правове явище є чимось, що не належить ані до трансцендентної (релігії) ані до трансцендентальної (мораль) сфери. Де ж вона перебуває? Для осмислення цього ми спробуємо реконструювати те питання, відповіддю на яке і буде вина у її правовому аспекті.

Питання про вину традиційно виникає у разі пошуку причин і підстав, які призвели до певних негараздів: сама вина первісно і означає саме причину, виток [7, с. 204]. При цьому пошук винного має нагальний характер: саме його відшукування і дає змогу усунути загрозовість тієї події, яка змушує нас задаватися питанням про винність.

Тому можна припустити, що первісно питання задає не людина (яка тільки артикулює його) але сама подія, обставини, які для свого осмислення “вимагають” відповіді. В чому сутність зазначеної вимоги, потрібно з’ясувати.

Отже, локалізації феномена вини допомагає подія. Звичайно, не будь-яка подія потребує пошуку винних: наприклад, у разі поєнні задавати подібне запитання немає сенсу. Проте при прориві греблі – можна. Цей приклад засвідчує про те, що вина у праві належить ані до “трансцендентної”, ані до “трансцендентальної” сфер, а до площини сумісного буття людей.

Вище вина була охарактеризована як причина, привод, виток певного стану справ, а також як відповідь на питання, яке було задане такими обставинами. Якщо звести всі питання до одного, то одержуємо: хто є та причина, яка призвела до виникнення певних – суспільно небезпечних – наслідків? Тому, якщо феноменологічно експлікувати це питання, воно розпадеться на такі: “хто винен?”, “перед ким винен?”, “за що винен?”.

Вина у праві завжди пов’язана з діянннм. Якщо у релігії завинити можна і за думки, а морально почуватися винним і за слова, то сфера права – винне діяннн². До того ж винність – це не обв’язково “усвідомлене порушення закону”. Закон людина може і не знати, що, однак, не звільняє її від відповідальності. “За що” вини завжди

¹ Тобто що у бутті людини (екзистенції) дозволяє судити її?

² Така стаття КК України як, наприклад, 110 КК (заклики до повалення конституційного ладу) є доказом того, що слова входять у сферу права тільки тоді, коли вони пов’язані з певними діянннми.

первісно не “за порушення закону,” а швидше за “спричинення шкоди”. “Спричинення” не слід розуміти досить буквально: наприклад, при злочинах з необережності прямої детермінації наслідків дією може і не бути. “Спричинення” є дещо інше: “людина як причина”, тобто виток того, що відбулося³.

Проте, що це за шкода, яка екзистенційно настільки близька людині, що сама невід’ємність її усвідомлення фактично презюмується законодавцем як основа для притягнення особи до відповідальності? Тут ми спробуємо розглянути друге питання: “перед ким” вини.

У разі цивільно-правового делікту чи злочинів проти особи чи власності проблеми нема: “перед ким” є перед постраждалою особою. Але як бути зі злочинми з формальним складом? Адже в цьому випадку нікому нібито не заподіяно шкоди.

Осягнути це явище можливо згадавши, що будь-яке діяння, “за що” “перед ким” вини, існує не в абстрактному світі, а завжди спрямоване на конкретний правопорядок, “вплетено” у нього, впливаючи нейтрально, позитивно чи негативно [8, с. 120]. Зрозуміло, що право найбільше цікавить останній варіант. Саме негативні для правопорядку наслідки діяння є те, що переважно і конститує діяння як правове⁴. Отже, можна припустити, що “перед ким” правової вини первинно є “перед чим” правопорядку. Кожне правове діяння знаходиться “перед” правопорядком як таке, що порушує або сприяє йому.

Звідси варто торкнутися до третього питання: про “хто” винного. Тут треба суворо розрізнати два аспекти, які умовно можна назвати “екзистенційним” і “фактичним”. “Фактично” питання у тому, яка саме особа скоїла діяння – та, що перебуває під судом, чи інша. “Екзистенційний” же формат вини полягає у постановці питання про “хто” як про “статус” особи у відповідній ситуації: “хто вона є насправді”, судячи зі вчиненого нею? Чи спричинило її діяння шкоду правопорядку, чи ні? Нескладно помітити, що “фактичним” питанням задаються ті, хто перебуває “по за чи над” ситуацією: свідки, прокурор, слідчий тощо. Питання ж про “статус” ставить, насамперед сама людина, про буття якої йдеться в ході правосуддя: чи вона злочинець, чи чесна людина. Саме правосуддя дає правовому запитуванню особливий вимір, де протилежність між “зовнішньою”, “фактичною” та “внутрішньою”, “екзистенційною” постановкою питання про “хто” винного знімається.

На підставі викладеного можна дійти до висновку, що правова вина – особливий статус людини (“буття-винним”), яка є причиною шкоди, спричиненої правопорядку. Проте що в такому бутті людини дозволяє “по праву” судити її, робить її підсудною?

Згадаємо етапи нашого дослідження. Раніше ми спитали про підстави правової відповідальності людини як її можливості стати перед судом. На протипагу “порушенню закону” як таку було названо “вину як спричинення шкоди правопорядку”. При цьому без відповіді залишилося питання про “вимогу” події осмислити себе, а також про “шкоду”, мовчазне осягнення якої є законодавчою презумпцією для притягнення особи до відповідальності.

Як було сказано раніше, вина належить до царини сумісного буття людей. Як пише М. Гайдеггер, до устрою буття людини – ось-буття (нім. Dasein), завжди належать вже відкриті Інші. Ось-буття є завжди буття-з, спів-буття (нім. Mitsein)

³ Отже, у праві людина завжди є тою, яка “щось” зробила, тобто “хто” правової ситуації завжди є похідним від “що” діяння.

⁴ Саме цим пояснюється, що якщо “санкція” є однією з основних проблем правознавства, то “правове заохочення” є периферією юридичної науки.

[9, с. 117–120]. Під цим не мається на увазі, що спочатку наявна одна людина в певний проміжок часу раптом встановлює зв'язок з іншою. Навпаки, фактичне встановлення такого зв'язку тільки й можливе на засадах такої попередньої “вписаності” Іншого в моє буття.

Тому припустимо, що людині первинно до будь-якого законодавства відкриті ті умови, які роблять можливим фактичне спів-буття. Посилання позитивістів на те, що тут ми маємо справу з мораллю, безпідставні, бо, як було сказано раніше, мораль трансцендентальна, а тому якась “загальна” моральна оцінка неможлива.

Отже, правова вина вкорінена в онтологічний устрій людини – ось-буття, а саме там, де йдеться про *можливість* сумісного буття. Зовні крадіжка авто не відрізняється від його використання у разі крайньої необхідності, проте ми вважаємо злочином лише перше діяння, оскільки друге не порушує, а навпаки, зберігає можливості спів-буття. Це дещо прояснює загадковий феномен “шкоди”, про який йшлося. “Шкода” є не просто “фактичною шкодою”, яка заподіяна певній особі, а *неможливістю* спів-буття. Так, наприклад, перемога у боксі неминуче пов'язана з заподіянням фізичної шкоди переможеному, проте, оскільки можливості спів-буття не порушені, це не є злочином.

Звідси можна припустити, що загадкова “вимога події осмислити себе” є не що інше, як необхідність поставити питання про вину зберігання можливостей сумісного буття людей. Якщо подібне питання систематично не буде ставитися, це неминуче призведе до розпаду суспільства.

У процесі постановки та пошуку відповіді на зазначене питання доцільно розкрити істину: хто став причиною тієї події, яка є загрозою правопорядку? Водночас зазначимо, що деякі події лише уявно загрожують можливостям спів-буття, насправді не становлячи суспільну небезпеку.

Отже, ключовим питанням є “знаходження винного”. Правосуддя, як відомо, не просто “шукає винного”, а засуджує його. “Пошук” є не просто “фізичним розшуком” особи, яка переховується від відповідальності. Адже справа у тому, що особа, винна у заподіянні шкоди правопорядку, у маніфестації неможливості спів-буття, “втрачена” для інших людей. Злочинним діянням воно нібито зруйовує ті шляхи, які пов'язують злочинця з Іншими, роблять можливим співіснування з ним. Злочинець немовби “викинутий” зі світу, самим фактом свого буття становлячи йому загрозу.

Тому пошук і наступне засудження винного “відновлюють” зруйовані шляхи, повертають порушника до людей. Яскравим прикладом такої “елімінації” зі спів-буття є створена Ф. Достоевським картина поневірянь Розкольниковою, який внаслідок скоєного злочину не знаходить собі місця у світі людей: його статус “стороннього” може бути змінено лише покаанням та покаранням.

Звідси стає зрозумілим, що вина у праві не є простим “психічним ставленням особи до вчиненого діяння і його наслідків”. Це поняття вини ґрунтується на значно глибших засадах: вина є можливістю людини бути причиною неможливості сумісного буття людей, зберегти і відновити яке стає можливим тільки в ході правосуддя – знайдення та засудження винного.

Проте, що є засадою можливості людини починати причинно-наслідковий ряд, який загрожує правопорядку? Чи втрачений злочинець для суспільства, чи для себе також? Має правосуддя отже, “загальний” або ще й “приватний” сенс? Відповідь на ці запитання примусить нас звернутися до співвідношення долі, волі і права, що і може слугувати темою подальших розвідок.

1. Бибихин В.В. Введение в философию права. – М.: Ин-т философии РАН, 2005. – 345 с.
2. Husserl G. Recht und Zeit. 5 Rechtphilosophisches Essays. – Frankfurt am Main: Vittorio Klostermann, 1955. – 225 s.
3. Kaufmann A. Ontologische Struktur des Rechts // Rechtsphilosophie im Wandel. – Frankfurt am Maine: Stationeneines Weges, 1972. – S. 104–134.
4. Cohn G. Existentialism and Legal Science. – New-York.: Occana publications inc., 1967. – 148 p.
5. Пермяков Ю.Е. Основания права. – Самара: “Юниверс-груп”, 2003. – 496 с.
6. Кримінальний кодекс // Голос України. – 2001. – 19.06.2001. – № 107.
7. Даль В. Толковый словарь живого великорусского языка: В 4 т. – М.: Гос. изд-во иностр. и нац. словарей, 1955. – Т. 1: А–З. – 550 с.
8. Стомба А.В. Правовая ситуация как исток бытия права. – Х.: Диска+, 2006. – 176 с.
9. Хайдеггер М. Бытие и время. – М.: Ad Marginem, 1997. – 452 с.

PHENOMENON OF THE GUILT AS EXISTENTIAL PRINCIPLE OF JUSTICE

O. Stovba

*Kharkiv's National University named after V.N. Karazin
Svobody sq., 4 UA – 61000, Kharkiv, Ukraine
Tel. (+38057)7075661*

This article highlights the guilt as existential principle of justice. The author makes a comparative analysis of the guilt in moral, religious and legal spheres, suggests reinterpretation of the guilt phenomenon which is understood as ability of the person to originate causal relations, which entail infliction of harm to others. It is asserted that sense of justice lies in searching a guilty person to “return” him\her to society through the prosecution and to restore the possibilities of co-existence in general.

Key words: guilt, deed, event, law and order, justice, co-existence.

ФЕНОМЕН ВИНЫ КАК ЕКЗИСТЕНЦІЙНА ЗАСАДА ПРАВОСУДДЯ

О. Стомба

*Харьковский национальный университет имени В.Н. Каразина
Пл. Свободы, 4, 61000, Харьков, Украина
Тел. (8057) 7075661*

В статье отражен вопрос о феномене вины как экзистенційне подпочве правосудия. Сделан сравнительный анализ вины в моральном, религиозном, правовом контекстах. Предложено переосмысление самого явления “вины”, которое вместо “психического отношения лица” к совершенному деянию трактуется как экзистенційна способность персоны начинать причинно-следственный ряд, который тянет причинение вреда другим. В итоге автор приходит к выводу, что смысл правосудия заключается в отыскании виновного ради того, чтобы путем наказания “повернуть” его к обществу, а из-за этого возобновить нарушенные возможности співбуття в целом.

Ключевые слова: вина, деяние, событие, правопорядок, правосудие.

Стаття надійшла до редколегії 04.12.2009

Прийнята до друку 10.01.2010

ЗНИЖЕННЯ ВІКУ КРИМІНАЛЬНОЇ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ ЯК ЗАСІБ ЗАПОБІГАННЯ ПОГРОЗАМ ВБИВСТВОМ

В. Шаблистий

*Дніпропетровський державний університет внутрішніх справ
просп. Гагаріна, 26, 49005 Дніпропетровськ, Україна,
e-mail: Vo-1_Shablisty@ukr.net*

У статті зроблено спробу науково обґрунтувати доцільність зниження віку кримінальної відповідальності за вчинення погрози вбивством як одного із засобів її запобігання.

Ключові слова: суб'єкт злочину, осудність, вік, з якого може наставати кримінальна відповідальність, неповнолітній, погроза вбивством.

Суб'єкт злочину є обов'язковим елементом будь-якого складу злочину, тому доцільність його дослідження зумовлена необхідністю встановлення кола осіб, які можуть нести кримінальну відповідальність за вчинення погрози вбивством. Суб'єкт злочину може бути загальним та спеціальним, відносно ст. 129 Кримінального кодексу України (далі – КК України) – закон не вимагає від особи, яка вчиняє розглянений злочин, будь-яких додаткових ознак, що обмежують коло осіб, які підлягають кримінальній відповідальності за погрозу вбивством. Тому суб'єкт злочину, передбаченого ст. 129 КК України характеризується трьома обов'язковими ознаками, закріпленими у ч. 1 ст. 18 КК України:

- 1) суб'єкт погрози вбивством повинен бути фізичною особою;
- 2) суб'єкт погрози вбивством повинен бути осудною особою;
- 3) суб'єкт погрози вбивством повинен досягти віку, з якого може наставати кримінальна відповідальність.

З огляду на це варто наголосити, що під час дослідження суб'єкта погрози вбивством ми використали фундаментальні дослідження, які присвячені як загальним питанням суб'єкта злочину, так і окремим ознакам, що характеризують його зміст. Серед них можна зазначити праці В.А. Владімірова, П.С. Дагеля, Г.А. Левицького, В.В. Леня, Н.С. Лейкиної, В.С. Орлова, Р. Оримбаєва, В.Г. Павлова, А.Я. Светлова, Ш.С. Рашковської, В.В. Устименка та ін.

Можливість вчинення погрози вбивством лише фізичною особою означає, що її суб'єктом може бути лише людина як біосоціальна істота. Юридична особа за чинним кримінальним законом суб'єктом будь-якого складу злочину бути не може.

Встановлення осудності суб'єкта погрози вбивством не викликає жодних труднощів чи суперечностей. Стосовно віку особи, яка може нести кримінальну відповідальність за вчинення злочину, передбаченого ст. 129 КК України, на нашу думку, потрібно висловити деякі зауваження, які, можливо, стануть одним із засобів запобігання погрозам вбивством, оскільки одним із завдань чинного кримінального закону є запобігання злочинам (ч. 1 ст. 1).

Враховуючи викладене, метою цієї статті є наукове обґрунтування доцільності зниження віку кримінальної відповідальності за вчинення погрози вбивством до 14-ти років шляхом внесення ст. 129 КК України до частини 2 ст. 22 КК України.

Відповідно до частини 1 ст. 22 КК України кримінальній відповідальності підлягають особи, яким до вчинення злочину виповнилося 16 років. Водночас, частина друга цієї ж статті містить вичерпний перелік складів злочину, відповідальність за вчинення яких настає з 14-ти років.

Встановлення мінімальної календарної вікової межі для кримінальної відповідальності має бути соціально та кримінологічно обґрунтованим. При цьому враховується низка чинників:

- ступінь фізичного і психічного розвитку, соціально-психологічні особливості (інтелектуальні, вольові, емоційні) людини, рівень її соціалізації як особи, що визначають здатність суб'єкта під час вчинення діяння усвідомлювати його фактичний характер і суспільну небезпечність;
- кримінологічні показники (поширеність діянь цього виду серед осіб певного віку, їх тяжкості тощо);
- принципи кримінально-правової політики (наприклад, доцільність встановлення кримінально-правової заборони) [1, с. 35].

Отже, так званий знижений вік кримінальної відповідальності, всупереч поширеним поглядам, залежить не тільки від підвищеної суспільної небезпечності певного злочину.

Віком прийнято називати, як наголошується в педагогічній літературі, період розвитку людини, яка характеризується якісними змінами у фізичних і психічних процесах, підпорядкований особливим закономірностям в їх протіканні [2, с. 3]. Причому пізнання явищ навколишнього світу, внутрішнього їх зв'язку виявляється не водночас з проявом розумового життя людини, а разом з поступовим розвитком здатності вникати і запам'ятовувати. Ця послідовність розвитку належить як до пізнання суті взаємних відносин, явищ навколишнього фізичного світу дитини, так і до виділення з цих явищ його власної діяльності, до пізнання самого себе і свого відношення до зовнішнього світу і, нарешті, до розуміння явищ громадського і державного життя. Чим складніше явище, тим пізніше виявляється в дитини здатність його розуміти. Аналогічно розвивається в людині й інша умова кримінальної відповідальності – здатність давати оцінку власним вчинкам, робити вибір між різними спонуканнями, що перетворюються на мотиви діяльності. Обидві ці здібності розвиваються не одночасно і далеко не завжди паралельно. Отже, кримінальна відповідальність для підлітка настає з часу прояву в ньому свідомості громадських обов'язків і розуміння невідповідності своїх вчинків до цих обов'язків [3, с. 159].

Відповідно до частини 1 ст. 22 КК України кримінальній відповідальності за погрозу вбивством підлягають особи, яким до моменту вчинення злочину виповнилося шістнадцять років. Водночас, зазначимо, що згідно з частини 2 ст. 22 КК України за вчинення умисного вбивства, умисного тяжкого тілесного ушкодження (ст. ст. 115–117, 121 КК України) відповідальність встановлена з 14-ти років. З настанням такого ж віку настає кримінальна відповідальність за вчинення спеціальних видів погрози та за вчинення злочинів, в яких погроза є способом їх вчинення (наприклад, ст. ст. 345, 346, 350, 152, 153, 186, 187, 189 КК України). Таке рішення, мабуть, було керовано тим, що у 14-ти річному віці суб'єкт повною мірою здатний усвідомлювати суспільну небезпеку вчинюваних ним дій з позбавлення життя іншої людини, її власності або погрози застосування таких дій. Що ж стосується погрози вбивством як самостійного складу злочину, передбаченого ст. 129 КК України, законодавець, на нашу думку, необґрунтовано підвищив вік кримінальної відповідальності.

Аргументом на користь зниження віку кримінальної відповідальності за погрозу вбивством може стати такий приклад. Тельманівським районним судом Донецької області 08 травня 2008 року 16-ти річного С. засуджений до одного року шести місяців обмеження волі за вчинення відносно своєї матері Л.

умисного середньої тяжкості тілесного ушкодження та погрози вбивством (ч. 1 ст. 122 та ч. 1 ст. 129 КК України). Суд встановив, що 15.12.2007 року близько 17-ої години підсудний С., перебуваючи у стані алкогольного сп'яніння, знаходячись в одному з будинків смт. Тельманове Донецької області, під час сварки зі своєю матір'ю – потерпілою Л., на ґрунті раніше виниклих неприязних відносин, з метою заподіяння тілесних ушкоджень, умисно почав бити потерпілу ногами та руками по різних частинах тіла, в тому числі ногами по лівій руці потерпілої, унаслідок чого спричинив їй, згідно з висновком судово-медичної експертизи, закритий перелом ліктьової кістки, який належить до пошкоджень середнього ступеня тяжкості, і які потребують лікування на строк більше 21 дня, яке не є небезпечним для життя і не спричинило наслідків, передбачених ст. 121 КК України. Крім того, підсудний С. того самого дня, 15.12.2007 року близько 19-ої години, перебуваючи у стані алкогольного сп'яніння, знаходячись в цьому ж будинку, почав висловлювати на адресу перебуваючої в будинку матері – потерпілої Л. – погрозу вбивством. На підтвердження своїх погроз підсудний двома руками обхопив шию потерпілої і почав душити її, після чого взяв пластикову пляшку з бензином місткістю 1,5 літра та вилив його на голову потерпілої, продовжуючи погрожувати спаленням і після цього, з метою знайти сірники, вийшов з будинку, а потерпіла за його відсутності залишила будинок та втекла. Погрози вбивством потерпіла Л. сприйняла реально, як такі, що можуть бути реалізовані. Згідно з висновком судово-медичної експертизи потерпілій Л. були завдані численні ушкодження шиї, які належать до легких тілесних ушкоджень. Дослідження судом особи підсудного С. засвідчило, що його за місцем проживання та навчання характеризують негативно, він перебуває на обліку у місцевому відділенні міліції у справах дітей як такий, що раніше, вже з 12-ти річного віку, неодноразово вчиняв як відносно своєї матері, так і до інших осіб погрози застосування фізичного насильства та погрози вбивством, але через недосягнення віку, з якого може наставити кримінальна відповідальність, жодним заходам державного впливу підданий не був [4].

Наведений приклад є яскравим свідченням необґрунтованого підвищення віку кримінальної відповідальності за погрозу вбивством.

Встановлюючи відповідальність з 14-ти років за вбивство, за спеціальні види погрози застосування фізичного насильства, законодавець вважає, що дії винного є результатом його інтелектуальної діяльності, а інтелект суб'єкта достатньо розвинений, щоб розуміти суть вбивства, або суть спеціальних видів погрози, або суть погрози як способу вчинення окремих злочинів. Водночас, встановивши відповідальність за погрозу вбивством з 16-ти років, він визнав, що інтелект у підлітків у віці від 14-ти до 16-ти років ще недостатньо розвинений, щоб розуміти суть злочину, передбаченого ст. 129 КК України.

На нашу думку, якщо неповнолітній у віці від 14-ти до 16-ти років не може мати очевидного уявлення про суспільну небезпеку погрози вбивством, то він не може мати й відповідного уявлення про саме вбивство. І навпаки, якщо особа розуміє, що вбивати не можна, то, напевно, вона усвідомлює, що і погрожувати тим теж не можна, а якщо вона погрожує вбивством, то це означає, що правильно оцінюється ступінь суспільної небезпеки своїх дій і можливих наслідків. Отже, в законодавчому встановленні віку кримінальної відповідальності є певна суперечність, яку необхідно усунути, знизивши вік кримінальної відповідальності за погрозу вбивством до 14-ти років. Інакше виходить, що дії по суті, яка має

однакову природу (наприклад, замах на вбивство і погроза вбивством, супроводжувана насильством), дається різна правова оцінка.

Потрібно звернути увагу на той факт, що деякі вчені пропонують переглянути положення кримінального законодавства в бік зниження віку кримінальної відповідальності.

Зокрема, В.Г. Павлов пропонує передбачити в кримінальному законі норму, за якою передбачалася б кримінальна відповідальність осіб, які до моменту вчинення злочину досягли тринадцяти років та вчинили вбивство, умисне заподіяння тяжкої шкоди здоров'ю, крадіжку, грабіж, розбій, хуліганство при обтяжувальних обставинах [5, с. 35].

В.Ф. Мороз пропонує підлітків у віці від 11-ти до 14-ти років притягувати до кримінальної відповідальності у випадку вчинення ними особливо тяжких агресивних злочинів (умисного вбивства, умисного тяжкого тілесного ушкодження, зґвалтування, умисного вчинення дій, які можуть викликати аварію поїзда). Такі особи повинні притягуватися до кримінальної відповідальності із обов'язковою заміною покарання направленням до школи соціальної реабілітації [6, с. 9].

В.М. Бурдін вважає, що неповнолітні віком від 11-ти до 14-ти років притягуються до кримінальної відповідальності лише за вичерпний перелік злочинів, за умови підтвердження висновком експертизи відповідальності фактичного рівня розвитку їхньому хронологічному віку, достатнього для винної відповідальності. Особи цього віку можуть бути притягнуті, на його думку, до кримінальної відповідальності лише за умисне вбивство (ст. 115 КК України), умисне тяжке тілесне ушкодження (ст. 121 КК України), зґвалтування (ст. 152 КК України), насильницьке задоволення статевої пристрасті неприродним способом (ст. 153 КК України), крадіжку (ст. 185 КК України), грабіж (ст. 186 КК України), розбій (ст. 187 КК України), за відоме неправдиве повідомлення про загрозу безпеці громадян, знищення чи пошкодження об'єктів власності (ст. 259 КК України) [7, с. 41–42].

Можливо, підвищуючи вік кримінальної відповідальності за погрозу вбивством, законодавець враховував таку обставину, як відсутність підстави побоюватися погрози з боку неповнолітніх. Мабуть, законодавець припустив, що потерпілі легше подолають погрози, висловлені неповнолітніми у віці від 14-ти до 16-ти років, що погрози підлітків не становлять небезпеки, оскільки вони не можуть бути реалізовані через перевагу в силі на користь адресатів погроз вбивством. Але це помилкове уявлення, тим більше, якщо врахувати, що погроза вбивством з боку підлітків може бути адресована своїм одноліткам або особам, молодшим за них. На нашу думку, необхідно погодитися М.А. Овчінніковим, який зазначає, що в деяких випадках неповнолітні через свою інтелектуальну, емоційну і психологічну незрілість представляють загрозу і тому їх можливості вступу до певних відносин повинні бути обмежені [8, с. 7].

Ще у 70-ті роки ХХст. науковці наголошували на тому, що вчиненню умисних вбивств дуже часто передують погрози вбивством. Тому своєчасне реагування органів внутрішніх справ та прокуратури на ці погрози у багатьох випадках могло б відвернути вбивство [9, с. 200]. Але про яке запобігання вчиненню неповнолітніми умисних вбивств може йтися мова, коли за їх вчинення кримінальна відповідальність настає з 14-ти років, а за вчинення погрози вбивством – з 16-ти років. Умисні вбивства, вчинені особами у віці від 14-ти до 16-ти років, фактично залишаються поза сферою запобіжного впливу ст. 129 КК України.

Отож, підлітки у віці від 14-ти до 16-ти років виявляють агресивність не меншою, а часто більшою мірою, ніж особи, які старші 16-ти років. Спеціальні дослідження злочинності неповнолітніх засвідчують, що сьогодні намітилося значне зростання організованості підліткової злочинності. Набули значного поширення стійкі злочинні групи, зокрема змішаного за віком складу, зорієнтовані на вчинення тяжких і особливо тяжких злочинів, використовують зброю і технічні засоби, застосовують прийоми планування і організаційного забезпечення злочинної діяльності [10].

Сьогодні вже можна говорити про процес формування молодіжної злочинної субкультури, що відрізняється стійким кримінальним світоглядом [11, с 132]. Молодь, яку ми розглядаємо як найбільше наше благо, цінність, насправді стає небезпечною для суспільства. Звичайно, усвідомлюючи той факт, що просте зниження віку кримінальної відповідальності саме собою не поліпшить криміногенної обстановки, і вже тим більше не ушляхетнить підлітків, не зробить їх етичнішими. Але такий крок дав би змогу хоч якось частину підлітків тримати під особливим контролем правоохоронних органів. Це дасть можливість розширити сферу профілактичної дії не тільки відносно підлітків, але і на деякі неблагополучні сім'ї.

1. Науково-практичний коментар до Кримінального кодексу України / [П.С. Матишевський, Є.В. Фесенко, С.Д. Шапченко та ін.]; за заг. ред. С.С. Яценка. – [4-те вид., перероб. та доп.]. – К.: А.С.К., 2005. – 848 с. – (Нормативні матеріали та документи).
2. Щукина Г.И. Возрастные особенности школьника: Учеб. пособ. / Г.И. Щукина. – Л., 1955. – 211 с.
3. Овчинников М.А. Угроза убийством или причинением тяжкого вреда здоровью: уголовно-правовой и криминологический анализ: дис.... канд. юрид. наук: 12.00.08 / Михаил Анатольевич Овчинников. – Н. Новгород, 2006. – 218 с.
4. Архів Тельманівського районного суду Донецької області // Кримінальна справа №1–38 за 2008 р.
5. Павлов В.Г. Субъект преступления и уголовная ответственность / В.Г. Павлов. – СПб.: Лань, 2000. – 192 с.
6. Мороз В.Ф. Делінквентність дітей до чотирнадцятирічного віку: (Криминологічні проблеми): автореф. канд. юрид. наук: спец. 12.00.08 “Кримінальне право і криминологія; кримінально-виконавче право” / В.Ф. Мороз. – Харків, 1999. – 19 с.
7. Бурдін В.М. Особливості кримінальної відповідальності неповнолітніх в Україні: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.08 / Володимир Миколайович Бурдін. – Київ, 2002. – 225 с.
8. Овчинников М.А. Угроза убийством или причинением тяжкого вреда здоровью (уголовно-правовой и криминологический анализ): автореф. канд. юрид. наук: спец. 12.00.08 “Уголовное право и криминология; уголовно-исполнительное право” / М.А. Овчинников. – Нижний Новгород, 2006. – 33 с.
9. Анианц М.И. Ответственность за преступления против жизни по действующему законодательству союзных республик / М.И. Анианц. – М.: Юрид. лит., 1964. – 212 с.
10. Бугера О.І. Проблеми використання засобів масової інформації для запобігання злочинів серед неповнолітніх: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.08 / Олена Іванівна Бугера. – К., 2006. – 224 с.
11. Виговський Д.Л. Кримінальна субкультура в механізмі злочинності неповнолітніх: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.08 / Дмитро Леонідович Виговський. – К., 2006. – 207 с.

**LOWERING (REDUCTION) OF THE CRIMINAL
RESPONSIBILITY AGE AS MEANS OF MURDER THREATING
PREVENTION**

V. Shablistyi

*Dnipropetrovsk State University of Internal Affairs
Gagarina Street, 26, UA-49005, Dnipropetrovsk, Ukraine
e-mail: Vo-1_Shablistyi@ukr.net*

The article deals with scientific substantiation of the criminal responsibility age reduction expediency for threat of murder commitment as one of its prevention means.

Key words: subject of crime, age of criminal responsibility, minor, threat of murder.

**СНИЖЕНИЕ ВОЗРАСТА КРИМИНАЛЬНОЙ
ОТВЕТСТВЕННОСТИ КАК СРЕДСТВО ПРЕДОТВРАЩЕНИЯ
УГРОЗ УБИЙСТВОМ**

В. Шаблистый

*Днепропетровский государственный университет внутренних дел
просп. Гагарина, 26, 49005 Днепропетровск, Украина,
e-mail: Vo-1_Shablistyi@ukr.net*

В статье сделана попытка научно обосновать целесообразность снижения возраста криминальной ответственности за совершение угрозы убийством как одного из средств ее предотвращения.

Ключевые слова: субъект преступления, вменяемость, возраст, из которого может наступать криминальная ответственность, несовершеннолетний, угроза убийством.

Стаття надійшла до редколегії 11.12.2009

Прийнята до друку 10.01.2010

КРИМІНАЛЬНИЙ ПРОЦЕС ТА КРИМІНАЛІСТИКА

ОСОБЛИВОСТІ ТАКТИКИ ЗБИРАННЯ ТА ПЕРЕВІРКИ НЕПРЯМИХ ДОКАЗІВ ПРИ ЗДІЙСНЕННІ ОКРЕМИХ СЛІДЧИХ ДІЙ

М. Багрій

*Львівський національний університет імені Івана Франка
вул. Університетська, 1, 79000 Львів, Україна
тел. (0322) 96–47–40*

Досліджено тактичні особливості збирання та перевірки непрямих доказів при допиті свідків, обвинувачених, відтворенні обстановки та обставин події та під час проведенні експертизи; проаналізовано слідчі ситуації, які виникають при цьому; виявлено закономірності застосування тактичних прийомів у разі здійснення останніх з метою найефективнішого використання непрямих доказів при доказуванні у кримінальній справі.

Ключові слова: непрямий доказ, тактичний прийом, слідча ситуація, допит, відтворення обстановки і обставин події, проведення експертизи.

Збирання доказів за допомогою слідчих, судових та інших процесуальних дій є основним із способів одержання доказів та їхніх процесуальних джерел у кримінальному судочинстві. Це пов'язано з тим, що тільки особи, які ведуть кримінальний процес, має право проводити слідчі дії, і, згідно з законом, саме на них покладається обов'язок здійснювати процес доказування та встановлювати істину у кожній кримінальній справі.

Процесуальні засоби та способи, а також процесуальний порядок є єдиними для всіх видів доказів, як прямих, так і непрямих. Проте тактика збирання та перевірки прямих та непрямих доказів істотно відрізняється. Пояснюється це складністю природи непрямих доказів, їх здатністю по-різному тлумачити відповідні факти, неможливістю виявлення всієї кількості непрямих доказів, які наявні у кожній кримінальній справі, а звідси – особливим підходом слідчого до їх формування та перевірки.

Тактичний аспект доказування непрямыми доказами значною мірою відрізняється від процесуального, що зумовлено співвідношенням процесуальної процедури і тактичних прийомів роботи з непрямыми доказами. Процесуальна процедура – це законодавча регламентація порядку, змісту, цілі проведення слідчої дії і відображення її ходу та результатів в процесуальному документі, який відіграє роль джерела доказів. Саме в рамках цієї процесуальної процедури з метою забезпечення повноти, значення та ефективності її результатів і застосовуються тактичні прийоми роботи із доказами, в тому числі непрямыми. Кожній процесуальній процедурі відповідає своя система тактичних прийомів, спеціально розроблених для цієї процедури чи пристосованих до її специфіки та цілей. Ця система утворює тактику слідчої дії. Саме з огляду на тактику проведення окремих слідчих дій і проаналізуємо збирання та перевірку непрямих доказів, – проблеми, що ще не знайшла належного висвітлення у

криміналістичній літературі, не зважаючи на її важливість для практики доказування у кримінальному процесі.

Допит свідків та обвинувачених. Допит є однією з найскладніших та найвідповідальніших слідчих дій. Для концептуальних положень тактики допиту визначальними є: а) процесуальна форма допиту; б) врахування ситуації, в якій проводиться допит; в) характеристика особи допитуваного, у тім числі уявлення про зайняту ним позицію та можливу лінію поведінки на допиті. Процесуальна процедура встановлює стадії допиту та їх зміст. Якщо ситуація носить безконфліктний характер, то метою тактичних прийомів допиту є забезпечення повноти показань, сприяння допитуваному у відтворенні забутих фактів, виявлення допущених ним помилок у разі відтворення сприйнятого у пам'яті чи попередження таких помилок [2, с. 363–364].

Під час розслідування кримінальної справи кожен слідчий зацікавлений знайти очевидців розслідуваної події і допитавши їх, отримати прямі докази у справі. Проте, далеко не в кожній кримінальній справі присутні очевидці, а якщо вони і є, то їхні показання стосовно характеру події та винності обвинуваченого не можуть охопити всі обставини справи і, крім цього, потребують додаткової перевірки. Водночас, шляхом допиту свідків у будь-якій кримінальній справі можуть бути отримані цінні непрямі докази. З допомогою допиту свідків можуть бути встановлені, наприклад, деякі деталі зовнішності злочинця (якщо свідки не можуть впізнати його); побічні деталі ходу події; місцезнаходження обвинуваченого; перебування його на місці вчинення злочину чи неподалік від нього; спосіб життя чи коло знайомств обвинуваченого чи потерпілого; наявність у обвинуваченого зброї чи інших об'єктів та час їхньої появи у нього; відомості, які свідчать про підготовку до вчинення злочину та спроби його приховати; відомості про минуле обвинуваченого, наявність у нього спеціальних навиків; відомості, які заповнюють прогалини у протоколах обшуку, огляду та інших слідчих дій [4, с. 180].

Конкретні завдання допиту свідка визначаються, керуючись обставинами справи вже відомих слідчому і розроблених на їх основі версій, і, звичайно, корегуються в ході допиту. Тут важливим є вміння слідчого застосувати загальні положення теорії непрямих доказів до конкретного випадку для того, щоб, керуючись правильним уявленням про характер непрямих доказів та враховуючи відношення до справи цієї особи, визначити межі обізнаності кожної особи.

Однією з особливостей тактики збирання непрямих доказів є те, що під час цього процесу необхідно враховувати деякі психологічні чинники. Передовсім потрібно зазначити, що відомості про факти, які є прямими доказами, як правило, сприймаються свідками яскравіше і гостріше, а тому й запам'ятовуються міцніше, ніж ті відомості про факти, які можуть стати непрямыми доказами [10, с. 117–119]. Пояснюють це тим, що другорядні факти, які не є складовою частиною злочинної події, не притягують особливої уваги свідка передусім тому, що він не бачить (принаймні, в момент сприйняття) їх зв'язку із злочином і не надає їм належного значення. Іноді свідок, який запам'ятав ці факти, не розповідає про них, вважаючи, що вони не можуть становити інтерес для слідства та суду. Тому деталізація допиту свідка особливо необхідна у справах з використанням непрямих доказів. В ході такого детального допиту свідок може розповісти про факти, які, на його думку, ніяк не пов'язані зі злочином, оскільки такий зв'язок стає очевидним лише у разі співставлення з іншими, невідомими свідку фактами. Ця специфічна риса непрямих доказів повинна враховуватися і в іншому аспекті: свідки, які не

бажають з тих чи інших причин розповідати правду про відомі їм обставини вчинення злочину, нерідко досить охоче розповідають про факти, істинне значення яких їм не відоме через необізнаність про інші, вже встановлені слідчим чи судом обставини справи. Такі відомості про факти і стають потім непрямими доказами. Зазначене положення є особливо важливим, і його варто брати до уваги при допиті свідків, які тією чи іншою мірою зацікавлені у розслідуванні кримінальної справи.

Важливе значення при допиті має вміле використання додаткових запитань з метою забезпечення повноти збирання непрямих доказів. Якщо правильна постановка додаткових запитань є істотною умовою успішності допиту свідків загалом, то особливо великого значення ця умова набуває при збиранні та використанні непрямих доказів. Таке значення має, зокрема, правильна постановка уточнюючих запитань для виявлення та дослідження причин суперечностей у показаннях свідків чи між показаннями та іншими доказами у справі. Факт наявності таких суперечностей має доказове значення, оскільки побічно свідчить про недостовірність наявних доказів. Відмова від уточнення показань свідка з метою з'ясування протиріч у показаннях чи між показаннями та іншими доказами у справі рівнозначна відмові від повного використання можливостей непрямих доказів.

Деякі особливості має тактика допиту недобросовісних свідків. Незалежно від свого суб'єктивного небажання дати правдиві показання, такий свідок досить часто повідомляє цінні відомості, оскільки, він не завжди орієнтується щодо значення відомих йому фактів. Неможливо дати які-небудь стандартні "рецепти" з'ясування неправдивості показань свідків. Загальним правилом є оцінка достовірності повідомлених свідком фактів у співвідношенні останніх з іншими матеріалами справи. Не варто поспішати з висновком про недобросовісність свідка: суперечності у доказових фактах, які містяться у показаннях та інших матеріалах справи, ще не означає, що свідок обманює, він може неумисно переплутати факти, викривити їх. Висновок про достовірність фактів, встановлених показаннями, можна зробити лише після перевірки усіх можливих версій у цій кримінальній справі. З огляду на це, важливо встановити за допомогою наявних та додатково зібраних відомостей (про умови сприйняття, службове положення, відношення до події) мінімальне коло доказових фактів, про які свідок, керуючись нормальним ходом речей, повинен бути обізнаний. Невідповідність між такими відомостями та реальним обсягом показань є своєрідною "негативною обставиною", яка побічно свідчить про їх неправдивість.

Тактика допиту недобросовісних свідків має бути такою, щоб допитуваний був підведений до думки про необхідність розповісти правду не вмовляннями слідчого, а логікою фактів. Саме тут знаходять найбільше застосування уже зібрані у справі непрямі докази. Неправдивим твердженням свідка слід після їх максимальної деталізації поступово протиставляти наявні достовірні дані (докази, отримані з інших джерел), виявляти суперечності в показаннях, вислуховувати, фіксувати та досліджувати "поправки" свідка, знову протиставляти їм наявні дані тощо. Зазначені положення підтверджуються слідчо-судовою практикою. Зокрема, в одній із справ про обвинувачення П. у вчиненні крадіжки зі швейної фабрики, слідчий виявив у П. шмат тканини чорного кольору із тонкими світлими смужками. У товариша П., громадянина К., який працював кравцем, було виявлено відріз із такої ж тканини, з якої і був пошитий костюм П. Під час допиту як свідка К. пояснив, що цю тканину він придбав на ринку. Слідчий, не повідомляючи К. про здійснення обшуку у квартирі П., зафіксував детальні показання К. з цього

питання. Зокрема, К. повідомив, що цей шмат вирізав сам, а потім викинув його. Згодом свідкові був пред'явлений шмат, знайдений у П., і продемонстровано, що він вирізаний із вилученого у П. відрізу (за розмірами, формою, матеріалом). Допитуваний визнав факт давання завідомо неправдивих показань і повідомив, що відріз він придбав у П. Отже, встановлення порівняно віддаленого, опосередкованого стосовно предмета доказування походження шматка тканини від конкретного відрізу дало змогу слідчому довести під час допиту факт неправдивості показань П. і отримати нові непрямі докази, які викривали П. у вчиненні крадіжки [1].

Наведене вище має значення і для визначення тактики допиту обвинуваченого. Показання обвинуваченого є важливим джерелом не лише прямих, але й непрямих доказів, як у випадку, коли обвинувачений визнає себе винним і дає детальні показання по суті обвинувачення, так і тоді, коли він повністю заперечує свою вину [10, с. 126–130]. В останньому випадку обвинувачений зазвичай погоджуючись з окремими фактами, заперечує наявність зв'язку між цими фактами та злочином; його показання містять виправдовувальні непрямі докази. Також навіть при запереченні своєї вини, обвинувачений нерідко поза своєю волею повідомляє відомості, які можуть бути обвинувальними непрямыми доказами.

