

Заснований у жовтні 2004 року

Засновник і видавець:
Академія адвокатури України

Виходить 3 рази на рік

Свідоцтво про державну реєстрацію:
серія КВ № 8325 від 20.01.2004 року

Журнал включено
до переліку наукових фахових видань
постановами Президії ВАК України
від 08.06.2005 р. № 2-05/5,
від 08.07.2009 р. № 1-05/3
та наказом МОН України
від 29.09.2014 р. № 1081

Рекомендовано до друку та поширення
через мережу Інтернет Вченою радою
Академії адвокатури України
21.05.2015 р., протокол № 8.

Адреса редакції: 02032, м. Київ,
бульвар Тараса Шевченка, 27.

Тел.: (044) 246-57-88, 246-57-40.
Ел. пошта: visnyk.aau@aau.edu.ua

Подання автором до редакції журналу
«Вісник Академії адвокатури України» своєї
статті означає згоду з умовами, наведеними нижче.

Направлення матеріалів для публікації в
журналі означає згоду автора на обробку та
зберігання його персональних даних.

До друку приймаються статті, які раніше
не були опубліковані в друкованих
або електронних виданнях.

Автори висловлюють власні наукові позиції і
погляди, які редакція журналу може не поділяти.

Редакція має право редагувати та скорочувати
авторські оригінали, в тому числі змінювати
шрифтові виділення текстових елементів.

Відповідальність за додержанням вимог чинного
законодавства, в тому числі норм авторського
права, достовірність посилань на джерела,
імен та назв, несуть автори публікацій.

Розповсюдження публікацій журналу здійснюється
редакцією на умовах ліцензії Creative Commons
Attribution (CC BY, див. докладніше –
<http://creativecommons.org/licenses/>). Всі публікації
оприлюднюються в мережі Інтернет з метою
їх індексації у міжнародних наукометричних
базах та забезпечення відкритого доступу.

Вісник Академії адвокатури України : наук. журн. / Акад. адвокатури України. — К. : ВЦ Акад. адвокатури України, 2015. — Том 12. — Число 2(33). — ISSN 2310-9769

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

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

Редакційна колегія

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

Гора І. В., д-р юр. наук, проф.
(*заст. голови редколегії*)

Антонюк Н. М., канд. пед. наук, доц.

Бояров В. І., канд. юр. наук, доц.

Варфоломеева Т. В., д-р юр. наук,
чл.-кор. НАПрНУ

Вереша Р. В., канд. юр. наук, доц.
(*відповідальний секретар редколегії*)

Володіна С. І., канд. юр. наук, доц.,
МДЮА (Росія)

Головіна Т. І. (*науков. бібліограф*)

Гончаренко С. В., канд. юр. наук, проф.

Ковтун О. М., канд. юр. наук, доц.

Колесник В. А., д-р юр. наук, проф.

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

Легких К. В., канд. юр. наук

Мількова К. В. (*відповідальний
координатор роботи в редколегії*)

Нор В. Т., д-р юр. наук, проф., академік
НАПрНУ

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

Ромовська З. В., д-р юр. наук, проф.

Солтис Дж. Б., д-р сучасн. мов, проф.,
Університет штату Нью-Йорк (США)

Фалалєєва А. Г., канд. юр. наук, доц.

Фесенко Є. В., д-р юр. наук, проф.

Чубарев В. Л., д-р юр. наук, проф.

Шишкова Н. П., д-р юр. наук, проф.,
Університет Палацького (Чехія)

Шумило М. Є., д-р юр. наук, проф.

Visnyk Akademii advokatury Ukrainy (Bulletin of the Academy of Advocacy of Ukraine) 12.2 (2015): 284 p. Print. — ISSN 2310-9769

The publication covers issues related to building a democratic state, rule of law, legal reform and the development of different areas of law, scholar and practical problems of law, academic debate on issues of law.

The journal is designed for researchers and practitioners, high school teachers and students of law schools.

Editorial Board

Goncharenko V. G., Dr. legal sci., prof., full member of National Academy of Legal Science (*Head*)

Gora I. V., Dr. legal sci., prof. (*Deputy Head*)

Antoniuk N. M., Cand. ped. sci., ass. prof.

Boiarov V. I., Cand. legal sci., ass. prof.

Chubariev V. L., Dr. legal sci., prof.

Falaleieva L. H., Cand. legal sci., ass. prof.

Fesenko Ye. V., Dr. legal sci., prof.

Golovina T. I. (*metadata librarian*)

Goncharenko S. V., Cand. legal sci., prof.