Основним способом збирання та використання непрямих доказів при допиті обвинуваченого, який визнає себе винним, є більша деталізація його показань щодо мотиву вчинення діяння, його підготовку, засоби та інші обставини вчинення злочину, дії, спрямовані на приховування злочину, його співучасників тощо. Інакше кажучи, потрібно шляхом послідовної постановки відповідних запитань простежити крок за кроком всю діяльність обвинуваченого в період, який передував події злочину, під час самої події та після неї. Так будуть отримані суттєві уточнюючі та доповнюючі вільну розповідь показання про побічні окремі факти, перевірка яких дасть підстави стверджувати про правдивість зізнання.

Перевіряючи за допомогою непрямих доказів зізнання обвинуваченого, слідчий передусім зіставляє деталі, повідомлені обвинуваченим в ході вільної розповіді, з наявними у справі доказами. З такою ж метою він ставить перед обвинуваченим запитання про деталі події та інші обставини вчинення злочину, які він не повідомив в ході вільної розповіді і які вже встановлені наявними у справі непрямыми доказами. Об'єктивний збіг відповідей на ці запитання з наявними даними свідчатиме про детальну обізнаність обвинуваченого з обставинами справи, тобто побічно вказувати на його причетність до події і тим самим підтверджувати правдивість показання. Водночас, збирання та використання непрямих доказів під час допиту обвинуваченого, який зізнався у вчиненні злочину, шляхом деталізації показань не обмежується з'ясуванням, чи збігаються ці показання з наявними доказами. Постановка перед обвинуваченим питань про деталі того, що, де, коли він робив у зв'язку з вчиненням злочину, допомагає виявити ще не відомі можливості збирання непрямих доказів з інших джерел. Непрямі докази, зібрані в ході таких додаткових слідчих дій, знову ж таки зіставляються з показаннями обвинуваченого, допомагаючи перевірити та уточнити їх.

Особливе значення має використання показань обвинуваченого для отримання нових непрямих доказів з інших джерел у справах, де обвинувачений заявляє про свою винуватість з самого початку розслідування (наприклад, у разі явки з

повинною (ст. 96 КПК України), з'явленні із зізнанням (п. 1 ч. 1 ст. 66 КК України) тощо), коли інші докази майже відсутні, а також у справах, які розслідуються після значного періоду з часу вчинення злочину.

Основним тактичним прийомом для оперування непрямыми доказами при допиті обвинуваченого, який не визнає своєї вини, є послідовна постановка запитань про окремі обставини справи, вже встановлені наявними доказами, відповіді на які повинні поступово подати відповідь на основне питання, яке цікавить слідчого. До постановки нового запитання слідчий фіксує відповідь обвинуваченого на попереднє запитання, порівнює його з попередніми даними, а якщо це необхідно, то проводить додаткові слідчі дії з метою перевірки пояснень обвинуваченого. Якщо обвинувачений виклав відповідні обставини правильно, то об'єктивний збіг змісту показань та доказів, які ще не були відомі обвинуваченому, свідчитиме про правдивість показань у цій частині. Якщо ж наявні інші безспірні докази, які свідчать про неправдивість відповіді, слідчий, пред'явивши їх обвинуваченому, ставить його перед необхідністю дати правдиві показання стосовно відповідної обставини і в той же час спонукати його взагалі відмовитись від давання неправдивих відомостей. унаслідок постановки перед обвинуваченим, який дає неправдиві показання, системи запитань про окремі обставини справи і послідовного пред'явлення наявних доказів, неправдиві показання такого обвинуваченого виявляються крок за кроком. В підсумку ж слідчий доходить висновку, що обвинувачений або розповідає правду, або всі його твердження необхідно ретельно перевіряти.

Отож, отримання в результаті допиту обвинуваченого правдивих показань головно залежить від того, чи в ході розслідування було зібрано необхідний мінімум непрямих доказів, якими можна оперувати в ході допиту, і від того, наскільки правильно використовуються ці докази.

Відтворення обстановки і обставин події. Відтворення обстановки і обставин події є за своєю суттю комплексною слідчою дією, яка поєднує в собі: слідчий експеримент та перевірку показань на місці.

Слідчий експеримент – це слідча дія, яка полягає в проведенні спеціальних дослідів з метою перевірки зібраних доказів, отримання нових доказів, перевірки і оцінки слідчих версій про можливість існування тих чи інших фактів, які мають значення для розслідування кримінальної справи [11, с. 205]. Слідчий експеримент як окрема слідча дія у КПК України не виділений, проте він регламентований у рамках відтворення обстановки і обставин події. Не вдаючись до дискусії стосовно того, чи є він самостійною слідчою дією, чи ні, зазначимо, що його проведення створює додаткові можливості для збирання непрямих доказів та їх перевірки.

Теоретичну основу слідчого експерименту становить застосування двох загальнонаукових методів пізнання: експериментального та методу моделювання, а логічну – аналогія. Експеримент є більш ефективним методом пізнання, ніж, наприклад, спостереження, без якого також не можна обійтися у разі здійснення цієї слідчої дії. Слідчий експеримент як одна із процесуальних форм застосування в кримінальному судочинстві експериментального методу пізнання є науково обґрунтованим досвідом, який застосовується з метою збирання, дослідження та використання доказів. Це означає, по-перше, що хоча слідчий експеримент і не можна ототожнювати з науковим експериментом, проте в його основу покладені наукові дані, положення криміналістики і тих наук, які нею використовуються. Наукова обґрунтованість слідчого експеримента означає, по-друге, що

необхідність його проведення впливає із самої суті досудового розслідування як процесу пізнання істини, із ролі практики, експерименту в цьому процесі. По-третє, наукова обґрунтованість цієї слідчої дії полягає в тому, що умови і засоби його проведення напрацьовані унаслідок наукового узагальнення слідчої практики, з врахуванням принципів застосування таких методів пізнання, як експеримент, моделювання і аналогія [2, с. 370].

Через свій характер (відтворення окремих обставин події, відслідковування відповідності визначеної версії фактичній обстановці) слідчий експеримент, як і огляд, є способом отримання непрямих доказів, і його результати можуть бути використані лише разом з іншими доказами.

Тактика проведення слідчого експерименту повинна бути направлена на: а) максимально точне відтворення умов досліджуваної події; б) забезпечення такої організації дослідів, за якої унеможлиблювалося надання доказового значення випадковим обставинам, які б викривлювали справжню картину злочину; в) забезпечення повноти та об'єктивності результатів експерименту для того, щоб попередити спроби вкласти їх в наперед намічену схему [4, с. 125]. З огляду на це особливого значення набуває збирання відомостей про умови і деталі обстановки, події вчинення злочину, обставини якої підлягають відтворенню (для того, щоб забезпечити проведення експерименту в аналогічних умовах). Наприклад, при перевірці можливості спостерігати хід події з визначеного місця, місце події потрібно відтворювати не тільки зі слів особи, чий показання відтворюються, але і шляхом вивчення протоколу огляду, показань інших осіб тощо. Для того, щоб недопустити вплив різних випадковостей на результати дослідів особливе значення має правило про багаторазове повторення дослідів та варіація умов їх проведення. Недотримання цієї умови може спричинити появу у справі недостовірних непрямих доказів.

Перевірка можливості сприймання певних явищ проводиться для з'ясування достовірності прямих і непрямих доказів (показань очевидців та учасників подій), а також для перевірки слідчих версій про хід події. Докази, отримані таким шляхом, побічно підтверджують достовірність доказів (та заснованих на них версій) чи свідчать на їх недостовірність і, відповідно, схиляють слідчого до пошуку інших доказів, які підтверджують даний факт, чи до відмови його використання у справі. Встановлення можливості бачити або чути те, що відбувалось насправді, допомагає виявити в низці випадків нові непрямі докази про невиявлені до того обставини справи.

Перевірка можливості вчинення певних дій за конкретних умов (щодо часу, обстановки) також сприяє повноті перевірки наявних версій та висунення нових. Така перевірка має особливе значення у встановленні алібі, а також у справах про розкрадання, нещасних випадках на виробництві, аваріях на транспорті.

Слідчий експеримент, направлений на встановлення характеру та послідовності окремих дій, які складають досліджувану подію, дає змогу отримати непрямі докази, які уточнюють хід цієї події, а відповідно, і роль окремих учасників.

Шляхом слідчого експерименту можуть бути отримані непрямі докази, які свідчать про належність визначеної речі конкретній особі, чи навпаки, про те, що ця річ їй не належала. Необхідність проведення таких слідчих експериментів виникає, наприклад, у справах про давання хабара, якщо необхідно перевірити приналежність предмета хабара; у справах, коли на місці вчинення злочину виявлені речі, які, можливо, були залишені злочинцем тощо.

Результати слідчого експерименту можуть визначати наявність у обвинуваченого спеціальних навиків, які побічно свідчитимуть про вчинення ним відповідних дій. Зокрема, повністю виправданим є слідчий експеримент, метою якого є перевірка показань обвинуваченого у справах про підробку документів, в ході якого обвинувачений на прохання слідчого відтворює “техніку” підробки.

Проведення експертизи. Шляхом проведення експертизи можуть бути отримані і прямі і непрямі докази. Проте, як правило, за результатами її проведення отримуються непрямі докази. Це пояснюється тим, що в більшості випадків об’єктом експертизи є окремі предмети, ті чи інші властивості, які необхідно встановити, пояснити, порівняти з іншими. Зрозуміло, що в такому випадку, можна частіше з’ясувати окремі обставини справи, які набувають свого значення лише у взаємному зв’язку з іншими фактами. Так, висновок експерта про те, що куля, яка вилучена із трупа потерпілого, випущена із пістолета, котрий вилучений в обвинуваченого, не доводить прямо його винуватості. Цей пістолет міг бути отриманий обвинуваченим після вчинення розслідуваного діяння, міг бути переданий злочинцеві на певний час, чи взятий ним без відома власника цієї зброї. Це є обвинувальний непрямий доказ. І, навпаки, той факт, що ця куля була випущена не із досліджуваного пістолета, не встановлює невинуватість його власника: він міг стріляти з іншого пістолета, міг бути співучасником вчинення злочину. І в цьому випадку висновок експерта буде лише непрямым доказом (виправдувальним).

Призначивши експертизу для дослідження певних обставин справи, слідчий і суд повинні передусім оцінити висновок експерта з погляду існуючої класифікації доказів для того, щоб використати правила використання прямих чи непрямих доказів, не допустити помилки – оперування непрямыми доказами без урахування їх специфіки.

У кожному конкретному випадку необхідно досліджувати не лише достовірність, але, спираючись на конкретні обставини, – і значення у справі висновку експерта, зокрема встановити, чи є ті відомості, які в ньому містяться, прямим чи непрямым доказом. С.М. Потапов вважає, що “висновок про тотожність є рівним за своїм значенням прямому доказу. Висновок про можливість чи ймовірність рівний непрямому доказу...” [8, с. 126]. Проте, як видається, така думка вченого є не зовсім слушною. Точка зору С.М. Потапова побудована на основі змішування питання про достовірність висновків експерта та їх відношення до предмета доказування. Так, керуючись процитованим, слід вважати прямим доказом відомості, які містяться у висновку балістичної експертизи про тотожність пістолета, з якого було вчинено постріл, та пістолета, вилученого в обвинуваченого. Як було зазначено вище, виявлення в обвинуваченого пістолета, з якого стріляв злочинець, не є безумовним доказом його винуватості. Крім того, у зазначеній точці зору проф. С.М. Потапова є ще одне “слабке” місце. Так, поняття прямого доказу пов’язується з достовірністю, а непрямого доказу – з ймовірністю висновку експерта. Водночас, передумовою використання у кримінальному судочинстві і прямого, і непрямого доказів є встановлення їх достовірності. Із непрямого доказу, взятого окремо від інших, доходимо лише до умовного висновку про його зв’язок з предметом доказування, проте зміст цього непрямого доказу повинен бути достовірним.

Щодо питання про допустимість використання ймовірного висновку експерта як джерела доказів, то з цього приводу досить довго тривали дискусії у

процесуальній та криміналістичній літературі. Не закінчилися вони і на сьогодні. Так, М.А. Чельцов та Н.В. Чельцова вважають, що “питання про те, чи може експерт давати ймовірні висновки є спірним. Ми вважаємо, що не можна вимагати від спеціаліста, щоб він надавав своєму висновку характер достовірного у тих випадках, коли у нього немає для цього достатніх даних” [9, с. 195].

Право експерта надавати слідству та суду ймовірні висновки обстоюються в низці дисертаційних робіт [5; 7]. Проте, поряд із зазначеними працями існують такі, в яких рішуче відхиляється можливість надання експертами ймовірних висновків [6]. Варто погодитися з твердженнями М.А. Чельцова та Н.В. Чельцової про те, що коли немає підстав для достовірного вирішення питань, поставлених експерту, не можна вимагати, щоб висновок експерта носив достовірний характер. Неправильно було б орієнтувати експертів на те, щоб вони давали категоричні висновки замість ймовірних, якщо для перших немає підстав. При цьому не можна не враховувати, що допустимість ймовірних висновків може потягти за собою необґрунтовані висновки експертів, які не допоможуть органам розслідування та суду у здійсненні їх завдань, а навпаки – сприятимуть серйозним помилкам в їхній роботі.

І деякі прихильники ймовірних висновків, і їхні противники погоджуються в одному, що висновки експертів не можуть ґрунтуватися на основі припущень. А.І. Вінберг, який висловлювався за допустимість ймовірних висновків, проте зазначає про досить обережний підхід до їх оцінки. Він писав: “В окремих випадках експерт не може виявити істину. Тоді він обмежується констатацією лише відомого ступеня ймовірності, тобто припущеннями... Ймовірність у висновку експерта, незалежно від її ступеня, завжди є лише припущенням... Вищий ступінь переконання складає достовірність. В основі ж ймовірності лежить лише припущення, здогадка” [3, с. 59–60].

Прихильники ймовірних висновків зазначають, що із суми ймовірностей у кримінальній справі складається достовірність. Не погоджуючись з таким твердженням, зазначимо, що не можна підмінювати ймовірний висновок експерта достовірністю відомостей, викладених у ньому. Ймовірність експертного висновку – це не достовірність. При оперуванні іншими видами доказів слідчий та суддя за умови недостовірності того чи іншого джерела фактів шукають інші джерела, за допомогою яких можна встановити ті ж факти. Як видається, аналогічно вони повинні вчинити і в цьому випадку. В кінцевому підсумку ймовірний висновок експерта, якщо він не відхилений, а прийнятий, тягне за собою не достовірність, а ймовірність тих фактів, які суд визнав встановленими. Наслідком цього є винесення судом вироків, які базуються на припущеннях.

Отож, з огляду на вищенаведене, видається правильною та думка, згідно якою, якщо експерт визначив які-небудь факти, які, однак, не дають підстав для категоричного вирішення поставлених перед ним питань, що мають, на його думку, значення для слідства та суду, то він може довести ці факти до відома слідства та суду, одночасно повідомивши їх про неможливість дати висновок. Органи слідства та суд повинні перевірити таке повідомлення за допомогою інших джерел доказів. Такої ж думки дотримувався і М.П. Шаламов [10, с.162–167].

Тому ймовірний висновок експерта не є джерелом доказів у кримінальному судочинстві, але окремі відомості, викладені у ньому, можуть мати значення непрямих доказів за умови встановлення їх достовірності, та якщо вони

узгоджуються з іншими непрямыми доказами у справі, заповнюючи прогалини у відтворенні останніми обставин предмета доказування.

Отже, проаналізувавши тактику збирання та перевірки непрямих доказів, ми зупинились лише на окремих слідчих діях як способах їх збирання. Звичайно, непрямі докази отримуються і при здійсненні інших слідчих дій, і не тільки їх. Проте для нашого дослідження були вибрані слідчі дії, під час проведення яких отримується основний масив непрямих доказів. Вони різні за своєю природою і тактикою проведення, проте є ефективним способом збирання непрямих доказів, їхньої перевірки з метою найоптимальнішого використання останніх при розслідуванні у кримінальній справі та винесенні у ній законного, обґрунтованого і справедливого вироку.

1. Архів Бориславського міського суду Львівської області. – Справа № 1–58/08
2. Белкин А. Р. Теория доказывания. – М.: НОРМА, 1999. – 429 с.
3. Винберг А. И. Основные принципы советской криминалистической экспертизы. – М., 1949. – 138 с.
4. Винберг А. И., Миньковский Г. М., Рахунов Р. Д. Косвенные доказательства в советском уголовном процессе. – М.: Юрид. лит., 1956. – 219 с.
5. Джангельдан Н. А. Криминалистическая экспертиза на предварительном следствии: дис.... кандидата юрид. наук: 12.00.09 / Джангельдан Николай Алексеевич. – М., 1955. – 186 с.
6. Зотов Б. Л. Производство и оценка достоверности криминалистической экспертизы на предварительном следствии: дис. ... кандидата юрид. наук: 12.00.09 / Зотов Богдан Леонидович. – М., 1953. – 173 с.
7. Колдин В. Я. Основные вопросы теории и практики идентификации в советской криминалистике: дис. ... кандидата юрид. наук: 12.00.09 / Колдин Валентин Яковлевич. – М., 1951. – 168 с.
8. Потапов С. М. Судебная фотография. Издательство АН СССР, 1936. – 135 с.
9. Чельцов М. А., Чельцова Н. В. Проведение экспертизы в советском уголовном процессе. – М., 1954. – 224 с.
10. Шаламов М. П. Теория улик. – М., Госюриздат, 1960. – 183 с.
11. Шепітько В. Ю. Криміналістика. Енциклопедичний словник. – Х.: Право, 2001. – 554 с.

TACTICS PECULIARITIES OF INDIRECT EVIDENCE COLLECTION AND VERIFICATION IN THE COURSE OF CERTAIN INVESTIGATIVE ACTIONS COMMITMENT

M. Bagriy

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

Tactics peculiarities of indirect evidence collection and verification while questioning witnesses, defendants, reconstitution of the situation and the events, and while expertise providing are highlighted. Investigative situations in the course of investigative actions commitment are analyzed. Rules of tactical measures application with the aim of the most effective usage of indirect evidence for proving are singled out.

Key words: indirect evidence, tactical measure, investigative situation, questioning, reconstitution of the situation and event circumstances, expertise providing.

**ОСОБЕННОСТИ ТАКТИКИ СБОРА И ПРОВЕРКИ
НЕПРЯМИХ ДОКАЗАТЕЛЬСТВ ПРИ ОСУЩЕСТВЛЕНИИ
ОТДЕЛЬНЫХ СЛЕДСТВЕННЫХ ДЕЙСТВИЙ**

М. Багрий

*Львовский национальный университет имени Ивана Франка
ул. Университетская, 1, 79000 Львов, Украина
тел. (0322) 96-47-40*

Исследовано тактические особенности сбора и проверки не прямых доказательств при допите свидетелей, обвиняемых, воссоздании обстановки и обстоятельств события и под время проведении экспертизы; проанализированы следственные ситуации, которые возникают при этом; обнаружены закономерности применения тактических приемов в случае осуществления последних с целью самого эффективного использования не прямых доказательств при досказывании по уголовному делу.

Ключевые слова: не прямое доказательство, тактический прием, следственная ситуация, допрос, воссоздание обстановки и обстоятельств события, проведения экспертизы.

Стаття прийнята до редколегії 25.12.2009

Прийнята до друку 10.01.2010

ПРОБЛЕМИ УЧАСТІ СТОРІН В АПЕЛЯЦІЙНОМУ ТА КАСАЦІЙНОМУ РОЗГЛЯДІ КРИМІНАЛЬНОЇ СПРАВИ

Н. Бобечко

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

Розглянуто один з інститутів судово-перевірочних стадій кримінального процесу, який є важливою процесуальною гарантією як правосуддя, так і прав та законних інтересів особи – участі сторін у апеляційному та касаційному розгляді кримінальної справи. Керуючись аналізом відповідних норм чинного Кримінально-процесуального кодексу України, кримінально-процесуального законодавства зарубіжних держав, а також позицій науковців, автор подає своє бачення питань, що є предметом дослідження, висуває пропозиції щодо вдосконалення кримінально-процесуального закону.

Ключові слова: апеляційне провадження, касаційне провадження, сторони, відеоконференцз'язок.

Як відомо, лише з ініціативи сторін може розпочатися діяльність суду вищої інстанції щодо перевірки судових рішень. Тому їхня участь у наступній частині апеляційного та касаційного провадження – розгляді кримінальних справ за апеляціями, касаційними скаргами і поданнями – зумовлена раніше здійснюваною ними процесуальною діяльністю.

Такий підхід пояснюється тим, що права на ініціювання перегляду судових рішень у апеляційному та касаційному порядку та пов'язаних з ним положень, що регламентують оскарження судових рішень, є недостатньо для дієвого захисту власних чи представлених інтересів у вищестоящому суді. Необхідна ще й особиста участь особи в засіданні вищої судової інстанції, де вона зможе навести додаткові аргументи на підтримання своєї позиції, спростувати або підтримати докази іншого учасника процесу, за допомогою законних засобів контролювати хід судового процесу, безпосередньо одержувати інформацію про його перебіг, та бути, у такий спосіб, у курсі усіх рішень та дій, що приймаються і здійснюються апеляційним чи касаційним судом.

Однак було б помилкою розглядати питання про участь сторін у апеляційному та касаційному розгляді тільки в аспекті захисту ними своїх чи представлених прав і законних інтересів.

Їхня безпосередня участь допомагає вищестоящому суду глибше вникнути у суть справи, правильно визначити напрям контрольної діяльності, усуває формальний підхід до вирішення справи, що, безперечно, сприяє прийняттю ним законного, обґрунтованого та справедливого рішення.

Тож, на нашу думку, участь сторін у розгляді кримінальної справи судом апеляційної та касаційної інстанції слід розглядати і як гарантію захисту їхніх прав та законних інтересів, і як гарантію правосуддя.

З огляду на це, важливе значення має позиція законодавця з даного питання.

Відповідно до частини 4 ст. 354 КПК України, якщо в апеляції ставиться питання про погіршення становища засудженого чи виправданого, суд першої інстанції одночасно викликає до суду апеляційної інстанції цих осіб, їх законних представників, а також захисників, якщо їхня участь у справі відповідно до вимог ст. 45 КПК України є обов'язковою.

У наведеному положенні, як на нас, невдало вжито слово “викликає”. Стосовно засудженого чи виправданого, участь якого при апеляційному розгляді визнана обов’язковою, а також його законного представника, використання цього слова не викликає істотних зауважень. Однак його вживання щодо захисника засудженого чи виправданого видається недоречним.

У силу здійснюваної захисником кримінально-процесуальної функції та враховуючи його процесуальний статус, цього учасника процесу потрібно обов’язково повідомляти про час та місце апеляційного розгляду, а не викликати. Принагідно зазначимо, що частина 2 ст. 48 КПК України встановлює, що захисник зобов’язаний з’являтися для участі у виконанні процесуальних дій, в яких його участь є обов’язковою. У разі неможливості з’явитися у призначений строк, захисник зобов’язаний заздалегідь повідомити про це та про причини неможливості явки дізнавачеві, слідчому, прокуророві, суду.

Не може бути прийнятною, на наш погляд, і позиція законодавця щодо обмеження участі захисника в суді апеляційної інстанції лише підставами, передбаченими ст. 45 КПК України. Видається, що захисник повинен обов’язково брати участь в апеляційній перевірці судових рішень не лише у випадках, зазначених у частині 1 ст. 45 КПК України, а взагалі у всіх випадках, коли в апеляції ставиться питання про погіршення становища його підзахисного.

Наступне положення, в якому регламентоване питання участі сторін в апеляційному розгляді, закріплене у частині 2 ст. 358 КПК України. У ньому, порівняно з частиною 4 ст. 354 КПК України, розширені випадки обов’язкової участі в апеляційному розгляді суб’єктів кримінального процесу на стороні захисту – якщо суд апеляційної інстанції визнає необхідним провести судове слідство, а також коли засуджений, який утримується під вартою, заявив клопотання про бажання брати участь в апеляційній перевірці судового рішення.

Проте й такий законодавчий поступ не виводить питання участі сторін в апеляційному розгляді на прийнятний для захисту їх прав та законних інтересів рівень.

Так, у розглянутих нормах, немає згадки про потерпілого. Такий підхід суперечить принципу змагальності на цій стадії кримінального процесу. Крім того, у випадках, вказаних в законі (частини 2, 5 ст. 378 КПК України), апеляційна інстанція має право погіршити становище підсудного лише за умови, що в апеляції прокурора, *потерпілого чи його представника* (Н.Б. – курсив мій) ставилось питання про скасування вироку чи постанови суду першої інстанції з відповідних мотивів.

Водночас із змісту частини 7 ст. 362 КПК України доходимо висновку, що розгляд справи в суді апеляційної інстанції проводиться з обов’язковою участю прокурора. А неявка учасників процесу на засідання суду апеляційної інстанції не є перешкодою для розгляду справи, якщо інше не передбачено законом або рішенням апеляційного суду (ч. 3 ст. 362 КПК України).

Звідси видається очевидним, що закріплення обов’язкової участі потерпілого чи його представника при апеляційній перевірці судових рішень не є якимось надуманим привілеєм, а законодавчою необхідністю.

На жаль, жодних позитивних зрушень у вдосконаленні регламентації питання участі сторін в апеляційному розгляді, не здійснено ні у проекті КПК України,

підготовленого Національною комісією зі зміцнення демократії та утвердження верховенства права, ні у проєкті КПК України, внесеному народними депутатами України.

Натомість значно прийнятніше для захисту прав та законних інтересів підсудного врегульоване питання його участі в апеляційному розгляді у КПК Республіки Вірменія, КПК Республіки Молдова, КПК Республіки Польща та у КПК Російської Федерації.

Так, згідно з art. 451 КПК Республіки Польща суд вищої інстанції вимагає участі в судовому засіданні обвинуваченого, якого позбавлено волі, крім випадків, коли визнає достатнім присутність захисника [1]. Частина 4 ст. 412 КПК Республіки Молдова передбачає, що апеляційна скарга розглядається у присутності підсудного, якщо він знаходиться під вартою, крім випадку, коли він відмовляється постати перед судом та його відмова підтверджується також його захисником [2, с. 177]. Відповідно до частини 3 ст. 364 КПК Російської Федерації у засіданні суду апеляційної інстанції участь підсудного чи засудженого, який подав скаргу або на захист інтересів якого подані скарга чи подання, є обов'язковою, за винятком випадків, коли підсудний заявив клопотання про розгляд кримінальної справи за його відсутності чи знаходиться за межами території Російської Федерації та (або) ухиляється від явки до суду [3, с. 149–150]. Згідно з ч. 3 ст. 390 КПК Республіки Вірменія в засіданні суду апеляційної інстанції обов'язковою є участь підсудного, який подав апеляційний протест, або на захист інтересів якого подали протест його захисник чи законний представник [4].

У своїй практиці Європейський суд з прав людини з аналізованого питання виробив таку формулу: “ніхто не може бути визнаний винним, не будучи вислуханим”. Це означає, що особа, засуджена судом першої інстанції, яка має намір відстоювати свою невинуватість, повинна одержати можливість особистої участі в процедурі розгляду справи судом другої інстанції [5 с. 59]. Водночас варто зазначити, що згідно з позицією Європейського суду з прав людини у випадку, коли апеляційна інстанція займається перевіркою винятково правових аспектів справи, участь підсудного в апеляційному розгляді не є необхідною. Проте ситуація змінюється, коли апеляційна інстанція розглядатиме також фактичні обставини справи. На наш погляд, таке правило є досить спірним і здатне породити заочне апеляційне провадження, що суперечить специфіці контрольної спрямованості даної форми перевірки судових рішень – виправлення судових помилок як з погляду права, так і факту.

Так само згідно з рішеннями Європейського суду з прав людини: під час розгляду справи судом касаційної інстанції особиста участь засудженого не вимагається. Поряд з цим, наскільки дозволяється зігнорувати з права засудженого на участь у касаційному розгляді, настільки стандарт Європейського суду з прав людини зобов'язує ретельно дотримуватися принципу рівності прав сторін на цьому етапі кримінально-процесуальної діяльності. У багатьох своїх рішеннях страсбурзький суд вказував, що у касаційному провадженні прокурора належить трактувати як процесуального опонента засудженого [6, с. 18]. У такому підході простежується явна суперечність, оскільки участь засудженого у касаційному розгляді є умовою забезпечення рівності прав сторін на стадії касаційного провадження.

Частиною 2 ст. 360 КПК України на апеляційний суд покладається обов'язок не пізніше, як за три дні до визначеної дати апеляційного розгляду оповістити про

його час та місце зацікавлених осіб шляхом розміщення повідомлення на дошці оголошень суду. Видається, що встановлений триденний строк не забезпечує захисту прав та законних інтересів учасників процесу, оскільки є недостатнім для підготовки до участі в апеляційному розгляді та явки в апеляційний суд. Оптимальним, на нашу думку, буде семиденний строк.

У частині 4 ст. 360 КПК України визначені випадки перенесення (відкладення) апеляційного розгляду – коли при попередньому або апеляційному розгляді апеляційний суд визнав необхідним провести судове слідство, витребувати додаткові докази, викликати в судові засідання певних осіб, зробити доручення суду першої інстанції, а також у разі особливої складності справи.

У судовій практиці апеляційний розгляд переноситься з поважних для учасника процесу причин за його клопотанням, а також з ініціативи апеляційного суду у разі великого обсягу справи, хвороби судді-доповідача, неправильного визначення судом першої інстанції дати апеляційного розгляду, у зв'язку з чим справа надійшла в апеляційну інстанцію із запізненням, а також за наявності інших виняткових обставин, але не більше як на 30 діб. Про перенесення апеляційного розгляду суд апеляційної інстанції повинен повідомити учасників процесу.

КПК України також містить низку норм, які встановлюють порядок повідомлення та участі сторін у касаційному розгляді кримінальної справи.

Зокрема, у законі (чч. 1, 2 ст. 394 КПК України) закріплене чітке правило щодо інформування зацікавлених осіб про майбутній касаційний розгляд – вони повинні бути обов'язково повідомлені про його час та місце.

Утім, відповідно до частини 1 ст. 391 та частини 3 ст. 394 КПК України касаційний розгляд справи відбувається за участю прокурора. Звідси робимо висновок, що у разі неявки прокурора розгляд справи має бути відкладено. Участь прокурора у засіданні касаційного суду у справах публічного, приватно-публічного та публічно-приватного обвинувачення є обов'язковою.

Керуючись змістом частини 1 ст. 391 КПК України, в засіданні касаційного суду, крім прокурора, можуть брати участь й усі інші особи, які відповідно до ст. 384 КПК України мають право на касаційне оскарження. Тобто закон не передбачає обов'язкового виклику сторін, але коли засуджений, виправданий, особа, щодо якої справу закрито, їх захисник чи законний представник, а також будь-які інші особи, інтересів яких стосується оскаржене судові рішення, з'являться до судового засідання, касаційний суд за жодних умов не має право заборонити або перешкодити їм взяти участь у касаційному розгляді.

Водночас, у тій же частині 1 ст. 391 КПК України закріплене й інше не менш важливе положення, відповідно до якого у разі потреби суд має право запросити цих учасників процесу для давання пояснень. Цією нормою зводяться нанівець усі благородні наміри щодо утвердження в Україні кримінального судочинства охоронного типу, реалізації принципу змагальності на судово-перевірочних стадіях кримінального процесу. Така норма є яскравим прикладом і того, що протягом 18 років існування Української держави, законодавцеві так і не вдалося (або не хотілося) “зламати” стереотипи радянської командно-адміністративної системи, якій притаманний кримінальний процес репресивного характеру.

Положення частини 1 ст. 391 КПК України як таке, що дає змогу касаційному суду розглядати справу без участі засудженого, виправданого, особи, щодо якої справу закрито, їх захисників і законних представників, потерпілого, цивільного

позивача, цивільного відповідача та їхніх представників, без надання реальної можливості в судовому засіданні викласти свою позицію щодо аргументів касаційної скарги чи подання, правосудності оспореного судового рішення, є порушенням прав та законних інтересів названих учасників кримінального судочинства. Більше того, ця норма суперечить принципу рівності прав сторін у кримінальному процесі (ч. 2 ст. 16¹ КПК України), який декларує, що у кожному випадку обов'язкової участі в судовому засіданні прокурора, обов'язковою повинна бути участь і засудженого (виправданого, особи, щодо якої справу закрито), чи, принаймні, його захисника.

З наведеного положення частини 1 ст. 391 КПК України можна зробити низку узагальнень.

Перше. Метою участі вказаних учасників процесу в касаційному розгляді є давання пояснень. У такий спосіб на законодавчому рівні (ч. 1 і 2 ст. 391 КПК України) вони позбавляються права в ході судового засідання подавати нові (додаткові) матеріали, заявляти клопотання, відводи, ставити запитання судді-доповідачеві тощо. Однак здійснення цих процесуальних дій є не метою, а лише засобом для її досягнення в засіданні касаційного суду. Справжньою ж метою участі в касаційному розгляді таких учасників процесу є захист своїх або представлених прав та законних інтересів.

Друге. Наведена норма частини 1 ст. 391 КПК України встановлена в інтересах двох суб'єктів кримінально-процесуальної діяльності – касаційного суду та відповідного прокурора. Це впливає із формулювання, згідно з яким касаційний суд має право запросити учасників процесу **у разі необхідності** (виділив автор. – Н.Б.). Звідси доходимо висновку, що учасники процесу можуть брати участь в судовому засіданні тільки тоді, коли це необхідно самому суду, тобто вищестоящий суд розпоряджається їхнім суб'єктивним правом на свій розсуд. А оскільки для касаційного суду в цьому рідко, як свідчить практика, з'являється потреба, то справді зацікавлені учасники процесу фактично позбавлені можливості здійснювати захист своїх або представлених прав та законних інтересів на стадії касаційного провадження.

Крім того, клопотання засудженого, який утримується під вартою, про виклик його для давання пояснень під час перевірки судових рішень, що набули законної сили, не є обов'язковим для касаційного суду. Позбавлення засудженого, який перебуває під вартою, можливості безпосередньо брати участь у касаційному розгляді, особисто давати пояснення, викладати свої докази та міркування, оспорювати правосудність судового рішення, наполягати на його зміні чи скасуванні, слід розцінювати не інакше, як порушення його права на захист. Як слушно зазначав М.С. Строгович, немає жодних підстав встановлювати які-небудь відмінності у вирішенні цього питання для засуджених, які знаходяться на волі та для засуджених, що тримаються під вартою, навіть, беручи до уваги те, що саме для останніх можливість виступити в судовому засіданні є важливішою [7, с. 169–170]. Цей погляд поділяє і Т. Шинельова, вказуючи на те, що “позбавлення засудженого можливості особисто брати участь в засіданні касаційної інстанції та особисто давати їй свої пояснення, безперечно, є обмеженням права на захист. Адже саме для засудженого, який тримається під вартою, особливо важливо одержати можливість дати особисті пояснення касаційній інстанції, перед тим, як вона вирішить його долю” [8, с. 12].

Зазнало обмежень і право засудженого, який утримується під вартою, брати участь у касаційній перевірці судових рішень, що не набули законної сили.

Відповідно до частини 1 ст. 391 КПК України (в редакції закону від 12 січня 2006 р.) клопотання такого засудженого про його бажання взяти участь у касаційному розгляді є обов'язковим лише за умови, що воно подане в межах строку на касаційне оскарження. Тобто замість вирішення проблеми організації конвоювання засуджених до місця касаційного розгляду, законодавець вкотре пішов шляхом найменшого опору, – порушивши положення міжнародних документів у сфері захисту прав людини. Залишення без розгляду клопотання засудженого про надання йому можливості брати участь у засіданні суду касаційної інстанції, є порушенням права на захист, що тягне скасування касаційної ухвали.

По-іншому регламентоване питання участі засудженого в ході касаційної перевірки у КПК Російської Федерації. Відповідно до частини 3 ст. 376 КПК Російської Федерації засуджений, який тримається під вартою, і заявив про своє бажання бути присутнім при розгляді скарги або подання на вирок, має право брати участь в судовому засіданні безпосередньо або викласти свою позицію шляхом використання систем відеоконференцз'язку [3, с. 152–153].

Дослідники протягом десятиліть висловлюють цілком слушні та обґрунтовані пропозиції щодо необхідності участі сторін в засіданні вищестоящего суду. Це суб'єктивне юридичне право учасників процесу, які самі, без “допомоги” суду, повинні вирішити, скористатися ним чи ні. Суд же зобов'язаний створити процесуальні умови та забезпечити реалізацію наданого учасникам процесу права. Якщо повідомлений про час та місце слухання справи учасник процесу не зможе з'явитися до вищестоящего суду у визначений строк з поважних причин (наприклад, через хворобу) та подав клопотання про відкладення у зв'язку з цим розгляду справи на інший день, таке клопотання повинно бути задоволене. Про відкладення касаційного розгляду належить повідомити інших учасників процесу. Неповідомлення або несвоєчасне повідомлення учасника процесу про відкладення касаційного розгляду, в результаті чого він був позбавлений можливості брати участь у судовому засіданні, необхідно розцінювати як істотне порушення процесуальних прав такого учасника процесу.

Так само потрібно розцінювати і розгляд у касаційному порядку справи без участі захисника, який своєчасно повідомив касаційний суд про бажання взяти участь у судовому засіданні (якщо такий захисник не брав участі в суді першої та апеляційної інстанції). Як видається, участь засудженого, виправданого чи особи, щодо якої справу закрито, у розгляді справи касаційним судом, не повинна бути перешкодою для участі в цьому засіданні їхнього захисника і, навпаки, участь захисника засудженого, виправданого чи особи, щодо якої справу закрито, не повинна залежати від участі в судовому засіданні самого підзахисного. Крім того, кримінально-процесуальний закон також доцільно доповнити нормою, відповідно до якої участь захисника у касаційному розгляді справи є обов'язковою, якщо касаційна скарга чи подання були внесені не на користь засудженого, виправданого чи особи, щодо якої справу закрито. У тому ж випадку, коли засуджений, виправданий чи особа, щодо якої справу закрито, не обрали собі захисника, вжити заходів щодо його призначення повинен суд. Це відповідатиме Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод, у якій передбачено надання безоплатної правової допомоги, коли цього потребують інтереси правосуддя.

Водночас неявка повідомлених про час і місце судового розгляду учасників процесу не є перешкодою для розгляду справи. Утім, потрібно визнати грубим порушенням кримінально-процесуального закону розгляд справ у суді касаційної

інстанції за відсутності захисника, з яким була укладена угода на ведення справи, але який не з'явився в судові засідання з поважних причин. Так само у випадку неявки учасника процесу, участь якого в судовому засіданні вищестоящий суд визнав обов'язковою як з власної ініціативи, так і за клопотанням іншого учасника процесу, розгляд справи належить відкласти, про що виноситься відповідна ухвала. У разі повторної неявки захисника інший захисник може бути призначений касаційним судом.

Ще у перші роки дії КПК України 1960 р., який не передбачав норми про обов'язкову участь засудженого в засіданні касаційної інстанції, судова практика склалась так, що засуджений, який знаходився під вартою, заявивши клопотання про свій намір особисто брати участь в засіданні касаційного суду, підлягав етапуванню до місця касаційного розгляду тільки за розсудом колегії суддів. Це давало змогу касаційній інстанції відмовити засудженому у його клопотанні. І хоча в результаті проведення “малої” судової реформи 2001 р. позиція законодавця з цього питання змінилася (згідно з ч. 1 ст. 391 КПК України клопотання засудженого, який утримується під вартою, про виклик його для дачі пояснень у разі касаційної перевірки судових рішень, що не набули законної сили, якщо воно подане в межах строку на касаційне оскарження, є обов'язковим для суду касаційної інстанції), проблема участі засудженого в касаційному розгляді так і не була вирішена.

Основною причиною цього є труднощі, пов'язані з організацією і високою вартістю доставки та конвоювання засуджених до суду, іноді значною віддаленістю слідчих ізоляторів, своєчасністю доставки засуджених, їх охороною в суді та інші організаційні проблеми. Внаслідок цього судові засідання відкладаються (іноді неодноразово), строки розгляду апеляцій, касаційних скарг і подань не виправдано збільшуються, чим порушуються права учасників процесу, страждають інтереси правосуддя, що ще більше посилює кризовий стан судової системи України.

Для виходу з такої ситуації, подолання та попередження розвитку цієї колізії в юрисдикційній діяльності, судові органи багатьох держав (США, Великобританії, Австралії, Німеччини, Італії, Російської Федерації) практикують участь засудженого в засіданні суду касаційної інстанції на відстані, тобто з використанням системи відеоконференцв'язку, що забезпечує ефект присутності учасника процесу в касаційному розгляді. Відеоконференцв'язок між, наприклад, слідчим ізолятором та судом касаційної інстанції надає всім учасникам процесу можливість бачити один одного, спілкуватись між собою в режимі “реального” часу, знаходячись при цьому на значній відстані один від одного. Сучасні інформаційні технології дають змогу застосовувати і багатоточкову відеоконференцію, що забезпечує розгляд справи в режимі кількох установ виконання покарань. Так, якщо у справі є кілька засуджених і вони знаходяться в різних слідчих ізоляторах, немає необхідності етапувати їх в один слідчий ізолятор. Технологія забезпечує виведення на один екран відразу кілька слідчих ізоляторів [9, с. 29]. З огляду на це, М.І. Смирнов слушно зазначає, що “застосування цього технічного засобу при касаційному розгляді кримінальної справи є альтернативою участі засудженого в судовому засіданні” [10, с. 39]. Такої ж думки з цього приводу і М.І. Пашковський, який зазначає, що дистанційне правосуддя “не зможе і не повинно замінити традиційну процесуальну форму, проте його використання надасть можливість вирішити цілий ряд проблемних питань кримінального судочинства” [11, с. 40].

Справді, переваги та перспективність використання відеоконференцз'язку у разі перевірки судових рішень очевидні: економляться людські та матеріальні ресурси, необхідні для конвоювання засудженого, і водночас вирішується проблема його участі в судовому розгляді; попереджаються ризики, пов'язані з етапуванням засудженого; знімаються різного роду організаційні проблеми, що призводять до відкладення розгляду справи; істотно скорочуються строки апеляційного та касаційного розгляду; підвищується рівень безпеки суддів та учасників процесу; знижується ризик поширення різного роду захворювань. Отже, технологія відеоконференцз'язку під час перегляду судових рішень здатна пришвидшити оперативність та підвищити ефективність вітчизняного судочинства, гарантувати забезпечення прав учасників процесу, вирішити наявні організаційні, фінансові та процесуальні проблеми.

Водночас запровадження у національному законодавстві та судовій практиці такого роду технології, зрозуміло, зумовить чимало інших проблем правового та прикладного характеру, які, однак, цілком реально вирішити.

Насамперед, це висока вартість встановлення системи відеоконференцз'язку. Утім, за підрахунками російських дослідників, витрати, вкладені на встановлення цієї системи, можуть окупитись уже протягом року [12, с. 33].

Існують і процесуальні аспекти віртуальної участі засуджених у судовому засіданні, що потребують вирішення.

Зокрема, при дистанційній участі засудженого у касаційному розгляді, він позбавляється можливості ознайомитись з поданими до суду новими (додатковими) матеріалами. Річ у тім, що відеотехнологія дає змогу учасникам процесу безпосередньо сприймати лише усну мову, тоді як дослідження документів та речових доказів, пов'язані для неї з певними труднощами. Касаційна практика судів Російської Федерації цю проблему вирішує так. Відеоконференцз'язок використовується тільки за згоди засудженого, а також за умови попередньої домовленості зі сторонами про місце і спосіб подання нових (додаткових) матеріалів в ході слухання справи [13, с. 22–23].

Однак імовірна й така ситуація, коли засуджений, погодившись з телекомунікаційним способом участі у касаційному розгляді, згодом заявляє, що він не зміг як слід викласти суду свою позицію у справі. У такому випадку, якщо така заява надійде до видалення суду в нарадчу кімнату для винесення рішення, то, як слушно вважає Л. Алексєєва, розгляд справи необхідно відкласти для забезпечення безпосередньої участі засудженого в касаційному розгляді. В іншому разі можливе скасування касаційної ухвали [14, с. 12].

Також недопустимо використовувати відеоконференцз'язок, якщо в касаційному розгляді беруть участь учасники процесу з дефектами слуху, зору, мови, з психічними вадами, а також неповнолітні. На думку М.І. Смирнова, “це обмеження викликане, головним чином, необхідністю надання додаткових процесуальних гарантій учасникам процесу, що є однією з ознак справедливого судового розгляду, а також урахування особливостей осіб, діяння яких розглядає суд” [10, с. 39].

Не менш важливим є і питання про місце захисника в касаційному розгляді під час використання телекомунікаційного спілкування. При дистанційній участі у засудженого немає змоги обговорити із захисником дані судового засідання та інші обставини справи. З огляду на це варто погодитись з думкою дослідників, щоб захисник засудженого перебував під час касаційного розгляду поряд зі своїм

підзахисним і мав можливість безпосередньо з ним спілкуватися [15, с. 12; 10, с. 39–40].

Досвід використання технології відеоконференцз'язку в Російській Федерації виявив і деякі інші проблеми. Одна з них пов'язана з тим, що при звільненні засудженого з-під варті на підставі касаційної ухвали, у слідчих ізоляторів з'являються додаткові фінансові витрати, пов'язані з виділенням коштів на проїзд звільненого до місця проживання. У разі звільнення з-під варті в залі судового засідання такі витрати повинен нести суд касаційної інстанції [12, с. 34].

Насамкінець, слід вирішити, чи не найважливішу проблему – правове регулювання використання технології відеоконференцз'язку в ході касаційного розгляду. Як правильно зазначає з цього приводу М.М. Ясинок, можливість використання цієї технології в судовій системі України ускладнюється відсутністю стратегії розвитку цього напрямку судової діяльності [16, с. 195]. Утім, реальний стан вітчизняного судочинства є таким, що навантаження на судову владу дедалі зростає і така тенденція найближчим часом навряд чи зміниться. Реформування судової системи України тільки шляхом збільшення кількості суддів у судах всіх рівнів, створення нових загальних та спеціалізованих судів, введення штатних посад помічників суддів без впровадження сучасних комп'ютерних та інформаційних технологій не лише ситуації не змінить, але й приречене на невдачу. Більше того, створення системи дистанційного судочинства є лише одним з напрямів використання новітніх технологій у судочинстві України. Як зазначають дослідники, відеоконференцз'язок може використовуватись не лише для спілкування суду з учасниками процесу, але й для обміну інформацією між судами різних рівнів, між судами та відповідними установами Державного департаменту України з питань виконання покарань, Міністерства внутрішніх справ України, Служби безпеки України, з органами прокуратури, судово-експертними установами України [16, с. 196; 17, с. 37].

У майбутньому аудіовізуальним зв'язком можливо обладнати і місцеві суди з метою завершення побудови мережі конференцз'язку, в якій працюватимуть усі суди України. Це б усунуло необхідність поїздок до Верховного Суду України чи апеляційних судів, оскільки надавши місцевим судам таку технологію, слухання справ у касаційному чи апеляційному порядку могло б проводитись у режимі віддаленої присутності у всіх регіонах України водночас, що забезпечить доступність суду для населення [16, с. 195–196].

Тож підсумовуючи сказане вище, можна запропонувати такий варіант законодавчої регламентації питання повідомлення сторін про час та місце розгляду справи апеляційним судом та їх участі у ньому.

“Стаття ... Повідомлення про час та місце апеляційного розгляду

1. Про час та місце слухання справи апеляційний суд повідомляє осіб, інтересів яких стосується оскаржене рішення суду першої інстанції, не пізніше, як за сім днів до дня апеляційного розгляду шляхом надсилання відповідних повідомлень.

2. Неповнолітній підсудний повідомляється через законних представників. Інший порядок повідомлення допускається лише у випадках, коли це зумовлене обставинами справи.

3. Підсудний, який утримується під вартою, повідомляється через адміністрацію відповідної кримінально-виконавчої установи.

4. Особи, щодо яких застосовані заходи безпеки, повідомляються про час та місце апеляційного розгляду через орган, який здійснює ці заходи.

5. Свідки, експерти, спеціалісти, перекладачі викликаються до апеляційної інстанції повісткою.

Стаття ... Участь сторін в апеляційному розгляді

1. При апеляційному розгляді обов'язковою визнається участь:

1) підсудного, за винятком випадків, коли він заявив клопотання про небажання брати участь в апеляційному розгляді. Проте апеляційний суд і в цьому разі має право визнати участь підсудного обов'язковою;

2) захисника підсудного, крім випадків, коли підсудний відмовляється від захисника та його відмова прийнята. На підставах, зазначених у частині 1 ст. 45 цього Кодексу, або якщо в апеляції ставиться питання про погіршення становища підсудного участь захисника визнається обов'язковою;

3) потерпілого чи його представника;

4) прокурора, крім справ приватного обвинувачення;

5) інших осіб, інтересів яких стосується оскаржене судові рішення, якщо вони заявили клопотання про їх участь при апеляційній перевірці, або їх представників.

2. Питання про форму участі в апеляційному розгляді підсудного, який утримується під вартою, вирішується апеляційним судом. Підсудний, який утримується під вартою, може брати участь в апеляційному розгляді безпосередньо або за допомогою використання засобів відеоконференцз'язку.

3. У випадках, коли підсудний бажає запросити захисника, але за відсутністю коштів чи з інших об'єктивних причин не може цього зробити, вжити заходів щодо призначення захисника зобов'язаний суд апеляційної інстанції.

4. Невявка своєчасно повідомлених про час та місце апеляційного розгляду осіб, які беруть участь у справі, не перешкоджає розгляду справи. У випадку неявки особи, участь якої в засіданні суду апеляційної інстанції визнана обов'язковою, апеляційний розгляд справи належить відкласти, про що виноситься відповідна ухвала.

5. Якщо своєчасно повідомлений про час та місце слухання справи учасник процесу не зможе з'явитися на апеляційний розгляд у встановлений строк з поважних причин та подав клопотання про відкладення у зв'язку з цим розгляду справи на інший день, таке клопотання повинно бути задоволене. Про відкладення апеляційного розгляду належить повідомити інших учасників процесу.

6. Якщо інші особи, які не заявили клопотання про їхню участь при апеляційній перевірці, з'являться в засідання суду апеляційної інстанції, останній не має права заборонити або перешкодити їм взяти участь в апеляційному розгляді.

7. Інші питання, пов'язані з наслідками неявки учасників процесу, вирішуються за правилами, встановленими для розгляду справи судом першої інстанції, з особливостями передбаченими даною главою".

Запропоновані положення можуть бути використані й для регламентації участі сторін у касаційному розгляді.

1. Kodeks postępowania karnego. – [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.lex.com.pl/servis/kodeksy/akty/97.89.555.htm#przd>
2. Уголовно-процессуальный кодекс Республики Молдова. – Кишинев: Elena-V.I., 2007. – 234 с.
3. Уголовно-процессуальный кодекс Российской Федерации. – М.: Элит, 2007. – 208 с.

4. Уголовно-процессуальный кодекс Республики Армения. – [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://www.parliament.am/legislation.php?sel=show&ID=1450#6#6>
5. Туманов В. Право обвиняемого быть заслушанным в апелляционной инстанции / В. Туманов // Российская юстиция. – 2000. – № 5. – С. 58–60.
6. Lech K. Paprzycki. Model kasacji w polskiej procedurze karnej / Lech K. Paprzycki // Palestra. – 2008. – № 7–8. – S. 9–22.
7. Строгович М.С. Проверка законности и обоснованности судебных приговоров / Строгович М.С. – М.: Изд-во Академии наук СССР, 1956. – 320 с.
8. Шинелева Т. Кассационная инстанция: правовое положение сторон / Т. Шинелева // Законность. – 2004. – № 10. – С. 10–13.
9. Човен В.А. Актуальные вопросы использования информационных технологий в судебном делопроизводстве / В.А. Човен // Российский судья. – 2005. – № 1. – С. 28–29.
10. Смирнов М.І. Щодо використання відеоконференцв'язку при перегляді судових рішень у касаційному порядку / М.І. Смирнов // Вісник Верховного Суду України. – 2004. – № 1. – С. 38–40.
11. Пашковський М.І. Дистанційне кримінальне правосуддя: міф чи реальність? / М.І. Пашковський // Вісник Верховного Суду України. – 2001. – № 5. – С. 36–39.
12. Абдулин Р.С. Проблемы использования видеоконференцсвязи (ВКС) при осуществлении правосудия / Р.С. Абдулин // Российский судья. – 2002. – № 5. – С. 32–34.
13. Терехин В.А., Федюнин А.Е. Видеоконференцсвязь в современном российском судопроизводстве / В.А. Терехин, А.Е. Федюнин // Российская юстиция. – 2006. – № 1. – С. 22–24.
14. Алексеева Л. Видеоконференцсвязь в суде: технические проблемы решены, остались процессуальные / Л. Алексеева // Российская юстиция. – 2000. – № 6. – С. 12.
15. Вяткин Ф., Зильberman С., Зайцев С. Видеоконференцсвязь при рассмотрении кассационных жалоб / Ф. Вяткин, С. Зильberman, С. Зайцев // Российская юстиция. – 2000. – № 6. – С. 11–12.
16. Ясинок М.М. Впровадження новітніх інформаційних технологій в цивільному судочинстві України / М.М. Ясинок // Право і безпека. – 2004. – № 3'1. – С. 194–196.
17. Барбара В.П. Використання комп'ютерних технологій у судочинстві / В.П. Барбара // Вісник Верховного Суду України. – 2006. – № 1. – С. 37–39.

PROBLEMS OF PARTIES PARTICIPATION IN APPEALS AND CASSATION CONSIDERATION OF A CRIMINAL CASE

N. Bobechko

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

The article is devoted to the parties participation in appeals and cassation trials of a criminal case as one of the judicial-verifying stages institutes of criminal procedural law, which is an important procedural guarantee both of justice and person's rights and lawful interests. Having analyzed the certain norms of the current Criminal procedural code of Ukraine, criminal procedural legislation of foreign states and scientific views, the author presents his view on the subject and provides suggestions for criminal procedural laws improvement.

Key words: appeal proceeding, cassation proceeding, parties, videoconference connection.

ПРОБЛЕМЫ УЧАСТИЯ СТОРОН В АПЕЛЛЯЦИОННОМ И КАССАЦИОННОМ РАССМОТРЕНИИ УГОЛОВНОГО ДЕЛА

Н. Бобечко

*Львовский национальный университет имени Ивана Франка
ул. Университетская, 1, 79000 Львов, Украина*

Рассмотрен один из институтов судебно-проверочных стадий уголовного процесса, который является важной процессуальной гарантией как правосудия, так и прав и законных интересов лица – участия сторон в апелляционном и кассационном рассмотрении уголовного дела. Руководствуясь анализом соответствующих норм действующего Криминально-процессуального кодекса Украины, криминально-процессуального законодательства зарубежных государств, а также позиций научных работников, автор подает свое виденье вопросов, которые являются предметом исследования, выдвигает предложения относительно совершенствования криминально-процессуального закона.

Ключевые слова: апелляционное осуществление, кассационное осуществление, стороны, видеоконференцсвязь.

Стаття надійшла до редколегії 03.12.2009

Прийнята до друку 10.01.2010

КРИМІНАЛЬНО-ПРОЦЕСУАЛЬНА АНАЛОГІЯ ТА ІНШІ ПРАВОВІ КАТЕГОРІЇ

І. Вовк

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

Дослідження та детальний аналіз інституту аналогії у кримінально-процесуальному праві пов'язані з розглядом її співвідношення з іншими інститутами кримінального процесу: конкретизацією, поширювальним тлумаченням, судовим прецедентом, преюдицією та ін. Необхідність такого співставлення зумовлена тим, що вказані категорії є взаємопов'язаними, і нерідко аналогію ототожнюють з котроюсь із них. Проведене у цій статті порівняння надасть можливість глибше вникнути у правову природу вказаних інститутів і чітко відмежувати від них аналогію у кримінальному процесі.

Ключові слова: аналогія у кримінальному процесі, тлумачення закону, поширювальне тлумачення, правозастосовна конкретизація, преюдиція, судовий прецедент, субсидіарне застосування права.

Аналогія у кримінальному процесі – це спосіб врегулювання кримінально-процесуальних відносин, які виникли у процесі кримінально-процесуальної діяльності, але не передбачені кримінально-процесуальним законодавством, на підставі застосування норм, що регулюють подібні відносини, за умови дотримання всіх прав учасників кримінального судочинства та його принципів.

Проблемі застосування аналогії у кримінальному процесі в радянський період приділяли увагу такі вчені, як М.С. Строгович, М.М. Гродзинський, Н.Н. Полянський, Р.Д. Рахунов, Л.Б. Зусь та ін.

Так, в одній з своїх праць М.С. Строгович зазначав, що аналогія – “спосіб тлумачення закону, що забезпечує усунення його неповноти при вирішенні конкретних судових справ” [13, с. 33]. З таким визначенням навряд чи можна погодитись з огляду на такі міркування.

У загальній теорії права однією з стадій застосування правових норм є тлумачення, призначення якого забезпечити правильне, однозначне розуміння змісту юридичної норми всіма, хто повинен її застосувати [10, с. 135, 142]. Об'єктивна необхідність тлумачення юридичних норм зумовлена, насамперед, тим, що це запобігає неправильному їх застосуванню, в тому числі й у кримінальному процесі. Використання аналогії передбачає застосування правових норм до конкретних суспільних відносин. Тому неможливо ототожнювати цей інститут із тлумаченням закону, оскільки останнє – лише передумова його застосування.

Варто погодитись з М.М. Гродзинським, який, спростовуючи наведене помилкове твердження М.С. Строговича, зазначав: “Аналогія в кримінально-процесуальному праві, як і у всіх інших галузях права, являє собою не тлумачення закону, а заповнення закону, усунення прогалин, які у ньому містяться” [7, с. 6–7]. Схожу позицію з цього приводу займав і Р.Д. Рахунов, який підкреслював, що застосування аналогії в кримінальному процесі можливе лише тоді, коли саме тлумачення закону не дає підстав для його застосування [11, с. 74]. Тож аналогія і тлумачення – два різні поняття, що мають власний зміст.

Від аналогії необхідно також відрізнити і такий інститут, як поширювальне тлумачення. Він використовується тоді, коли справжній зміст правової норми слід розуміти ширше за його буквальний текстуальний вираз [8, с. 184]. Таке

тлумачення передбачає поширення норми права на ширше коло суспільних відносин, ніж це впливає з її тексту.

Поширювальне тлумачення має місце там, де законодавець передбачив відповідне процесуальне відношення, однак не охопив усіх його видів, дав неповне, невичерпне формулювання положень, що належать до цього питання. У деяких випадках законодавець, згадуючи про певні обставини, дає лише приблизний їх перелік, вживаючи вирази “та інші”, “в інших випадках” [12, с. 83]. Так, у разі вирішення питання про застосування запобіжного заходу, крім обставин, зазначених у ст. 148 КПК України, враховуються тяжкість злочину, у вчиненні якого підозрюється, обвинувачується особа, її вік, стан здоров’я, сімейний і матеріальний стан, вид діяльності, місце проживання та інші обставини, що її характеризують. Закріплюючи таке положення, законодавець уповноважує особу, яка застосовує таку норму, розширити цей перелік обставинами, що подібні до перерахованих.

Зовсім іншою є ситуація там, де виникає необхідність у застосуванні аналогії. Потреба в цьому інституті з’являється тоді, коли дане процесуальне відношення зовсім не передбачено законом. Наприклад, кримінально-процесуальний закон встановлює поважні причини неявки обвинуваченого до слідчого. Однак він не вказує на такі причини щодо неявки свідка, підозрюваного, потерпілого. Очевидно, що у такому випадку поважні причини неявки, встановлені для обвинуваченого, за аналогією поширюватимуться і на зазначених учасників процесу [12, с. 84].

Окрім того, в юридичній літературі висловлена думка, згідно з якою використання аналогії закону і аналогії права, у тому числі в кримінальному процесі, є підвидом правозастосовної конкретизації [6, с. 23]. Справді, як зазначають В.О. Белоносов і М.О. Громов, конкретизація має певні спільні риси з інститутом аналогії, але все ж – це два самостійні юридичні явища, що мають різну природу та призначення у правозастосовній діяльності.

За своїм змістом правозастосовна конкретизація є процесом уточнення, деталізації правових нормативних приписів залежно від конкретних фактичних обставин з метою найоптимальнішого, доцільного, правильного та законного вирішення справи. Конкретизація норм можлива не лише в процесі застосування права, але й у зв’язку з ним, наприклад, унаслідок узагальнення судової практики, у зв’язку із запитами органів дізнання, досудового слідства чи суду. Результатом конкретизації є висновки, уточнюючі правила, які враховують ознаки конкретних ситуацій (суспільних відносин), і не отримали відображення в цій нормі права [2, с. 209].

Справді, не завжди можливо в нормах права з вичерпною повнотою відобразити всі сторони того чи іншого відношення. Інколи це навіть не потрібно, оскільки закон повинен абстрагувати від індивідуальності. Тому законодавець найчастіше створює юридичні норми в узагальненій формі, уповноважуючи правозастосовні органи на їх конкретизацію. Наприклад, у ст. 177 КПК України вказано, що “обшук проводиться в тих випадках, коли є достатні підстави вважати, що зняття злочину, ... знаходяться в певному приміщенні...”. Виникає запитання: що таке “достатні підстави вважати”, – інтуїція слідчого, докази, оперативні дані? Видається, що фактичні дані, які є підставою для проведення обшуку – це наявні в кримінальній справі докази, а також відомості, одержані оперативним шляхом, що і є результатом конкретизації.

Конкретизація використовується і тоді, коли процесуальні норми містять оціночні поняття, зокрема: “достатні дані” (ст. 94 КПК України), “достатні докази” (ст. 131 КПК України), “достатні підстави” (ст. 245 КПК України) тощо [2, с. 210].

На відміну від конкретизації, необхідність в інституті аналогії виникає тоді, коли в праві виявлено прогалину і потрібно вирішити конкретний випадок,

використовуючи допоміжні, подібні засоби: поширити дію норми права на не врегульовані законом випадки. Суспільне відношення (чи будь-який його елемент) потребує додаткового правового регулювання, оскільки відсутній необхідний нормативний припис. У такому випадку про конкретизацію не йдеться, оскільки відсутній її об'єкт [2, с. 210]; правовідношення потребує врегулювання за допомогою аналогії.

Розглядаючи інститут аналогії, В.О. Белоносов трактує її як спосіб вирішення конкретного випадку, не передбаченого кримінально-процесуальним законодавством, але який знаходиться у сфері правового регулювання, на підставі статей, що регулюють подібні кримінально-процесуальні відносини [1, с. 13]. Однак це визначення не охоплює ознак аналогії, що відмежовують цей інститут від преюдиції та судового прецеденту.

Зміст преюдиції полягає в тому, що обставини, які необхідно встановити у справі, що розглядається, не досліджуються вдруге з огляду на встановлення у раніше винесеному судовому рішенні, ці обставини кладуться в основу судового рішення без попередньої перевірки. Власне, йдеться про використання вже наявних висновків, тобто преюдиція не є засобом доказування фактів [3, с. 7]. На відміну від використання преюдиції, правозастосовний орган щоразу повинен застосовувати аналогію навіть до тих відносин, які вже врегульовувались за допомогою неї. До того ж, для застосування аналогії потрібна прогалина в праві, а правило преюдиціальності означає, що при розгляді кримінальної справи, в основу правових висновків кладуться без повторного дослідження і перевірки факти, встановлені попереднім рішенням суду, і вони мають значення для справи, яка розглядається [3, с. 10].

Водночас обидва ці інститути слугують сприянню швидкого і цілкового вирішення справи. Однак при застосуванні аналогії використовується інша подібна норма права, а вирок, що має преюдиціальну силу, також обов'язковий до виконання, проте, на відміну від норми права, має чітко індивідуальний характер і регулює конкретне правовідношення.

Судовий прецедент – це рішення суду у конкретній справі, яке містить юридичну норму і є обов'язковим у вирішенні усіх наступних аналогічних справ [9, с. 130]. Тобто, йдеться про використання раніше винесеного рішення судами, що розглядають такі справи.

На відміну від судового прецеденту, застосовуючи аналогію, правозастосовний орган створює правило, яке фіксується лише у його акті. Крім того, це правило не буде обов'язковим для іншого правозастосовного органу, тобто не стане прецедентом.

Зазначимо також, що своєрідне застосування за аналогією норм однієї галузі права до відносин, які є предметом регулювання іншої галузі, дало змогу деяким вченим розглядати таке застосування поза рамками аналогії закону, виділивши особливий спосіб казуального заповнення прогалин – субсидіарне застосування права (від лат. *subsidium* – допомога) [1, с. 94].

Натомість науковці, які вважають, що субсидіарне застосування права – та ж аналогія правової норми (аналогія закону), за якої остання належить іншій, спорідненій галузі права. Таке застосування позбавлене сенсу, якщо аналогічна норма міститься в тій же галузі права [4, с. 89].

На думку Д.Ю. Сільченка, субсидіарне застосування права та використання в кримінально-процесуальному праві норм з інших галузей права варто відрізнити від аналогії у кримінальному процесі [12, с. 84]. Така позиція видається обґрунтованою.

Норми, які використовуються у кримінально-процесуальній діяльності “проникають” у кримінальний процес трьома шляхами. Перший – “прямі приписи кримінально-процесуальних норм” [14, с. 18]. Наприклад, згідно зі ст. 28 КПК України особа, яка зазнала матеріальної шкоди від злочину, має право при провадженні в кримінальній справі пред’явити до обвинуваченого або до осіб, які несуть матеріальну відповідальність за дії обвинуваченого, цивільний позов, який розглядається разом з кримінальною справою. Тому, для визначення поняття матеріальної шкоди правозастосовному органу потрібно звернутись до норм цивільного права.

Другий шлях – за допомогою бланкетних норм, які містяться у КПК України. Наприклад, ст. 408 КПК України вказує, що за наявності підстав, передбачених ст. 84 КК України, суддя районного (міського) суду за місцем відбування покарання розглядає подання установи, яка відає відбуванням покарання, та висновок лікарської комісії, і звільняє засудженого від покарання чи подальшого його відбування. При звільненні від дальшого відбування покарання засудженого, який захворів на хронічну душевну хворобу, суддя наділей правом вжити примусових заходів медичного характеру відповідно до ст. ст. 92–95 КК України.

Вказані шляхи – не що інше, як паритетне застосування норм права, яке передбачає відсутність відносин субординації між нормами кримінально-процесуального права та нормами інших галузей при застосуванні правових норм.

Третій шлях – пряма дія норм інших галузей права, їх субсидіарне застосування. Так, ст. 8 Конституції України визначає її вищу юридичну силу і встановлює, що норми Конституції є нормами прямої дії. Ось чому ст. ст. 28, 29, 30, 31 Конституції України, які мають кримінально-процесуальний характер, застосовуються безпосередньо у кримінально-процесуальній діяльності. Окрім того, ст. 9 Конституції України передбачено, що чинні міжнародні договори, згода на обов’язковість яких надана Верховною Радою України, є частиною національного законодавства. Стаття 19 Закону України “Про міжнародні договори України” від 29 червня 2004 р. [5] закріплює пріоритетну дію норм міжнародних договорів при конкуренції їх з нормами національного законодавства. Відповідне положення відображене і в постанові Пленуму Верховного Суду України № 9 від 1 листопада 1996 р. “Про застосування Конституції України при здійсненні правосуддя”. Пункт 4 цієї постанови передбачає: керуючись положеннями ст. 9 Конституції України про те, що чинні міжнародні договори, згода на обов’язковість яких надана Верховною Радою України, є частиною національного законодавства України, суд не може застосувати закон, який регулює правовідносини, що розглядаються, інакше, як міжнародний договір [5, с. 474].

Загалом субсидіарне застосування має місце при відсутності прогалин у законодавстві. Таке застосування норм права – це не спосіб і не засіб заповнення прогалин у праві, а сама дія цих норм, яка відображається в тому, що правові норми, крім регулювання безпосередніх (конкретних) відносин, несуть додаткове, допоміжне навантаження. У такому разі норми отримують допоміжну, субсидіарну властивість [1, с. 169].

У субсидіарному застосуванні норм права, правозастосовний орган використовує норму іншої галузі права, по-перше, винятково як норму, що має кримінально-процесуальний характер, і, по-друге, тому що посадова особа чи орган, які здійснюють кримінально-процесуальну діяльність, зобов’язані в силу ст. ст. 8 та 9 Конституції України їх застосувати. За такого способу правозастосування недопустимо обговорювати можливість використання аналогії, оскільки йдеться про звичайне застосування норм права [12, с. 88].

Схожа ситуація виникає і при паритетному правозастосуванні, у випадку бланкетного характеру норми кримінально-процесуального права. Якщо немає прогалини в законодавстві – як однієї з підстав застосування закону за аналогією при регулюванні кримінально-процесуальних відносин, то не може бути мови і про застосування самої аналогії.

Розглядаючи паритетне правозастосування, Д.Ю. Сільченко зазначає, що норми інших галузей права застосовуються і у кримінально-процесуальному законодавстві [12, с. 89]. Так, визначення понять, якими оперує законодавець, не завжди міститься в КПК України. Наприклад, у тексті ст. 20 КПК України використовується термін “державна або інша захищена законом таємниця”, роз’яснення якого в самому кодифікованому акті немає. Використання судом чи іншим правозастосовним органом для розуміння цього поняття положень Закону України “Про державну таємницю” від 21 січня 1994 р. та Зводу відомостей, що становлять державну таємницю, затвердженого наказом Голови Служби безпеки України від 12 серпня 2005 р., є паритетним застосуванням правових норм, а не використанням аналогії закону. Оскільки джерелами кримінально-процесуального права є закони та інші нормативно-правові акти, що регулюють кримінально-процесуальні відносини, то прогалини в розумінні поняття, зазначеного у ст. 20 КПК України немає; варто застосовувати норми зазначених актів. Радше необхідно вирішувати питання і щодо інших понять, зокрема, “умовно-дострокове звільнення від відбування покарання”, “примусові заходи медичного характеру” та ін.

Отже, використання аналогії закону можливе лише в рамках кримінально-процесуального права; вихід за межі процесу – не що інше як паритетне або субсидіарне правозастосування.

Проведене розмежування аналогії з іншими інститутами кримінально-процесуального права підкреслило принципову відмінність між ними. При цьому неможливо не помітити, що як аналогія, так й інші правові інститути є об’єктивно необхідними засобами, які забезпечують динамізм кримінально-процесуального права, ефективну дію його норм.

1. Белоносов В.О. Теория и практика применения аналогии в уголовном судопроизводстве: Дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.09 / Владимир Олегович Белоносов. – Саратов, 1998. – 199 с.
2. Белоносов В.О., Громов Н.А. и др. Конкретизация и аналогия в уголовно-процессуальном праве/ В.О. Белоносов, Н.А. Громов // Правоведение. – 2000. – № 2. – С. 208–211.
3. Бережний О.І. Преюдеціальність судових рішень у кримінальних справах: Автореф. дис. канд. юрид. наук: спец. 12.00.09 “Кримінальний процес і криміналістика; судова експертиза” / О.І. Бережний. – Харків, 2003. – 20 с.
4. Брутян А.Х. Устранение пробелов законодательства судами: проблемы теории и современной практики/ А.Х. Брутян // Современное право. – 2006. – № 9. – С. 85–90.
5. Відомості Верховної Ради України. – 2004. – № 50. – Ст. 540.
6. Вопленко И.Н. Официальное толкование норм права / И.Н. Вопленко – М., 1976. – 119 с.
7. Гродзинский М.М. Аналогия в советском уголовно-процессуальном праве/ Вильнянский С.Н., Гордон М.В., Гродзинский М.М., Фукс С.Л.// Ученые записки Харьковского юрид. ин-та. – 1948. – Вып. 3. – 197 с.
8. Копейчиков В.В. Загальна теорія держави та права / В.В. Копейчиков – К.: Юрінком Інтер, 2000. – 317 с.
9. Луць Л.А. Сучасні правові системи світу: [навчальний посібник] / Людмила Андріївна Луць. – Львів, 2003. – 247 с.

10. Рабінович П. М. Основы загалъной теоріи права та держави/ Петро Мойсейович Рабінович. – К. : Атіка, 2001. – 176 с.
11. Рахунов Р.Д. Аналогия в советском уголовном процессе/ Р.Д. Рахунов// Правоведение. – 1971. – №2. – С. 68–75.
12. Сильченко Д.Ю. Применение аналогии в уголовном судопроизводстве: Дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.09/ Денис Юрьевич Сильченко – М., 2003. – 160 с.
13. Строгович М.С. Природа советского уголовного процесса и принцип состязательности/ Михаил Соломонович Строгович. – М., 1939. – 152 с.
14. Якупов Р.Х. Правоприменение в уголовном процессе России/ Р.Х. Якупов – М.: МВШМ МВД РФ, 1993. – 195 с.

CRIMINAL PROCEDURAL ANALOGY AND OTHER LEGAL CATEGORIES

I. Vovk

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

The research and detail analysis of analogy institute in the law of criminal procedure are related to the consideration of its correlation with other criminal procedural institutes: concretization, extended interpretation, judicial precedent, a binding force etc. Such a comparison is stipulated by the fact that all these categories are interrelated and analogy is equated with any of them. The comparison provided in the article gives an opportunity of understanding the legal nature of the above-mentioned institutes and clearly mark them off from criminal procedural analogy.

Key words: criminal procedural analogy, interpretation of a law, extended interpretation, law-enforcing concretization, binding force, judicial precedent, subsidiary application of law.

КРИМИНАЛЬНО-ПРОЦЕССУАЛЬНАЯ АНАЛОГИЯ И ДРУГИЕ ПРАВОВЫЕ КАТЕГОРИИ

И. Вовк

*Львовский национальный университет имени Ивана Франка
ул. Университетская, 1, 79000 Львов, Украина*

Исследование и детальный анализ института аналогии в криминально-процессуальном праве связаны с рассмотрением ее соотношения с другими институтами криминального процесса: конкретизацией, поширювальним толкованием, судебным прецедентом, преюдициею и др. Необходимость такого сопоставления предопределена тем, что указанные категории являются взаимоувязанными, и нередко аналогию отождествляют с какой-то из них. Проведено в этой статье сравнения предоставит возможность глубже вникнуть в правовую природу указанных институтов и четко отмежевать от них аналогию в криминальном процессе.

Ключевые слова: аналогия в криминальном процессе, толкование закона, поширювальне толкование, правоприменяемая конкретизация, преюдиция, судебный прецедент, субсидиарное применение права.

Стаття надійшла до редколегії 22.12.2009

Прийнята до друку 10.01.2010

ПОТЕРПІЛИЙ, ЯК СТОРОНА ПРИМИРЕННЯ В СПРАВАХ ПУБЛІЧНОГО ОБВИНУВАЧЕННЯ У КРИМІНАЛЬНО- ПРОЦЕСУАЛЬНОМУ ПРАВІ УКРАЇНИ

І. Гайворонська

*Львівський національний університет імені Івана Франка
бул. Університетська, 1, 79000 Львів, Україна
тел. (0322) 39–47–40 E-mail: hajvoronska@ukr.net*

У статті автор розглядає характерні ознаки та особливості потерпілого як сторони примирення в кримінальному процесі України у справах публічного обвинувачення.

Ключові слова: потерпілий, примирення, сторони примирення, кримінальний-процес, процесуальні права, неповнолітній, юридична особа.

Українське кримінально-процесуальне законодавство останніми роками зазнало значних змін, що були спрямовані на реалізацію вимог Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод. Зокрема, це стосується забезпечення прав учасників кримінального судочинства, розширення змагальності сторін, прав потерпілого, усунення обвинувального ухилу в діяльності суду тощо. Указом Президента України № 311/2008 8 квітня 2008 року затверджено Концепцію реформування кримінальної юстиції України, одним із пріоритетних завдань котрої визначено розвиток інституту відновних процедур і примирення [1]. Про необхідність розвитку відновних процедур у кримінальному судочинстві свідчить також рекомендаційний лист Генерального прокурора України від 1 серпня 2008 р. “Щодо використання процедур примирення у кримінальному провадженні та розширення альтернативи кримінальному переслідуванню”.

В науковій літературі тема розвитку та використання процедур примирення у кримінальному процесі України у справах публічного обвинувачення на сьогодні висвітлена у працях В.В. Землянської, Д.С. Ковриженка, В.Г. Замніуса, О.Є. Соловйової Г.О. Усатого, Ж.А. Мандриченко, В.В. Перепаді, А.М. Яценка та ін. [2, с. 42–48; 3; 4; 5; 6; 7]. Однак у них окрема вага не приділялася потерпілому, як стороні примирення у справах публічного обвинувачення. Тому автор цієї статті поставило за мету розкрити характерні ознаки та особливості потерпілого як сторони примирення в кримінальному процесі України у справах публічного обвинувачення.

Для розкриття характерних ознак та особливостей потерпілого як сторони примирення у справах публічного обвинувачення нам потрібно з’ясувати, хто може визнаватись потерпілим та, відповідно, брати участь у примиренні.

Згідно зі ст. 49 КПК України потерпілим може визнаватись фізична особа, якій злочином заподіяно моральну, фізичну або майнову шкоду. Звичайно, що “терпіти” від злочину може кожен, незалежно від віку і осудності. Інша річ, що самотійно відстоювати свої права, які належать від народження, така особа до досягнення певного віку не може, як слушно зазначають Є.В. Давидова, А.Г. Кібальник та І.Г. Соломоненко [8, с. 8]. Оскільки чинний КПК України не вказує жодних вимог щодо віку потерпілого, нам слід звернутись до положень ЦК України. Так, ст. 25 ЦК України закріплює положення про те, що загальна правоздатність особи “виникає у момент її народження і припиняється із смертю”. Цивільна дієздатність фізичної особи за загальним правилом у повному обсязі виникає після досягнення вісімнадцятирічного віку (ст. 34 ЦК України). З

повноліттям пов'язується здатність особи бути повноцінним учасником практично всіх суспільних відносин, тому цей вік і вважається віком цивільної дієздатності. Окрім того, цивільне право наділяє певною мірою дієздатності і неповнолітніх. Так само вчиняє і український кримінальний закон щодо суб'єкта злочину. Проте жодна галузь українського права не встановлює мінімальний вік потерпілого. Ймовірно, це можна було б вважати розумним, оскільки злочин зазіхає на права потерпілого, а отже, страждає його правоздатність. Проте, на нашу думку, необхідно визначитися з віком кримінальної дієздатності потерпілого як сторони примирення і виробити єдиний підхід щодо цього питання. Так, деякі автори з цього приводу проводять паралелі з цивільно-правовим статусом особи, вказуючи на часткову дієздатність неповнолітніх і можливість їх емансипації, а з іншого, – наполягають, що “підлітки у віці 16–18 років можуть мати право самостійно здійснювати свої права і обов'язки як потерпілих, хоч би внаслідок того, що загальний вік кримінальної відповідальності, визначений в кримінальному законі становить шістнадцять років” [8, с. 9]. Вважаю, що тут необхідно чітко визначитися з віком повної дієздатності потерпілого, оскільки йдеться про складні юридичні процедури (закриття кримінальної справи у зв'язку із примиренням), які мають вагоме значення для подальшої долі неповнолітнього. Тому зазначимо, що участь у примиренні неповнолітнього потерпілого повинна здійснюватися спільно з його законним представником. Що ж до безпосереднього примирення, то тут видається доречним таке вирішення проблеми: неповнолітні особи у віці від 16 до 18 років приймають рішення про примирення самостійно (законний представник лише стежить за тим, щоб неповнолітній розумів суть і наслідки того, що відбувається), а за неповнолітніх осіб віком до 16 років рішення приймає виключно їх законний представник. Щодо врахування в такому випадку думки неповнолітнього варто зазначити, що в чинному законодавстві є два можливі варіанти врахування думки неповнолітньої особи віком до 16 років. Обидва відомі сімейному праву: 1) думка дитини (неповнолітнього до 16 років) встановлюється, але вона немає визначального характеру (при вирішенні питання про те, з ким з тих, що проживають окремо від батьків проживатиме дитина – ч. 2 ст. 171 СК України); 2) думка дитини (неповнолітнього до 16 років) є вирішальною при передачі на виховання в прийомну сім'ю – ст. 218 СК України). Враховуючи існуючий досвід у сімейному праві, вважаємо, що при примиренні потрібно враховувати думку неповнолітнього потерпілого у віці до 16 років (ця особа може самостійно і усвідомлено висловити своє ставлення до питання).

Враховуючи вищевикладене, на нашу думку, аналогія віку потерпілого з віком суб'єкта злочину нам видається недоречною, оскільки у визначенні вікових кордонів суб'єкта злочину законодавець керується встановленням здатності людини пізнавати явища навколишнього світу, виявляти їх внутрішній зв'язок, оцінювати, робити вибір між різними чинниками, а також певного рівня правової свідомості. На відміну від згаданих категорій, примирення з потерпілим є складною процедурою, яка, зазвичай, складається з оцінки як фінансових, так і етичних втрат. Навряд чи шістнадцятилітню особу можна залишити наодинці з такими проблемами, тому доречніше, щоб у примиренні неповнолітніх потерпілих у віці до 16 років представляв законний представник, а неповнолітні у віці від 16 до 18 років примирялись самостійно, але за участю законного представника, який би стежив за тим, щоб неповнолітній розумів суть і наслідки того, що відбувається. Виняток повинні становити лише випадки, коли неповнолітній володіє повною

дієздатністю (у випадку одруження, народження дитини, працевлаштування за трудовим договором, заняття підприємницькою діяльністю).

Суспільно-небезпечне діяння може завдати шкоди неповнолітній особі із обмеженою цивільною дієздатністю та недієздатній особі, яка через психічне захворювання не здатна повною мірою або взагалі усвідомлювати значення своїх дій та (або) керувати ними. У кримінальному процесі такі особи визнаються потерпілими, однак їхні інтереси представляють піклувальники або опікуни. У випадку, коли потерпілим є фізична особа з обмеженою цивільною дієздатністю, згідно зі ст. 37 ЦК України вона має право примиритися з обвинуваченим (підсудним) лише за згодою піклувальника. Тобто, примирливий договір повинен підписуватись не тільки таким потерпілим, але й його піклувальником. Недієздатний потерпілий, який з огляду на хронічний стійкий психічний розлад не здатен усвідомлювати значення своїх дій та (або) керувати ними, участі у примиренні брати не може. Відповідно до ст. 41 ЦК України від імені недієздатної особи під час примирення діятиме винятково опікун.

Важливе значення для реалізації права на примирення має момент з якого з'являється процесуальна фігура потерпілого в провадженні у кримінальній справі. Правильною можна вважати погляд авторів [9, с. 24; 10, с. 57; 11, с. 48], які стверджують, що дуже важливим є те, щоб особа визнавалася потерпілою одночасно з порушенням кримінальної справи. Спрвді, лише після визнання потерпілою у кримінальній справі особа отримує комплекс прав і обов'язків, встановлених нормами КПК України, зокрема і право на примирення. Тому зволікання з винесенням слідчим (дознавачем, прокурором) постанови про визнання особи потерпілою може спричинити істотне порушення таких прав потерпілого, як, наприклад, право знати про пред'явлене обвинуваченому обвинувачення; примиритися з обвинуваченим; свідчити; представляти докази; брати участь у слідчих діях, які проводяться за її клопотанням або за клопотанням її представника; знайомитися з протоколами слідчих дій, проведених з її участю і подавати на них зауваження; клопотати про вживання заходів безпеки та ін.