Kolesnyk V. A., Dr. legal sci., prof.

Kononchuk T. I., Cand. philol. sci., ass. prof.

Kovtun O. M., Cand. legal sci., ass. prof.

Lehkykh K. V., Cand. legal sci.

Milkova K. V. (*coordinator*)

Nor V. T., Dr. legal sci., prof., full member of National Academy of Legal Science

Patsurkivskyi P. S., Dr. legal sci., prof.

Romovska Z. V., Dr. legal sci., prof.

Shumylo M. Ye., Dr. legal sci., prof.

Šišková Naděžda P., prof., JUDr., Ph.D., Palacký University (Czech Republic)

Soltis George B., Dr. modern lang., prof., State University of New York (USA)

Varfolomeieva T. V., Dr. legal sci., corr. member of National Academy of Legal Science

Veresha R. V., Cand. legal sci., ass. prof. (*executive secretary*)

Volodina S. I., Cand. legal sci., ass. prof., Moscow State Legal Academy (Russia)

ЗМІСТ

ПРОБЛЕМИ РЕГУЛЮВАННЯ ВІДНОСИН У СФЕРІ КРИМІНАЛЬНОГО СУДОЧИНСТВА <i>В. Г. Гончаренко</i>	10
ПОЛІТИКА СУДОВОЇ ВЛАДИ ТА СУДОВА ПОЛІТИКА: ТЕОРЕТИКО-ПРАВОВІ ПРОБЛЕМИ СПІВВІДНОШЕННЯ <i>С. В. Прилуцький</i>	17
УНІФІКАЦІЯ ЯК ЗАКОНОМІРНА ТЕНДЕНЦІЯ РОЗВИТКУ МІЖНАРОДНОГО ПРИВАТНОГО ПРАВА: ЗАГАЛЬНИЙ ОГЛЯД <i>Є. Д. Стрельцова</i>	26
ЦИВІЛЬНІ ПРОЦЕСУАЛЬНІ ВІДНОСИНИ В СИСТЕМІ ПРАВОВИХ ВІДНОСИН В УКРАЇНІ <i>О. С. Захарова</i>	34
КОМП'ЮТЕРНЕ ПРОГРАМНЕ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ЯК ПРЕДМЕТ ДОГОВОРУ ЛІЗИНГУ <i>В. Б. Черкач</i>	41
КОНВЕРТАЦІЯ ЦІННИХ ПАПЕРІВ СПІЛЬНОГО ІНВЕСТИВАННЯ: PRO ET CONTRA <i>І. Я. Огніста</i>	48
ПОРІВНЯЛЬНИЙ АНАЛІЗ ДЕЯКИХ ПИТАНЬ ДОГОВОРІВ В НІМЕЧЧИНІ ТА В УКРАЇНІ <i>І. В. Плахіна</i>	56
ДО ПИТАННЯ ПРО ПРЕДМЕТ КРИМІНАЛЬНОГО ПРАВА <i>Є. А. Стрельцов</i>	64
ПОРІВНЯЛЬНО-ПРАВОВИЙ АНАЛІЗ НОРМ ПРО НЕОБХІДНУ ОБОРОНУ У КРИМІНАЛЬНОМУ ЗАКОНОДАВСТВІ АНГЛО-АМЕРИКАНСЬКИХ КРАЇН <i>Б. М. Орловський</i>	74
КОНФЛІКТИ У КРИМІНАЛЬНОМУ ПРАВІ: ПОШУК НОВОЇ ПАРАДИГМИ <i>Г. О. Усатий</i>	82
СИСТЕМНИЙ ПІДХІД ЯК МЕТОД МОДЕЛЮВАННЯ КОНСТРУКТИВНИХ ОЗНАК КРИМІНАЛЬНО-ПРАВОВИХ ІНСТИТУТІВ <i>Є. В. Фесенко</i>	88
ФІЛОСОФІЯ ВИНИ <i>Р. В. Вереша</i>	97
ЗАКРІПЛЕННЯ В ЗАКОНОДАВСТВІ УКРАЇНИ ПРИНЦИПІВ ЗМАГАЛЬНОСТІ І НЕЗАЛЕЖНОСТІ СУДОВИХ ЕКСПЕРТІВ І НАПРЯМИ ЇХ ВДОСКОНАЛЕННЯ <i>Н. І. Клименко</i>	106
ОКРЕМІ ПИТАННЯ СУТНОСТІ ТА ФОРМ ВИКОРИСТАННЯ СПЕЦІАЛЬНИХ ЗНАНЬ У КРИМІНАЛЬНОМУ ПРОВАДЖЕННІ <i>І. І. Когутич</i>	112
УКРАЇНСЬКА ПРАВОВА ТРАДИЦІЯ ЯК КВАЗИМЕТОДОЛІГІЧНА ОСНОВА КРИМІНАЛЬНОЇ ПРОЦЕСУАЛЬНОЇ РЕГЛАМЕНТАЦІЇ СУСПІЛЬНИХ ВІДНОСИН <i>А. М. Лобойко</i>	124