Проте, такий погляд потребує певного застереження. Виходячи з матеріалів слідчої практики, доходимо висновку, що не завжди особу можна визнати потерпілою на стадії порушення кримінальної справи або таке визнання буде недоцільним. Причиною цього може бути низка обставин: органам досудового слідства на момент порушення кримінальної справи невідома особа, якій могла б бути заподіяна шкода злочинним діянням; між злочинним діянням і шкодою, що настала, може бути відсутній причиновий зв'язок; в ході проведення досудового слідства або дізнання з'ясовуються обставини, що виключають злочинність діяння яке, відповідно, веде до зникнення підстав для визнання потерпілим (наприклад, необхідна оборона, крайня необхідність, фізичний або психічний примус, виконання наказу або розпорядження) тощо.

Зазначимо, що в кримінально-процесуальному законодавстві деяких пострадянських країн це питання вирішується, на наш погляд, досить просто і ефективно. Наприклад, ч. ч. 2 і 3 ст. 49 КПК Республіки Білорусь [12] закріплюють такі положення: "2. Якщо при порушенні кримінальної справи підстави для визнання особи потерпілою відсутні, вказане рішення (рішення про визнання особи потерпілою) приймається негайно після встановлення таких підстав. 3. Якщо після визнання особи потерпілою буде встановлено відсутність підстав для її перебування в статусі потерпілого, орган, що веде кримінальний процес, своєю мотивованою постановою припиняє участь даної особи в кримінальному процесі

як потерпілого”. Ми вважаємо, що такий досвід можна з успіхом застосовувати в кримінально-процесуальному законодавстві нашої країни. Це дасть змогу, з одного боку, не допустити штучного розширення чи звуження кола потерпілих, а з іншого – дасть реальну можливість захистити законні права й інтереси потерпілих у кримінальному процесі.

Аналіз низки статей КПК України (п. 8 ст. 30, ст. ст. 49 і 52) засвідчує, що крім перерахованих в ст. 8 КПК України, учасником примирення із сторони потерпілого може бути ще одна особа – це “представник”, правовий статус якого визначається ст. 52 КПК України.

Відповідно, окрім законного представника, інтереси потерпілого можуть представляти:

- адвокат;
- один із близьких родичів чи інша особа, про допуск якої, як представника, просить потерпілий.

Згідно з частиною 3 ст. 52 КПК України представник потерпілого користується його *процесуальними* правами. Тому виникає питання, чи може представник примиритись від імені потерпілого з обвинуваченим (підсудним)? Відповідь буде однозначна – ні, оскільки ст. 46 КК України передбачає однією із умов закриття кримінальної справи примирення обвинуваченого (підсудного) особисто з потерпілим.

Право потерпілого мати представника є лише гарантією на отримання ним кваліфікованої юридичної допомоги для захисту своїх порушених прав та інтересів. Окрім цього, в ст. 52 КПК України чітко йдеться про те, що представник володіє виключно процесуальним правами, а право на примирення закріплено нормами матеріального права.

Проект КПК України, який зареєстрований у Верховній Раді України 13 грудня 2007 р. за № 1233, у ст. 55 визнає потерпілим поряд із фізичною особою також юридичну особу в разі спричинення злочином шкоди її майну і діловій репутації.

Зазначимо, що пропозиція Проекту КПК України про те, щоб потерпілим визнавати окрім фізичної ще й юридичну особу, заслуговує на увагу. Із цього приводу в науковій юридичній літературі вже давно триває дискусія. Одні автори [8; 13; 14; 15, с. 90–93; 16, с. 40] вважають, що потерпілим може бути лише фізична особа, громадянин, інші [17, с. 5–10; 18, с. 83; 19, с. 22; 7, с. 4; 20] – що потерпілим від злочину можуть бути також і юридичні особи. Ми підтримуємо останню позицію науковців щодо визнання потерпілим також і юридичної особи, оскільки це наділить її більшим обсягом прав, ніж би вона була визнана лише цивільним позивачем і, відповідно, більшими можливостями захисту своїх інтересів. Це стосується і права юридичної особи у такому випадку виступати стороною у примиренні, якого на даний момент вона позбавлена, оскільки у кримінальному процесі вона може виступати лише цивільним позивачем, примирення з котрим не тягне за собою такого юридичного факту, як закриття кримінальної справи.

Враховуючи пропозицію законодавця щодо визнання юридичної особи потерпілим, виникає логічне запитання, хто повинен в такому випадку реалізовувати в рамках кримінального судочинства право потерпілого (юридичної особи) на примирення?

Такою особою, згідно положень ст. 53 КПК України, може бути спеціально уповноважена нею на те особа. Інтереси юридичної особи може представляти керівник або інша особа (юрисконсульт, інші співробітники) за дорученням керівника юридичної особи при наявності довіреності на представництво. Крім

того, інтереси юридичної особи при примиренні за її дорученням може представляти адвокат, згідно укладеної із ним угоди на представництво. Керуючись положеннями частини 3 ст. 92 ЦК України, представник юридичної особи зобов'язаний діяти в інтересах юридичної особи, добросовісно і розумно та не перевищувати своїх повноважень. Беручи участь у кримінальному процесі, представник юридичної особи, керуючись вищевказаним положенням закону, повинен бути уповноважений приймати рішення і щодо можливості примирення та підписувати примирливий договір.

1. Указ Президента України від 08.04.2008 № 311/2008 “Про рішення Ради національної безпеки і оборони України від 15 лютого 2008 року “Про хід реформування системи кримінальної юстиції та правоохоронних органів” [Електрон. ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=311%2F2008>
2. Замніус В., Ковриженко Д., Землянська В. Передумови впровадження процедури медіації в Україні // Парламент. – 2004. – № 3. – С. 42–48.
3. Соловійова О.Є. Примирення сторін у кримінальному процесі України. Дис. ... канд. юрид. наук. – Х., 2006. – 225 с.
4. Усатий Г.О. Кримінально-правовий компроміс. Монографія. – К.: Атіка, 2001. – 128 с.;
5. Мандриченко Ж.В. Звільнення від кримінальної відповідальності у зв'язку із примиренням винного з потерпілим. Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – О.: Одеська нац. юрид. акад., 2007. – 16 с.
6. Перепада О.В. Кримінально-правові аспекти примирення між особою, яка вчинила злочин, та потерпілим (порівняльний аналіз законодавства України та ФРН). Автореф. дис. ...канд. юрид. наук. – К.: ІДП НАН України, 2006. – 18 с.
7. Яценко А.М. Примирення з потерпілим в механізмі кримінально-правового регулювання: Автореф. дис. ...канд. юрид. наук. – К.: Київський нац. ун-т ім.Тараса Шевченка, 2006. – 20 с.
8. Давыдова Е.В., Кибальник А.Г., Соломоненко И.Г. Примирение с потерпевшим в уголовном праве. Монография. – Ставрополь, 2002. – С. 8
9. Волосова Н.Ю. Потерпевший в уголовном процессе. Его процессуальное положение. (Учебное пособие) / Под ред. А.П. Гуськовой. – Оренбург: Издательский центр ОГАУ, 1998. – С. 24.
10. Шамардин А.А. Проблемы развития частных начал обвинения в российском уголовном процессе. – Оренбург: Издательский центр ОГАУ, 2002. – С. 57.
11. Жеребятёв И.В. Личность потерпевшего в современном уголовном судопроизводстве России: Монография. – Оренбург: РИК ГОУ ОГУ, 2004. – С.48.
12. УПК Республики Беларусь. Принят Палатой представителей 24.06.1999 г. Одобрен Советом Республики 30.06.1999 г. Введен в действие с 01.01.2001 г. / Ведомости Национального собрания Республики Беларусь/ – 1999. – № 28–29. – 433 с.;
13. Уголовный процесс / Под ред. проф. Чельцова М.А. – М.: Юридическая литература, 1969. – 463 с.
14. Савицкий В.М., Потеружа И.И. Потерпевший в советском уголовном процессе. – М., Госюриздат, 1963. – 171 с.
15. Таций В.Я. Объект и предмет преступления в советском уголовном праве. – Харьков, 1988. – С. 90–93.
16. Красиков А.Н. Сущность и значение согласия потерпевшего в советском уголовном праве. Саратов, 1976. – С. 40.
17. Шаповалова С.І. Потерпілий в досудовому провадженні: Монографія. – Донецьк: ДІВС, 2002. – 160 с.;

18. Михеєнко М.М., Нор В.Т., Шибіко В.П. Кримінальний процес України. – К., 1992. – С. 83.
19. Гошовський М.І., Кучинська О.П. Потерпілий у кримінальному процесі України. – К.: Юрінком Інтер, 1998. – С. 22.
20. Фойницький І.Я. Курс уголовного судопроизводства. – Т. 2. – М.: Изд-во “Альфа”. – СПб, – 1996. – 607 с.

VICTIM AS PARTY OF RECONCILIATION IN PUBLIC PROSECUTION CASES IN CRIMINAL PROCEDURAL LAW OF UKRAINE

I. Hajvorons'ka

*Ivan Franko National University of Lviv,
Universytetska Str. 1, UA – 79000 Lviv, Ukraine
tel. (0322) 39–47–40 E-mail: hajvoronska@ukr.net*

The author highlights characteristic and special features of a victim, as party of reconciliation in public prosecution cases in criminal procedure of Ukraine.

Key words: victim, reconciliation, parties of reconciliation, criminal procedure, procedural rights, minor, legal entity.

ПОСТРАДАВШИЙ, КАК СТОРОНА ПРИМИРЕНИЯ В ДЕЛАХ ПУБЛИЧНОГО ОБВИНЕНИЯ В КРИМИНАЛЬНО- ПРОЦЕССУАЛЬНОМ ПРАВЕ УКРАИНЫ

И. Гайворонска

*Львовский национальный университет имени Ивана Франка
ул. Университетская, 1, 79000 Львов, Украина
тел. (0322) 39–47–40 E-mail: hajvoronska@ukr.net*

В статье автор рассматривает характерные признаки и особенности пострадавшего как стороны примирения в криминальном процессе Украины по делам публичного обвинения.

Ключевые слова: пострадавший, примирение, стороны примирения, криминальный-процес, процессуальные права, несовершеннолетний, юридическое лицо.

Стаття надійшла до редколегії 15.12.2009

Прийнята до друку 10.01.2010

СУДОВО-СЛІДЧІ ДІЇ ЯК ЗАСІБ РОЗГЛЯДУ КРИМІНАЛЬНИХ СПРАВ У СУДІ

І. Когутич

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

На підставі спеціальної літератури та судочинної практики у контексті системи засобів криміналістичної тактики проаналізовано сутність судово-слідчих дій. Наведено їх поняття, співвідношення із слідчими та іншими процесуальними діями, показано значення у судовому розгляді кримінальних справ та вплив на його повноту і всебічність.

Ключові слова: судово-слідчі дії, слідчі дії, процесуальні дії, судові дії, судовий розгляд кримінальних справ.

Як відомо, зміст криміналістичної тактики утворюють вчення про: криміналістичну версію; про організацію й планування розслідування; про поняття слідчої ситуації та її ролі в розслідуванні злочинів; про засоби криміналістичної тактики: слідчі дії, систему тактичних прийомів і рекомендацій щодо проведення окремих слідчих і судово-слідчих дій, тактичні операції, тактичні комбінації, рішення [8, с. 43–45; 1, с. 103–104; 2, с. 259–260; 5, с. 265–266 та ін.]; принципи основ взаємодії між слідчим та іншими органами, що ведуть боротьбу зі злочинністю тощо.

У статті зроблено спробу аналізу, як видається, найголовнішого у контексті придатності для застосування у розгляді кримінальних справ у суді засобу – судово-слідчих дій.

Термін “слідча дія” багаторазово згадується в КПК. Однак законодавець не роз’яснює його зміст. Аналізуючи наявні у літературі підходи науковців процесуалістів і криміналістів щодо трактування цього терміна (а трактують його у двох значеннях: широкому і вузькому). Слідчі дії у широкому значенні – усі дії, які провадить слідчий, виконуючи вимоги кримінально-процесуального закону. За такого підходу ставиться знак рівності між слідчими і процесуальними діями. Слідчі дії у вузькому значенні – це кримінально-процесуальні дії, які виконують для встановлення, фіксації і перевірки доказів. Це більш визнаний і правильний підхід, за якого слідчими діями вважають лише частину процесуальних дій, пізнавального спрямування), можна дійти висновку, що існує потреба у наведенні співвідношення понять; “слідча дія”, “процесуальна дія”, “судова дія” і “судово-слідча дія”.

Найширшим із чотирьох наведених понять, як видається, є “процесуальна дія”. Відповідно до п. 42 ст. 6 проекту КПК [7], процесуальна дія – дія службових осіб органів дізнання, досудового слідства, прокуратури, суду чи інша дія, передбачена цим Кодексом. За суттю – це те, про що вже йшлося: про один із підходів розуміння слідчої дії у широкому значенні.

Частиною процесуальних дій вважають, власне, “слідчі дії” (підхід трактування цього поняття у вузькому значенні).

Судові і судово-слідчі дії – також підмножина процесуальних дій. У якому ж співвідношенні є вони між собою?

Розмежувати ці поняття необхідно за такими критеріями, як притаманність (відсутність) у них пізнавального спрямування і за особливостями їхнього правового врегулювання.

Пізнавальний аспект властивий лише судово-слідчим діям, оскільки унаслідок саме їхнього виконання у судовому засіданні, отримують фактичні дані, відомості про обставини, що їх доказують у справі. Отримані у законний спосіб і зафіксовані в передбаченій законом формі, ці дані стають доказами. У такому розрізі судово-слідчі дії слугують способом збирання (формування) й дослідження доказів на досудових стадіях провадження у кримінальних справах. Формування доказів не означає довільного фабрикування доказів, це надання доказам належної процесуальної форми.

У пізнавальному (змістовному, а не формальному) аспекті судово-слідча дія – це спосіб збирання (формування) й дослідження доказів у судовому засіданні шляхом здійснення регламентованих кримінально-процесуальним законом комплексу пізнавально-засвідчувальних і перевірочних операцій.

Перше запитання, на яке необхідно відповісти, взявши за основу запропоноване визначення: як правильно називати процесуальні дії, які виконують у ході судового слідства – слідчі, судові чи судово-слідчі? Правильним видається третє. Термін “слідчі” необхідно зберегти. На досудових стадіях такі дії йменують “слідчими” не тому, що виконуються слідчим (їх може здійснювати і особа, яка провадить дізнання, і начальник слідчого підрозділу, і прокурор, які взяли на себе їхнє виконання), а тому, що вони слугують складовою частиною розслідування, слідства. У цьому сенсі нічого не змінюється і в судовому розгляді, де такі дії здійснюють в рамках судового слідства. На обидвох стадіях процесу саме “слідчі” дії скеровані (з урахуванням відповідних особливостей) на збирання (формування), перевірку й дослідження доказів. Термін “судові” у словосполученні, яке аналізуємо, також необхідно зберегти – окреслити специфіку таких дій, зумовлену особливостями перебігу судового слідства.

Називати судово-слідчі дії одним терміном “судові”, як видається, не виправдано. Адже всі дії, що здійснюються у судовому розгляді – процесуальні, отож термін “судові дії”, рівнозначний термінові “процесуальні дії”, не розкриває специфіку пізнавальної діяльності, яка також реалізується у суді. Отож, як видається, усі пізнавальні дії, здійснювані під час судового розгляду кримінальних справ, необхідно називати “судово-слідчими”. Інший підхід породжує тупикову плутанину, зумовлену тим, що “судові дії” неможливо відокремити від “процесуальних дій”.

Друге запитання: які судово-слідчі дії з передбачених процесуальним законом слідчих дій можна виконати у судовому засіданні як судово-слідчі?

У главі, що регламентує процес судового слідства в кримінальних справах (гл. 26 КПК), перелічено не всі слідчі дії, передбачені Кодексом. Однак, як видається, це не означає, що коло судово-слідчих дій обмежене тільки наведеними у цій главі. Навіть якщо суд не є суб'єктом доказування, хоча це суперечить закону, таким повністю відповідає вимогам змагальності процесу, тобто *de lege ferenda*, такими самодостатніми суб'єктами слугують і повинні бути сторони і, передусім, їхні найактивніші професійні представники: прокурор та адвокат. Вважаючи стадію провадження справ у суді першої інстанції центральною, що є правильним за суттю і формою, була б, принаймні, нелогічною ситуація, за якої ті, хто реалізує цю стадію були б обмежені у засобах доказування порівняно зі слідчим. Отож, КПК не забороняє провадити під час судового розгляду будь-які слідчі дії, детально перелічені у главах про дізнання й досудове слідство. Однак це не означає, що потреби, фактичні можливості, а також порядок виконання тих чи інших слідчих дій на досудовому розслідуванні й у суді є однаковими.

Між слідчими і судово-слідчими діями є певні і навіть суттєві розбіжності, які виникають за відповідних обставин, про які частково вже йшлося. По-перше, існує розбіжність у меті. Якщо для досудового розслідування це, передусім, формування (виявлення, фіксація й засвідчення) доказів, то для судового розгляду – дослідження (перевірка й оцінка) доказів, зібраних на досудових стадіях і наданих суду. Однак це не означає, що у судовому розгляді не може відбуватись дослідження нових доказів, які не фігурують у матеріалах досудового розслідування. Суд не може відмовитися від дослідження будь-якої обставини чи доказу, оскільки, згідно з кримінально-процесуальним законом, його вирок може бути обґрунтований тільки тими доказами, які розглянуто в судовому засіданні (ст. 323 КПК).

По-друге, суттєво вирізняються процесуальні умови, за яких здійснюються дослідження доказів під час досудового слідства і в суді. В умовах судового розгляду, з урахуванням, зокрема, значної кількості його учасників (особливо за колегіального складу суду), виконання деяких слідчих (судово-слідчих) дій часто є складним щодо реалізації або ж навіть неможливим.

Судова практика засвідчує, що такі слідчі (судово-слідчі) дії, як обшук і виїмка, притаманні для дізнання і досудового слідства, передусім на початкових етапах розслідування у кримінальних справах, під час судового розгляду практично не виконуються. Вони потребують (принаймні, до початку проведення) абсолютної конфіденційності, оперативності, мобільності виконавців, що в судовому засіданні – гласному, публічному, обтяженому багатьма учасниками і чіткими вимогами юридичної процедури, забезпечити майже неможливо. Хоча і необхідності у здійсненні обшуку чи виїмки під час судового процесу, за мізерним винятком, не виникає (не кажучи вже про те, що перспективи щось виявити, відшукати мінімізовані). Відповідно до ст. 66 КПК, суд має право вимагати від підприємств, установ, організацій, службових осіб і громадян пред'явлення предметів і документів, які можуть встановити необхідні фактичні дані. Якщо ж під час розгляду справи у суді у зв'язку із виявленням тих чи інших нових обставин, виникає необхідність у проведенні обшуку або виїмки предметів чи документів, суд, відповідно до ст. 315–1 КПК, мотивованою ухвалою, а суддя – постановою має право доручити органу, який провадив розслідування, виконати такі дії. В ухвалі (постанові) зазначають, для з'ясування яких обставин і які саме слідчі дії необхідно виконати, та встановлюють термін виконання доручення.

Під час судового розгляду можуть бути виконані: допити підсудного, потерпілого, свідка, експерта; судові огляди (місця події, місцевості, приміщень, речових доказів, освідування); оголошення документів; призначення і проведення судових експертиз; пред'явлення для впізнання особи чи предметів; відтворення обстановки і обставин події.

Схожість мети слідчих і судово-слідчих дій та однаковий (за незначним винятком) їхній перелік зумовлює й схожість процесуальних правил їхнього виконання під час досудового розслідування і розгляду кримінальних справ у суді. Проявляється це, зокрема, у проекті КПК, де у статтях, що передбачають виконання у судовому розгляді пред'явлення для впізнання, проведення експертизи, перевірки показань на місці, безпосередньо містяться посилання на правила виконання таких дій на досудовому розслідуванні. Так чи інакше, це має відношення і до інших судово-слідчих дій.

Однак, як уже зазначено, відмінність безпосередніх завдань (мети) дослідження доказів під час судового розгляду і наявність на цій стадії

специфічних як для неї процесуальних умов зумовлюють, порівняно із досудовим розслідуванням, суттєві особливості порядку й тактики виконання судово-слідчих дій у суді. від цього залежить зміст подальшого викладу матеріалу. Ми не повторюватимемо рекомендацій, напрацьованих криміналістикою для досудового розслідування, коли вони придатні і у судовому розгляді, а розглянемо лише особливості тактики виконання окремих судово-слідчих дій залежно від специфіки судового слідства.

Рекомендації криміналістичної тактики стосовно ефективного виконання судово-слідчих дій спрямовані, передусім, на найшвидше і, за змогою, найповніше збирання (формування), фіксацію й оцінку доказів у справі, на підставі яких суд постановить законне і обґрунтоване рішення.

Досудове розслідування, на відміну від судового розгляду кримінальної справи судом першої інстанції, зазвичай, провадять за таких умов, коли слідчий не завжди може передбачати, які докази виявляться істотними для справи, а які не матимуть практичного значення, тобто діє, майже “наосліп” [4, с. 70]. Унаслідок цього слідчий намагається виявити максимальну кількість зв’язків події злочину з об’єктивною дійсністю і пов’язані з цією взаємодією зміни. Тут слідчий має у своєму розпорядженні об’єктивну можливість досліджувати докази в їхніх першоджерелах. Адже перебіг розкриття і розслідування злочинів відбувається, зазвичай, в умовах дефіциту часу, інформації та конфліктності [3, с. 79]. За такого перебігу вирішення завдань доказування можливе за умов застосування дещо складніших і ефективніших прийомів пізнання, які передбачають різноманітні заходи процесуального примусу з метою забезпечення можливості подолання протидії осіб, зацікавлених у прихованні чи спотворенні істини [11, с. 49]. А це, відповідно, диктує і спеціальні вимоги до тактичних прийомів, що застосовуються у рамках досудового слідства: раптовість, швидкість, оперативність тощо “Відмінність між цими двома стадіями процесу, – зазначив О.Л. Ципкін, – полягає в тому, що перша є розслідуванням попереднім і відіграє, як відомо, допоміжне значення стосовно другої, як такої, що становить собою вже розслідування завершене” [9, с. 44].

Суд, прокурор, адвокат вже перед початком дослідження обставин справи у судовому процесі обізнаний з матеріалами досудового розслідування (за умови, що до цього вони готувались): які відомості у справі встановлено, з яких джерел їх отримано і як вони взаємопов’язані з іншими доказами. Отож для цих суб’єктів кримінального провадження, що розглядають справу за суттю, проблеми збирання (формування) доказової інформації, здебільшого, або не існує взагалі, або вона є не настільки актуальною, як це властиво стадії досудового розслідування. Під час судового розгляду головну увагу приділяють, як вже зазначалось, не розшуку носіїв інформації (їх, зазвичай, вже встановлено органами дізнання і слідчим), а одержанню, дослідженню, перевірці й оцінці отриманих відомостей про факти, що й визначає сутність діяльності щодо збирання доказів [10, с. 9].

Погодисьмо з тим, що обізнаність з матеріалами досудового слідства полегшує доказування, яке здійснюватимуть у ході подальшого судового розгляду кримінальної справи. Воно дає змогу суду, прокурору, адвокату з’ясувати спірні, незрозумілі питання, виявити слабкі ланки в ланцюзі доказів і зосередити увагу на їхній перевірці. Дослідження джерел інформації, раніше вивчених слідчим, спричинює до формування за суттю нового доказу. Наприклад, показання свідка, допитаного під час судового слідства – це не звичайне відтворення показань, наданих раніше слідчому, адже повторне дослідження джерела інформації здійснюють вже нові суб’єкти пізнавальної діяльності й за умов нової пізнавальної

ситуації [3, с. 80]. Звідси і завдання, що підлягає вирішенню у ході судового розгляду: “порівняти два наявних докази, дослідити розбіжності між ними, одержати необхідну додаткову інформацію з метою вирішення питання, який з двох доказів є достовірним [11, с. 84].

Та обставина, що судовий розгляд за часом віддаленіший від моменту вчинення злочину, аніж досудове слідство, досить часто призводить до унеможливлення або до значних складнощів щодо безпосереднього виконання в суді тих чи інших дій, які було свого часу здійснено в процесі розслідування. Зокрема, на момент розгляду кримінальної справи у суді свідки, потерпілий можуть взагалі забути окремі деталі злочину; обстановка місця події (унаслідок різноманітних просторово-часових явищ чи дії людського чинника), речові докази (унаслідок експертних досліджень) могли бути видозмінені або ж взагалі не збереглися унаслідок об’єктивних причин (дія органічних процесів) тощо. Отож, як зазначають в літературі, судовий розгляд не заперечує можливості дослідження матеріалів досудового слідства навіть без повторення на суді тих дій, унаслідок яких їх отримано [12, с. 123; 6, с. 131–150; та ін.].

Отже, рекомендації криміналістики необхідно спрямувати, передусім, не на пошук нових фактичних даних у суді, а на найефективніше використання наявних доказів. Цього досягають за допомогою їхнього аналізу і зіставлення з іншим даними, встановленням причин розбіжності між ними. З цією метою під час судового слідства оголошуються всі протоколи, складені в процесі розслідування під час огляду, обшуку, виїмки, досліджують речові докази тощо. З огляду на це серед тактичних прийомів виконання відповідних судово-слідчих дій превалюють ті, які спрямовано на перевірку, узагальнення й оцінку доказового матеріалу [3, с. 81].

1. Біленчук П.Д., Головач В.В., Салтєвський М.В. та ін. Криміналістика: Підручник / За ред. П.Д. Біленчука. – К.: Право, 1997. – 256 с.
2. 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. – 544 с.
3. Кисленко С.Л., Комиссаров В.И. Судебное следствие: состояние и перспективы развития. – М.: Юрлитинформ, 2003. – 176 с.
4. Колбая Г.Н. Соотношение предварительного следствия и судебного разбирательства. – М.: Юридическая лит., 1975. – 152 с.
5. Криминалистика: Учеб. пособ. / А.В. Дулов, Г.И.Грамович, А.В.Лапин и др. ; Под ред. А.В.Дулова. – Мн.: НКФ “Экоперспектива”, 1996. – 415 с.
6. Мойсеева Т.В. Объективность и беспристрастность суда первой инстанции. – М.: Изд-во “Юрлитинформ”, 2006. – 152 с.
7. Проект Закону України від 19.05.2003 р. № 3456–1 “Кримінально-процесуальний кодекс України”, одержаний Верховною Радою України 19.05.2003 р., прийнятий Верховною Радою України у першому читанні 27.06.2004 р.
8. Салтєвський М.В. Криміналістика. Підручник: У 2 ч. Ч. 2. – Харків: Консум, 2001. – 528 с.
9. Цыпкин А.Л. Судебное следствие и криминалистика // Соц. законность. 1938. № 12. – С.43–46.
10. Чеджемов Т.Б. Судебное следствие. – М.: Юридическая лит., 1979. – 96 с.
11. Шейфер С.А. Собираание доказательств в советском уголовном процессе. Методологические и правовые проблемы. – Саратов: Изд-во СГУ, 1986. – 170 с.
12. Шундилов В.Д. Принцип непосредственности при расследовании и рассмотрении уголовных дел / Науч. ред. Чеканов В.Я. – Саратов: Изд-во СГУ, 1974. – 157 с.

COURT INVESTIGATIVE PROCEDURES AS MEANS OF CRIMINAL CASES CONSIDERATION IN COURT

I. Kogutych

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

In the article the essence of court investigative procedures is analyzed on the basis of special literature and judicial practice in the context of criminalistics technique tools. Their definition and the correlation with investigative actions and other procedural actions are presented; their significance for the criminal cases consideration and the influence on its plenitude and comprehensiveness are argued.

Key words: court investigative procedures, investigative procedures, legal proceedings, court actions, criminal cases consideration.

СУДЕБНО-СЛЕДСТВЕННЫЕ ДЕЙСТВИЯ КАК СРЕДСТВО РАССМОТРЕНИЯ УГОЛОВНЫХ ДЕЛ В СУДЕ

И. Козутич

*Львовский национальный университет имени Ивана Франка
ул. Университетская, 1, 79000 Львов, Украина*

На основании специальной литературы и судочинної практики в контексте системы средств криміналістическої тактики проаналізована сутність судово-слідствених дій. Приведено їх поняття, соотношение со следователями и другими процессуальными действиями, показано значение в судебном разбирательстве уголовных дел и влияние на его полноту и всесторонность.

Ключевые слова: судебно-следственные действия, следственные действия, процессуальные действия, судебные действия, судебное разбирательство уголовных дел.

Стаття надійшла до редколегії 08.12.2009
Прийнята до друку 10.01.2010

ПОРУШЕННЯ ВИМОГ КРИМІНАЛЬНО-ПРОЦЕСУАЛЬНОГО ЗАКОНУ, ЩО ЗАБЕЗПЕЧУЮТЬ ПРАВО УЧАСНИКІВ ПРОЦЕСУ НА АПЕЛЯЦІЙНЕ ОСКАРЖЕННЯ СУДОВИХ РІШЕНЬ, ЯК ПІДСТАВА ПОВЕРНЕННЯ СПРАВИ СУДУ ПЕРШОЇ ІНСТАНЦІЇ

В. Мармаш

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

У статті досліджено підстави та процесуальний порядок повернення справи суду першої інстанції внаслідок порушення ним вимог кримінально-процесуального закону, що забезпечують право учасників процесу на апеляційне оскарження судових рішень, з етапу попереднього розгляду кримінальної справи судом апеляційної інстанції.

Ключові слова: попередній розгляд справи судом апеляційної інстанції, повернення справи суду першої інстанції, підстави повернення справи суду першої інстанції.

Чинний кримінально-процесуальний закон у ст.ст.349–355 КПК України детально регламентує процесуальний порядок та строки звернення із апеляціями на судові рішення, визначає вимоги, що ставляться до її форми та змісту, а також регулює дії суду першої інстанції, пов'язані із забезпеченням права учасників процесу на апеляційне оскарження, здійсненням контролю за дотриманням вимог кримінально-процесуального закону на цьому етапі судочинства та підготовкою апеляційного розгляду справи. Лише неухильне виконання апелянтами та судом першої інстанції вимог процесуального закону на етапі апеляційного оскарження є необхідною умовою законності прийнятих за результатами апеляційного розгляду справи підсумкових рішень.

З огляду на це на етапі попереднього розгляду справи суд апеляційної інстанції вирішує низку завдань контрольного характеру за процесуальною діяльністю суду першої інстанції на етапі апеляційного оскарження судових рішень [1]. Якщо в ході попереднього розгляду справи суд апеляційної інстанції при вирішенні зазначених завдань встановить, що судом першої інстанції були допущені порушення процесуального закону, вказані у частині 2 ст. 359 КПК України, для їх усунення справа повертається до суду, що постановив оскаржуване рішення. При цьому кожний такий випадок зняття справи з апеляційного розгляду та повернення її до суду першої інстанції для виконання вимог процесуального закону, безумовно, тягне за собою негативні наслідки як для інтересів апелянтів, так і інтересів правосуддя, що пов'язано з значним уповільненням розгляду справ.

Зазначимо, дослідженню визначених у частині 2 ст. 359 КПК України підстав для повернення справи суду першої інстанції не було присвячено достатньо уваги в сучасній кримінально-процесуальній науці. Ці питання переважно досліджували окремі автори лише фрагментарно в ході аналізу проблемних питань стадії апеляційного провадження. Зокрема, деяким проблемним аспектам цих питань були присвячені праці таких українських і російських вчених-процесуалістів, як О.Ю. Костюченко, В.Т. Маляренко, Т.В. Шевченко, В.І. Теремецького Д.В. Філіна, В.Ю. Брянського, С.І. Беззубова, В.Л. Головкова, О.Н. Палієвої, А.Н. Разінкіної, Н.В. Сидорової, Н.С. Чувашової, Н.І. Шелепанова, проте обсяг цих наукових досліджень поки що є недостатнім.

З огляду на це актуальною видається мета цієї статті – аналіз та дослідження законних підстав та процесуального порядку повернення справи суду першої інстанції з етапу попереднього розгляду кримінальної справи судом апеляційної інстанції й розроблення на цій основі науково-обґрунтованих пропозицій з метою вдосконалення чинного кримінально-процесуального законодавства. Зазначений аналіз, на наш погляд, доцільно зробити у контексті завдань процесуального стану попереднього розгляду справи судом апеляційної інстанції. Одним із завдань, що вирішує суд апеляційної інстанції на етапі попереднього розгляду справи, слід визнати здійснення ним **перевірки (контролю) додержання судом першої інстанції після винесення судового рішення вимог кримінально-процесуального закону, пов'язаних із забезпеченням права учасників процесу на апеляційне оскарження судових рішень**. У цій статті спробуємо дослідити ті з визначених у кримінально-процесуальному законі підстав для повернення справи суду першої інстанції, які виявляються судом апеляційної інстанції безпосередньо у вирішенні вказаного завдання. Зокрема, суд апеляційної інстанції в межах цього завдання з'ясує такі питання.

Чи було вручено засудженому (виправданому) копію вироку у справі?

Відповідно до частини 1 ст. 344 КПК України копія вироку вручається засудженому або виправданому в триденний строк після проголошення вироку. Підтвердженням вчинення зазначеної процесуальної дії слугує розписка засудженого (виправданого), у якій зазначають час вручення йому копії вироку. Ця розписка долучається до матеріалів кримінальної справи. Якщо засуджений перебуває під вартою, копія вироку вручається йому через адміністрацію місця ув'язнення.

Як засвідчує проведений аналіз судової практики у місцевих загальних судах м. Львова, якщо вимога процесуального закону про необхідність вручення засудженому, що утримується під вартою, копії вироку у триденний строк переважно виконується судами, то аналогічна вимога стосовно засуджених (виправданих), які не перебувають під вартою, зазвичай, не виконується, й розписок про вручення їм копії вироку в матеріалах справи немає. У кращому випадку копії вироку направляються їм простим листом разом із супровідним документом.

Зазначену ситуацію, на наш погляд, можна пояснити тим, що із визначенням моменту вручення засудженому, який утримується під вартою, копії вироку суду, законодавець пов'язує настання правових наслідків – початок перебігу строку на апеляційне оскарження вироку суду для цього учасника процесу. Натомість для засудженого (виправданого), який не утримується під вартою, та інших учасників процесу початок перебігу строку на апеляційне оскарження судових рішень не пов'язаний із моментом вручення їм копії вироку й вираховується з моменту проголошення відповідного судового рішення.

Проте не варто недооцінювати значення визначеного у законі триденного строку для вручення копії вироку засудженому (виправданому), в тому числі й тому, що не утримується під вартою. Порухення зазначеного строку та невчасне вручення засудженому (виправданому) копії вироку може бути підставою для відновлення пропущеного строку на апеляційне оскарження, невчинення зазначеної процесуальної дії є згідно з п. 3 частини 2 ст. 359 КПК самостійною підставою для зняття справи з апеляційного розгляду та повернення її суду першої інстанції з метою виконання відповідних вимог процесуального закону.

На забезпечення права засудженого (виправданого) на апеляційне оскарження вироку спрямовано й положення частини 2 ст. 344 КПК України, що зобов'язує суд першої інстанції вручити останньому переклад вироку на його рідною мовою або мовою, якою він володіє, якщо вирок складений мовою, якою той не володіє. У випадку невиконання зазначеної вимоги закону справу для вчинення відповідних процесуальних дій повертають суду першої інстанції. Так, Постановою апеляційного суду Закарпатської області від 07.06.2007 р. у справі за апеляцією засудженої Особа 1 на вирок Берегівського районного суду Закарпатської області від 06.04.2007 р. кримінальну справу обгрунтовано було повернуто суду першої інстанції для виконання вимог ст. 344 КПК України на тих підставах, що засуджений не було вручено переклад вироку на її рідну мову чи на мову, якою вона володіє, оскільки вона “за національністю угорка. Ні російської, ні української мови вона не знає” [2].

Кримінально-процесуальний закон нічого не пише про права інших учасників судового розгляду на одержання копій вироку, проте це не перешкоджає суду на їх прохання видати їм такі. У будь-якому разі суд повинен надати можливість їм ознайомитись з вироком у приміщенні суду, якщо надійшло відповідне клопотання.

Чи був головуючим та секретарем судового засідання підписаний протокол судового засідання?

Основним засобом фіксації перебігу судового розгляду справи відповідно до частини 1 ст. 87 КПК є протокол судового засідання. Значення його полягає у тому, що він є “єдиним документом, у якому відображено весь хід судового розгляду, тобто порядок його проведення, сутність розглядуваної кримінальної справи, ступінь дослідження обставин цієї справи і законність дій суду при її розгляді. Звідси, є очевидним велике значення протоколу судового засідання для вищестоящего суду, що перевіряє законність та обгрунтованість постановленого у справі вироку” [3, с. 7].

Ведення протоколу покладено законом на секретаря судового засідання, який разом із головуючим суддею відповідають за правильність фіксації ходу судового процесу у протоколі. Щоб підтвердити це, головуючий зобов'язаний особисто перевірити, чи складений протокол належно.

Після того, як головуючий перевіряє і редагує протокол судового засідання, його підписує секретар судового засідання і головуючий. Протокол, не підписаний цими особами, не може мати значення офіційного процесуального документа [4, с. 31]. Відповідно до п. 1 частини 2 ст. 359 КПК України, якщо за результатами попереднього розгляду справи судом апеляційної інстанції буде встановлено, що протокол судового засідання не підписаний головуючим та секретарем судового засідання, справа повинна бути повернута судові першої інстанції для виконання відповідних вимог процесуального закону. Зокрема, саме на цих підставах для підписання головуючим у справі протоколів судових засідань Постановою апеляційного суду Львівської області від 16.02.2007 р. у справі за апеляцією прокурора Ж. на постанову Пустомитівського районного суду Львівської області від 14.11.2006 р. кримінальну справу про обвинувачення Особа 1 за частини 1 ст. 121 КК України повернуто суду першої інстанції [5].

Відповідно до частини 1 ст. 87–1 КПК обов'язок виготовлення і підписання протоколу судового засідання виникає у головуючого та секретаря судового засідання лише після закінчення судового розгляду справи. Проте у літературі

висловлювались й інші пропозиції, які передбачали можливість підписання протоколу частинами. Зокрема, науковець В.М. Іщенко пропонував на законодавчому рівні врегулювати обов'язковість підписання учасниками судових дій тієї частини протоколу судового засідання, у якій зафіксовано їх результати, подібно до того, як на досудовому слідстві протокол слідчої дії підписують особа, яка виконувала слідчу дію, допитана особа, а також перекладач, поняті та інші особи, які брали участь у провадженні цієї дії. Таке положення забезпечить, на думку цього автора, додаткові гарантії достовірності доказової частини протоколу судового засідання [6, с. 151]. Подібні пропозиції висловлювали і російські науковці та практики Н.С. Чувашова [7, с. 39–40], Є. Львова, В. Паршуткіна [8, с. 52–53], М. Фоміна [9, с. 22–24] з тією лише відмінністю, що головуючому й секретарю судових засідань пропонується процесуально оформляти й підписувати протокол за результатами кожної частини судового розгляду окремо (підготовча частина, судове слідство, дебати), надавати можливість учасникам судового розгляду ознайомитись із протоколом судового засідання й подати на нього у необхідних випадках зауваження, які повинні бути розглянуті. Лише після цього суд має право виходити у нарадчу кімнату для винесення підсумкових рішень у справі.

Проте погодитись із цими пропозиціями ми не можемо, оскільки їх реалізація значно уповільнить судовий розгляд справи й істотно порушуватиме процесуальну гарантію безперервності судового розгляду. Корисний ефект, який планується досягнути від їх реалізації, у вигляді підвищення достовірності відображення у протоколі ходу судового засідання, на наш погляд, може бути досягнутий шляхом ширшого використання звукозаписувальних технічних засобів фіксування судового процесу із подальшим відтворенням технічного запису судового засідання у розгляді зауважень на протокол судового засідання, як це передбачено у ст. 88–2 КПК України. Водночас слушно вважаємо пропозицію передбачити у кримінально-процесуальному законі обов'язок суду, у разі відкладення розгляду справи чи зупинення провадження у ній, виготовити й підписати в порядку та строки, передбачені частиною 1 ст. 87–1 КПК України, починаючи з моменту прийняття відповідного процесуального рішення, частину протоколу, у якій був би відображений перебіг поточного судового засідання. Після цього учасникам судового розгляду з дозволу головуючого варто надати можливість ознайомитись із цією частиною протоколу судового засідання. Хоч, зазначимо, ст. ст. 87–87–1 КПК України у нині чинній редакції Закону також не перешкоджають суду діяти відповідним чином, оскільки, як доводить аналіз судової практики, так звані “відкладні” протоколи судових засідань виготовляються та підписуються ще задовго до спливу визначеного у частині 1 ст. 87–1 КПК України семиденного строку після закінчення судового розгляду справи.

Решта вимог, окрім підпису головуючого та секретаря судового засідання, щодо форми та змісту протоколу судового засідання передбачені у частині 3 ст. 87 КПК України. Недотримання їх у складанні та процесуальному оформленні протоколу судового засідання, безумовно, вважатимуться порушенням вимог кримінально-процесуального закону, однак питання щодо їх істотності повинен вирішувати суд в ході апеляційного розгляду справи. Безумовною підставою для скасування вироку відповідно до п. 10 частини 2 ст. 370 КПК України є відсутність у матеріалах справи протоколу судового засідання. Будь-які інші процесуальні порушення, пов'язані із недотриманням

вимог щодо форми й змісту протоколу судового засідання, недбалим його веденням, суд апеляційної інстанції має оцінювати в ході апеляційного, а не попереднього розгляду справи, керуючись вимогами частини 1 ст. 370 КПК України, а саме, чи перешкодили або чи могли перешкодити вони суду повно та всебічно розглянути справу і постановити законний, обґрунтований і справедливий вирок чи постанову. За цих умов допущені порушення можуть бути підставою для скасування вироку і повернення справи на новий судовий розгляд. Якщо ж ці порушення не можуть бути підставою для скасування вироку, то вищестоящі суди за наявності підстав має право реагувати на недбале ведення протоколу судового засідання окремими ухвалами.

Керуючись вищенаведеним, оскільки у ст. 359 КПК України серед підстав для зняття справи з апеляційного розгляду й повернення її суду першої інстанції немає вказівки на будь-які інші процесуальні порушення, пов'язані із недотриманням вимог щодо форми та змісту протоколу судового засідання, окрім невідповідності його головному та секретарем судового засідання, а тому не можемо погодитись із наявною в окремих випадках судовою практикою безпідставного, на наш погляд, повернення справ суду першої інстанції для виконання вимог щодо форми й змісту протоколу судового засідання. Так, Постановою Апеляційного суду Київської області від 07.11.2006 р. у справі за апеляцією засудженого Особа 1 на вирок Броварського міськрайонного суду Київської області від 06.09.2006 р., яким його засуджено за ст. 286 частини 1 КК України, кримінальну справу знято з апеляційного розгляду і повернуто суду першої інстанції на тих підставах, що в протоколі судового засідання не зазначено час та дату початку судового засідання, а на звороті є не обумовлена прогалина, через що протокол не відповідає вимогам ст. 87 КПК України [10]. Наведені вище та їм подібні процесуальні порушення повинні оцінюватись судом в ході апеляційного розгляду справи та не є підставою для прийняття за результатами попереднього розгляду справи судом апеляційної інстанції рішення про повернення справи суду першої інстанції.

Чи надав суд першої інстанції можливість ознайомитися із протоколом судового засідання та чи розглядав зауваження на нього, якщо такі були подані?

Відповідно до частини 1 ст. 87–1 КПК України протокол судового засідання повинен бути виготовлений не пізніше ніж сім діб від дня закінчення розгляду справи. У частині 2 цієї статті Закону, як виняток, допускається можливість продовження головою зазначеного строку, але не більше ніж на чотирнадцять діб після закінчення розгляду справи. Згідно зі ст. 88 КПК України сторони мають право знайомитись з протоколом судового засідання і протягом трьох діб після повідомлення про виготовлення протоколу або після закінчення строку на його виготовлення подавати свої письмові зауваження з приводу допущеної неточності.

Якщо за результатами попереднього розгляду справи судом апеляційної інстанції буде встановлено, що суд першої інстанції не розглянув подані в межах строків, передбачених ст. 388 КПК України, зауваження на протокол судового засідання, то на підставі п. 2 частини 2 ст. 359 КПК України справа повинна бути повернута йому для виконання вимог ст. ст. 88–88–1 КПК України. Оскільки можливість подання зауважень безпосередньо залежить від реалізації учасниками судового розгляду права на ознайомлення із протоколом судового засідання, а тому позбавлення їх зазначеного права також є підставою згідно з п. 2 частини 2 ст. 359 КПК України для повернення справи суду першої інстанції для виконання вимог ст. ст. 88–88–1 КПК України.

Натомість виникає запитання: як діяти суду апеляційної інстанції, якщо буде встановлено, що суд першої інстанції не розглянув зауважень на протокол судового засідання, які подані із пропуском визначеного у ст. 88 КПК України строку? Зокрема, у цій статті можливість подання зауважень на протокол судового засідання обмежується триденним строком, який обчислюється або з моменту повідомлення сторін про виготовлення протоколу, або з моменту закінчення строку на його виготовлення. З цього приводу, зазначимо, нині чинний КПК України допускає широкі можливості для зловживання сторонами наданий їм процесуальним правом на подання зауважень на протокол судового засідання, а суди апеляційної інстанції нерідко “закривають очі” на подібні випадки. Так, наприклад, вироком Лозовського міськрайонного суду від 25.10.2006 р. Особа 1 було засуджено за ст. 185 частини 3 КК України. Під час знаходження справи в суді апеляційної інстанції, а саме 03.08.2007 р. від засудженого особа 1 надійшли зауваження на протокол судового засідання. І хоча клопотання про поновлення строку на подання зауважень на протокол судового засідання засудженим Особа 1 не було заявлено, Постановою апеляційного суду Харківської області від 27.08.2007 р. (*прим.* – тобто майже через рік після постановлення вироку) справу було повернуто судові першої інстанції для виконання вимог ст. 88 КПК України [11]. Очевидно, що право на вчинення будь-якої процесуальної дії, в тому числі й на подання зауважень на протокол судового засідання, втрачається зі спливом строку на її вчинення, якщо останній у порядку ст. 90 КПК України не було поновлено. Можливо, у наведеному випадку суд апеляційної інстанції прагнув таким способом “перестрахуватись” від можливих порушень процесуальних прав засудженого, однак, насправді, лише значно уповільнив розгляд справи. Незрозуміло, що робитиме суд апеляційної інстанції далі, якщо після повторного надходження справи засуджений подасть ще декілька “зауважень” на протокол судового засідання. Вихід із цієї патової ситуації, на наш погляд, лише один – залишати без розгляду зауваження на протокол судового засідання, подані після закінчення строку, передбаченого ст. 88 КПК України, за відсутності клопотання про його поновлення.

Складнішою буде ситуація, коли таке клопотання все ж надійде до суду апеляційної інстанції. Який суд у такому разі повинен вирішити його – суд першої чи апеляційної інстанції. На наш погляд, у цьому випадку доцільно покластися на того, у провадженні якого суду на даний момент знаходиться справа: якщо у провадженні суду апеляційної інстанції, то саме він повинен вирішити зазначене клопотання, після чого, у разі його задоволення, – поновити пропущений процесуальний строк та повернути справу суду першої інстанції для виконання вимог ст. 88–88–1 КПК України, або, у разі відхилення клопотання, – продовжити апеляційний розгляд справи.

Водночас зазначимо, що вирішення окреслених тут проблем лежить у площині необхідності внесення змін у ст. 90 КПК України, яка носить загальний характер й регламентує питання поновлення процесуальних строків у кримінальному судочинстві. Пропонуємо доповнити її положенням про те, що право на вчинення процесуальної дії втрачається з завершенням процесуального строку на її вчинення, встановленого законом або судом, а також вказівкою про те, що питання визнання причини пропуску строку поважною вирішується службовою особою, в провадженні якої знаходиться кримінальна справа.

Кримінально-процесуальний закон не містить чітких вимог щодо форми та змісту зауважень сторін на протокол судового засідання. Проте зі змісту ст. 88 КПК України вбачається, що зазначений документ обов'язково повинен бути складений у письмовій формі та поданий саме як зауваження на протокол судового засідання відповідно до порядку, передбаченого у ст. ст. 88–89 КПК України. Для цього бажано безпосередньо вказувати, що документ, який подається, є “зауваженнями на протокол судового засідання”, оскільки саме із ним пов'язується настання правових наслідків, передбачених ст. 88–1 КПК України; у ньому повинна бути вказівка на особу, що подає зауваження; та вказівка, у чому полягає неправильність чи неповнота протоколу судового засідання. Крім наведених вище вимог, у зауваженнях на протокол судового засідання, на наш погляд, доцільно також відтворити свій варіант перебігу судового засідання, який, як вважається, був недостовірно відображений у протоколі.

З огляду на це не можемо погодитись із наявною в окремих випадках практикою повернення справ судам першої інстанції для виконання вимог ст. ст. 88, 88–1 КПК України у зв'язку з тим, що останній не розглянув зауваження на протокол судового засідання, які містяться в інших документах, поданих на адресу суду (в апеляціях, доповненнях до апеляції). Зокрема, Постановою апеляційного суду м. Севастополя від 30.03.2007 р. кримінальну справу про обвинувачення Особа 1 за ст. 121 ч. 1 КК України повернуто суду першої інстанції для виконання вимог ст. ст. 88, 88–1 КПК України. При цьому вирок у зазначеній справі був постановлений Ленінським районним судом м. Севастополя 23.01.2006 р. Засудженням Особа 1 24.11.2006 р. були подані зауваження на протокол судового засідання, які, незважаючи на пропуск строку їх подання, були розглянуті судом 01.12.2006 р. Справа суду першої інстанції була повернута на тих підставах, що 28.11.2006 р., 11.01.2007 р. засудженням Особа 1 також були подані доповнення до апеляції, в яких містилися не розглянуті судом зауваження на протокол судового засідання [12]. Строки, порядок та вимоги щодо змісту й форми зауважень на протокол судового засідання у цьому випадку засудженому були відомі (зокрема, він раніше звертався із самостійними зауваженнями, які були розглянуті судом). Не зрозуміло тоді, чому судом апеляційної інстанції вказані вимоги були проігноровані, а окремі докази апеляції чи доповнень до апеляції були розцінені як зауваження на протокол судового засідання.

Будь-яких інших процесуальних порушень, пов'язаних із реалізацією учасниками судового розгляду права на подання зауважень на протокол судового засідання, крім випадків, коли їм не було надано змогу ознайомитися із протоколом судового засідання, та не були розглянуті зауваження з приводу його неправильності чи неповноти, які становили підставу для повернення справи суду першої інстанції, чинний кримінально-процесуальний закон не передбачає. А тому решта процесуальних порушень, пов'язаних із реалізацією зазначеного права, зокрема, неповідомлення або несвоєчасне повідомлення учасників судового розгляду про виготовлення і підписання протоколу судового засідання, несвоєчасний розгляд зауважень на протокол чи порушення порядку його розгляду, що встановлений ст. 88–1 КПК України, не можуть бути підставою для повернення справи суду першої інстанції в порядку частини 2 ст. 359 КПК України й повинні оцінюватись судом апеляційної інстанції в ході апеляційного розгляду справи.

Чи надана сторонам протягом строку на апеляційне оскарження за їх клопотанням можливість ознайомитися з матеріалами справи?

Відповідно до частини 4 ст. 349 КПК України протягом строку, встановленого для подання апеляції, справу ніхто не може витребувати із суду. Протягом цього строку суд зобов'язаний надати сторонам за їх клопотанням можливість ознайомитися з матеріалами справи. Невиконання цих вимог відповідно до п. 2 частини 2 ст. 359 КПК України є підставою для повернення справи суду першої інстанції.

Проте, зазначимо, у юридичній літературі та судовій практиці є різні підходи до визначення меж здійснення сторонами права на ознайомлення з матеріалами справи після встановлення вироку суду. Зокрема, колишній голова Верховного Суду України В.Т. Маляренко вважає, що “протягом строку подання апеляції реалізувати таке право мають усі учасники судового розгляду, а не один із них, тому в деяких випадках кожному учаснику судового розгляду може залишитись дуже обмежений час на ознайомлення. Однак це не можна розцінювати як порушення права на захист, оскільки такою є воля законодавця... Ознайомлення з матеріалами справи протягом більш тривалого строку, ніж установлено законом, без його поновлення у встановленому порядку, є порушенням закону, за яке суддя має нести відповідальність” [13, с. 48–49].

Натомість судова практика знає і протилежні підходи, коли клопотання про ознайомлення з матеріалами справи надходить після закінчення строку на апеляційне оскарження, однак задовольняється судом. Зокрема, Постановою апеляційного суду Закарпатської області від 11.06.2007 р. кримінальну справу за апеляцією на вирок Іршавського районного суду від 23.04.2007 р. знято з апеляційного розгляду та повернуто судові першої інстанції для виконання вимог ст. 349 КПК України на тих підставах, що засуджений Особа 1 подав до суду апеляційної інстанції клопотання про ознайомлення його з матеріалами кримінальної справи, а зазначена обставина перешкоджає розгляду цієї справи по суті судом апеляційної інстанції [14].

На наш погляд, обидва наведені підходи суперечать чинному кримінально-процесуальному законодавству. Зокрема, надання сторонам, від яких клопотання про ознайомлення з матеріалами справи надійшло за межами строку на апеляційне оскарження, без попереднього вирішення питання про поновлення строку на ознайомлення з матеріалами справи в порядку ст. 90 КПК України, можливості знайомитись із ними (тим більше зняття справи з апеляційного розгляду на цих підставах), на наш погляд, слід вважати порушенням кримінально-процесуального закону, а саме – вимог частини 4 ст. 349 КПК України. Крім того, такі дії можуть бути причиною значного уповільнення розгляду справи. Водночас і категоричність, висловлена В.Т. Маляренком з приводу неможливості ознайомлення сторін з матеріалами справи за межами строку на апеляційне оскарження, не є правильною. Як вбачається зі змісту частини 4 ст. 349 КПК України, законодавець строком на апеляційне оскарження обмежив можливості сторін щодо звернення із клопотаннями про ознайомлення з матеріалами справи. Проте, якщо таке клопотання надійшло в межах цих строків, суд повинен надати сторонам матеріали справи для ознайомлення. При цьому кримінально-процесуальний закон не містить жодних обмежень щодо строків, протягом яких може тривати ознайомлення з матеріалами справи.

На можливість зловживання сторонами процесуальним правом на ознайомлення з матеріалами справи неодноразово було звернуто увагу в працях як російських авторів [15, с. 54], так і українських. Зокрема, суддя Т.В. Шевченко з цього приводу зазначила: “На практиці нерідко заяви про ознайомлення з

матеріалами справи подаються після закінчення строку на оскарження рішення суду, а саме ознайомлення умісно затягується, що призводить до значного порушення строків направлення справ до суду другої інстанції” [16, с. 31].

У зв’язку з наведеним, важливо на законодавчому рівні передбачити правові засоби, які б перешкоджали недобросовісному використанню права на ознайомлення із матеріалами справи. Такий механізм був передбачений у частині 3 ст. 88 КПК України (до внесення змін у КПК України згідно із Законом від 08.09.2005 р. №2875-IV) стосовно випадків зловживання правом на ознайомлення з протоколом судового засідання. Зокрема, було передбачено, що у разі затягування ознайомлення з протоколом судового засідання чи встановлення не передбачених законом умов для його ознайомлення, особа, яка пред’являє протокол для ознайомлення, складає про це протокол і передає головууючому. Головуючий у таких випадках затверджує графік ознайомлення, що є обов’язковим для особи, яка знайомиться з протоколом судового засідання. За наявності поважних причин визначені у графіку строки ознайомлення з протоколом можуть бути продовжені постановою головууючого. Після закінчення визначеного в графіку строку головууючий своїм розпорядженням припиняє ознайомлення з протоколом.

Чому вказане положення було виключено із КПК України, нам не зрозуміло. Жодної небезпеки для здійснення права на ознайомлення із протоколом судового засідання добросовісними учасниками процесу воно не становило, проте перешкоджало випадкам зловживання цим правом. А тому, вважаємо, це законодавче положення повинно бути відновлено й поширено також на випадки зловживання правом на ознайомлення з матеріалами справи.

Серед підстав повернення справи судові першої інстанції в ст. 359 КПК не передбачено окремо випадків ненадання сторонам права ознайомитись із технічним записом судового засідання. Проте суди апеляційної інстанції часто розглядають зазначене право в межах права на ознайомлення з усіма матеріалами справи, передбаченого частини 4 ст. 349 КПК України. Зокрема, Постановою апеляційного суду Луганської області від 11.07.2006 р. справу за апеляцією на вирок Лисичанського міського суду Луганської області від 04.05.2006 р. повернуто суду першої інстанції для виконання вимог частини 4 ст. 349 КПК України з тих мотивів, що потерпілому Особа 1 безпідставно протягом строку на апеляційне оскарження відмовлено у відтворенні технічного запису судового засідання [17]. Такий погляд вважаємо обґрунтованим, оскільки технічний запис судового засідання є частиною матеріалів справи, а тому має бути наданий для ознайомлення у разі надходження відповідного клопотання протягом строку на апеляційне оскарження.

Отже, суд апеляційної інстанції на етапі попереднього розгляду кримінальної справи повинен ретельно перевірити, чи не порушені судом першої інстанції вимоги кримінально-процесуального закону, що забезпечують право учасників процесу на апеляційне оскарження судових рішень. Лише встановивши наявність таких порушень, визначених у частині 2 ст. 359 КПК України, суд апеляційної інстанції для їх усунення повинен повернути справу судові першої інстанції.

1. Детальніше про це див. Мармаш В.Я. Завдання та значення процесуального етапу попереднього розгляду справи судом апеляційної інстанції за кримінальним судочинством України // Вісн. Львів. у-ту. Сер. юрид. 2007. – № 45. – С.231–238.

2. Постанова апеляційного суду Закарпатської області від 07.06.2007 р. у справі № 11–408/07. Єдиний реєстр судових рішень України // <http://www.reyestr.court.gov.ua>
3. Тетерин Б.С. Протокол судебного заседания по уголовному делу. – М.: Юрид. лит., 1960. – 107 с.
4. Гельфанд Й.А. Протокол судебного заседания криминального суда. – К.: Видавництво Київського держ. ун-ту ім. Т.Г.Шевченка, 1948. – 34 с.
5. Постанова апеляційного суду Львівської області від 16.02.2007 р. у справі № 11а-115/2007. Єдиний реєстр судових рішень України. // <http://www.reyestr.court.gov.ua>
6. Іщенко В.М. Протоколи слідчих і судових дій та інші документи як джерела доказів у кримінальному судочинстві: Дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.09 / Національна юридична академія ім. Я. Мудрого. – Харків, 2001. – 191 с.
7. Чувашова Н.С. Деятельность адвоката-защитника в апелляционной и кассационной судебных инстанциях: [учеб. пособие] / Н.С. Чувашова. – Оренбург: Изд. центр ОГАУ, 2002. – 118 с.
8. Львова Е., Паршуткин В. Недостовірний протокол судебного заседания – не доказательство // Российская юстиция. 2003. № 9. – С.52–53.
9. Фомин М. Протокол судебного заседания: “прошу данный вопрос и ответ на него отразить дословно” // Российская юстиция. 2003. № 11. – С.22–24.
10. Постанова апеляційного суду Київської області від 07.11.2006 р. у справі № 11–1060/2006. Єдиний реєстр судових рішень України. // <http://www.reyestr.court.gov.ua>
11. Постанова апеляційного суду Харківської області від 27.08.2007 р. у справі № 11–1466/07. Єдиний реєстр судових рішень України. // <http://www.reyestr.court.gov.ua>
12. Постанова апеляційного суду м. Севастополя від 30.03.2007 р. у справі № 11–118/2007. Єдиний реєстр судових рішень України. // <http://www.reyestr.court.gov.ua>
13. Маляренко В.Т. Про подання апеляцій на судові рішення у кримінальних справах // Вісник Верховного Суду України. – 2002. – №1(29). – С.42–53.
14. Постанова апеляційного суду Закарпатської області від 11.06.2007 р. у справі № 11–428/2007. Єдиний реєстр судових рішень України // <http://www.reyestr.court.gov.ua>
15. Желтобрюхов С. Срок для ознакомления обвиняемого и его защитника с материалами уголовного дела должен быть разумно ограничен // Российская юстиция. 2003. № 9. – С.54.
16. Шевченко Т.В. Нове кримінально-процесуальне законодавство потребує подальшого вдосконалення // Вісник Верховного Суду України, 2002, №3(31). – С.30–31.
17. Постанова апеляційного суду Луганської області від 11.07.2006 р. у справі № 11–907/2006. Єдиний реєстр судових рішень України // <http://www.reyestr.court.gov.ua>

VIOLATION OF CRIMINAL PROCEDURAL LAW REQUIREMENTS THAT PROVIDE CRIMINAL PROCEDURE PARTICIPANTS WITH THE RIGHT OF APPEAL AGAINST COURT DECISIONS AS GROUND FOR REMAND OF THE CASE

V. Marmash

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

The article deals with the grounds and proceedings of remand of the case as a result of criminal procedural law requirements violation, that provide the participants of criminal process with the right of appeal against the court decisions.

Key words: preliminary hearing by the Court of Appeal, remand of the case, grounds for case remand.

**НАРУШЕНИЕ ТРЕБОВАНИЙ
КРИМИНАЛЬНО-ПРОЦЕССУАЛЬНОГО ЗАКОНА,
КОТОРЫЕ ОБЕСПЕЧИВАЮТ ПРАВО УЧАСТНИКОВ
ПРОЦЕССА НА АПЕЛЛЯЦИОННОЕ ОБЖАЛОВАНИЕ
СУДЕБНЫХ РЕШЕНИЙ, КАК ОСНОВАНИЕ ВОЗВРАЩЕНИЯ
ДЕЛА СУДА ПЕРВОЙ ИНСТАНЦИИ**

В. Мармаш

*Львовский национальный университет имени Ивана Франка
ул. Университетская, 1, 79000 Львов, Украина*

В статье исследованы основания и процессуальный порядок возвращения дела суда первой инстанции в результате нарушения им требований криминально-процессуального закона, которые обеспечивают право участников процесса на апелляционное обжалование судебных решений, из этапа предыдущего рассмотрения уголовного дела судами апелляционной инстанции.

Ключевые слова: предыдущее рассмотрение дела судами апелляционной инстанции, возвращения дела суда первой инстанции, основания возвращения дела суда первой инстанции.

Стаття надійшла до редколегії 21.12.2009

Прийнята до друку 10.01.2010

ПРАВОВЕ РЕГУЛЮВАННЯ ТРИВАЛОСТІ КРИМІНАЛЬНОГО ПРОЦЕСУ У ЧАСІ ЯК ОСНОВИ ПРИНЦИПУ ПРОЦЕСУАЛЬНОЇ ЕКОНОМІЇ

І. Сопронюк

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

Досліджено принцип процесуальної економії як одним з ефективних засобів регулювання тривалості кримінального процесу. Проаналізовано процесуальні норми, що регулюють кримінально-процесуальні строки, терміни й оціночно-темпоральні категорії.

Ключові слова: принцип процесуальної економії, процесуальні строки, терміни, оціночно-темпоральні категорії.

Феномен часу у праві завжди привертав увагу дослідників, оскільки право є одним із ефективних соціальних інструментів його економії. Час за своєю природою є абсолютним, його не можна відчутти на дотик, тому право регулює не час як такий, а часові виміри відповідної діяльності – тривалість, послідовність, швидкість тощо.

Кримінальний процес, як і будь-яка інша діяльність, теж характеризується тривалістю в часі. Надмірна його тривалість може мати негативні наслідки як для учасників кримінального процесу, так і для суспільства та держави. Тому важливо, з одного боку, обмежити тривалість кримінального судочинства у часі, а з іншого, надати реальні часові можливості для використання прав та виконання обов'язків суб'єктами кримінально-процесуальних відносин.

Одним із ефективних засобів регулювання його темпоральних параметрів є принцип процесуальної економії. Незважаючи на те, що вказаний принцип забезпечує раціональний підхід до побудови і здійснення кримінального судочинства з метою швидкого і повного розкриття злочинів, викриття винних і притягнення їх до відповідальності з мінімальними затратами не лише часу, але й сил і засобів учасників кримінально-процесуальної діяльності (з одночасним забезпеченням правильного застосування кримінально-процесуального законодавства), все ж, як слушно зазначає П.М. Рабінович, будь-яка економія (в кінцевому підсумку – *прим. автора*), зводиться до економії часу [1, с. 60].

Принцип процесуальної економії не має безпосереднього текстуального закріплення у нормах чинного КПК. Проте, його вплив на раціональне використання часу у кримінальному процесі простежується через низку норм, що регулюють кримінально-процесуальні відносини. Сьогодні правове регулювання раціонального використання часу як елемента принципу процесуальної економії досліджене лише частково. Здебільшого увага науковців зосереджується на процесуальних строках¹ і лише в поодиноких випадках розглядається

¹ Див.: Гуляев А.П. Процессуальные сроки в стадиях возбуждения уголовного дела и предварительного расследования. М.: "Юрид. лит.", 1976. – 144 с.; Томин В.Т., Якупов Р.Х., Дунин В.А. Процессуальные документы, сроки и судебные издержки в уголовном судопроизводстве. Омск, 1973. 50 с.; Михайленко О. Р. Строки та інші часові параметри у кримінальному процесі України: Навальний посібник. – К.: Юрінком Інтер, 2000. – 40 с.; Фомін С.Б. Строки у кримінальному судочинстві: Дис... канд. юрид. наук. – К. – 2002. – С. 207 с.; Петрова Г.Б. Сроки как элемент правового регулирования уголовно-процессуальной деятельности. – Саратов, 2006. – 184 с. та інші.

проблематика швидкості судочинства², часу та своєчасності у кримінальному процесі³. Тим не менше ці дослідження не охоплюють всього комплексу питань, пов'язаних з правовим регулюванням тривалості кримінального процесу, оскільки строки – це не єдиний інститут, який забезпечує раціональне використання часу.

Насамперед варто звернути увагу на те, що правове регулювання тривалості кримінально-процесуальної діяльності відбувається двома шляхами: встановленням обмежень та невстановленням (відсутності) обмежень у часі для здійснення процесуальних дій.

Незважаючи на підвищену потребу у скороченні тривалості кримінально-процесуальної діяльності, є випадки, коли встановлення часових рамок для здійснення процесуальних дій недоцільне. Наприклад, відповідно до частини 4 ст. 318 КПК України, суд не має права обмежувати тривалість судових дебатів певним часом. Ст. 319 КПК України передбачає відповідне правило щодо останнього слова підсудного. Очевидно, що в зазначених випадках будь-які обмеження у часі порушують права учасників процесу, а іноді навіть можуть призвести до втрати цінної доказової інформації, що суперечить принципу процесуальної економії.

Щодо встановлених у процесуальному законодавстві обмежень тривалості, то серед них, передусім, слід виділити норми, що встановлюють строки провадження у кримінальній справі.

Поняття строку тривалий час трактувалось у юридичній літературі неоднозначно і не завжди враховувались ті властивості, які притаманні саме строкам. Так, наприклад, М.О. Чельцов-Бебутов, занадто розширюючи зміст цього поняття, спочатку обстоював на позиції, що строк у кримінальному судочинстві – це певний проміжок часу, протягом якого повинна бути виконана певна процесуальна дія [2, с. 188]. З часом він почав розглядати це поняття у двох значеннях – широкому та вузькому. Зокрема, у широкому значенні, на його думку, під строками слід розуміти певний проміжок часу, протягом якого цю дію повинен виконати суб'єкт процесуальної діяльності. Строки у вузькому ж розумінні призначені для виконання якої-небудь дії сторонами [3, с. 33–36; 4, с. 80].

А.П. Гуляев під ними трактує різновид процесуальних гарантій, які полягають в обмеженні часу для виконання тих чи інших процесуальних дій [5, с. 10].

Р.Х. Якупов визначає кримінально-процесуальний строк як встановлений нормою права чи актом застосування норми права момент або ж період у часі, відповідно з настанням чи протягом якого, особи, які беруть участь у перевірці заяв і повідомлень про злочини та провадженні у кримінальній справі, зобов'язані чи мають право вчинити певні процесуальні дії або ж утриматися від їх вчинення [6, с. 24].

На думку С. Фоміна, під процесуальним строком у найширшому значенні розуміється встановлений законом, підзаконним нормативним актом або рішенням уповноваженої на те посадової особи час для виконання суб'єктами кримінально-процесуальних відносин певних процесуальних дій (іноді утримання від них) або прийняття процесуальних рішень [7, с. 26].

² Див.: Гуляев А.П. Быстрота уголовного судопроизводства. // Вопросы борьбы с преступностью. – 1973. – Вып. 18. – С. 66-83.; Стремовский В.А. Предварительное расследование. – М.: Юрид. лит., 1958. – 136 с.; Ларин А.М. Расследование по уголовному делу. Планирование, организация. – М.: Юрид. лит., 1970. – 224 с.

³ Жуковский В.М. Проблема времени и своевременности в советском уголовном процессе. Дисс... канд.юрид. наук. – Свердловск. – 1989. – 192 с.; Михайленко А.Р. Проблема времени в уголовном судопроизводстве // Правоведение. – 1983. – №2. – С. 92-95.

На наш погляд, у визначенні поняття строку необхідно керуватися етимологічним значенням цього терміну та юридичної природи строку. На підставі цього можна виділити такі його властивості:

а) строк за своєю суттю є відрізком, періодом у часі (не моментом у часі, і не сам час, про що стверджують деякі науковці (наприклад, С. Фомін), який характеризується свідомо обраним масштабом часу, тобто одиницею фізичного часу [8, с. 34], і має здатність спливати;

б) строки мають юридичну природу: вони передбачені у нормах права, тобто визначаються законом, підзаконним нормативно-правовим актом, рішенням уповноваженої на те посадової особи і тягнуть за собою юридичні наслідки;

в) строк має юридичну силу й адресується всім суб'єктам кримінально-процесуальних відносин;

г) встановлюється з метою визначення часових рамок виконання чи утримання від виконання процесуальних дій чи прийняття процесуальних рішень для досягнення завдань кримінального судочинства.

З урахуванням перелічених властивостей (ознак) під кримінально-процесуальним строком потрібно розуміти встановлений законом, підзаконним нормативно-правовим актом чи рішенням уповноваженої на те посадової особи період у часі, виражений у конкретній одиниці фізичного часу, протягом або зі впливом якого суб'єктам кримінально-процесуальних відносин дозволяється чи забороняється виконання (утримання від виконання) процесуальних дій або прийняття процесуальних рішень.

Основна мета строків у кримінальному процесі, їх спрямованість полягає у визначенні часових меж провадження у кримінальній справі та у його рамках юридично значущих дій, що допомагає забезпечити швидке розслідування і вирішення справи. Окрім цього, зазначимо, що кримінально-процесуальне законодавство передбачає крайні строки для вчинення тих чи інших процесуальних дій, тобто дозволяє їхню реалізацію в будь-який момент в межах визначеного періоду, однак практика вчинення необхідних чи дозволених дій в останній день строку або ж після його спливу свідчить про необхідність додаткового стимулювання дотримання процесуальних строків.

Окрім строків, деякі науковці виділяють й інший вид обмежень тривалості кримінально-процесуальної діяльності. Так, наприклад, В.М. Жуковський зазначає, що серед тривалості вчинення дій (бездіяльності) і перебування учасниками процесу в певних станах необхідно розрізняти тривалості-строки та тривалості, які не є процесуальними строками [8, с. 34]. Тривалість, яка не є строком, на його думку, визначається так:

1) вказується початкова і кінцева дія, які вчиняються в межах тривалості. Так встановлюється тривалість деяких стадій (наприклад, судового розгляду) і всіх процесуальних дій (допиту, пред'явлення для впізнання, пред'явлення обвинувачення тощо) Нерідко законодавець підкреслює дії, якими тривалість розпочинається чи закінчується: "допит по справі розпочинається ..." "судове слідство розпочинається ...";

2) вказуються дії, які вчиняються до початку тривалості і після її спливу, тобто поза її межами. Так позначається, наприклад, тривалість пред'явлення цивільного позову: з моменту порушення кримінальної справи і до початку судового слідства;

3) вказуються дії, після яких розпочинається та спливає тривалість. Саме так встановлена тривалість можливого вчинення дій захисником: після допуску його

до участі у справі він має право на їх вчинення, а після відмови обвинуваченого від нього він це право втрачає [8, с. 49–50].

Однак, як видається, цю класифікацію навряд чи можна визнати досконалою. Так, у першому випадку не визначається тривалість, в межах якої вчиняється відповідна дія, а швидше, встановлюється послідовність вчинення окремих її складових. Другий та третій вид за своєю суттю є тотожними, оскільки окреслюють за допомогою юридичних фактів межі вчинення відповідних процесуальних дій. Окрім того, ця класифікація не враховує, що існують й інші можливі варіанти визначення тривалості процесуальних дій, зокрема шляхом встановлення лише однієї – кінцевої або початкової межі, до якої чи з якої дозволяється вчинити процесуальну дію.

Близьку до цієї класифікації пропонують й інші вчені, однак здійснюється вона в межах строків. Зокрема, В.Т. Томін, Р.Х. Якупов, зазначають, що кримінально-процесуальним законодавством передбачені строки як у вигляді періодів, так і у вигляді моментів, і тому поділяють їх на дві великі групи – строки-періоди та строки-моменти [6, с. 23–28:].

Строки-періоди визначаються годинами, добами, місяцями та роками і передбачають у своїх межах певну свободу вчинення процесуальних дій. Необхідна або дозволена дія може бути виконана в будь-який момент строку. Строки-моменти ж позначаються шляхом вказівки вчинити певну процесуальну дію до, після чи одночасно з провадженням іншої процесуальної дії чи настання певної події. Окрім того, на переконання зазначених вчених, ці строки, зазвичай, встановлюються в тих випадках, коли в інтересах судочинства, у тому числі з метою забезпечення прав та законних інтересів учасників процесу, необхідна гранична швидкість окремих процесуальних дій або безпосередність дій, послідовність яких заздалегідь визначена. До такого висновку вони доходять за допомогою аналізу цілої низки норм КПК РФ (аналогії яких є і в КПК України). Так, наприклад, відповідно до частини 3 ст. 167 КПК України *перед* допитом слідчий попереджає свідка про кримінальну відповідальність за відмову від давання і за давання завідомо неправдивих показань. У частині 2 ст. 104 КПК України зазначено, що у разі порушення органом дізнання справи про тяжкий злочин він зобов'язаний передати її слідчому через прокурора *після* виконання невідкладних слідчих дій. Іншим прикладом може слугувати норма закону (ч. 2 ст. 151 КПК України), відповідно до якої роз'яснення обвинуваченому або підозрюваному про можливу заміну обраної підписки про невиїзд на більш суворий запобіжний захід у разі її порушення повинно бути зроблено *при* відібранні підписки.

Зі змісту зазначених норм можна зробити висновок, що вчинення передбачених ними процесуальних дій пов'язується з іншими правозастосовчими діями і воно має бути здійснене безпосередньо перед, після чи одночасно з ними, тобто в якомога коротший відрізок часу. На цій підставі згадані автори стверджують, що зазначені слова (виділені жирним шрифтом) визначають конкретний момент у часі для здійснення необхідної процесуальної дії, що й слугує приводом для виділення строків-моментів. Окрім того, на думку С. Фоміна, за способом тривалості строки можуть бути поділені на визначені і невизначені. До останніх він зачислює, цитуючи М.М. Розіна, строки “...до підписання вироку, до відкриття засідання, до оголошення вироку” [7, с. 34]. Однак, ці позиції викликають заперечення щонайменше з кількох причин.

По-перше, у цьому випадку варто керуватися тим, що строк є періодом у часі, який вимірюється фізичною одиницею часу, тобто годиною, добою, місяцем, роком. Тому важко визначити тривалість можливого вчинення певної процесуальної дії, період чи момент вчинення якої пов'язаний з іншими юридично значущими діями. Так, наприклад, навряд чи буде можливим визначити конкретну календарну одиницю часу, протягом якої дозволяється пред'являти цивільний позов, оскільки термін його подання обмежується початком судового слідства (ч. 3 ст. 28 КПК України).

По-друге, потрібно з'ясувати, що слід розуміти під терміном “момент”. Згідно з тлумачними словниками української мови “момент” – те ж саме, що мить; короткий відтинок часу, коли виконується, відбувається якась дія; короткий час перебування у певному стані [9, с. 687]. Очевидно, що моментом у зазначених випадках слід вважати ту процесуальну дію, з якою закон пов'язує початок і (або) кінець перебігу проміжку в часі, необхідного для вчинення інших процесуальних дій, але аж ніяк не сам проміжок у часі.

По-третє, як було зазначено, строк за своєю суттю є періодом у часі. Не можемо погодитись з правильністю формулювання “строк-момент”, оскільки це є різні поняття, і якщо поєднати їхні тлумачення, то отримаємо “період у часі-момент”. Тому в цьому випадку позицію тих науковців, які виділяють серед строків строки-моменти, а строки поділяють на визначені і невизначені, навряд чи можна визнати обґрунтованою. Очевидно, що ці категорії мають розглядатись як однопорядкові.

З цього приводу варто розглянути спосіб вирішення нашого питання у цивільному праві. Так, ст. 251 ЦК України окремо розрізняє строки і терміни (*в розумінні часового виміру*). Строк – це певний **період у часі**, зі спливом якого пов'язана дія чи подія, що має юридичне значення. Терміном є **певний момент у часі**, з настанням якого пов'язана дія чи подія, яка має юридичне значення. Така позиція підтверджується й етимологічним значенням поняття “термін”. Незважаючи на те, що воно дуже часто вживається як синонім до “строк”, проте відповідно до тлумачних словників його зміст дещо інший. Одне із значень поняття “термін” – призначений, установлений момент, час виконання або настання чого-небудь [9, с. 1444]. Саме ця ознака робить його відмінним від іншої суміжної категорії.

У зв'язку з цим більш правильним, на наш погляд, буде позначення вищезазначених категорій, що охоплюються так званими строками-моментами та невизначеними строками поняттям “терміни”, оскільки воно більш повно відображає природу цього явища.

Процесуальні відносини, що регулюються термінами, відірвані від календарних відліків часу, таких як година, день, місяць, рік. Їхня тривалість, початок чи кінець перебігу, послідовність залежить від конкретних юридичних фактів. Характерною рисою термінів є те, що вони здатні встановлювати як період, так і момент у часі, коли дозволяється або виникає зобов'язання вчинити відповідну процесуальну дію чи утриматись від неї. Так, наприклад, відповідно до частини 3 ст. 167 КПК України перед допитом слідчий попереджає свідка про кримінальну відповідальність за відмову від давання чи за давання завідомо неправдивих показань. У цьому випадку початок допиту свідка є терміном, до настання якого необхідно здійснити відповідне попередження і за цих обставин він визначає конкретний момент вчинення вказаної дії. Прикладом встановлення за допомогою термінів періоду у часі може бути положення частини 1 ст. 27 КПК

України, згідно з якою у справах приватного обвинувачення примирення потерпілого з обвинуваченим, підсудним може статися лише до відлучення суду в нарадчу кімнату для постановлення вироку.

На перший погляд видається, що чітка конкретизація строків за допомогою календарних періодів часу порівняно з термінами є більш суворою, однак це не завжди так. Строки зазвичай передбачають свободу діяльності в своїх рамках (процесуальна дія може бути виконана в будь-який момент у межах строку), а терміни – не завжди. Визначаючи послідовність вчинення тих чи інших процесуальних дій, вони в багатьох випадках забороняють відхилитись від неї (наприклад, ч. 2 ст. 52–5, ч. 3 ст. 85–1, ст. 85–2 КПК України). Якщо строки встановлюють кінцевий момент можливого вчинення процесуальної дії, то терміни можуть передбачати і момент, з якого чи під час якого кримінально-процесуальний закон дає змогу вчинити ту чи іншу процесуальну дію. На відміну від термінів, настання яких пов'язується у переважній більшості випадків лише з одним моментом у часі (тобто тією чи іншою процесуальною дією), для строків дуже важливим є і момент їх відліку, з яким пов'язаний початок тривалості строку.

В КПК України застосовуються різні способи регламентації термінів вчинення тих чи інших процесуальних дій. Зокрема, трапляються випадки, коли конкретно вказується відповідний момент, з якого дозволяється, або ж забороняється відповідна процесуальна дія. Наприклад, згідно з частини 3 ст. 49 КПК України, потерпілий і його представник мають право знайомитися з усіма матеріалами справи **з моменту закінчення досудового слідства**. У більшості ж випадків інформація про відповідні терміни впливає зі змісту норм КПК України. Наприклад, у частині 2 ст. 38 КПК України зазначено, що передання справи з одного суду до іншого допускається лише **до початку її розгляду в судовому засіданні**. Інакше кажучи, початок розгляду кримінальної справи в судовому засіданні є крайнім терміном зміни її підсудності.

Отже, основним призначенням термінів є визначення не лише часових меж провадження тих чи інших процесуальних дій, але й встановлення конкретних моментів їх вчинення та послідовності провадження у процесі розслідування та розгляду кримінальної справи, що сприяє впорядкуванню кримінального судочинства та раціональному використанню часу суб'єктами кримінально-процесуальних відносин.

На підставі цього можна зробити висновок, що ***під кримінально-процесуальними термінами варто розуміти встановлений законом, підзаконним нормативно-правовим актом чи рішенням уповноваженої на те посадової особи момент у часі, з настанням якого пов'язане, дозволяється чи забороняється суб'єктам кримінально-процесуальних відносин виконання (утримання від виконання) процесуальних дій або прийняття процесуальних рішень.***

Незважаючи на публічно-правовий характер, тривалість, кримінально-процесуальні відносини не завжди можуть бути чітко окреслені строками чи термінами. У таких випадках законодавець застосовує окремі **оціночно-темпоральні категорії**⁴, з огляду на що їх тривалість у залежності від суб'єктивних чинників та обставин провадження кримінальної справи.

⁴ На широке застосування у законодавстві оціночно-темпоральних характеристик вказують і теоретики права. Див., наприклад, Рабинович П.М. Время в правовом регулировании (философско-юридические аспекты) // Правоведение. – 1990. – № 3. – С. 27.

Так, наприклад, частина 3 ст. 48 КПК України передбачає, що захисник, у разі неможливості з'явитись у призначений строк для участі у виконанні процесуальних дій, в яких його участь є обов'язковою, зобов'язаний **заздалегідь** повідомити про це та про причини неможливості явки дізнавачеві, слідчому, прокуророві, судові. Вживаючи таке оціночне поняття законодавець враховує, що в даному випадку важко встановити конкретний строк, все залежить від обставин справи, характеру процесуальних дій, стану справ самого захисника. Однак він передбачає, що таке повідомлення має бути здійснене за певний період часу, достатній для того, щоб скасувати відповідну процесуальну дію, повідомити про це решту учасників, спланувати по-іншому розслідування чи розгляд кримінальної справи тощо.