ОСОБАЛИВОСТІ ПРОЦЕСУ НАДАННЯ МАТЕРІАЛІВ ДОСУДОВОГО РОЗСЛІДУВАННЯ ДЛЯ ОЗНАЙОМЛЕННЯ СТОРОНАМ КРИМІНАЛЬНОГО ПРОВАДЖЕННЯ ДО ЙОГО ЗАВЕРШЕННЯ О. О. Лук'янець	132
АЛЬТЕРНАТИВИ ЗАОЧНОМУ ПРОВАДЖЕННЮ (IN ABSENTIA): НА ДОСВІДІ НІМЕЧЧИНИ В. О. Попелюшко	138
ЗАКІНЧЕННЯ ДОСУДОВОГО РОЗСЛІДУВАННЯ Г. І. Сисоєнко	145
КРИМІНАЛЬНА ПРОЦЕСУАЛЬНА ДІЯЛЬНІСТЬ НАЦІОНАЛЬНОГО АНТИКОРУПЦІЙНОГО БЮРО УКРАЇНИ А. Д. Удалова	154
ТЕРИТОРІАЛЬНІСТЬ ЯК ПРИНЦИП ПОБУДОВИ СИСТЕМИ СУДІВ ЗАГАЛЬНОЇ ЮРИСДИКЦІЇ: НОВІ ПІДХОДИ ДО РЕАЛІЗАЦІЇ В. В. Сердюк	161
ОСОБАЛИВОСТІ УЧАСТІ ЗАХИСНИКА У ПРОВЕДЕННІ ПРОЦЕСУАЛЬНИХ ДІЙ НА СТАДІЇ ДОСУДОВОГО РОЗСЛІДУВАННЯ Я. О. Куц	170
ОКРЕМІ ПРОЦЕСУАЛЬНІ ПИТАННЯ СУДОВОГО КОНТРОЛЮ ЗА ДОТРИМАННЯМ ПРАВ ЛЮДИНИ В КРИМІНАЛЬНОМУ СУДОЧИНСТВІ К. В. Легких	177
ТЕОРЕТИЧНІ ЗАСАДИ СУДОВОЇ РЕФОРМИ: ОКРЕМІ АСПЕКТИ О. З. Хотинська-Нор	184
СТРАТЕГІЯ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ПРАВОВОЇ ДОПОМОГИ АДВОКАТОМ В КРИМІНАЛЬНОМУ ПРОВАДЖЕННІ Н. В. Хмелевська	194
КОНЦЕПТУАЛЬНІ ОСНОВИ РОЗВИТКУ КРИМІНАЛІСТИКИ П. Д. Біленчук, А. А. Ярмолюк	202
КРИМІНАЛІСТИЧНА КЛАСИФІКАЦІЯ КРИМІНАЛЬНО-КАРАНИХ ПРОЯВІВ ЕКСТРЕМІЗМУ В. І. Бояров	210
ОСОБАЛИВОСТІ ВИЗНАЧЕННЯ ОКРЕМИХ МАТЕРІАЛЬНИХ ОБ'ЄКТІВ, ВИЛУЧЕНИХ В РЕЗУЛЬТАТІ ПРОВЕДЕННЯ НЕГЛАСНИХ СЛІДЧИХ (РОЗШУКОВИХ) ДІЙ, ЯК РЕЧОВИХ ДОКАЗІВ У КРИМІНАЛЬНОМУ ПРОВАДЖЕННІ Р. М. Шехавцов, С. С. Кудінов	217
ПОЛІЦІЙНА І КРИМІНАЛЬНО-ПРОЦЕСУАЛЬНА ДІЯЛЬНІСТЬ: НА СТИКУ МИНУЛОГО ТА СУЧАСНОГО М. Є. Шумило	223
СУЧАСНІ ТЕНДЕНЦІЇ РОЗВИТКУ КРИМІНАЛІСТИКИ В УМОВАХ РЕАЛІЗАЦІЇ КРИМІНАЛЬНОГО ПРОЦЕСУАЛЬНОГО ЗАКОНОДАВСТВА В. П. Корж	235

ОСОБЛИВОСТІ ПРИЗНАЧЕННЯ СУДОВИХ ЕКСПЕРТИЗ СПЕЦІАЛЬНИХ ТЕХНІЧНИХ ЗАСОБІВ НЕГЛАСНОГО ОТРИМАННЯ ІНФОРМАЦІЇ ПРИ РОЗСЛІДУВАННІ ЇХ НЕЗАКОННОГО ПРИДБАННЯ, ЗБУТУ АБО ВИКОРИСТАННЯ <i>Д. Д. Мазурков</i>	242
ПРАВО ПІДОЗРЮВАНОВОГО, ОБВИНУВАЧЕНОГО НА ЗАХИСТ ШЛЯХОМ ОСКАРЖЕННЯ РІШЕНЬ, ДІЙ ЧИ БЕЗДІЯЛЬНОСТІ ПРОЦЕСУАЛЬНИХ ОСІБ ПІД ЧАС ПОПЕРЕДНЬОГО СЛІДСТВА ЗА КПК УСРР 1922 Р. ТА КПК УРСР 1927 Р. <i>М. М. Ольховська</i>	250
ЗМАГАЛЬНІСТЬ ТА ОБ'ЄКТИВНА ІСТИНА В КОНТЕКСТІ УЧАСТІ НАРОДУ В СУДОЧИНСТВІ <i>А. О. Алексєєва</i>	257
ЩОДО ВІДСТОРОНЕННЯ СУДДІ ВІД ПОСАДИ ЗА ЧИННИМ КПК УКРАЇНИ <i>Р. Д. Арланова</i>	264
РОЗВИТОК ЗАХОДІВ ПРОЦЕСУАЛЬНОГО ПРИМУСУ НА ТЕРИТОРІЇ УКРАЇНИ В ІСТОРИЧНОМУ АСПЕКТІ <i>О. М. Сіверський</i>	269
НОВЕ КЕРІВНИЦТВО ДЛЯ АВТОРІВ	277

CONTENT

PROBLEMS OF REGULATING RELATIONS IN CRIMINAL LEGAL PROCEEDINGS SPHERE	10
<i>Goncharenko V.</i>	
THE POLICY OF THE JUDICIARY AND JUDICIAL POLICY: THEORETICAL PROBLEMS OF CORRELATION	17
<i>Priluckiy S.</i>	
UNIFICATION AS A NATURAL TENDENCY OF THE DEVELOPMENT OF PRIVATE INTERNATIONAL LAW: A GENERAL SURVEY	26
<i>Streltsova E.</i>	
CIVIL PROCEDURAL LEGAL RELATIONS IN THE RELATIONS IN UKRAINE	34
<i>Zakharova O.</i>	
COMPUTER SOFTWARE AS A SUBJECT OF LEASING AGREEMENT	41
<i>Cherkach V.</i>	
CONVERSION OF CO-INVESTMENT SECURITIES: PRO ET CONTRA	48
<i>Ognista I.</i>	
COMPARATIVE ANALYSIS OF SOME CONTRACTS IN GERMANY AND UKRAINE	56
<i>Plahina I. V.</i>	
TOWARDS THE ISSUE ON THE SUBJECT OF CRIMINAL LAW	64
<i>Streltsov E. L.</i>	
COMPARATIVE LEGAL ANALYSIS OF THE NORMS ABOUT NECESSARY DEFENSE IN THE CRIMINAL LEGISLATION OF ENGLISH-AMERICAN COUNTRIES	74
<i>Orlovskiy B. M.</i>	
CONFLICTS IN CRIMINAL LAW: THE SEARCH FOR A NEW PARADIGM	82
<i>Usatyi G.</i>	
APPROACH OF THE SYSTEMS AS METHOD OF DESIGN OF STRUCTURAL SIGNS OF CRIMINAL LAW INSTITUTES	88
<i>Fesenko E. V.</i>	
THE PHILOSOPHY OF GUILTY	97
<i>Veresha R. V.</i>	
CONSOLIDATION OF THE ADVERSARIAL PRINCIPLE AND THE INDEPENDENCE OF FORENSIC EXPERTS AND THE WAYS OF THEIR IMPROVEMENTS IN THE LEGISLATION OF UKRAINE	106
<i>Klymenko N. I.</i>	
THE SEPARATE ISSUES OF NATURE AND THE FORMS OF SPECIAL KNOWLEDGE IN CRIMINAL PROCEEDINGS APPLICATION	112
<i>Koburtych I. I.</i>	
UKRAINIAN LEGAL TRADITION AS QUASI-METHODOLOGICAL BASIS OF CRIMINAL PROCEDURAL FRAMEWORK FOR SOCIAL RELATIONS	124
<i>Loboyko L. N.</i>	