Іншим прикладом може слугувати положення частини 1 ст. 106 КПК України: "Орган дізнання вправі затримати особу, підозрювану у вчиненні злочину, за який може бути призначено покарання у вигляді позбавлення волі, лише при наявності однієї з таких підстав: 1) коли цю особу застали при вчиненні злочину або **безпосередньо** після його вчинення..." Очевидно, що в даному випадку мається на увазі відсутність розриву або ж мінімальний розрив у часі між вчиненням злочину та моментом виявлення особи на місці вчинення злочину. Однак, враховуючи часті труднощі у встановленні часу вчинення злочину, таку "безпосередність" не завжди легко виявити.

Досить часто у кримінально-процесуальному законодавстві вживається для позначення темпоральних зв'язків між процесуальними діями категорія "**одночасно**". Так, частина 3 ст. 165–1 КПК України передбачає: "Постанова або ухвала [про застосування, скасування чи зміну запобіжного заходу] негайно оголошуються під розписку особі, щодо якої вона винесена. Одночасно особі роз'яснюються порядок і строки оскарження постанови або ухвали". В цьому випадку законодавець намагається забезпечити нерозривний зв'язок між двома процесуальними діями – оголошення відповідної постанови чи ухвали та роз'яснення порядку та строків їх оскарження без вказівки на послідовність їх вчинення, оскільки одночасно дві дії не можуть бути виконані.

Серед оціночних понять, що вживаються законодавцем для регламентації темпоральних параметрів процесуальних дій особливе місце належить категорії "**негайно**". У нормах КПК України це поняття застосовується 17 разів. Однак, це не означає, що сфера застосування вимоги негайності обмежується лише тими випадками, які визначені законодавством. Очевидно, що в процесі розслідування і розгляду кримінальної справи можуть виникати й інші ситуації, які вимагають негайного реагування на ті чи інші обставини.

Негайний – це той, що відбувається одразу, без затримки. У кримінальному процесі вимога "негайно" позначає спосіб вчинення процесуальної дії, що полягає у мінімізації розриву в часі між моментом виникнення необхідності вчинення тієї чи іншої процесуальної дії та моментом її здійснення. Аналіз норм КПК України дає змогу зробити висновок, що цей спосіб регламентації негайного вчинення процесуальних дій характеризується такими особливостями:

1) негайне проведення процесуальної дії пов'язується з настанням певної події чи вчиненням певної дії, які мають особливий характер, чим зумовлена терміновість проведення відповідної процесуальної дії;

2) процесуальна дія є першочерговою порівняно з іншими і здійснюється з максимально коротким розривом у часі з подією чи дією, що зумовила необхідність її виконання;

3) потреба у негайному виконанні тієї чи іншої процесуальної дії виникає, як правило, у тій ситуації, коли є ймовірність загрози життю та здоров'ю громадян, порушення їхніх прав та основних свобод, з огляду на що необхідно гарантувати дотримання безпеки суб'єктів кримінально-процесуальних відносин, їхніх прав та свобод.

Серед науковців є думка, що негайність швидше пов'язана із ситуативними обставинами та означає безвідкладність проведення визначених законом дій. Тобто за наявності можливості ці дії мають бути виконані негайно. Посилаючись на частину 2 ст. 107 КПК України, в якій зазначено, що допит підозрюваного проводиться негайно, а за неможливості цього – не пізніше 24 годин після затримання, вони роблять висновок, що в будь-яких випадках “негайність” щодо кримінально-процесуальних дій не може перевищувати 24 години (О.Р. Михайленко). Однак такий приклад не може свідчити про те, що 24-годинна межа може застосовуватись до всіх вимог негайного вчинення процесуальних дій. Це означає лише більш лояльне ставлення законодавця до порушення вимоги негайності.

Окрім вищеперелічених, дедалі більшого поширення у кримінальному судочинстві набуває оціночно-термпоральна категорія, яка не міститься в жодній нормі національного законодавства, однак широко застосовується у міжнародній практиці та згадується у проектах КПК України. Йдеться про “**розумний строк**”. Так, відповідно до п. 1 ст. 6 Європейської конвенції з прав людини (1950 р.) “кожна людина при визначенні її громадянських прав і обов'язків або при висуненні проти неї будь-якого кримінального обвинувачення має право на справедливий і відкритий розгляд впродовж **розумного строку** незалежним і безстороннім судом, створеним відповідно до закону”. Поза сумнівом, що це поняття є досить широким, тому за роки своєї діяльності Європейський суд неодноразово зазначав, що встановлені три критерії, згідно з якими визначається “розумність” строку розгляду справи: складність, поведінка заявника, поведінка органів влади [10, с. 31].

Очевидно, що ця норма розраховує на високоморальність і порядність учасників кримінально-процесуальної діяльності. “Розумним строком” може бути лише той, який забезпечує захист законних інтересів потерпілого, прав підозрюваного, обвинуваченого, підсудного та засудженого, а також інтересів правосуддя.

Різноманітність способів регламентації часових характеристик кримінально-процесуальних відносин дає підстави зробити висновок про широкі можливості забезпечення раціонального використання часу у кримінальному судочинстві. Незважаючи на наявні відмінності між ними, вони однаковою мірою забезпечують реалізацію завдань кримінального судочинства, впорядковуючи кримінально-процесуальну діяльність.

Відсутність закріплення на законодавчому рівні процесуальних термінів не має применшувати їх значення, оскільки вони, на відміну від строків, здатні врегулювати такі відносини, що виникають при здійсненні судочинства, де недоцільно і неможливо встановити конкретні строки. Широке застосування в законодавстві строків, термінів та оціночно-термпоральних категорій спонукає до глибшого вивчення кожного із них аналізу їх дотримання на практиці, що, своєю чергою, дасть змогу глибше пізнати і зреалізувати засаду процесуальної економії.

-
1. Рабінович П. М. Своєчасність в правовому регулюванні // Радянське право. – 1988. – № 11. – С.60–64.

2. Чельцов-Бебутов М.А. Советский уголовный процесс. Вып. 2. – Харьков: Юридическое издательство НКЮ УССР, 1929. – 337 с.
3. Чельцов М.А. Советский уголовный процесс. – изд. 2-е, перераб. – М.: Госюриздат, 1951. – 512 с.
4. Чельцов М.А. Советский уголовный процесс.: Учебник для юридических институтов и факультетов. – изд. 4-е, исправл. и перераб. – М.: Госюриздат, 1962. – 503 с.
5. Гуляев А.П. Процессуальные сроки в стадиях возбуждения уголовного дела и предварительного расследования. – М.: Юрид.лит., 1976. – 144 с.
6. Томин В.Т., Якупов Р.Х., Дунин В.А. Процессуальные документы, сроки и судебные издержки в уголовном судопроизводстве. – Омск, 1973. – 50 с.
7. Фомін С.Б. Строки у кримінальному судочинстві: Дис... канд. юрид. наук. – К. – 2002. – 207 с.
8. Жуковский В.М. Проблема времени и своевременности в советском уголовном процессе. Дисс...канд. юрид. наук. – Свердловск. – 1989. – 192 с.
9. Великий тлумачний словник сучасної української мови (з дод. і допов.) / Уклад і голв. ред. В.Т. Бусел. – К.; Ірпінь: ВТФ. “Перун”, 2005. – 1728 с.
10. Лутковська В. Застосування судами України при здійсненні правосуддя ст. 6 Конвенції про захист прав і основних свобод людини // Право України. – 2004. – № 8. – 30–32.

LEGAL REGULATION OF CRIMINAL PROCESS DURATION AS BASIS OF PROCEDURAL ECONOMY PRINCIPLE

I. Sopronyuk

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

The article is devoted to the research of procedural economy principle, which is one of the effective instruments of criminal process duration regulation. The procedural norms, that regulate criminal procedural periods, terms and evaluative temporal categories are analyzed.

Key words: principle of procedural economy, procedural period, terms, evaluative temporal categories.

ПРАВОВАЯ РЕГУЛЯЦИЯ ДЛИТЕЛЬНОСТИ КРИМИНАЛЬНОГО ПРОЦЕССА ВО ВРЕМЕНИ КАК ОСНОВЫ ПРИНЦИПА ПРОЦЕССУАЛЬНОЙ ЭКОНОМИИ

И. Сопронюк

*Львовский национальный университет имени Ивана Франка
ул. Университетская, 1, 79000 Львов, Украина*

Исследовано принцип процессуальной экономии как одним из эффективных средств регуляции длительности криминального процесса. Проанализированы процессуальные нормы, которые регулируют криминально-процессуальные сроки, сроки и оценочно-темпоральные категории.

Ключевые слова: принцип процессуальной экономии, процессуальные сроки, сроки, оценочно-темпоральные категории.

Стаття надійшла до редколегії 10.12.2009

Прийнята до друку 10.01.2010

УЗАГАЛЬНЕНІ ДАНІ ПРО ПРЕДМЕТ ПОСЯГАННЯ ЯК ЕЛЕМЕНТ КРИМІНАЛІСТИЧНОЇ ХАРАКТЕРИСТИКИ ЗЛОЧИНІВ, ПОВ'ЯЗАНИХ З НЕВИПЛАТОЮ ЗАРОБІТНОЇ ПЛАТИ, ПЕНСІЙ, СТИПЕНДІЙ ТА ІНШИХ УСТАНОВЛЕНИХ ЗАКОНОМ ВИПЛАТ

В. Фігурський

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

У статті проаналізовано один з структурних елементів криміналістичної характеристики злочинів, а саме – предмет посягання. Запропоновано найбільш адекватний термін на позначення цього поняття. Проаналізовано предмет посягання злочину, пов'язаного з не виплатою заробітної плати, стипендії, пенсії та інших передбачених законом виплат. Звернуто увагу на нечітке формулювання диспозиції статті цього злочину (ст. 175 Кримінального кодексу України).

Ключові слова: криміналістична характеристика, предмет посягання, заробітна плата, стипендія, пенсія, виплати.

В умовах сьогодення одним із результатів економічної кризи стали масові затримки виплати грошової винагороди за виконану роботу. У багатьох випадках причиною цього є відсутність коштів у бюджетах та у збанкрутілих підприємств, проте часто керівники умисно (з корисливих мотивів) затримують виплату зарплати підлеглим працівникам. Прийнятий 2001 р. Кримінальний Кодекс України вперше встановив відповідальність за порушення гарантованого Конституцією України (ч. 7 ст. 43) права громадян на одержання винагороди за працю, на соціальний захист, зокрема на отримання пенсій та інших видів соціальних виплат, так ставши рушійною силою для реальної боротьби з порушеннями цієї категорії прав громадян.

З огляду на дедалі частіше поширення в Україні фактів щодо не виплати заробітної плати, стипендій, пенсій, інших установлених законом виплат виникла потреба в розробленні наукових рекомендацій першочергово щодо розслідування, а в майбутньому і судового розгляду цього виду злочину та запровадження їх у практичну діяльність органів, що здійснюють провадження у справі. Тобто наразі постало питання розроблення методики розслідування злочинів, пов'язаних з не виплатою заробітної плати, пенсій, стипендій, інших установлених законом виплат. З огляду на це є потреба зупинитися на криміналістичній характеристиці цього виду злочину, як однієї з основних складових елементів методики розслідування злочинів.

Виникнення поняття “криміналістична характеристика злочинів” у понятійному апараті криміналістики було не випадковим, а природним і закономірним процесом, пов'язаним із розвитком теорії криміналістики і поглибленим розробленням придатних для потреб слідчої практики методик розслідування окремих видів злочинів. За усталеною думкою (А.В. Старушкевич, М.В. Салтевський, Р.С. Белкин), вперше вказаний термін з'явився у працях Л.О. Сергєєва й О.Н. Колесніченка (1966–67 рр.) [3, с. 306], причому Л.О. Сергєєв першим розкрив поняття криміналістичної характеристики злочинів, перелічивши елементи, які входять до її змісту.

За чотири десятиліття свого розвитку загальне поняття криміналістичної характеристики злочинів зазнало значних змін і модифікацій, що зумовлено

поглибленою розробкою наукових основ методики розслідування злочинів і теорії криміналістики в цілому.

Сучасний рівень розробки проблематики цієї характеристики, як вбачається, порівняно високий. Широкий спектр дефініцій і численна література красномовно свідчать про захоплення науковцями криміналістичною характеристикою злочинів, що призвело як до відносного узгодження поглядів на її загальне поняття, так і до гострих дискусій. Дослідженням цього поняття займалися Л.Я. Драпкін, І.Ф. Герасимов і Є.В. Ципленкова, Г.А. Густов, Г.А. Матусовський, І.Ф. Пантелєєв, Р.С. Белкін, В.А. Журавель, М.П. Яблоков, І.О. Возгрін, А.В. Шмонін, І.Ф. Герасимов, О.Н. Колесніченко, В.О. Коновалова, А.В. Старушкевич, В.І. Шиканова, М.О. Селіванов, І.П. Лузгін, Т.А. Седова, В.В. Ключкова та ін. Проте досі немає усталеного і однозначного підходу як до визначення поняття криміналістичної характеристики злочинів, так і щодо її структури, ступеня її складності (деталізації), обсягів понять та значення цієї категорії.

Погоджуюсь, не зупиняючись на аналізі різних наукових підходів, із домінуючою в літературі позицією, що під криміналістичною характеристикою злочинів виправдано розуміти – інформаційну модель злочинної діяльності певного виду (групи), яка системно-упорядковано відображає узагальнені відомості про типові криміналістично значущі ознаки її елементів та про закономірності її механізму, використовується для науково-емпіричного обґрунтування рекомендацій в окремих методиках та сприяє ефективному вирішенню безпосередніх завдань розкриття, розслідування, попередження конкретних злочинів [9, с. 530].

Що ж до змісту (структури) криміналістичної характеристики злочинів, то є різні підходи для вирішення питання, що може слугувати критерієм для відбору і систематизації елементів криміналістичної характеристики злочинів. Структура криміналістичної характеристики для окремих видів і груп злочинів не є однаковою: в одних характеристиках деякі елементи переважають, тобто мають важливіше криміналістичне значення, в інших – його втрачають. Говорячи про злочини, пов'язані з невивплатою заробітної плати, стипендій, пенсій та інших установлених законом виплат, поки що не зазначаючи значущість окремих елементів криміналістичної характеристики, можна констатувати таку їх систему, зокрема – це узагальнені дані про:

- 1) предмет посягання;
- 2) спосіб вчинення злочину в його широкому розумінні;
- 3) слідову картину в її широкій інтерпретації;
- 4) особу злочинця;
- 5) особу потерпілого;
- 6) обстановку вчинення злочину, місце, час, знаряддя і засоби вчинення злочину;
- 7) мету та мотиви злочину.

Одним із перших структурних елементів криміналістичної характеристики переважно виділяють предмет посягання. Система особливостей предмета посягання у конкретному місці і часі дає підстави з високою ймовірністю змодельовати процес вчинення злочину. І тому має важливе значення для встановлення злочинця і вирішення інших завдань у кримінальній справі. Через нього в акті взаємовідображення, і, відповідно, у криміналістичній характеристиці, опосередковано репрезентується й інформація про об'єкт злочину [1, с. 35]. Однак, незважаючи на зазначену роль відомостей про предмет посягання для розкриття

злочинів, саме його поняття і ознаки, які потрібно описувати в межах криміналістичної характеристики, чи не найменш розроблені порівняно з іншими її елементами. Але ці питання є керівними для розпізнавання конкретних речей як предметів посягання окремих видів злочинів та опису їх ознак, а отже, вони універсально важливі для формування криміналістичних характеристик злочинів. Тому хотілось би зупинитись на аналізі саме такого елемента криміналістичної характеристики, як узагальнені дані про предмет безпосереднього посягання.

Щодо предмета посягання, насамперед привертає увагу застосування в криміналістичній літературі різної термінології для позначення цього структурного елемента криміналістичної характеристики. Зокрема для позначення предмета посягання є такі термінологічні звороти: об'єкт і предмет злочинного посягання [4, с. 420], безпосередній предмет злочинного посягання [12, с. 442], безпосередній предмет посягання [3, с. 314], предмет безпосереднього злочинного посягання [14, с. 253], предмет злочинного посягання [2, с. 15], предмет посягання [11, с. 55]. При цьому науковці не мотивують використання ними того чи іншого терміна.

Проаналізуємо деякі з цих зворотів.

Виникає питання, чому криміналісти послуговуються терміном предмет посягання, а не предмет злочину? Очевидно тому, що криміналістику цікавить злочинне діяння як реальна подія в динаміці, а не його теоретико-законодавча конструкція. І враховуючи етимологічне значення слова посягання – дія за значенням посягати [18, с. 393] та намагаючись відобразити криміналістичний аспект дослідження злочину, криміналісти ввели у термінологічний апарат криміналістичної характеристики злочинів власний термін – “предмет посягання”.

Щодо словосполучення “предмет злочинного посягання”, то воно видається невиннованим поєднанням слів. Криміналістика (criminalis) в найширшому і традиційному розумінні є наукою про злочин як динамічний процес [13, с. 14] і не охоплює об'єктом свого вивчення інші правопорушення. Відтак, якщо посягання – це злочин у динаміці, то “злочинне”, як означення посягання, не несе спеціального смислового навантаження, є тавтологічним і тому зайвим.

Також вважаємо, що введення означення безпосередній стосовно предмета посягання, мало за мету вказати, що з криміналістичного погляду інтерес становлять буквальні, очевидні, неприховані, конкретні предмети матеріального світу, у зв'язку з якими здійснюється злочинна діяльність, а не соціальні цінності та відносини, що цими предметами виражаються (не об'єкт злочину). Власне на стирання певними авторами різниці між об'єктом і предметом посягання звернув увагу В.П. Бахін, зазначаючи, що об'єкт злочину – це цінності або суспільні відносини, а предмет – конкретні речі. Об'єкт у розшуковому плані фактично не діє, а предмет конкретно сприяє розшуку злочинця [2, с. 15]. Отже, оскільки означення безпосередній характеризує властивість самого предмета, а не посягання загалом, тому зворот предмет безпосереднього посягання є некоректним. Тут це означення є зайвим.

Проаналізувавши ці та інші підходи, погоджуюсь з наявною в літературі думкою, що найбільш адекватним, видається термін “предмет посягання” [10, с. 149].

Що слід розуміти під предметом посягання, вчені здебільшого розкривають шляхом вказівки на певні його риси. Зокрема, В.С. Кузьмичов, Г.І. Прокопенко під предметом посягання розуміють об'єкти органічного і неорганічного походження [14, с. 253]; В.Ф. Єрмолович – речі і предмети, що характеризуються видом, призначенням, категорією, особливостями предмета (розмір, вага, густина тощо) та

особливостями супутніх об'єктів (упаковка, тара), і здатні під час взаємодії з іншими предметами до зміни та фіксації цих змін [4, с. 151]; М.В. Салтевський – різноманітні фізичні об'єкти, які характеризуються ознаками їх агрегатного стану, споживчим призначенням, фізико-хімічними властивостями [17, с. 268]. Однак такий підхід не дає змоги відрізнити речі-предмети посягання від речей-знарядь, речей-елементів обстановки злочину.

Поступ у формуванні поняття предмета посягання варто завдячувати М.В. Салтевському, В.О. Образцову, В.Ф. Єрмоловичу. Так, М.В. Салтевський визначає його як “найрізноманітніші фізичні об'єкти органічного і неорганічного походження, які є матеріальним вираженням суспільних відносин” [17, с. 268]. В.Ф. Єрмолович і В.А. Образцов, підкреслюючи пряму залежність теоретичних положень криміналістики від надбань науки кримінального права, зазначають, що криміналістичному поняттю предмета посягання близьким є кримінально-правове поняття предмета злочину і розуміють під ним матеріальний субстрат об'єкта злочину, (елемент охоронюваних суспільних відносин), впливаючи на який злочинець порушує або намагається порушити суспільні відносини, і який у процесі вчинення злочину або після нього піддається заволодінню, знищенню, перетворенню, створенню, в результаті чого кому-небудь заподіюється чи може бути заподіяна шкода [11, с. 55–56].

При цьому М.В. Салтевський, В.Ф. Єрмолович акцентують, що для криміналістичної характеристики предмет посягання важливий передовсім як слідоутворюючий об'єкт – які сліди він може залишити що взаємодіють на матеріальних об'єктах. Відомості саме про ці ознаки дають підстави найбільш об'єктивно прогнозувати наявність слідів-відображень у матеріальній сфері та ідеальних слідів і створюють передумови для побудови версій [4, с. 151].

Тобто, предмет посягання – це елементи живої і неживої природи (тварини, водойми, мінерали), продукти людської діяльності (наркотичні, вибухові речовини, документи, одяг, грошові знаки, інші матеріальні цінності), які залучаються злочинцем під час вчинення злочину у процесі контактної чи безконтактної взаємодії з людьми, іншими об'єктами навколишнього середовища. Завдяки цьому криміналістична інформація про предмет посягання є визначальною для організації розшуку як самого предмета так і внаслідок причинно-наслідкових зв'язків дозволяє змодельовати обстановку, спосіб вчинення злочину, має важливе значення для встановлення особи злочинця та вирішення інших завдань у справі [17, с. 269].

Інтерес до піднятої проблеми спричинений конкретним запитанням: що є предметом посягання злочину, пов'язаного з невивплатою заробітної плати, стипендії, пенсії та інших установлених законом виплат (ст. 175 Кримінального Кодексу України). Як видається з формулювання диспозиції статті, предметом цього злочину є грошові кошти, що повинні виплачуватись громадянам як заробітна плата, стипендії, пенсії чи інші встановлені законом виплати, на котрі вони мають право. Проте предметом цього злочину за певних умов можуть бути і матеріальні цінності, зокрема ті, що мають бути передані громадянам у ході здійснення зазначених виплат (наприклад, заробітної плати на сільськогосподарських чи переробних підприємствах у натуральній формі).

Як відомо, заробітна плата – це винагорода, обчислена, *зазвичай*, у грошовому виразі, яку за трудовим договором власник або уповноважений ним орган виплачує працівникові за виконану ним роботу [6, ст. 121].

Закон України “Про оплату праці”, прийнятий 24 березня 1995 р. з подальшими змінами і доповненнями, встановлює можливість заміни заробітної

плати на матеріальні цінності. Так ст. 23 цього закону визначає форми виплати заробітної плати. За загальним правилом заробітна плата працівників підприємств на території України виплачується у грошових знаках, що мають законний обіг на території України. Як виняток, передбачена можливість часткової виплати заробітної плати натурою. Проте при цьому потрібно дотримуватись таких умов:

- 1) ціни повинні бути не вище собівартості;
- 2) розмір такої часткової виплати не перевищує 30 відсотків від нарахованої за місяць у тих галузях або за тими професіями, де така виплата, еквівалентна за вартістю оплаті праці у грошовому виразі, є звичайною або бажаною для працівників, крім товарів, перелік яких встановлюється Кабінетом Міністрів України [6, ст. 121].

Розмір заробітної плати залежить від складності та умов виконуваної роботи, професійно-ділових якостей працівника, результатів його праці та господарської діяльності підприємства.

Закон встановлює таку структуру заробітної плати: основну, додаткову заробітну плату та інші види заохочувальних та компенсаційних виплат.

Основна заробітна плата – це винагорода за виконану роботу відповідно до встановлених норм праці (норми часу, виробітку, обслуговування, посадові обов'язки). Її встановлюють у вигляді тарифних ставок (окладів) і відрядних розцінок для робітників та посадових окладів для службовців.

Додаткова заробітна плата – винагорода за працю понад установлені норми, за трудові успіхи та винахідливість і за особливі умови праці. Вона включає доплати, надбавки, гарантійні і компенсаційні виплати, передбачені чинним законодавством; премії, пов'язані з виконанням виробничих завдань і функцій.

До інших заохочувальних та компенсаційних виплат належать виплати у формі винагород за підсумками роботи за рік, премії за спеціальними системами і положеннями, компенсаційні та інші грошові і матеріальні виплати, які не передбачені актами чинного законодавства або які провадяться понад встановлені зазначеними актами норми. Різновидом таких компенсаційних виплат є, наприклад, нарахована громадянам компенсація втрати ними частини доходів з огляду на порушення термінів її виплати, право на яку вони мають відповідно до Закону України “Про компенсацію громадянам втрати частини доходів у зв'язку з порушенням строків їх виплати” від 19 жовтня 2000 р. Ним, зокрема, передбачено, що підприємства, установи і організації всіх форм власності та господарювання здійснюють компенсацію громадянам втрати частини доходів у випадку порушення встановлених строків їх виплати (тобто затримки їх виплати на один і більше календарних місяців), у тому числі з вини власника або уповноваженого ним органу (особи) [5, ст. 422]. Сам порядок проведення і розміри компенсації затверджений Постановою Кабінету Міністрів України від 21 лютого 2001 р. № 159 “Про затвердження Порядку проведення компенсації громадянам втрати частини грошових доходів у зв'язку з порушенням термінів їх виплати” [15, с. 55].

Пенсії – це вид державного соціального забезпечення громадян, на який вони мають право з підстав, визначених законодавством. До державних належать трудові пенсії (такі як за віком, за інвалідністю, в разі втрати годувальника та за вислугу років). Право на трудові пенсії мають особи, що займались суспільно корисною працею за умови додержання умов, визначених Законом України “Про пенсійне забезпечення” від 6 грудня 1991 р. За умови відсутності права на трудову пенсію непрацюючим громадянам, крім інвалідів з дитинства, призначаються і нараховуються, відповідно до ст. ст. 93–95 цього закону соціальні пенсії [7, ст. 10].

Підстави, порядок призначення, нарахування та перерахування пенсій визначаються Законом “Про пенсійне забезпечення” та законами, які регулюють пенсійне забезпечення окремих категорій громадян (наприклад, Закон України “Про пенсійне забезпечення військовослужбовців та осіб начальницького і рядового складу органів внутрішніх справ” від 9 квітня 1992 року та ін.).

Пенсії і грошові допомоги, що нараховуються органами соціального захисту населення чи органами Пенсійного фонду України, фінансуються органами цього фонду, а також органами соціального захисту населення за рахунок інших джерел, передбачених законодавством України, доставляються та виплачуються одержувачам підприємствами поштового зв'язку згідно із Законом України “Про поштовий зв'язок” від 4 жовтня 2001 р. [8, ст. 39].

Стипендії – це виплати за рахунок державних коштів (вид соціальної допомоги), які виплачуються учням, студентам, курсантам, аспірантам, докторантам відповідно до законодавства про освіту (ці питання врегульовані багатьма законодавчими актами, наприклад, Постановою Кабінету Міністрів від 8 серпня 2001 р. № 950 “Про затвердження Порядку призначення, виплати та розмірів стипендіального забезпечення учнів, студентів, курсантів, слухачів, клінічних ординаторів, аспірантів і докторантів”; Постановою Кабінету Міністрів від 5 березня 2008 р. № 165 “Про деякі питання стипендіального забезпечення”; Постановою Кабінету Міністрів від 31 травня 2006 р. “Про встановлення розміру стипендій Президента України для переможців всеукраїнських учнівських олімпіад з базових навчальних предметів і Всеукраїнського конкурсу-захисту науково-дослідницьких робіт учнів – членів Малої академії наук”; Постановою Кабінету Міністрів від 21 лютого 2006 р. № 209 “Про академічну стипендію імені М.С. Грушевського для студентів та аспірантів вищих навчальних закладів” та ін.), а також виплачуються згідно з іншими законодавчими актами окремим категоріям громадян (наприклад, стипендії терміном на один рік передбачаються для видатних спортсменів, тренерів та діячів фізичної культури, які виплачуються відповідно до Постанови Кабінету Міністрів від 24 січня 2002 р. № 977 “Про заснування стипендії Кабінету Міністрів України для видатних спортсменів, тренерів та діячів фізичної культури і спорту”; довічні державні пенсії для учасників бойових дій у період Великої Вітчизняної війни 1941–1945 років, які виплачуються згідно з Указом Президента України від 17 травня 2000 р. № 689/2000 “Про заснування довічних державних стипендій для учасників бойових дій у період Великої Вітчизняної війни 1941–1945 років”; довічні державні стипендії видатним діячам науки, освіти, культури та мистецтва, що виплачуються згідно з Указом Президента України від 14 лютого 1996 р. “Про державні стипендії видатним діячам науки, освіти та культури” та ін.).

До інших установлених законом виплат громадянам належать будь-які види грошових виплат, право на які мають окремі (певні) категорії громадян чи право на одержання яких виникає за наявності підстав, передбачених законодавством: компенсаційні виплати громадянам, які постраждали внаслідок Чорнобильської катастрофи; виплати, що здійснюються за рахунок коштів фондів загальнообов'язкового державного соціального страхування (допомога по безробіттю, допомога в разі тимчасової втрати працездатності, матеріальне забезпечення в разі нещасного випадку на виробництві чи професійного захворювання тощо); інші передбачені законом соціальні виплати, наприклад, допомога по догляду за дитиною до досягнення нею трирічного віку, допомога малозабезпеченим сім'ям з дітьми та ін.

Хотілось би звернути увагу на не зовсім чітке формулювання предмета посягання в ст. 175 Кримінального Кодексу України: що законодавець мав на увазі, говорячи про “інші установлені законом виплати”? З одного боку, не конкретизуючи види виплат, законодавець встановлює широке коло виплат, які підлягатимуть виплаті внаслідок виникнення відповідного права в особи. А з іншого боку, чому законодавець в статті як приклад наводить такі: заробітна плата, стипендії, пенсії? Видається, що для того, щоб зорієнтувати на характер виплат. Аналізуючи норми законодавства доходимо висновку, що наведені виплати мають регулярний, систематичний характер. Це, зокрема, впливає з положення ст. 2 Закону України “Про компенсацію громадянам втрати частини доходів у зв’язку з порушенням строків їх виплати” від 19 жовтня 2000 р.. У ній визначено правило, відповідно до якого компенсація громадянам втрати частини доходів у зв’язку з порушенням строків їх виплати провадиться у разі затримки на один і більше календарних місяців виплати доходів, нарахованих громадянам за період, починаючи від дня набуття чинності названим Законом. У цій же статті розкривається зміст поняття “доходів”, під якими розуміють грошові доходи громадян, які вони одержують на території України і які *не мають разового характеру*: пенсії; соціальні виплати; *стипендії*; заробітна плата (грошове забезпечення) та ін. [5, ст. 422].

Отже, й і інші установлені законом виплати, про які йдеться у диспозиції ст. 175 Кримінального Кодексу України мали б мати такий же, тобто регулярний характер. А чи входять до предмету посягання злочину, пов’язаного з невивплатою заробітної плати, стипендії, пенсії та інших установлених законом виплат *разові виплати*?

Проаналізуємо для цього один з видів виплат, про який йдеться в ст. 175 Кримінального Кодексу України, – заробітну плату, як яскравий приклад предмета посягання досліджуваного злочину. Закон України “Про оплату праці” від 24 березня 1995 р., встановлює наступну структуру заробітної плати: основну, додаткову заробітну плату та інші види заохочувальних та *компенсаційних виплат*, до яких, своєю чергою, зачисляє виплати у формі винагород за підсумками роботи за рік, премії за спеціальними системами і положеннями, *компенсаційні* та інші грошові і матеріальні виплати, які не передбачені актами чинного законодавства чи провадяться понад встановлені ними норми [6, ст. 121]. Ґрунтуючись на положеннях цієї статті робимо висновок, що компенсаційні виплати мають *регулярний характер*, бо є однією з структурних частин заробітної плати. Проте як бути, наприклад, з компенсацією втрати громадянами частини доходів у зв’язку з порушенням термінів їхньої виплати? Невже ця компенсація має систематичний характер? Тоді підприємства, установи, організації регулярно мали б не виплачувати або затримувати більш як на один місяць виплату доходів громадянам. Якщо так, то невивплата цієї компенсації мала б належати до предмета посягання злочину, передбаченого ст. 175 Кримінального Кодексу України, наслідком чого є кримінальна відповідальність в межах санкції цієї статті.

Проте варто звернути увагу на положення ст. 7 Закону України “Про компенсацію громадянам втрати частини доходу у зв’язку з порушенням строків їх виплати”, відповідно до якої відмова власника або уповноваженого ним органу (особи) від виплати компенсації *може* бути оскаржена громадянином у судовому порядку. Диспозитивність цієї норми (можливість оскарження у судовому порядку), як відомо, не характерна для кримінального права, а має місце у цивільно-правовому регулюванні суспільних відносин (відповідальність за невиконання зобов’язань).

Це, своєю чергою, підкреслює, що не всі компенсаційні виплати є регулярними, бо в протилежному випадку наставала кримінально-правова

відповідальність. Простежуємо неузгодженість позиції законодавця у визначенні характеру певних видів виплат.

Отже разові виплати, як видається, не входять до предмета посягання злочину, передбаченого ст. 175 Кримінального Кодексу України і, відповідно, відповідальність за їх не виплату або затримання їх виплати має встановлюватися в порядку цивільного судочинства.

Підсумовуючи вищенаведене, зробимо висновок, що предметом посягання в злочині, передбаченому ст. 175 Кримінального Кодексу України, є грошові кошти (за винятком випадків заміни їх на матеріальні цінності чи іншу натуральну форму оплати праці), які повинні виплачуватись громадянам як заробітна плата, стипендії, пенсії, компенсаційні та інші встановлені законодавством виплати систематичного характеру, на які вони мають право.

1. Аверьянова Т.В., Белкин Р.С., Корухов Ю.Г., Россинская Е.Р. Криминалистика: Учебник для вузов / Под ред. проф. Р.С. Белкина. – М.: НОРМА-ИНФРА-М, 2002. – С.35.
2. Бахин В.П. Криминалистическая методика. Лекция. – К., 1999. – С. 15.
3. Белкин Р.С. Курс криминалистики: В 3 т. Т. 3. Криминалистические средства, приемы и рекомендации. – М.: Юрист, 1997. – С. 306.
4. Ермолович В.Ф. Криминалистическая характеристика преступлений. – Мн.: Амалфея, 2001. – С. 153.
5. Закон України “Про компенсацію громадянам втрати частини доходів у зв’язку з порушенням строків їх виплати” від 19 жовтня 2000 р. // Відомості Верховної Ради України від 08.12.2000 – 2000. № 49. Ст. 422.
6. Закон України “Про оплату праці” від 24 березня 1995 р. // Відомості Верховної Ради України від 25.04.1995 – 1995. № 17. Ст. 121.
7. Закон України “Про пенсійне забезпечення” від 6 грудня 1991 р. // Відомості Верховної Ради України від 21.01.1992 – 1992. № 3. Ст. 10.
8. Закон України “Про поштовий зв’язок” від 4 жовтня 2001 р. // Відомості Верховної Ради України від 08.02.2002 – 2002. № 6. Ст. 39.
9. Калужна О.М. Криміналістична характеристика злочинів як уніфікована форма криміналістичного дослідження злочинної діяльності окремих видів: традиції і новачії // Проблеми державотворення і захисту прав людини в Україні: Матеріали XIII регіональної науково-практичної конференції 8–9 лютого 2007 р. – Львів: Юридичний факультет Львівського національного університету імені Івана Франка, 2007. – С. 530.
10. Калужна О.М. Поняття предмета посягання як елемента криміналістичної характеристики фальшімонометництва // Актуальні проблеми криміналістики: Матеріали між народ. Наук.-практ. конф. (Харків) 25–26 вересня 2003 р. / Ред. кол.: М.І. Панов, В.Ю. Шепітько, В.О. Коновалова та ін.. – Х.: Гриф, 2003. – С. 149.
11. Криминалистика / Под. ред. докт. юрид. наук проф. В.А. Образцова. – М.: Юрист, 2001. – С.55.
12. Криминалистика: Учебник / Под ред. А.Г. Филиппова. – изд. 3-е перераб. и доп. – М.: Спарк, 2004. – С.442.
13. Криміналістика: Підручник / П.Д. Біленчук, О.П. Дубовий, М.В. Салтєвський, П.Ю. Тимошенко / За ред. П.Д. Біленчука. – К.: Атіка, 1998. – С.14.
14. Кузьмічов В.С., Прокопенко Г.І. Криміналістика / За ред. В.Г. Гончаренка та Є.М. Моїсєєва. – К.: Юрінком Інтер, 2001. – С. 253.
15. Постанова Кабінету Міністрів від 21 лютого 2001 р. № 159 “Про затвердження Порядку проведення компенсації громадянам втрати частини грошових доходів у

- зв'язку з порушенням термінів їх виплати” // Офіційний вісник України від 09.03.2001 – 2001. № 8. С. 55. Ст 322.
16. Руководство для следователя / Под общ. ред. В.В. Мозякова. – М.: Экзамен, 2005. – С. 420.
 17. Салтєвський М.В. Криміналістика. Підручник: У 2-х ч. Ч. 2. – Харків: Консум, 2001. – С. 268.
 18. Словник української мови. Т. 7. – К.: Наукова думка, 1976. – С. 393.
 19. Старушкевич А.В. Криміналістична Характеристика злочинів: навчальний посібник. – К.: НБТ “Правник” – НАВСУ. – 1997. – С. 7.

**GENERALIZED INFORMATION ABOUT ENCROACHMENT
OBJECT AS ELEMENT OF CRIMINALISTIC CHARACTERISTIC
OF CRIMES, RELATED TO NON-PAYMENT
OF WAGES, PENSIONS, GRANTS
AND OTHER PAYMENTS SET BY THE LAW**

V.Figurs'kyi

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

An object of encroachment as one of the elements of crimes criminalistic characteristic elements is highlighted in the article. The most adequate term for this notion definition is substantiated. The object of crime encroachment, related to non-payment of wages, grants, pensions and other payments, set by the law, is analyzed. The attention is paid to the vague wording of crime article disposition (a. 175 CC of Ukraine).

Key words: criminalistic characteristic, object of encroachment, wages, grant, pension, payments.

**ОБОБЩЕННЫЕ ДАННЫЕ О ПРЕДМЕТЕ ПОСЯГАТЕЛЬСТВА
КАК ЭЛЕМЕНТЕ КРИМИНАЛИСТИЧЕСКОЙ
ХАРАКТЕРИСТИКИ ПРЕСТУПЛЕНИЙ, СВЯЗАННЫХ
С НЕВЫПЛАТОЙ ЗАРАБОТНОЙ ПЛАТЫ,
ПЕНСИЙ, СТИПЕНДИЙ И ДРУГИХ УСТАНОВЛЕННЫХ
ЗАКОНОМ ВЫПЛАТ**

В. Фигурский

*Львовский национальный университет имени Ивана Франка
ул. Университетская, 1, 79000 Львов, Украина*

В статье проанализирован один из структурных элементов криминалистической характеристики преступлений, а именно – предмет посягательства. Предложен наиболее адекватный срок на обозначение этого понятия. Проанализирован предмет посягательства преступления, связанного с невыплатой заработной платы, стипендии, пенсии и других предусмотренных законом выплат. Обращено внимание на нечеткую формулировку диспозиции статьи этого преступления (ст. 175 Криминального кодекса Украины).

Ключевые слова: криминалистическая характеристика, предмет посягательства, заработная плата, стипендия, пенсия, выплаты.

Стаття надійшла до редколегії 28.12.2009
Прийнята до друку 10.01.2010

ПРОЦЕСУАЛЬНІ МОЖЛИВОСТІ СТОРОНИ ЗАХИСТУ ПІД ЧАС ПРОВЕДЕННЯ СЛІДЧИХ ДІЙ НЕОБХІДНО ВДОСКОНАЛИТИ

Б. Яворський

*Львівський національний університет імені Івана Франка
вул. Університетська, 1, 79000 Львів, Україна
тел. (032)2394740*

На досудових стадіях кримінального процесу КПК надає сторонам неодинакові можливості для виконання властивих їм функцій, адже завдання, які покладено перед досудовим розслідуванням, та й перед судочинством загалом, не дають змоги досягнути сторонам процесу тієї рівноправності, яка є на судових стадіях. У статті на підставі аналізу чинного КПК і практики його застосування, Проекту КПК та спеціальної літератури досліджуються процесуальні можливості сторони захисту під час проведення слідчих дій. Автор звертає увагу на недосконалість окремих норм кримінально-процесуального законодавства і робить власні висновки та пропозиції з удосконалення КПК.

Ключові слова: сторона обвинувачення, сторона захисту, слідчі дії.

Суб'єктами кримінально-правових відносин є з одного боку особа, що вчинила злочин, а з іншого – держава як представник публічних інтересів в особі відповідних органів. Спеціально створені державою органи мають право застосовувати засоби процесуального примусу для охорони законотворчих громадян від злочинних посягань, розкриття злочинів і викриття осіб, які їх вчинили. Держава не може залишити поза своєю увагою суспільну небезпеку злочинів та осіб, які їх вчинили, а тому самостійно (за винятком справ приватного і приватно-публічного обвинувачення) вирішує питання про початок реагування на вчинений злочин у формі кримінально-процесуальної діяльності. Тож кримінальний процес реалізується за загальним правилом на засаді публічності.

Кримінально-процесуальний закон надає сторонам кримінального судочинства неодинакові можливості для виконання властивих їм функцій. Особливо чітко це спостерігається на досудових стадіях кримінального судочинства, де спеціально уповноваженим державою органам (органу дізнання, слідчому, прокурору) надано виключні повноваження щодо виявлення та процесуального закріплення доказів, застосування заходів процесуального примусу тощо. Інакше кажучи, сторона обвинувачення через дію принципу публічності зобов'язана розслідувати злочини, для чого наділена владними повноваженнями. Сторона ж захисту перебуває у гіршому становищі на стадії досудового розслідування, оскільки не володіє всім тим комплексом прав, які є у її процесуального супротивника. Тож завдання, що стоять перед досудовим розслідуванням та й перед судочинством у цілому, не дають змоги досягнути сторонам процесу тієї рівноправності, яка є на судових стадіях. Щоб до певної міри пом'якшити таку нерівноправність сторін, закон передбачає кримінально-процесуальний інститут сприяння захисту (*favor defensionis*). Власне він слугує для обмеження репресивних можливостей державних органів і не допустити обвинувального ухилу в їхній діяльності. Цей інститут допомагає зберегти та забезпечити баланс процесуальних засобів, спрямованих на розслідування злочинів, і процесуальних засобів захисту від підозри, обвинувачення, а відповідно, і баланс інтересів у кримінальному процесі.