FEATURES OF THE PROCESS OF SUBMITTING THE PRELIMINARY INVESTIGATION TO REVIEW THE CRIMINAL PROCEEDINGS TO REVIEW THE PARTIES TO COMPLETION	132
<i>Lukyanets O.</i>	
THE ALTERNATIVES TO PROCEEDING BY DEFAULT (IN ABSENTIA): BASED ON THE EXPERIENCE OF GERMANY	138
<i>Popeliushko V. O.</i>	
TERMINATION OF PRE-TRIAL INVESTIGATION.....	145
<i>Sysoienko H. I.</i>	
CRIMINAL PROCEEDING ACTIVITY OF NATIONAL ANTY-CORRUPTION BUREAU OF UKRAINE.....	154
<i>Udalova L. D.</i>	
TERRITORIALITY AS THE FOUNDATION OF THE COURTS OF GENERAL JURISDICTION: NEW APPROACHES TO IMPLEMENTATION	161
<i>Serdiuk V.</i>	
Features PARTICIPATION OF DEFENDERS IN LEGAL PROCEEDINGS UNDER PRELIMINARY INVESTIGATION STAGE.....	170
<i>Kuts Y.</i>	
INDIVIDUAL PROCEDURAL MATTERS OF JUDICIAL CONTROL OVER OBSERVANCE OF HUMAN RIGHTS IN CRIMINAL PROCEEDINGS.....	177
<i>Legkykh K.</i>	
SOME CONSIDERATIONS FOR A THEORY OF JUDICIAL REFORM.....	184
<i>Khotynska-Nor O. Z.</i>	
THE STRATEGY OF PROVIDING LEGAL AID LAWYER IN CRIMINAL PROCEEDINGS	194
<i>Hmelevska N. V.</i>	
CONCEPTUAL BASES OF CRIMINALISTICS DEVELOPMENT.....	202
<i>Bilenchuk P. D., Yarmolyuk A. A.</i>	
CRIMINALISTIC CLASSIFICATION OF CRIMINALLY LIABLE EXTREMISM MANIFESTATIONS ...	210
<i>Boyarov V. I.</i>	
FEATURES OF THE DEFINITION OF SOME MATERIAL OBJECTS SEIZED AS A RESULT OF UNDERCOVER INVESTIGATION (SEARCH) ACTIONS AS PHYSICAL EVIDENCE IN CRIMINAL PROCEEDINGS	217
<i>Shebavtsov R., Kydinov S.</i>	
POLICE AND CRIMINAL-PROCEDURE ACTIVITY: AT THE TURN OF PAST AND FUTURE	223
<i>Shumylo M.</i>	
MODERN TRENDS CRIMINALISTICS UNDER IMPLEMENTATION CRIMINAL PROCEDURE LAW	235
<i>Korzh V. P.</i>	
THE FEATURES OF THE ASSIGNMENT OF JUDICIAL EXAMINATIONS OF THE SPECIAL TECHNICAL EQUIPMENTS OF SECRET RECEIPT OF INFORMATION IN THE INVESTIGATION OF THEIR ILLEGAL PURCHASE, SALE OR USAGE	242
<i>Mazurkov D. D.</i>	

THE RIGHT OF THE SUSPECT, ACCUSED IN THE PROTECTION OF THE DECISIONS, ACTION OR INACTION OF THOSE PROCEEDINGS DURING THE PRELIMINARY INVESTIGATION BY THE CPC OF USSR 1922 AND CPC OF USSR 1927	250
<i>Olkhovska M.</i>	
COMPETITIVENESS OF COURT PROCEEDINGS AND THE OBJECTIVE TRUTH IN THE CONTEXT OF PEOPLE'S PARTICIPATION IN LEGAL PROCEEDINGS	257
<i>Alieksieieva A.</i>	
ABOUT THE DISMISSAL OF A JUDGE FROM OFFICE UNDER THE CURRENT CODE OF CRIMINAL PROCEDURE	264
<i>Arlanova R. D.</i>	
THE DEVELOPMENT OF COERCIVE PROCEDURAL MEASURES IN UKRAINE IN HISTORICAL PERSPECTIVE	269
<i>Siverskyi O.</i>	
NEW MANUAL FOR AUTHORS	277