У статті поставлено за мету, наскільки це дозволить обсяг нашої роботи, проаналізувати з урахуванням *favor defensionis* можливості сторони захисту під час проведення слідчих дій уповноваженими державними органами і висловити свої думки та пропозиції щодо удосконалення відповідних положень кримінально-процесуального законодавства. Питання щодо права сторони захисту самостійно збирати докази і, отже, фактично проводити паралельне розслідування, тут не піднімаємо, оскільки це тема окремого дослідження.

Відповідно до ст. 143 КПК слідчий зобов'язаний допитати обвинуваченого негайно після його явки або приводу і в усякому разі не пізніше доби після пред'явлення йому обвинувачення. Під час допиту за бажанням обвинуваченого може бути присутній його захисник, а у випадках, визначених у ст. 45 КПК, участь захисника є обов'язковою. У літературі звернемо увагу на те, що строк в одну добу, протягом якого потрібно провести допит обвинуваченого, не сприяє захисту, оскільки не створює практичної можливості для обвинуваченого підготуватися до допиту, реалізувати своє право на побачення із захисником для підготовки до допиту та визначитися із власною позицією у справі. Тому пропонується збільшити вказаний строк з однієї до трьох діб [11, с. 90]. Повністю погоджуємося з такою думкою, адже справді для обвинуваченого протягом однієї доби встигнути “знайти” захисника, провести з ним побачення і визначитися зі своєю позицією у справі є надзвичайно складно. До того ж захисник після вступу у справу має право ознайомитися з матеріалами, які обґрунтовують притягнення як обвинуваченого. Таке ознайомлення є необхідним для визначення із подальшими діями захисту і повинно передувати допиту. Провести такий обсяг дій у встановлений чинним КПК термін є просто нереально.

Судова практика засвідчує, що суд більше довіряє показанням підсудного, які він дав на початку досудового слідства, визнаючи свою вину. Якщо ж під час такого допиту брав участь адвокат, тоді значення таких показань ще посилюється [9, с. 121]. Тому під час першої зустрічі захисникові доцільно звернути увагу підзахисного на те, що не потрібно поспішати з відповідями на поставлені слідчим запитання, оскільки набагато простіше буде згодом доповнити дані раніше показання, аніж спростовувати уже сказане і зазначене у протоколі.

Якщо обвинувачений перебуває під вартою і бажає скористатися правом на побачення із захисником, то адміністрацією місця утримання обвинуваченого має бути забезпечена така можливість. При цьому, як звертає увагу Європейський суд з прав людини, розмова між заарештованим та його захисником може відбуватися у межах видимості працівника цієї установи, але у жодному випадку вона не повинна прослуховуватися [1, с. 131].

Захисник певною мірою може впливати на формування показань обвинуваченого, адже він звертає увагу свого підзахисного на ті чи інші обставини [6, с. 182]. “Захисник толерантно дає підзахисному правову консультацію, наголошуючи на відомих йому позитивах і негативах, за різного ставлення клієнта до своєї вини” [9, с. 122]. Однак це зовсім не означає, що захисник має право схилити останнього давати неправдиві показання. Підозрюваний, обвинувачений повинен сам визначати для себе стратегічну лінію поведінки: визнавати свою вину повністю чи частково, заперечувати свою причетність до злочину, або ж відмовитися давати показання взагалі. Захисник лише дає правову пораду, керуючись обраним ним та підзахисним тактикою захисту, підказує, якими законними методами і способами можна обстоювати свою позицію у справі [5, с. 165].

З огляду на це тяжко погодитися з висловленою в літературі думкою, що межі захисту будуть перевищені у таких випадках, коли, наприклад, захисник, проаналізувавши всі обставини справи та зважаючи на наявні в обвинувачення докази, радить обвинуваченому спростувати повідомлені ним раніше правдиві дані, або з тих же причин радить йому давати показання, повідомляє обвинуваченого про можливий майбутній арешт, про який йому відомо на підставі вивчення матеріалів тощо [3, с. 76].

Рекомендація захисника обвинуваченому утриматися від давання показань або давати певні показання не буде порушенням закону, адже призначення і обов'язок захисника – допомогти підзахисному захистити свої права і відстояти позицію. Варто погодитися з позицією Д.П. Фіолевського, що визначальною рисою адвокатської функції є однобічність займаної ним позиції, і до його завдань не входить пошук істини у справі як такої чи прагнення до абстрактної справедливості [16, с. 207]. Головне, щоб рекомендація захисника не перетворилася у її нав'язування, і підзахисний сам приймав рішення та самостійно обирав свою позицію у справі.

Беручи участь у допиті обвинуваченого, захисникові заборонено рекомендувати допитуваному, як відповідати на те чи інше конкретне запитання. Однак захисник має право звернутися з клопотанням до слідчого перервати допит і дозволити йому побачення з обвинуваченим, якщо, наприклад, виникла конфліктна ситуація, або є загроза її виникнення. Задоволення такого клопотання не суперечить закону та може виявитися тактично правильним, оскільки, дасть змогу зняти напругу і не посилювати конфлікт [2, с. 347]. Але не можна, як пропонують окремі автори¹, зобов'язати слідчого задовольняти таке клопотання, оскільки можливе зловживання захисником цим правом, і тоді тактичні прийоми, застосовувані слідчим, втраять свій зміст [4, с. 31], а допит перетвориться у нескінченний процес.

Чинний КПК у п. 6 частини 1 ст. 142 визначає, що обвинувачений має право з дозволу слідчого бути присутнім під час виконання окремих слідчих дій. Щодо захисника, то він, згідно з п. 4 частини 2 ст. 48 КПК, має право бути присутнім на допитах підозрюваного, обвинуваченого та при виконанні інших слідчих дій, виконуваних з їх участю або за їх клопотанням чи клопотанням самого захисника, а при виконанні інших слідчих дій – з дозволу дізнавача чи слідчого.

Питання участі сторони захисту у проведенні слідчих дій завжди було актуальним серед науковців. Особливо дискусія поживалась протягом останніх років через посилення уваги до принципу змагальності. У літературі зазначено, що участь захисника у проведенні слідчих дій посилює елемент змагальності, створює кращі умови для забезпечення всебічності розслідування та служить гарантією від упередженості та застосування недозволених методів слідства. Крім того, це дає змогу захисникові безпосередньо сприймати отримані у результаті таких дій докази, оцінити їхню належність, допустимість і достовірність. Захист також отримує додаткову інформацію про докази, якими володіє слідство [10, с. 101–102].

¹ Частина 2 ст. 53 КПК РФ надає право захисникові у процесі проведення слідчої дії давати своєму підзахисному короткі консультації. Керуючись з таким положенням закону М.А. Фомін стверджує, що під час допиту обвинувачений має право заявляти клопотання про побачення з своїм захисником наодинці для того, щоб сформулювати відповіді на поставлені запитання, або взагалі відмовитися відповідати на нього. – див. Фомін М.А. Сторона захисту в уголовном процессе (досудебное производство). – М.: Издательство „Юрлитинформ”, 2004. – С.167.

Керуючись такими мотивами, чимало вчених вважають за необхідне розширити права сторони захисту щодо участі у слідчих діях. “Право на участь сторони захисту у проведенні слідчих дій повинно бути гарантовано і забезпечено кримінально-процесуальним законодавством, а не носити вибірковий характер і залежати від волі сторони обвинувачення” [7, с. 95]. Для цього пропонується захисникові у разі розпочинання справи заявляти клопотання про повідомлення його про дату, час і місце проведення таких слідчих дій, яке повинно бути обов’язкове для слідчого [2, с. 341; 15, с. 59].

Закріплення обов’язкової участі захисника у всіх слідчих діях, якщо він заявив про це клопотання, на нашу думку, надзвичайно ускладнить і затягне процес розслідування, адже, як не дивно це звучить, але слідчий вимушений буде узгоджувати із захисником час проведення кожної слідчої дії, щоб останній зміг взяти участь у її проведенні. Це, своєю чергою вплине на строки досудового розслідування – вони збільшаться. Крім того, з погляду тактики та завдань розслідування, навряд чи доцільно повідомляти обвинуваченого та захисника про ті слідчі дії, які планує провести слідчий. А як бути із невідкладними слідчими діями, зволікання із проведенням яких недопустимо? Або, як можна попереджати сторону захисту про те, що проводитиметься обшук чи викликатиметься для допиту як свідок певна особа? Після такого повідомлення дивним буде, якщо у процесі обшуку ще будуть знайдені предмети і документи, які мають значення для справи або ж захист “не вживе певних заходів для впливу на свідка”. Тому вважаємо неможливим повідомляти, а тим більше, забезпечити участь суб’єктів сторони захисту під час виконання усіх слідчих дій.

На сьогодні кримінально-процесуальний закон по-різному підходить до питання участі у слідчих діях обвинуваченого та його захисника. Так, захисник має право бути присутнім під час виконання слідчих дій, які проводяться: а) за його клопотанням; б) за клопотанням його підзахисного; в) за участю його підзахисного. Якщо говорити про обвинуваченого, то КПК не передбачає для нього права обов’язкової участі у слідчих діях, які проводяться: а) за його клопотанням, б) за клопотанням його захисника. Натомість обвинувачений наділяється комплексом прав під час призначення і проведення експертизи (ст. 197 КПК), які в його інтересах, керуючись чинним КПК, не має права реалізувати захисник.

Такий стан у законодавстві не дає підстав стороні захисту належно відстоювати власну позицію у кримінально-процесуальному змаганні. З метою узгодження аналізованих положень, вважаємо за необхідне наділити обвинуваченого правом обов’язкової участі у слідчих діях, які проводяться за його клопотанням чи клопотанням захисника, а захисника – відповідними правами під час призначення проведення експертизи. Отже, захисника слід обов’язково повідомляти про проведення наступних слідчих дій: 1) які проводяться за участю чи щодо його підзахисного (за винятком обшуку, виймки, накладення арешту на кореспонденцію та зняття інформації з каналів зв’язку); 2) які проводяться за його клопотанням чи клопотанням підзахисного; 3) про призначення експертизи незалежно від того, за чийм клопотанням її призначають.

У літературі слушно звертається увага, що формулювання “бути присутнім під час проведення слідчих дій”, яке використовує КПК, не дуже вдале, оскільки учасникам процесу для відстоювання власної позиції недостатньо простої “присутності” та пасивного спостереження. Їм необхідно мати право брати активну участь у проведенні слідчих дій [11, с. 92; 8, с. 111]. Тим більше, що захисникові таке право частини 3 ст. 221 КПК надає (захисник має право задавати запитання

свідку, потерпілому, експерту, спеціалісту і обвинуваченому, а також клопотати про занесення до протоколу обставин, які мають значення для справи). Тому вважаємо необхідним надати обвинуваченому та його захисникові, які беруть участь у проведенні слідчої дії, такі процесуальні права: 1) ставити запитання учасникам слідчої дії; 2) заявляти клопотання щодо використання при проведенні слідчої дії науково-технічних засобів та порядку виконання слідчої дії; 3) ознайомитися з протоколом слідчої дії; 4) висловлювати усні (заносяться до протоколу) та письмові зауваження про недотримання вимог КПК України при виконанні слідчої дії щодо змісту протоколу, його повноти та відповідності записів у ньому діям, виконаним під час проведення слідчої дії. У разі призначення та проведення експертизи захисник повинен мати право заявляти клопотання про розширення кола питань, які ставляться перед експертом, про уточнення питань, сформульованих слідчим, про призначення конкретного експерта чи певної експертної установи, про призначення повторної або додаткової експертизи [8, с. 111].

З метою удосконалення права особи на захист вважаємо також доцільним надати підозрюваному та обвинуваченому змогу отримувати копію протоколів слідчих дій, у яких вони брали участь, а також тих, які проводились за їхнім клопотанням. Для цього особу, яка проводитиме таку слідчу дію, потрібно зобов'язати негайно, а у випадках, якщо це неможливо одразу, то протягом доби з моменту проведення слідчої дії, під розписку вручити стороні захисту (обвинуваченому або його захиснику) копію відповідного протоколу, засвідчену підписом слідчого (особи, що проводить дізнання, прокурора).

М.А. Фомін, досліджуючи проблемні питання участі сторони захисту на досудових стадіях, пише, що коли особа, у приміщенні якої проводиться обшук, виявить бажання і вимагатиме від слідчого присутності захисника при проведенні даної слідчої дії, то відмовити у цьому слідчий не має права [17, с. 314]. Вважаємо, що на практиці із реалізацією такої ідеї вченого можуть виникнути значні проблеми. Постає запитання: які повинні бути подальші дії слідчого, який прибув для проведення обшуку чи виїмки і оголосив особі постанову, а вона виявила бажання, щоб під час обшуку був присутній захисник? Якщо науковець має на увазі обов'язок слідчого дочекатися явки захисника і тільки після цього проводити обшук (виїмку), то навряд чи є підстави погодитися з такою ідеєю. Проте її варто підтримати, якщо автор мав на увазі незупинення проведення обшуку (виїмки) з метою запросити захисника, а тільки надати право захисникові: а) бути присутнім під час проведення обшуку, якщо, наприклад, він на момент приходу слідчого перебував у приміщенні, де має проводитися обшук (виїмка); б) бути допущеним до участі в обшуку вже у процесі його проведення у разі його прибуття. При цьому у таких випадках захиснику потрібно надати право ознайомлюватися з постановою про проведення обшуку чи виїмки та висловлювати свої зауваження щодо проведення слідчої дії, які слідчий зобов'язаний внести до протоколу.

Окремі прихильники розширення дії засади змагальності на досудовому розслідуванні, зважаючи на неможливість повідомлення захисника про майбутнє проведення обшуку чи виїмки, висловлюють пропозицію про необхідність ознайомлення останнього із результатами проведеного обшуку чи виїмки та надання йому права оскаржувати законність, обґрунтованість, дотримання процедури проведення і результати обшуку у суді протягом трьох днів [13, с. 37].

Навряд чи є достатні підстави для підтримання такої ідеї, оскільки реалізація її на практиці може значно затягнути процес розслідування (швидше за все

прийняття судом відповідного рішення не обмежиться витребуванням і дослідженням матеріалів справи, а потрібно буде допитувати учасників такої слідчої дії). Абсолютно без негативних наслідків для обвинуваченого це можна зробити і на стадії судового розгляду, адже все одно тільки за його результатами суд ухвалює остаточне рішення у справі.

Як відомо, обвинувачений не зобов'язаний доводити свою невинуватість у вчиненні злочину та має право відмовитися давати показання. Враховуючи такі положення *favor defensionis*, постає питання про обов'язок участі обвинуваченого у слідчих діях. Чи зобов'язаний обвинувачений брати участь у проведенні слідчих дій і чи вправі він відмовитися від їх проведення (наприклад, від допиту чи обшуку)?

Російський вчений-процесуаліст О.П. Рижаків, досліджуючи правовий статус підозрюваного у кримінальному процесі, зазначає, що “відмовитися” означає “виразити незгоду, не бажати робити” що-небудь. Тому, на його думку, відмова давати показання рівнозначна небажання повідомляти ту чи іншу інформацію як під час допиту (очної ставки, перевірки показань на місці), так і під час проведення будь-якої іншої процесуальної дії, коли можливе давання показань підозрюваним [14, с. 90].

Публічність кримінального процесу, необхідність розкриття злочинів і покарання винних, з одного боку, та захист від кримінального переслідування і відстоювання власної позиції у справі, з іншого, зумовлює, на нашу думку, таке вирішення цієї проблеми. Є низка слідчих дій, відмова обвинуваченого від участі у яких повинна бути обов'язковою для слідчого. Йдеться про допит, очну ставку, відтворення обстановки і обставин події, пред'явлення для впізнання (якщо обвинувачений упізнає). На практиці трапляються випадки, коли прохання обвинуваченого про відмову брати участь у проведенні слідчих дій задовольнялося. Наприклад, під час розслідування справи про обвинувачення О. у вчиненні злочинів, передбачених частиною 3 ст. 185 КК та ч. 2 ст. 185 КК, обвинувачений звернувся до слідчого із заявою про те, що йому “соромно за свої дії”, а тому просить не проводити відтворення обстановки і обставин події. Слідчий задовольнив його прохання і не проводив цієї слідчої дії [12]. Натомість такі слідчі дії, як обшук, виїмка, освідування, огляд, пред'явлення для впізнання (обвинуваченого впізнають), накладення арешту на кореспонденцію та зняття інформації з каналів зв'язку повинні проводитися незалежно від бажання обвинуваченого. У такий спосіб можна зберегти оптимальне співвідношення між публічними та особистими (індивідуальними) інтересами у кримінальному судочинстві. З огляду на це вважаємо необхідним доповнити перелік прав обвинуваченого та підозрюваного (ст. ст. 43, 43–1, 142 КПК) правом відмовитися брати участь у таких слідчих діях: допит, очна ставка, відтворення обстановки і обставин події, пред'явлення для впізнання (якщо він впізнає).

Такий порядок участі обвинуваченого та захисника під час проведення слідчих дій розширить їхні можливості з реалізації функції захисту без негативного впливу на процес розслідування справи.

1. Автономов А.С. Международные стандарты в сфере отправления правосудия / Федер. палата адвокатов Рос. Федерации. – М.: Новый учеб., 2007. – 332 с.
2. Адвокатская деятельность: Учебное пособие / Под общ. ред. канд. юрид. наук В.Н. Буробина. изд. 3-е, перераб. и доп. – М.: Статут, 2005. – 604с.

3. Батюк О.В. Правовий статус обвинуваченого на досудовому слідстві. Дис. ... канд. юрид. наук. – К., 2007. – 207 с.
4. Гармаев Ю.П. Незаконная деятельность адвокатов в уголовном судопроизводстве. – М.: Экзамен, 2005. – 512 с.
5. Гловацький І.Ю. Діяльність адвоката-захисника у кримінальному процесі. Навч. посібн. – К.: Атіка, 2003. – 352 с.
6. Грошевий Ю.М., Стахівський С.М. Докази і доказування у кримінальному процесі. Наук.-практ. посіб. – К.: КНТ, Видавець Фурса С.Я., 2006. – 272 с.
7. Деришев Ю.В. Проблемы равноправия сторон в досудебном производстве по уголовным делам: монография / Ю.В. Деришев, М.Э. Романовский; Ом. юрид. ин-т. – Омськ, 2007. – 150 с.
8. Ковальчук С.В. Здійснення захисту у кримінальних справах на засадах змагальності та диспозитивності. Дис. ... канд. юрид. наук. Івано-Франківськ, 2007. – 226с.
9. Когутич І.І. Криміналістичні знання, їх сутність і потреба розширення меж використання. Монографія. – Львів: Тріада плюс, 2008. – 420 с.
10. Кореневский Ю.В., Падва Г.П. Участие защитника в доказывании по новому уголовно-процессуальному законодательству: Практик. пособие. – М.: Юрист, 2004. – 159 с.
11. Корчева Т.В. Проблеми діяльності захисника в досудовому провадженні та в суді першої інстанції. Дис. ... канд. юрид. наук. Х., 2007. – 208 с.
12. Кримінальна справа № 1–131/07. Архів Личаківського районного суду м. Львова.
13. Пиук А. Состязательность на стадии предварительного расследования и судебный контроль // Российская юстиция. – 2000. – №4. – С.37.
14. Рыжаков А.П. Подозреваемый: понятие, права и обязанности. Научно-практическое руководство. – Ростов н/Д.: Феникс, 2006. – 208 с.
15. Ульянова Л.Т. Роль адвоката-захисника в реализации принципа состязательности и равноправия сторон в уголовном судопроизводстве // Вестник Московского университета. – Сер. 11. Право. 2006. №4. – с. 47–61.
16. Фіолевський Д.П. Адвокатура: Підручник. – вид. 2-ге, випр. і доп. – К.: Алерта, 2008. – 432с.
17. Фомин М.А. Сторона защиты в уголовном процессе (досудебное производство). – М.: Издательство “Юрлитинформ”, 2004. – 356 с.

PROCEDURAL OPPORTUNITIES OF THE DEFENCE DURING INVESTIGATIVE PROCEDURES SHALL BE IMPROVED

B. Yavors'kyi

*Ivan Franko National University of Lviv,
Universytetska Str. 1, UA – 79000 Lviv, Ukraine
Tel. (032) 2394740*

At pre-trial stages of criminal proceedings parties don't have equal opportunities for realization of their functions, since the tasks of pre-trial investigation and justice don't foresee the equality of the parties they have at trial stages. The article highlights procedural opportunities of the defence (party) during investigative procedures on the basis of the Criminal procedural code, judicial practice, Criminal procedural code in draft and special literature. The author pays attention to the imperfect norms of criminal procedural laws, makes his own conclusions and proposals as to the Criminal procedural code perfection.

Key words: (the) prosecution, (the) defence, investigative procedures.

**ПРОЦЕССУАЛЬНЫЕ ВОЗМОЖНОСТИ СТОРОНЫ ЗАЩИТЫ
ВО ВРЕМЯ ПРОВЕДЕНИЯ СЛЕДСТВЕННЫХ ДЕЙСТВИЙ
НЕОБХОДИМО УСОВЕРШЕНСТВОВАТЬ**

Б. Яворский

*Львовский национальный университет имени Ивана Франка
ул. Университетская, 1, 79000 Львов, Украина
тел. (032) 2394740*

На досудебных стадиях уголовного процесса КПК предоставляет сторонам неодинакові возможности для выполнения свойственных им функций, ведь задания, которые положены перед досудебным расследованием, да и перед судопроизводством в целом, не дают возможность достичь сторонам процесса того равноправия, которое есть на судебных стадиях. В статье на основании анализа действующего КПК и практики его приложения, Проекта КПК и специальной литературы исследуются процессуальные возможности стороны защиты во время проведения следственных действий. Автор обращает внимание на несовершенство отдельных норм криминально-процессуального законодательства и делает собственные выводы и предложения из усовершенствования КПК.

Ключевые слова: сторона обвинения, сторона защиты, следственные действия.

Стаття надійшла до друку 24.12.2009

Прийнята до друку 10.01.2010

ДІЯЛЬНІСТЬ ПРОКУРОРА У ЗВ'ЯЗКУ З ПЕРЕГЛЯДОМ СУДОВИХ РІШЕНЬ ЗА НОВОВІЯВЛЕНИМИ ОБСТАВИНАМИ

Г.Середа

*Національна академія прокуратури України
вул. Мельникова, 81-б, 04050, Київ, Україна*

Проаналізовано функціональне призначення участі прокурора при перегляді судових рішень у зв'язку з нововиявленими обставинами. Наведені аргументи щодо необхідності вдосконалення процесуальних можливостей прокурора.

Ключові слова: прокурор, судові рішення, перегляд.

Ідеальною метою кримінального судочинства є законне, обґрунтоване, справедливе, а відтак – непохитне і стабільне судові рішення, ухвалення якого припиняє матеріальні та процесуальні правовідносини внаслідок категоричного вирішення судом кримінально-правового конфлікту. Однак цей ідеал, як і будь-яка ідеальна модель суспільної практики в дійсності є недосяжним. Адже якою досконалою не була б організація судової системи, якими повними не були б законодавчо закріплені гарантії винесення судом правосудних рішень – у практичному правосудді існують об'єктивні й суб'єктивні умови допущення судових помилок, котрі не можуть бути абсолютно виключені при ухваленні вироків, постанов і ухвал суду у кримінальних справах.

Наведені обставини актуалізують проблему створення надійної та ефективної системи виявлення, виправлення та попередження судових помилок. В Україні одним зі структурних елементів такої системи є перегляд кримінальних справ у виключному провадженні. На цій стадії особливу увагу привертає діяльність прокурора з розслідування нововиявлених обставин як підстави такого провадження у кримінальній справі.

Кримінально-процесуальним проблемам перегляду судових рішень присвячені наукові праці Г.З. Анашкіна, В.С. Балакшина, В.М. Беднарської, Н.Р. Бобечка, В.П. Бож'єва, В.Н. Білінова, М.О. Громова, Ю.М. Грошевого, В.П. Лобача, В.Т. Маляренка, В.Т. Нора, І.Д. Перлова, А.Л. Рівліна, М.І. Сірого, М.С. Строговича, В.Д. Фінька, Л.А. Хруслової, В.П. Шибіка, М.Є. Шумила [1–14] тощо. Але проблеми діяльності прокурора в цій стадії кримінального судочинства залишаються малодослідженими.

Мета даної статті полягає у визначенні змісту кримінально-процесуальної діяльності прокурора в стадії перегляду кримінальних справ у виключному провадженні, а також особливостей організації та проведення розслідування нововиявлених обставин кримінальної справи прокурором.

Законом України від 21 червня 2001 року «Про внесення змін до Кримінально-процесуального кодексу України» [15] передбачений перегляд судових рішень у кримінальних справах у порядку виключного провадження, який є додатковою надзвичайно важливою гарантією забезпечення законності і справедливості у суспільстві. Виключне провадження по кримінальних справах суттєво відрізняється від наглядового порядку, який існував раніше, до внесення 21 червня 2001 року змін у КПК України, зокрема за чітко окресленими (обмеженими) випадками виключного провадження, передбаченими ст. 400-4 КПК України: 1) за підставами, що дають можливість для такого провадження; 2) за строками

постановки такого питання; 3) за суб'єктами ініціювання такого питання; 4) за порядком розгляду справ у такому провадженні.

За змістом ст. 4004 КПК України стадія перегляду судових рішень, що набрали законної сили в порядку виключного провадження, як самостійний інститут провадження визначає перегляд судових рішень з нововиявлених обставин. Такими обставинами вважаються достовірно встановлені шляхом проведення розслідування, суттєво важливі для справи, нові факти чи їх обставини, які існували в момент вирішення справи, але не були відомі суду, і саме це істотно вплинуло на правильність судового рішення та завдало істотну шкоду правосуддю. За кримінально-процесуальним законодавством (ч. 1 ст. 4005 КПК України) нововиявленими обставинами є:

- фальсифікація доказів, неправильність перекладу, а також показань свідка, потерпілого, обвинуваченого, підсудного, висновку і пояснень судового експерта, на яких ґрунтується вирок. До цієї групи підстав належать випадки злочинної діяльності певних осіб, що стали причиною постановлення неправильного рішення, а також випадки, де не заподіяний суб'єктивний вплив злочинного характеру третіх осіб;

- зловживання прокурора, дізнавача, слідчого чи суддів під час провадження у справі, що містять склад злочину;

- всі інші обставини, що не були відомі суду при винесенні судового рішення і які самі по собі або разом із раніше виявленими обставинами доводять неправильність засудження або виправдання підсудного. Ця група підстав виключає злочинність діяння третіх осіб.

Передбачені вище обставини, вказані у п.п. 1 і 2 ч. 1 ст. 4005 КПК України, що супроводжуються злочинними діями певних (зазначених вище) осіб, є підставами для перегляду судових рішень, які набрали законної сили, у порядку виключного провадження лише у тому разі, коли вони встановлені вирок, що набрав законної сили. Тобто ці обставини у вигляді певних дій осіб підпадають під ознаки злочину. Крім того, за фактами вказаної фальсифікації доказів, завідомої неправильності перекладу, показань свідка, потерпілого, висновку і пояснень судового експерта, на яких ґрунтується вирок, а також зловживань прокурора, дізнавача, слідчого і судді (чи суддів), які були причетні до розслідування чи судового розгляду справи, було порушено кримінальну справу, винні піддані кримінальній відповідальності, засуджені судом, а вирок набув законної сили.

Вважаємо, що виключеннями з цього правила є неможливість постановлення вироку у зв'язку зі: смертю винної особи; закінченням строку давності притягнення до кримінальної відповідальності; закриттям кримінальної справи у зв'язку із звільненням від кримінальної відповідальності; оголошенням акта амністії чи помилювання; психічним захворюванням винної особи (за наявності постанови про застосування примусових заходів медичного характеру, що набрала законної сили). У такому випадку факт наявності обставин, зазначених у п. п. 1 та 2 ч. 1 ст. 4005 КПК України, стверджується в матеріалах розслідування, за наслідками якого винесено постанову про закриття кримінальної справи, на досудовому слідстві чи в суді.

До інших обставин, які не були відомі суду при винесенні судового рішення (третя група підстав, передбачених п. 3 ч. 1 ст. 4005 КПК України), належать: виявлення живою особу, що вважалася вбитою; виявлення факту неосудності засудженого в момент вчинення ним суспільно небезпечного діяння; дані про невинуватість засудженого в цілому чи в певній частині злочинів або про

винуватість у більш тяжкому злочині за умови, якщо його неможливо окремо розглядати на досудовому слідстві (наприклад, засудженого було звинувачено у заподіянні тілесних ушкоджень, а фактично ще до винесення вироку наступила смерть потерпілого); встановлення більшого розміру викраденого майна; викриття обману, якщо засуджений видавав себе за іншу особу; інші обставини, які були невідомі суду під час винесення судового рішення.

Інші обставини можуть бути нововиявленими обставинами коли «самі по собі або разом із раніше виявленими обставинами доводять неправильність засудження або виправдання підсудного» [2, 5].

Підставою для перегляду судового рішення за іншими обставинами, передбаченими п. 3 ч. 1 ст. 4005 КПК України, є висновок прокурора про підтвердження їх матеріалами розслідування.

У науковій літературі перегляд судового рішення із нововиявлених обставин ставиться в залежність від сукупності умов, зазначених у ч. 1 ст. 4005 КПК України: а) обов'язковість розслідування цих підстав (проведення слідчих дій); б) невідомість суду про їх існування, що не залежить від нього; в) існування цих нових обставин до постановлення вироку; г) викриття нових обставин після набрання вироком законної сили і неможливість його зміни чи скасування в касаційному порядку [3, 8].

Норма ст. 4008 КПК України, що передбачає обов'язковість розслідування нововиявлених обставин та представлення суду їх матеріалів разом з висновком прокурора про їхнє підтвердження, фактично має пряме виконання лише за відсутності злочинних діянь, перелічених у п. 2 ч. 1 і п. 3 цієї норми осіб, та у випадках, коли не можна постановити вирок. Що ж до інших випадків п.п. 1, 2 ч. 1 ст. 4005 КПК України, то, якщо за вказаними фактами є вирок, що набрав законної сили, у відповідний суд для перегляду судового рішення за нововиявленими обставинами надається обвинувальний вирок та ухвали апеляційної, касаційної інстанцій (якщо рішення суду переглядалося).

Прокурор лише перевіряє та складає висновок про те, що дана обставина, викладена в іншому вироку, спричинила винесення неправосудного судового рішення по цій справі.

Зауважимо, специфікою перегляду кримінальних справ за нововиявленими обставинами є те, що порушити це питання перед судом може лише прокурор. Тільки йому законом доручається перевірка щодо дійсного існування нових обставин.

Як і будь-який життєвий процес, процес перегляду справи в порядку виключного провадження потребує ініціатора та ініціювання. Відповідно до ч. 2 ст. 4009 КПК України ініціювання перегляду справи повинно мати вигляд офіційного клопотання, яке можуть подавати засуджений, його захисник чи законний представник, а також прокурор, котрий брав участь у розгляді справи судом першої, апеляційної чи касаційної інстанції, Генеральний прокурор України та його заступники, прокурор області і прирівняні до нього прокурори та їх заступники в межах їхніх повноважень. Крім того, клопотання можуть подати також інші особи, яким зазначене право надано відповідними законодавчими актами України. Ніхто інший, таким чином, не може звертатися безпосередньо до суду з клопотанням про перегляд судового рішення в порядку виключного провадження.

Оскільки ініціаторами перегляду справи в порядку виключного провадження законом передбачені саме засуджений, його захисник та законний представник,

вони мають право звертатися безпосередньо до суду з клопотанням про перегляд лише тих судових рішень, що стосуються засудженої особи, тобто обвинувального вироку суду, апеляційної та касаційної ухвали, якими цей вирок був залишений без зміни або змінений, а також тих судових рішень, які виносяться у зв'язку з постановленням вироку чи в процесі його виконання.

Інші учасники процесу, а також усі інші особи, права та інтереси яких, на їхню думку, порушені вироком чи іншим судовим рішенням, у випадках, коли відповідні судові рішення можуть бути переглянуті, за захистом своїх прав і інтересів мають звертатися лише через відповідного прокурора. Останній, якщо знайде підстави, має право подати клопотання до Верховного Суду України про перегляд відповідних судових рішень у порядку виключного провадження.

Зазначені в ч. 2 ст. 4009 КПК України заступники відповідних прокурорів вправі подати до Верховного Суду України клопотання про перегляд судових рішень у порядку виключного провадження лише в межах своїх повноважень. Тому до клопотання потрібно долучати документ про те, що відповідним наказом прокурора вони наділені повноваженнями його подавати. Без зазначених документів клопотання не може розглядатися по суті, оскільки невідомо, чи правомочні особи його подали.

Доцільно зауважити: якщо законодавець обмежує коло прокурорів, які мають право поставити питання про перегляд судового рішення в порядку виключного провадження (ст. 4007 КПК), необхідно обмежити і коло прокурорів, які мають право на розгляд заяв та проведення розслідування, а саме: обмежити їх обласним та вищим рівнем, що, в свою чергу, спростить порядок принесення подання, зазначений у ч.ч. 4–5 ст. 4008 КПК України. Водночас потрібно обмежити коло органів, які можуть проводити розслідування, обласним та вищим рівнем.

Проблемним є також те, що главою 32 КПК України не передбачено вимог до форми та змісту клопотання про перегляд судового рішення в порядку виключного провадження. Однак, виходячи із загальних правил, які стосуються такого роду процесуальних документів, а також враховуючи, що згідно зі статтями 4009 та 40010 КПК України клопотання – предмет розгляду спільного судового засідання відповідних судових палат, і, таким чином, його зміст має принципове значення, зазначене клопотання за формою і змістом повинно відповідати передбаченим ст. 350 КПК України вимогам, які ставляться до апеляції. Крім того, оскільки питання про витребування справи вирішується, виходячи з аналізу клопотання та змісту судових рішень, особа, що клопочеться про перегляд справи, зобов'язана приєднати до клопотання належно завірені копії відповідних судових рішень. Без таких копій клопотання залишається без розгляду, про що повідомляється заявнику.

Подання про внесення на судовий розгляд клопотання про перегляд судового рішення з підстав, передбачених п. 2 ч. 1 ст. 4004 КПК України, тобто у зв'язку з неправильним застосуванням кримінального закону та істотним порушенням вимог кримінально-процесуального закону, які істотно вплинули на правильність судового рішення, мають право вносити судді касаційного суду в кількості не менше п'яти осіб (ч. 2 ст. 4007 КПК України).

Відповідно до ч. 3 ст. 40010 КПК України подання суддів про судовий розгляд клопотання щодо перегляду судового рішення з підстав, передбачених п. 2 ч. 1 ст. 4004 КПК України, розглядаються на спільному засіданні суддів судової палати з кримінальних справ і військової палати Верховного Суду України. В засіданні повинні брати участь не менше ніж по 2/3 від обраних і правомочних розглядати

справи суддів кожної палати. При цьому згідно з ч. 4 ст. 55 КПК України суддя, який брав участь у розгляді, не може розглядати її в порядку виключного провадження. Отож при розгляді справи мають бути присутніми 2/3 суддів без урахування тих, які раніше розглядали цю справу.

На думку Л.А. Хруслової [14, 12], що її поділяємо і ми, до осіб, яким таке право надане законом, також варто віднести народних депутатів України. Відповідно до п. 5 ст. 17 Закону України «Про статус народного депутата України» народний депутат як представник державної влади у разі порушення прав, свобод і інтересів людини та громадянина, що охороняються законом, та інших порушень закону може звернутися з депутатським зверненням до відповідних посадових осіб правоохоронних органів. Право на звернення до прокурора про розслідування нововиявлених обставин по кримінальній справі має також Уповноважений Верховної Ради України з прав людини (Закон України „Про Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини” від 23 грудня 1997 року) та деякі інші посадові особи, підприємства, установи й організації. Реалізація такого права здійснюється шляхом подачі заяви (клопотання) прокурору тієї території, де проводилося досудове слідство або розглядалася кримінальна справа судом першої інстанції.

Отримавши вказану вище інформацію, прокурор передусім повинен витребувати кримінальну справу із суду, вивчити її та перевірити доводи заявника щодо можливості існування вказаних у заяві нових обставин і реальність їх слідчої перевірки. Якщо підстави для поновлення слідчих дій відсутні, він складає про це мотивований висновок і надає аргументовану відповідь заявнику в порядку, передбаченому Законом України „Про звернення громадян”.

У випадку, коли після ознайомлення з матеріалами справи прокурор вважає необхідним слідчими діями перевірити представлені нові обставини, що стали йому відомі, він виносить постанову про призначення розслідування за нововиявлених обставин.

Розслідування цих обставин здійснює або сам прокурор, або за його дорученням органи дізнання чи досудового слідства. У тексті КПК України одночасно застосовуються поняття «слідство» та «розслідування». Це призводить до неоднокового їх розуміння. Варто звернути увагу на те, що за ч. 3 ст. 4008 КПК України таке розслідування «проводиться за правилами, встановленими цим Кодексом для проведення досудового слідства». Такий порядок стосується і строків провадження. Здійснюються будь-які необхідні для встановлення нових фактів і обставин, передбачені правилами досудового слідства, слідчі дії. Засуджені допитуються за правилами допиту обвинувачених, з додержанням їх прав, передбачених ст.ст. 142–146 КПК України. Отже, йдеться про процесуальні дії, притаманні досудовому слідству. Тому, на нашу думку, вказані вище поняття потребують уніфікації та застосування єдиного терміна «слідство».

У результаті проведеного слідства, за умови, якщо підтверджуються нові обставини, які доводять можливу неправильність засудження або виправдання, прокурор може здійснити наступні дії.

1. Порушити кримінальну справу проти осіб, які сфальсифікували докази, зробили завідомо неправильний переклад, надали завідомо неправильні показання, висновки та пояснення, зловживали службовим становищем під час провадження у справі. Доручити розслідування справи певному слідчому органу. Після закінчення досудового слідства і постановлення обвинувального вироку, коли вирок вступить

в законну силу, скласти лист про спричинення вказаними у цих судових рішеннях обставинами суттєвої шкоди винесенню неправосудного судового рішення. До листа додається вирок суду й ухвала апеляційного суду, якщо справа розглядалась у цих інстанціях, і направляються прокурору, якому надано право вносити подання у відповідний суд про перегляд судового рішення.

За неможливості постановлення вироку у вказаних вище випадках, якщо прокурором чи слідчим справа закрита, до висновку додаються матеріали розслідування. У випадку закриття справи судом (наприклад, у зв'язку із закінченням строку давності притягнення до кримінальної відповідальності) до висновку додається постанова суду про закриття справи, що набрала законної сили, та при розгляді справи апеляційним судом – ухвала цього суду.

2. При встановленні інших обставин (добросовісна помилка перекладача, свідка, потерпілого, експерта; завідомо неправдиві показання чи добросовісна помилка у їх наданні з боку обвинуваченого, підсудного тощо), що не були відомі суду при винесенні судового рішення і які самі по собі або разом із раніше виявленими обставинами доводять неправильність засудження або виправдання засудженого, прокурор складає відповідний висновок, до якого додає матеріали розслідування.

3. Якщо після проведеного розслідування прокурор не вбачає підстав для перегляду кримінальної справи з нововиявлених обставин, він складає мотивовану постанову про відмову в перегляді кримінальної справи за нововиявленими обставинами та надає аргументовану відповідь заявнику (фізичній чи юридичній особі, яка звернулася до нього з таким проханням) з роз'ясненням права на оскарження цієї постанови вищестоящому прокурору.

Таким чином, підставою для перегляду судового рішення у кримінальній справі з нововиявлених обставин є подання прокурора, складене з додержанням змісту і структури, передбачених для апеляції у ст. 350 КПК України. На судові рішення місцевих судів подання про перегляд справи з нововиявлених обставин подається у відповідний апеляційний суд прокурором АР Крим, області, міст Києва, Севастополя, військовим прокурором (на правах прокурора області). Закон (ст. 4008 КПК України) не надає таке право заступникам цих прокурорів. Прокурори міст, районів, міськрайпрокурори вказані вище матеріали розслідування, вирoki (ухвали) разом зі своїм висновком направляють вищестоящому прокурору для вирішення питання про внесення такого подання.

Варто наголосити, що ч. 4 ст. 4008 КПК України містить в собі поняття «висновок». Але законодавець, запровадивши цей процесуальний акт прокурора, не визначив його форму й обов'язкові реквізити, що може суттєво вплинути на результати перегляду кримінальної справи в порядку виключного провадження. Також вважаємо, що поняттям «висновок» повинен охоплюватися і зміст ч. 6 ст. 4008 КПК України, а саме: випадки, за яких відсутні підстави для перегляду справи.

Прокурори АР Крим, областей, міст Києва, Севастополя, військові прокурори регіонів та ВМС України, одержавши матеріали розслідування нововиявлених обставин, можуть погодитися з висновком підлеглого прокурора і внести подання, долучивши вказані матеріали, а можуть відмовити у його проханні, надавши відповідь про причини такої незгоди прокурору, який їх надіслав.

На судові рішення апеляційного суду, що розглядав справу по першій інстанції, та на вирoki апеляційного суду, постановлені при розгляді справи у

другій інстанції, подання про перегляд судового рішення з нововиявлених обставин подається у касаційну інстанцію (тобто Верховний Суд України) Генеральним прокурором України чи його заступниками (ст. 4007 КПК України). Матеріали розслідування та висновок у таких випадках прокурори АР Крим, області, міст Києва, Севастополя, військового регіону та ВМС України надсилають Генеральному прокурору України.

Подання про перегляд справи у зв'язку з нововиявленими обставинами в апеляційному та касаційному судах розглядаються за правилами перегляду справ у касаційному порядку. Якщо будь-яка із зазначених інстанцій попередньо розглядала справу в апеляційному чи касаційному порядку, це не може бути перешкодою для перегляду ними тих же справ про відновлення провадження у зв'язку з нововиявленими обставинами. Участь прокурора у розгляді таких справ є обов'язковою.

1. Анашкин Г.З. Возобновление дел по вновь открывшимся обстоятельствам / Анашкин Г.З., Перлов И.Д. – М.: Юридическая литература, 1982. – 80 с.
2. Балакшин В.С. Вновь открывшиеся обстоятельства и их расследование в уголовном процессе: автореф. дисс. ... канд. юрид. наук: спец. 12.00.09 / В.С.Балакшин. – Свердловск, 1986. – 19 с.
3. Беднарська В.М. Перегляд судових рішень за нововиявленими обставинами в кримінальному судочинстві: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: спец. 12.00.09 / В.М. Беднарська. – К., 2007. – 23 с.
4. Бобченко Н.Р. Перегляд судових рішень в порядку виняткового провадження: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: спец. 12.00.09 / Н.Р. Бобченко. – К., 2004. – 21 с.
5. Блинов В.М. Возобновление дел по вновь открывшимся обстоятельствам / Блинов В.М. – М.: Юридическая литература, 1968. – 120 с.
6. Громов Н.А. Возбуждение производства по вновь открывшимся обстоятельствам: учебн. пособ. / Громов Н.А. – Волгоград, СШ МВД СССР, 1984. – 44 с.
7. Грошевий Ю.М. Проблеми удосконалення законодавства, що регулює кримінально-процесуальну діяльність / Ю.М. Грошевий // Вісник Академії правових наук. – 2003. – № 2 (33). – С. 686–691.
8. Лобач В.П. Роль прокурора і суду в перегляді судових рішень у кримінальних справах / В.П. Лобач // Прокуратура. Людина. Держава. – 2004. – № 3. – С. 45–47.
9. Маляренко В.Т. Реформування кримінального процесу України в контексті європейських стандартів: Теорія, історія і практика: моногр. / Маляренко В.Т. – К.: Концерн «Видавничий дім «Ін Юре», 2004. – 544 с.
10. Ривлин А.Л. Пересмотр приговоров в СРСР / Ривлин А.Л. – М.: Госюриздат, 1958. – 311 с.
11. Сірий М.І. Система перегляду судових рішень в Україні: погляд у майбутнє / М.І. Сірий // Юридичний журнал. – 2003. – № 3. – С. 117–125.
12. Строгович М.С. Курс советского уголовного процесса: в 2 т. / Строгович М.С. – М.: Наука, 1968. – Т. 1. – 470 с.
13. Фінько В.Д. Перегляд судових рішень в порядку виключного провадження / Нове у кримінально-процесуальному законодавстві України: навч. посібн. / Фінько В.Д.; за ред. Ю.М. Грошевого. — Х.: Право, 2002. – 160 с. – С. 114–117.
14. Хруслова Л.А. Прокурор у перегляді судових рішень у кримінальних справах в порядку виключного провадження: навч. посіб. / Хруслова Л.А. – К.: Правова єдність, 2009. – 48 с.
15. Відомості Верховної Ради України. – 2001. – № 44. – Ст. 234.

**ACTIVITY OF PUBLIC PROSECUTOR IN CONNECTION
WITH REVISION OF COURT DECISIONS
AFTER NOVOTYAVLENIMI BY CIRCUMSTANCES**

G. Sereda

*National academy of office of public prosecutor of Ukraine
of street of Mel'nikova, 81-а, 04050, Kyiv, Ukraine*

The functional setting of participation of public prosecutor is analysed at the revision of court decisions in connection with нововиявленними circumstances. Arguments are resulted in relation to the necessity of perfection of judicial можливостией public prosecutor.

Keywords: public prosecutor, court decision, revision.

**ДЕЯТЕЛЬНОСТЬ ПРОКУРОРА
В СВЯЗИ С ПЕРЕСМОТРОМ СУДЕБНЫХ РЕШЕНИЙ
ПО НОВОВЫЯВЛЕННЫМ ОБСТОЯТЕЛЬСТВАМ**

Г.Середа

*Национальная академия прокуратуры Украины
ул. Мельникова, 81-б, 04050, Киев, Украина*

Проанализировано функциональное назначение участия прокурора при пересмотре судебных решений в связи с нововиявленними обстоятельствами. Приведены аргументы относительно необходимости совершенствования процессуальных возможностей прокурора.

Ключевые слова: прокурор, судебное решение, пересмотр.

Стаття надійшла до редколегії 28.12.2009

Прийнята до друку 10.01.2010

РЕЦЕНЗІЇ

КРИМІНАЛІСТИЧНІ ЗНАННЯ, ЇХ СУТНІСТЬ І ПОТРЕБА РОЗШИРЕННЯ МЕЖ ВИКОРИСТАННЯ

В. Лисиченко

*доктор юридичних наук, професор кафедри
кримінального права, кримінального процесу і криміналістики
Університету державної податкової служби України*

Когутич І.І. Криміналістичні знання, їх сутність і потреба розширення меж використання. – Львів : Тріада плюс, 2008. – 420 с.

Ефективна боротьба зі злочинністю виступає одним із серйозних завдань, що стоять перед народом України та його правоохоронними органами. Ця боротьба особливо є важливою сьогодні, коли злочинність набула організовані і все більш небезпечні форми, коли значно зросла протидія розкриттю й розслідуванню злочинів. Не менш складні проблеми спіткають і процес судового розгляду кримінальних справ, у ході якого приймають кінцеві рішення щодо вчинених суспільно-небезпечних діянь.

Ефективність вітчизняного судочинства багато в чому залежить від рівня застосування у цьому процесі сучасних технічних, тактичних криміналістичних прийомів і засобів, а також напрацювань синтезу усіх рекомендацій цієї науки у рамках криміналістичних методик.

Однією з давно назрілих проблем, комплексне розв'язання якої безпосередньо впливає на досягнення мети й вирішення завдань судочинства у кожній окремо взятій кримінальній справі, є питання про принципову можливість і практично обумовлену необхідність використання наявних криміналістичних знань у здійсненні правосуддя, або ж напрацювання нових, обумовлених його специфікою. У цьому контексті найактуальнішими вважають два таких напрями дослідження використання криміналістичних знань під час розгляду кримінальних справ у суді першої інстанції:

1 Розробка наукової доктрини щодо принципової можливості й необхідності використання досягнень криміналістики під час розгляду кримінальних справ у суді першої інстанції.

2. Практичне забезпечення професійних учасників провадження у суді криміналістичними знаннями та засобами (технічними засобами, тактичними рекомендаціями щодо судово-слідчих дій і тактичних прийомів) для виконання покладених на них законом завдань кримінального судочинства.

Враховуючи те, що судова стадія провадження у кримінальних справах фактично стала центральною частиною доказування й установлення істини у кримінальних справах, обізнаність сторін змагального процесу і суду з удосконаленими криміналістикою рекомендаціями щодо збирання, перевірки, оцінки й використання інформації про досліджувану судовим розглядом подію відіграє важливе практичне значення. Аналіз наявних теоретичних і практичних напрацювань науки криміналістики з цих питань, з'ясування потреби у нових криміналістичних розробках положень і засобів судової техніки, рекомендацій з тактики судового провадження,

методики розгляду окремих категорій кримінальних справ та реальне напрацювання всього цього є актуальним і важливим.

Ось чому кожна теоретична спроба вдосконалення можливостей і шляхів використання у судовому розгляді кримінальних справ напрацювань науки криміналістики завжди визнається вкрай потрібною і бажаною. До таких теоретичних спроб, що мають і суто практичне значення, належить і рецензована монографія “Криміналістичні знання, їх сутність і потреба розширення меж використання”, підготовлена кандидатом юридичних наук доцентом кафедри кримінального процесу і криміналістики Львівського національного університету імені Івана Франка І.І. Когутичем.

Своєчасними, такими, що заслуговують на схвалення і підтримку, виправдано визнати висвітлення в монографії питань пов'язаних із потребою вдосконалення системо - утворюючих складових науки криміналістики:

у структурі криміналістичної тактики – розмежовувати порядок із слідчою тактикою, тактику судового розгляду кримінальних справ (судову тактику), а в криміналістичній методиці – порядок із методикою розслідування окремих видів (груп) злочинів, виоремлювати методику судового розгляду кримінальних справ щодо окремих видів (груп) злочинів.

Без перебільшення можна сказати, що вельми корисними для подальшого вдосконалення практики судового розгляду кримінальних справ є розроблені автором рецензованої монографії алгоритми дій не лише судді, а і прокурора – державного обвинувача та адвоката-захисника, відносно тієї чи іншої судової ситуації, що склалася. Дійсно, такого роду програми ці суб'єкти кримінально-процесуальної діяльності можуть використовувати як певні орієнтири у своїй діяльності, пов'язаній із виконанням притаманних властиво їм професійних функцій у процесі судового розгляду кримінальних справ.

Як побажання, виправдано звернути увагу автора на потребі удосконалення структури монографічного дослідження. Варто було б перед тим як розкривати за суттю проблему принципів використання положень і засобів криміналістичної техніки під час розгляду кримінальних справ у суді першої інстанції, загалом з'ясувати сутність та структуру криміналістичної техніки. Це забезпечило б логічнішу послідовність викладу матеріалу. Також залишились без диференціювання поняття “використання” і “застосування” криміналістичних знань у суді. Автор монографії розглядає їх як тотожні, що, як видається, не так.

Однак, за великим рахунком, вирішення завдання щодо структури дослідження – це функція і справа автора. Що ж до тлумачення семантики понять – питання спірне, залежить від рівня їх обґрунтування того ж автора. Тому ці зауваження на загальну оцінку виконаної праці принципово не впливають.

Отже, монографія “Теоретичні основи використання криміналістичних знань під час судового розгляду кримінальних справ” – певний внесок у вітчизняну криміналістичну науку, що охоплює найважливіші проблеми формування сучасних концепцій застосування її напрацювань на різних стадіях кримінального судочинства. Вона є актуальною і своєчасною, сприяє забезпеченню суддів, прокурорів – державних обвинувачів, адвокатів-захисників передовими криміналістичними рекомендаціями, що базуються на синтезі теоретичних знань і передової судочинної практики та її потреб. Без сумнівів, ця робота буде позитивно сприйнята, гідно оцінена як науковцями, і досвідченими практиками, так і тими, хто лише розпочинає свою професійну діяльність.

ВИКОРИСТАННЯ ЗНАНЬ ТА ЗАСОБІВ КРИМІНАЛІСТИЧНОЇ ТАКТИКИ ТА МЕТОДИКИ ПІД ЧАС РОЗГЛЯДУ КРИМІНАЛЬНИХ СПРАВ У СУДІ

А. Іщенко

*Вчений секретар вченої ради Київського Національного університету
внутрішніх справ доктор юридичних наук, професор*

Когутич І.І. Використання знань та засобів криміналістичної тактики та методики під час розгляду кримінальних справ у суді. – Львів : Тріада плюс, 2009. – 448 с.

Рецензоване наукове видання “Використання знань та засобів криміналістичної тактики та методики під час розгляду кримінальних справ у суді” підготовлено кандидатом юридичних наук, доцентом кафедри кримінального процесу і криміналістики Львівського національного університету імені Івана Франка І.І. Когутичем. Головна ідея монографічного дослідження полягає в необхідності вивчення можливостей наповнення судового розгляду кримінальних справ криміналістичним змістом з метою вдосконалення діяльності суддів, прокурорів – державних обвинувачів, адвокатів-захисників. Реалізація цієї ідеї, на думку автора, передбачає створення і розробку теорії криміналістичного забезпечення діяльності названих вище суб’єктів кримінального процесу. Тому такий підхід характеризується сміливістю та науковою оригінальністю.

І.І. Когутич підготував якісну та методологічно обґрунтовану монографію, в якій з криміналістичної точки зору висвітлено діяльність судді, прокурора – державного обвинувача та адвоката-захисника на центральній стадії кримінального судочинства – судовому розгляді кримінальної справи за суттю. На сьогодні зазначена проблематика залишалася недостатньо дослідженою, а окрема криміналістична теорія взагалі відсутня.

У межах здійсненого дослідження автором удосконалено поняття криміналістичних знань, в якому на відміну вже наявних позицій, запропоновано й обґрунтовано розглядати поряд з іншими його складовими також комплекс теоретичних і емпіричних положень (концепцій, категорій, висновків) про об’єктивні риси, ознаки, правила утворення, виявлення, дослідження й використання у кримінальному правосудді (як частині кримінального судочинства) просторово-часових відображень злочинної діяльності та засоби, прийоми і методи судового розгляду щодо неї кримінальних справ.

І.І. Когутичем зроблено висновок, що криміналістика, виходячи із завдань і призначення, своїми рекомендаціями зобов’язана в однаковій мірі допомагати у реалізації трьох кримінально-процесуальних функцій: обвинувачення, захисту і вирішення кримінальної справи. Обґрунтовано, що реалізатори цих функцій (професійний суддя, прокурор-державний обвинувач, адвокат-захисник) у забезпеченні досягнення мети і виконання завдань кримінального судочинства є суб’єктами кримінального провадження, а тому їх професійна діяльність повинна бути наповнена різноаспектними криміналістичними рекомендаціями.

Автором удосконалено визначення криміналістичної техніки й обґрунтовано правову допустимість і практично-обумовлену потребу використання її положень і засобів у здійсненні кримінального правосуддя; у цьому контексті уточнено поняття й зміст наукових положень і засобів криміналістичної техніки.

У монографії дістали подальший розвиток поняття й система криміналістичної тактики, тенденції розвитку якої обов'язково потребують розширення меж її дослідження; виокремлені дві самостійні її частини: I. Загальні положення криміналістичної тактики. II. Особлива частина криміналістичної тактики, яка, своєю чергою, утворена чотирьма підрозділами: 1. тактика досудового розслідування; 2. тактика пошуково-розшукових дій слідчого; 3. тактика злочинної діяльності (кримінальна тактика); 4. тактика судового розгляду кримінальних справ.

Визначено поняття й структуру тактики судового розгляду кримінальних справ: тактика проведення окремих судових дій; особливості використання тактичних прийомів; специфіка взаємодії (взаємовідносин) учасників судового провадження; тактика підтримання державного обвинувачення.

Монографія містить низку положень щодо засобів тактики судового розгляду кримінальних справ, серед яких запропоновано першочергово розглядати судово-слідчі дії та тактичні прийоми, обумовлені судовими ситуаціями.

У контексті співвідношення із такими суміжними поняттями як “процесуальна дія”, “слідча дія” та “судова дія”, І.І. Когутичем визначено поняття “судово-слідча дія”; виявлено й проаналізовано тактичні особливості підготовки та виконання різновидів судового допиту і пред'явлення для впізнання в суді живих осіб, предметів.

З урахуванням особливого місця у системі засобів криміналістичної тактики і специфіки судового провадження у кримінальних справах з'ясовано поняття, сутність і систему тактичних прийомів, які можуть бути запропоновані для їх використання у ході судового розгляду за різних його ситуацій; тактичний прийом визначено як рекомендації про найраціональніші способи дій чи ліній поведінки осіб, що здійснюють збирання (формування), дослідження й використання доказів у типових ситуаціях виконання окремих судових і судово-слідчих дій з метою встановлення всіх обставин кримінальної справи тощо.

Вивчення монографії дає змогу констатувати, що матеріал викладений доступно до сприйняття мовою, окремі положення проілюстровано даними судочинної практики. Автор вміло оперує літературними джерелами, конкретно критикує певні позиції.

Отже, рецензована монографія І.І. Когутича є помітним внеском у криміналістику і може претендувати на закладення підґрунтя для створення окремої криміналістичної теорії. Безперечно, положення роботи характеризуються науковою новизною і мають теоретичну і практичну значущість, а саме видання монографії підтверджує потребу у напрацюванні нового напрямку в криміналістиці.

ЗМІСТ

ЗАГАЛЬНА ТЕОРІЯ ДЕРЖАВИ І ПРАВА

В. Гончаров

ДО ПИТАННЯ ПРО ЗМІСТ ЮРИДИЧНОЇ НОРМИ ЯК ОБ'ЄКТ ЇЇ ТЛУМАЧЕННЯ (У СВІТЛІ ПРАКТИКИ ЄВРОПЕЙСЬКОГО СУДУ З ПРАВ ЛЮДИНИ).....	3

С. Добрянський, Т. Полянський

РЕЛІГІЙНО-ФІЛОСОФСЬКІ ІНТЕРПРЕТАЦІЇ ПОНЯТТЯ“ЗЛА” (НА ПРИКЛАДІ ХРИСТІАНСТВА)	12

Т. Дудаш

ДЕЯКІ ГЕРМЕНЕВТИЧНІ ПОНЯТТЯ У ТЕОРЕТИЧНІЙ ТА ПРАКТИЧНІЙ ЮРИСПРУДЕНЦІЇ	19

В. Косович

ФОРМАЛЬНО НЕВИЗНАЧЕНІ ТЕРМІНИ ЯК ЗАСІБ ПРАВОВОГО ВПЛИВУ	25

Т. Полянський

ЗЛОВЖИВАННЯ ПРАВОМ В ІНТЕРПРЕТАЦІЇ ЄВРОПЕЙСЬКОГО СУДУ З ПРАВ ЛЮДИНИ.....	32

ІСТОРІЯ ДЕРЖАВИ І ПРАВА

І. Бойко

ПРАВОВІ ЗАСАДИ ОРГАНІЗАЦІЇ СУДОВОЇ СИСТЕМИ ПОЛЬСЬКОГО КОРОЛІВСТВА ТА ЇЇ ПОШИРЕННЯ У РУСЬКОМУ ВОЄВОДСТВІ (1434–1569 РР.)	39

Г. Гуменюк

ДО ПИТАННЯ ІСТОРИКО-ПОЛІТИЧНИХ ПЕРЕДУМОВ СТВОРЕННЯ ПРАВОВОГО ЗБІРНИКА “САКСОНСЬКЕ ЗЕРЦАЛО”	50

А. Закревський

ДО ПИТАННЯ ПРО ФОРМУВАННЯ АВСТРІЙСЬКИХ ПОЛЩЕЙСЬКИХ ОРГАНІВ У ГАЛИЧИНІ В ОСТАННІЙ ЧВЕРТІ ХVІІІ СТ.	59

В. Кахнич

РОЗВИТОК ПРАВОВОЇ НАУКИ ТА ОСВІТИ НА ЮРИДИЧНОМУ ФАКУЛЬТЕТІ ЛЬВІВСЬКОГО УНІВЕРСИТЕТУ ЗА ЧАСІВ АВСТРІЇ ТА АВСТРО-УГОРЩИНИ	66

М. Кобилецький

МАГДЕБУРЗЬКЕ ПРАВО У КРАЇНАХ ЦЕНТРАЛЬНОЇ ЄВРОПИ	72

С. Кондратюк

ДЕРЖАВОТВОРЧА КОНЦЕПЦІЯ ВІДРОДЖЕННЯ І ПРОГОЛОШЕННЯ НЕЗАЛЕЖНОСТІ ПОЛЬЩІ	80

Л. Кондратюк

ПРАВОВЕ РЕГУЛЮВАННЯ ВІДНОСИН МІЖ АНТИЧНИМИ ДЕРЖАВАМИ СХІДНОГО СЕРЕДЗЕМНОМОР'Я ПІД ЧАС ВІЙСЬКОВИХ КОНФЛІКТІВ	91

О. Ригіна

ДО ПИТАННЯ ПРО СТАНОВЛЕННЯ ТА РОЗВИТОК ФЕДЕРАЛЬНОЇ СУДОВОЇ СИСТЕМИ США.....	98

Б. Тищик, М. Бедрій

ОРГАНІЗАЦІЯ ТА ДІЯЛЬНІСТЬ КОПНИХ СУДІВ НА УКРАЇНСЬКИХ ЗЕМЛЯХ У СКЛАДІ РЕЧІ ПОСПОЛИТОЇ (XVII–XVIII СТ.)	105

КОНСТИТУЦІЙНЕ ПРАВО

В. Кобрин

ПРОЕКТ ЗМІН ДО КОНСТИТУЦІЇ УКРАЇНИ: ТЕНДЕНЦІЇ РОЗВИТКУ КОНСТИТУЦІЙНО-ПРАВОВИХ ІНСТИТУТІВ	112

І. Панкевич

ІМПЕРАТИВІЗАЦІЯ ПАРЛАМЕНТСЬКОГО МАНДАТУ В УКРАЇНІ ТА ІНШИХ ЄВРОПЕЙСЬКИХ ДЕРЖАВАХ (ПОРІВНЯЛЬНО-ПРАВОВИЙ АНАЛІЗ)	118

Є. Пілат

ПРАВО НА ДОСТУП ДО ІНФОРМАЦІЇ ЯК ЕЛЕМЕНТ ПРАВОВОГО СТАТУСУ ОСОБИ	127

АДМІНІСТРАТИВНЕ І ФІНАНСОВЕ ПРАВО

А. Кочкадан

ОРГАНІЗАЦІЙНО-ПРАВОВІ ФОРМИ РЕЛІГІЙНИХ ОРГАНІЗАЦІЙ В УКРАЇНІ	133

А. Лещук

СУТНІСТЬ ОРГАНІЗАЦІЙНИХ ФУНКЦІЙ ОРГАНІВ МІСЦЕВОГО САМОВРЯДУВАННЯ У СФЕРІ ПРОФІЛАКТИКИ АДМІНІСТРАТИВНИХ ПРАВОПОРУШЕНЬ	140

А. Школик

ПРЕДМЕТ ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ АДМІНІСТРАТИВНО-ПРОЦЕДУРНОГО КОДЕКСУ	147

ЦИВІЛЬНЕ, ГОСПОДАРСЬКЕ ТА ЦИВІЛЬНО-ПРОЦЕСУАЛЬНЕ ПРАВО

У. Воробель

ЗАКІНЧЕННЯ РОЗГЛЯДУ СПРАВ ПРО РОЗІРВАННЯ ШЛЮБУ БЕЗ УХВАЛЕННЯ РІШЕННЯ ПО СУТІ СПРАВИ	153

О. Гупаловська

ПОЗОВ ПРО ВИЗНАННЯ ПРАВА ВЛАСНОСТІ ЯК РЕЧОВО-ПРАВОВИЙ ЗАСІБ ЗАХИСТУ ПРАВА ВЛАСНОСТІ	161

В. Лисенко

СТОРОНИ ДОГОВОРУ МІНІ-БАРТЕРУ (ЗАГАЛЬНІ ХАРАКТЕРИСТИКА)	166

М. Михайлів

ВИКОНАННЯ ДОГОВОРУ З НАДАННЯ МІЖНАРОДНОЇ ТЕХНІЧНОЇ ДОПОМОГИ	174

Ю. Мігащук

ПРАВО НА ЗАХИСТ ЯК ЕЛЕМЕНТ ОХОРОННОГО ПРАВОВІДНОШЕННЯ	180

К. Поляник

ДОГОВІР КУПІВЛІ–ПРОДАЖУ ЯК ПІДСТАВА ВИНИКНЕННЯ ПРАВА ВЛАСНОСТІ НА НЕРУХОМІСТЬ	187

Я. Романюк

“НЕДІЙСНІСТЬ” ТА “НІКЧЕМНІСТЬ” ПРАВОЧИНУ	196

ТРУДОВЕ ПРАВО ТА ПРАВО СОЦІАЛЬНОГО ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ*С. Глинська*

СФЕРА ЧИННОСТІ ТРУДОВОГО ЗАКОНОДАВСТВА ЗА ПРОЕКТОМ ТРУДОВОГО КОДЕКСУ УКРАЇНИ.....	202

Х. Пилипенко

ДО ПИТАННЯ ПРО ВИЗНАЧЕННЯ “РОБОТОДАВЦЯ” ЗА ТРУДОВИМ ПРАВОМ УКРАЇНИ.....	208

ЗЕМЕЛЬНЕ ТА АГРАРНЕ ПРАВО*В. Федорович*

НАБУТТЯ ПРАВ НА ЗЕМЛІ В УКРАЇНІ ІНОЗЕМНИМИ СУБ’ЄКТАМИ ПІДПРИЄМНИЦТВА: ПРОБЛЕМИ ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ	216

О. Чопик

ПОНЯТТЯ ЛІСУ ЯК ОБ’ЄКТА ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ	224

КРИМІНАЛЬНЕ ПРАВО ТА КРИМІНОЛОГІЯ*Л. Брич*

РОЗМЕЖУВАННЯ СКЛАДІВ ЗЛОЧИНІВ, СПІЛЬНОЮ ОЗНАКОЮ ЯКИХ Є СУСПІЛЬНО НЕБЕЗПЕЧНІ НАСЛІДКИ У ВИГЛЯДІ ШКОДИ ЗДОРОВ’Ю ЛЮДИНИ: СПІВВІДНОШЕННЯ СКЛАДІВ ЗЛОЧИНІВ	230

В. Бурдін

КРИМІНАЛЬНО-ПРАВОВЕ ЗНАЧЕННЯ ПСИХІЧНОГО ЗАХВОРЮВАННЯ ОСОБИ ПІСЛЯ ВЧИНЕННЯ НЕЮ ЗЛОЧИНУ	243

І. Вакула

ОКРЕМІ АСПЕКТИ ГОТУВАННЯ ДО ЗЛОЧИНУ	253

Т. Денисова

ОСНОВНІ ТЕНДЕНЦІЇ ДІЯЛЬНОСТІ ДЕРЖАВИ У СФЕРІ ЗАСТОСУВАННЯ КРИМІНАЛЬНИХ ПОКАРАНЬ	260

В. Канцір

СОЦІАЛЬНО-ЕКОНОМІЧНІ ПЕРЕДУМОВИ МІЖНАРОДНОГО ТЕРОРИЗМУ	268

О. Кондра

ПРОБЛЕМИ ПРАВОВОЇ ПРИРОДИ “СПЕЦІАЛЬНОЇ КОНФІСКАЦІЇ” У КРИМІНАЛЬНО-ПРАВОВИХ САНКЦІЯХ.....	276

Р. Максимович

ДОСЯГНЕННЯ ВІКУ, З ЯКОГО НАСТАЄ КРИМІНАЛЬНА ВІДПОВІДАЛЬНІСТЬ, ЯК ЗАГАЛЬНА ОЗНАКА СПЕЦІАЛЬНОГО СУБ’ЄКТА ЗЛОЧИНУ	287

К. Марисюк

СТАНОВЛЕННЯ ПЕНСИЛЬВАНСЬКОЇ ТА ОБЕРНСЬКОЇ ПЕНІТЕНЦІАРНИХ (В’ЯЗНИЧНИХ) СИСТЕМ.....	294

Б. Мелих

КРИМІНАЛЬНО-ПРАВОВЕ ЗНАЧЕННЯ ЮРИДИЧНОЇ ПОМИЛКИ.....	299

О. Стовба

ФЕНОМЕН ВИНИ ЯК ЕКЗИСТЕНЦІЙНА ЗАСАДА ПРАВОСУДДЯ.....	307

В. Шаблистий

ЗНИЖЕННЯ ВІКУ КРИМІНАЛЬНОЇ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ ЯК ЗАСІБ ЗАПОБІГАННЯ ПОГРОЗАМ ВБИВСТВОМ	312

КРИМІНАЛЬНИЙ ПРОЦЕС ТА КРИМІНАЛІСТИКА

М. Багрій

ОСОБЛИВОСТІ ТАКТИКИ ЗБИРАННЯ ТА ПЕРЕВІРКИ НЕПРЯМИХ ДОКАЗІВ ПРИ ЗДІЙСНЕННІ ОКРЕМИХ СЛІДЧИХ ДІЙ	318

Н. Бобечко

ПРОБЛЕМИ УЧАСТІ СТОРІН В АПЕЛЯЦІЙНОМУ ТА КАСАЦІЙНОМУ РОЗГЛЯДІ КРИМІНАЛЬНОЇ СПРАВИ	328

І. Вовк

КРИМІНАЛЬНО-ПРОЦЕСУАЛЬНА АНАЛОГІЯ ТА ІНШІ ПРАВОВІ КАТЕГОРІЇ	340

І. Гайворонська

ПОТЕРПІЛИЙ, ЯК СТОРОНА ПРИМИРЕННЯ В СПРАВАХ ПУБЛІЧНОГО ОБВИНУВАЧЕННЯ У КРИМІНАЛЬНО-ПРОЦЕСУАЛЬНОМУ ПРАВІ УКРАЇНИ	346

І. Козутич

СУДОВО-СЛІДЧІ ДІЇ ЯК ЗАСІБ РОЗГЛЯДУ КРИМІНАЛЬНИХ СПРАВ У СУДІ	352

В. Мармаш

ПОРУШЕННЯ ВИМОГ КРИМІНАЛЬНО-ПРОЦЕСУАЛЬНОГО ЗАКОНУ, ЩО ЗАБЕЗПЕЧУЮТЬ ПРАВО УЧАСНИКІВ ПРОЦЕСУ НА АПЕЛЯЦІЙНЕ ОСКАРЖЕННЯ СУДОВИХ РІШЕНЬ, ЯК ПІДСТАВА ПОВЕРНЕННЯ СПРАВИ СУДУ ПЕРШОЇ ІНСТАНЦІЇ	358

І. Сопронюк

ПРАВОВЕ РЕГУЛЮВАННЯ ТРИВАЛОСТІ КРИМІНАЛЬНОГО ПРОЦЕСУ У ЧАСІ ЯК ОСНОВИ ПРИНЦИПУ ПРОЦЕСУАЛЬНОЇ ЕКОНОМІЇ	369

В. Фігурський

УЗАГАЛЬНЕНІ ДАНІ ПРО ПРЕДМЕТ ПОСЯГАННЯ ЯК ЕЛЕМЕНТ КРИМІНАЛІСТИЧНОЇ ХАРАКТЕРИСТИКИ ЗЛОЧИНІВ, ПОВ'ЯЗАНИХ З НЕВИПЛАТОЮ ЗАРОБІТНОЇ ПЛАТИ, ПЕНСІЙ, СТИПЕНДІЙ ТА ІНШИХ УСТАНОВЛЕНИХ ЗАКОНОМ ВИПЛАТ	378

Б. Яворський

ПРОЦЕСУАЛЬНІ МОЖЛИВОСТІ СТОРОНИ ЗАХИСТУПІД ЧАС ПРОВЕДЕННЯ СЛІДЧИХ ДІЙ НЕОБХІДНО ВДОСКОНАЛИТИ	387

Г. Середа

ПРОЦЕСУАЛЬНІ МОЖЛИВОСТІ СТОРОНИ ЗАХИСТУПІД ЧАС ПРОВЕДЕННЯ СЛІДЧИХ ДІЙ НЕОБХІДНО ВДОСКОНАЛИТИ	395

РЕЦЕНЗІЇ

В. Лисиченко

КРИМІНАЛІСТИЧНІ ЗНАННЯ, ЇХ СУТНІСТЬ І ПОТРЕБА РОЗШИРЕННЯ МЕЖ ВИКОРИСТАННЯ	403

А. Іщенко

ВИКОРИСТАННЯ ЗНАНЬ ТА ЗАСОБІВ КРИМІНАЛІСТИЧНОЇ ТАКТИКИ ТА МЕТОДИКИ ПІД ЧАС РОЗГЛЯДУ КРИМІНАЛЬНИХ СПРАВ У СУДІ	405

CONTENTS

GENERAL THEORY OF LAW AND THE STATE

V. Goncharov

ON THE ISSUE OF LEGAL NORM CONTENT AS OBJECT OF ITS INTERPRETATION (IN THE LIGHT OF THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS PRACTICE)	3

S. Dobrianskyi, T. Polianskyi

RELIGIOUS-PHILOSOPHICAL INTERPRETATIONS OF THE CONCEPT “EVIL” IN CHRISTIANITY	12

T. Dudash

SOME HERMENEUTIC CONCEPTS IN ANALYTICAL AND PRACTICAL JURISPRUDENCE	19

V. Kosovych

FORMALLY UNDEFINED TERMS AS INSTRUMENT OF LEGAL INFLUENCE	25

T. Polianskyi

ABUSE OF RIGHT IN THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS INTERPRETATION	32

HISTORY OF THE STATE AND LAW

I. Boyko

LEGAL PRINCIPLES OF POLISH KINGDOM’S JUDICIAL SYSTEM ORGANIZATION AND ITS SPREAD IN RUTHENIAN PROVINCE (1434 – 1569).....	39

H. Humenyuk

ON HISTORICAL AND POLITICAL CONDITIONS OF LAW COLLECTION “SAXON ZERTSALO” CREATION.....	50

A. Zakrevs’kyi

ON AUSTRIAN POLICE BODIES FORMATION IN GALYCHYNA DURING THE LAST QUARTER OF XVIII CENTURY	59

V. Kahnych

DEVELOPMENT OF LEGAL SCIENCE AND EDUCATION AT THE LAW FACULTY OF L’VIV UNIVERSITY UNDER AUSTRIA AND AUSTRIA-HUNGARY	66

M. Kobylets’kyi

MAGDEBURG LAW IN CENTRAL EUROPE STATES	72

S. Kondratyuk

STATE CREATIVE CONCEPTION OF POLAND’S REVIVAL AND INDEPENDENCE PROCLAMATION	80

L. Kondratyuk

LEGAL REGULATION OF RELATIONS BETWEEN THE EAST MEDITERRANEAN ANTIC STATES DURING MILITARY CONFLICTS	91

O. Ryhina

ON THE US FEDERAL JUDICIARY SYSTEM ORIGIN AND DEVELOPMENT	98

B. Tyshchyk, M. Bedriy

ORGANIZATION AND OPERATION OF COMMUNITY COURTS IN UKRAINIAN LANDS WITHIN RICH POSPOLITA (XVII– XVIII CENTURIES).....	105

CONSTITUTIONAL LAW

V. Kobryn

DRAFT CHANGES TO THE CONSTITUTION OF UKRAINE: TENDENCIES OF CONSTITUTIONAL LAW INSTITUTES' DEVELOPMENT	112

I. Pankevych

IMPERATIVIZATION OF PARLIAMENTARY MANDATE IN UKRAINE AND OTHER EUROPEAN STATES (COMPARATIVE-LEGAL ANALYSIS)	118

E. Pilat

RIGHT OF ACCESS TO INFORMATION AS ELEMENT OF LEGAL STATUS OF A PERSON	127

ADMINISTRATIVE AND FINANCIAL LAW

A. Kochkadan

ORGANIZATIONAL AND LEGAL FORMS OF RELIGIOUS ORGANIZATIONS IN UKRAINE	133

A. Leschukh

THE ESSENCE OF LOCAL SELF-GOVERNMENT BODIES ORGANIZATIONAL FUNCTIONS IN THE SPHERE OF ADMINISTRATIVE OFFENCE PREVENTION	140

A. Shkolyk

LEGAL REGULATION OBJECT OF THE ADMINISTRATIVE PROCEDURAL CODE	147

CIVIL, COMMERCIAL LAW AND LAW OF CIVIL PROCEDURE

U. Vorobel'

COMPLETION OF PROCEEDINGS IN DIVORCE CASES WITHOUT DELIVERING A JUDGMENT ON THE CASE MERITS	153

O. Gupalovs'ka

ACTION FOR PROPERTY RIGHT DECLARATION AS MATERIAL AND LEGAL REMEDY FOR PROPERTY RIGHT	161

V. Lysenko

PARTIES TO BARTER CONTRACT (GENERAL CHARACTERISTIC).....	166

M. Mykhailiv

EXECUTION OF INTERNATIONAL TECHNICAL ASSISTANCE GRANTING CONTRACT	174

Y. Migaschuk

RIGHT TO PROTECTION AS ELEMENT OF PROTECTIVE LEGAL RELATION	180

K. Polyanyk

PURCHASE AND SALE CONTRACT AS GROUND FOR PROPERTY RIGHT TO REAL ESTATE ACCRUAL.....	187

Y. Romanyuk

“INVALIDITY” AND “NULLITY” OF TRANSACTION	196

LABOUR AND SOCIAL SECURITY LAW***S. Hlyns'ka***

VALIDITY SCOPE OF LABOUR LEGISLATION UNDER THE DRAFT LABOUR CODE OF UKRAINE	202

H. Pylypenko

ON THE DEFINITION OF “EMPLOYER” UNDER LABOUR LAW OF UKRAINE	208

LAND AND AGRARIAN LAW***V. Fedorovych***

RIGHTS TO LANDS ACQUISITION IN UKRAINE BY FOREIGN BUSINESS ENTITIES: ISSUES OF LEGAL REGULATION.....	216

O. Chopyk

FOREST AS OBJECT OF LEGAL REGULATION	224

CRIMINAL LAW AND CRIMINOLOGY***L. Brych***

DELINEATION OF BODIES OF CRIMES THAT HAVE HARM TO HEALTH AS SOCIALLY DANGEROUS CONSEQUENCES IN COMMON: BODIES OF CRIMES CORRELATION.....	230

V. Burdin

CRIMINAL AND LEGAL SENSE OF PERSON’S MENTAL ILLNESS AFTER CRIME COMMITMENT	243

I. Vakula

SOME ASPECTS OF PREPARATION FOR A CRIME.....	253

T. Denysova

BASIC TENDENCIES OF STATE OPERATION IN THE SPHERE OF CRIMINAL PUNISHMENT APPLICATION	260

V. Kantsir

SOCIO-ECONOMIC PREDISPOSITION OF INTERNATIONAL TERRORISM	268

O. Kondra

ISSUES OF “SPECIAL CONFISCATION” LEGAL NATURE IN CRIMINAL SANCTIONS	276

R. Maksymovych

AGE OF CRIMINAL LIABILITY ATTAINMENT AS GENERAL FEATURE OF CRIME SPECIAL SUBJECT	287

K. Marysyuk

ORIGIN OF PENNSYLVANIAN AND OBERN PENITENTIARY (PRISON) SYSTEMS	294

B. Melykh

CRIMINAL AND LEGAL SIGNIFICANCE OF LEGAL ERROR	299

O. Stovba

PHENOMENON OF THE GUILT AS EXISTENTIAL PRINCIPLE OF JUSTICE	307

V. Shablistyi

LOWERING (REDUCTION) OF THE CRIMINAL RESPONSIBILITY AGE AS MEANS OF MURDER THREATING PREVENTION.....	312

LAW OF CRIMINAL PROCEDURE AND CRIMINALISTICS*M. Bagriy*

TACTICS PECULIARITIES OF INDIRECT EVIDENCE COLLECTION AND VERIFICATION IN THE COURSE OF CERTAIN INVESTIGATIVE ACTIONS COMMITMENT	318

N. Bobechko

PROBLEMS OF PARTIES PARTICIPATION IN APPEALS AND CASSATION CONSIDERATION OF A CRIMINAL CASE.....	328

I. Vovk

CRIMINAL PROCEDURAL ANALOGY AND OTHER LEGAL CATEGORIES.....	340

I. Hayvorons'ka

VICTIM AS PARTY OF RECONCILIATION IN PUBLIC PROSECUTION CASES IN CRIMINAL PROCEDURAL LAW OF UKRAINE.....	346

I. Kogutych

COURT INVESTIGATIVE PROCEDURES AS MEANS OF CRIMINAL CASES CONSIDERATION IN COURT	352

V. Marmash

VIOLATION OF CRIMINAL PROCEDURAL LAW REQUIREMENTS THAT PROVIDE CRIMINAL PROCEDURE PARTICIPANTS WITH THE RIGHT OF APPEAL AGAINST COURT DECISIONS AS GROUND FOR REMAND OF THE CASE	358

I. Sopronyuk

LEGAL REGULATION OF CRIMINAL PROCESS DURATION AS BASIS OF PROCEDURAL ECONOMY PRINCIPLE	369

V. Figurs'kyi

GENERALIZED INFORMATION ABOUT ENCROACHMENT OBJECT AS ELEMENT OF CRIMINALISTIC CHARACTERISTIC OF CRIMES, RELATED TO NON-PAYMENT OF WAGES, PENSIONS, GRANTS AND OTHER PAYMENTS SET BY THE LAW	378

B. Yavors'kyi

PROCEDURAL OPPORTUNITIES OF THE DEFENCE DURING INVESTIGATIVE PROCEDURES SHALL BE IMPROVED.....	387

G. Sereda

ACTIVITY OF PUBLIC PROSECUTOR IN CONNECTION WITH REVISION OF COURT DECISIONS AFTER NOVOMYAVLENIMI BY CIRCUMSTANCES.....	395

REVIEWS*V. Lysychenko*

CRIMINALISTIK VALUE ESSENCE NECESSITY OF EPANSION OF USE	403

A. Ishchenko

USE OF KNOWLEGE THAT AND MEANS CRIMINALISTIK TACTICS AND TECHNIGUES DURING CONSODERATION OF CRIMINAL CASES	405

Збірник наукових праць

**ВІСНИК
ЛЬВІВСЬКОГО
УНІВЕРСИТЕТУ**

Серія юридична

Випуск 50

Видається з 1961 р.

Підп. до друку Формат 70х100/16. Папір друк. Друк на різогр.
Умовн. друк. арк. 24,1. Обл.-вид. арк. 31,5. Тираж прим. Зам. №

Видавничий центр Львівського національного університету імені Івана Франка
79000, м. Львів, вул. Дорошенка, 41.