ПРОБЛЕМИ РЕГУЛЮВАННЯ ВІДНОСИН У СФЕРІ КРИМІНАЛЬНОГО СУДОЧИНСТВА

УДК 343

**В. Г. Гончаренко***професор, Академія адвокатури України*

Суттєвою рисою існування суспільства є необхідність постійного правового регулювання (звичаєвого і нормативного) відносин, що неодмінно з'являються в ньому. Найбільш конфліктними є відносини, що виникають у кримінальній сфері, які мають регулюватися способом кримінального судочинства. Регулювання відносин у цій сфері відбувається на основі певних об'єктивних закономірностей з включенням визначених законом окремих владних заходів, які не суперечать цим закономірностям, інакше процес регулювання буде спотвореним. До цих закономірностей слід віднести змагальність на основі рівності сторін, диспозитивність, непорушність презумпції невинуватості та етична перевага захисту.

Ключові слова: *суспільні відносини, регулювання, кримінальне судочинство, змагальність, диспозитивність, презумпція невинуватості, перевага захисту.*



PROBLEMS OF REGULATING RELATIONS IN
CRIMINAL LEGAL PROCEEDINGS SPHERE

Goncharenko V.

Received: 16 Apr 2015.

Людство протягом своєї історії досягає певного рівня культури, яка характеризує особливості поведінки і свідомості людей у тих або інших сферах суспільного життя. У своєму функціональному аспекті культура проявляється як система засобів організації життєдіяльності окремих індивідів, їх груп та суспільства в цілому [11, 5, 6].

Феномен людського суспільства виявляється у величезному масиві суспільних відносин різного рівня загальності й детермінуючої істотності, що стосуються побутових і суспільно значущих суперечностей, вирішення яких є рушійною силою розвитку суспільства і які тим чи іншим чином в результаті пов'язані з основоположною категорією справедливості. Остання являє собою вимогу відповідності між правами та обов'язками людей, працею та винагородою за працю, злочином та покаранням тощо [7, 11].

Всі суспільні відносини, які діють постійно або виникають ситуативно, мають без порушення прав людей і справедливо вирішуватись на основі взаємних домовленостей, традицій, а в багатьох випадках на підставі загальнообов'язкових велінь держави, тобто з використанням інструментів права, у зв'язку з чим такі регулювання суспільних відносин набувають ознаку правових [6, 8]. Немає сумніву, що якість регулювання суспільних відносин, особливо правового регулювання, справедливості його результатів з неминучістю залежить від рівня

культури даного суспільства, причому, що вкрай важливо для сучасної України, опора повинна робитись на власну культуру, бо система життєвих цінностей та орієнтири людського життя унеможливають механічне відтворення «чужої» моделі суспільства [16, 21].

Особлива роль у врегулюванні суспільних відносин належить суду. Право на судових захист, передбачене Конституцією України, належить до основних невід'ємних прав людини. Реалізація цього права обумовлена рівнем розвитку суспільства, місцем та значенням суду в системі органів державної влади, забезпеченням державою доступності судового захисту. Як зазначає О. Г. Шило, «це дозволяє констатувати виражений позитивний характер права на судовий захист, оскільки воно передбачає здійснення державою певних позитивних дій щодо створення системи судових інституцій та механізму реалізації судового захисту прав, свобод та законних інтересів особи, інтересів суспільства та держави» [17, 31]. При цьому варто зазначити, що демократизація суспільних відносин зумовила появу конституційних норм, згідно з якими правосуддя в Україні здійснюється виключно судами, а їх юрисдикція поширюється на всі правовідносини, які виникають у державі, що надає суду виключного значення як органу правосуддя [8, 6].

Як відомо, найбільш гострі суспільні відносини виникають у сфері відносин, що підпадають під визначення кримінальних деліктів. Оскільки їх вирішення пов'язане з можливим встановленням суспільної небезпечності діяння (дії або бездіяльності), винуватості конкретної особи, права якої захищені Конституцією, застосуванням кримінального покарання, що так чи інакше обмежує права людини (для окремих випадків передбачено навіть довічне позбавлення волі), правове регулювання цих відносин має здійснюватись

з особливою процедурною ретельністю і на основі неспростовної системи юридичних доказів. Регулювання такого роду суспільних відносин здійснюється способом кримінального судочинства, повно і чітко організаційно-діяльнісно відпрацьованого в Кримінальному процесуальному кодексі України [9].

Вся діяльність у відправленні кримінального правосуддя ґрунтується на чітко сформульованих і вивірених практикою принципах. Це значною мірою посилює гарантії справедливості кримінального судочинства. Водночас, деякі закріплені в кримінальному процесуальному законі принципи мають особливий характер. Вони є домінуючими й детермінуючими началами судочинства і мають риси у зв'язку з цим об'єктивних закономірностей, які діють (повинні діяти) незалежно від волі виконавців кримінального провадження, хоча їх діяльність насичена владними заходами, котрі, проте, не суперечать принципово цим закономірностям, інакше процес регулювання відносин буде спотвореним.

До згаданих закономірностей регулювання суспільних відносин в кримінальному судочинстві слід віднести змагальність на основі рівності сторін, диспозитивність, непорушність презумпції невинуватості, переваги захисту (*favor defensionis*). Названі принципи втілюють етичні ідеї судочинства, утверджують його моральність [3, 8].

Треба мати на увазі, що змагальність полягає в наявності сукупності закріплених в законі приписів, процесуальних правил і методів їх виконання, які діють у всіх стадіях кримінального провадження і ґрунтуються на доступі до правосуддя, зіткненні протилежних інтересів наділених рівними правами сторін, чіткому розподілі та розмежуванні функцій, гарантуються забезпеченням судом рівних можливостей реалізації процесуальних

повноважень сторонами у відстоюванні своїх позицій і справедливому та неупередженому вирішенні спору між ними [18, 79].

Змагальність – це таке процесуальне положення, за якого двом рівнозначним сторонам (обвинувачення і захисту) забезпечується можливість брати активну участь у дослідженні обставин кримінального провадження перед незалежним судом, який і лише який має здійснювати функцію правосуддя [12, 72]. Оскільки процедура кримінального судочинства являє собою конкуренцію прав та інтересів потерпілих і обвинувачених, інтересів особи і суспільства, то будь-який захід досудового розслідування чи судового розгляду або захищає інтереси потерпілого й через це обмежує права притягнутого до відповідальності, або підвищує рівень захисту прав обвинуваченого і відповідно знижує рівень захисту прав й інтересів потерпілого, інтересів суспільства [19, 8], а це означає, що змагальне кримінальне судочинство безспірно об'єктивно детермінує достовірність з'ясування обставин у провадженні завдяки активній позиції сторін.

Диспозитивність слід розуміти як надання учасникам кримінального провадження і забезпечення можливості вільно в межах закону обирати способи поведінки для захисту своїх кримінально-правових і процесуальних прав, а також впливати на хід і результати провадження, головним призначенням якого є забезпечення творчості та повноти захисту заінтересованими учасниками своїх прав [12, 76].

Розвиваючи вчення про принцип диспозитивності, А. М. Лобойко цілком резонно виділив його важливу функцію – встановлювати специфічний кримінальний процесуальний режим діяльності органів розслідування, прокуратури і суду з метою створення умов, необхідних для вільної реалізації заінтересованими суб'єктами своїх матеріальних і

процесуальних прав, підкресливши, що цей принцип діє протягом усього кримінального провадження [13, 91].

Аналіз правової ідеї, змісту та функцій диспозитивності в кримінальному процесі дозволяє встановити моральність принципу диспозитивності найвищого ґатунку і його детермінуючу роль, адже саме завдяки в імперативному порядку реальному забезпеченню рівнозначної участі суб'єктів доказування в поданні, дослідженні, інтерпретації доказів утверджується дійсна функціональна рівність сторін, відбувається повноправне і конструктивне їх змагання, неупереджена оцінка аргументів *pro et contra*, здійснюється ефективна реалізація права на захист від обвинувачення та принципу презумпції невинуватості.

Поза сумнівом цей принцип так чи інакше впливає головним чином на об'єктивність процесу, яка забезпечується визначальною мірою наявності кваліфікованого і максимально ефективного захисту, котрий зміцнює моральні устої судочинства, наповнюючи реальною життєдайною силою принцип права на захист, презумпції невинуватості і *favor defensionis* [3, 9].

Наріжним каменем кримінального судочинства виступає презумпція невинуватості, без якої не можуть бути виконані завдання судочинства, а отже є об'єктивним мірилом справедливого правосуддя і конституційною гарантією захисту особи від сваволі й обґрунтування обвинувачення недостатніми доказами [3, 11; 5, 117]. Схематично презумпція невинуватості полягає в тому, що особа може бути визнана винуватою (названа злочинцем) лише на підставі обвинувального вироку суду, що набрав законної сили.

Презумпція невинуватості визначається як правове положення, згідно з яким особа вважається невинуватою у вчиненні

кримінального правопорушення і не може бути піддана кримінальному покаранню, доки її вину не буде доведено у передбаченому законом порядку і встановлено обвинувальним вироком суду, що набрав чинності [12, 86].

Визначення презумпції невинуватості, різні редакційно, але однакові за своєю сутністю даються в ст. 62 Конституції України та ст. 17 КПК України, міжнародних правових актах, а саме: у ст. 11 Загальної декларації прав людини, у ч. 2 ст. 14 Міжнародного пакту про громадянські і політичні права, у ч. 2 ст. 6 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод. Всі використані визначення принципу презумпції невинуватості в цілому зрозуміло і правильно розкривають його сутність, але в плані етики нашого життя і вимог юридичної етики нормотворення слід визнати невдалим, оскільки ці визначення штовхають на абсурдний висновок, що включення категорії ймовірності змушує нас всіх людей лише вважати невинуватими, якщо вони навіть дійсно не вчинили ніяких правопорушень, а тим більше – злочинів [3, 12]. Між тим, в ст. 15 КПК України 1960 р. міститься визначення цього принципу, дане з урахуванням ідеї Чезаре Беккарія, яке гласить: «Ніхто не може бути визнаний винуватим у вчиненні злочину, а також підданий кримінальному покаранню інакше як за вироком суду й відповідно до закону». Саме таким дещо відредагованим визначенням і слід керуватись прискіпливому і кваліфікованому юристу або соціологу.

Постулати, які випливають з презумпції невинуватості, зводяться, в основному, до наступного:

- визнати особу винуватою у вчиненні кримінального правопорушення вправі лише суд;
- особа не зобов'язана доводити свою невинуватість або меншу винуватість;

- обвинувачення не повинні ґрунтуватись на суперечливих доказах, на припущеннях;

- всі сумніви, які неможливо усунути, трактуються на користь обвинуваченого;

- обвинувачення не може ґрунтуватися на доказах, отриманих незаконним шляхом;

- недоведена винуватість юридично дорівнює доведеній невинуватості і може бути підставою для виправдувального вироку;

- затримання особи як підозрюваного чи притягнення її до участі в кримінальному провадженні як обвинуваченого, застосування до неї запобіжного заходу не повинні розцінюватись як доказ її вини або покарання винного;

- до винесення рішення суду щодо винуватості особи з нею не можна поводитись як із злочинцем або називати злочинцем в засобах масової інформації чи інших офіційних документах [3, 11–12; 13, 88; 15, 79].

Публічні заяви правоохоронців, політиків або чиновників про підозри, а ще більше – про чиїсь злочини є неприпустимими, і особи, які їх виголошують, повинні негайно і в примусовому порядку переходити з положення офіційних у стан приватних осіб. Цими заявами найгрубшим чином порушується право особи на честь, яке є природним правом і гарантується Конституцією, а також знижуються загальнолюдські моральні підвалини спілкування людей і непорушний тисячолітній принцип презумпції невинуватості [4, 9].

Збереження непорушності прав і свобод людини є священним обов'язком держави і суспільства. Проте на сучасному етапі неможливо обійтись в окремих випадках без деякого обмеження прав і свобод. Проблема полягає в тому, щоб такі обмеження

не виходили за встановлення в законах рамки і були зумовлені визначеною потребою. В переважній більшості випадків це стосується обставин, пов'язаних з наявністю загрози безпеці інших осіб, держави, охоронюваних законом інтересів, та заходів процесуального примусу. І ось тут на повну потужність повинна розкриватись функція захисту, яка спрямовується на те, щоб недосконалість законів, некомпетентність або зловживання правозастосовних органів, а часто й відсутність належного механізму контролю за діяльністю правоохоронних органів не приводили до порушення прав людини і необґрунтованого їх обмеження [2, 5; 10, 21].

За Конституцією України можна визначити, що захист полягає у діяльності держави щодо охорони, заступництва особи та її невід'ємних благ від незаконних порушень та обмежень цих благ, у запобіганні таких порушень та обмежень, і у відшкодуванні шкоди, коли таким правопорушенням та обмеженням не вдалося запобігти [14, 71]. Аналіз зазначених приписів Конституції України щодо правового захисту прав і свобод людини і громадянина дозволяє зробити висновок, що його змістом є невід'ємне право кожного, хто вважає свої права та свободи чи інтереси порушеними або поставленими під загрозу порушення, звернутись до суду про їх захист, а обов'язок суду розглянути таке звернення та вирішити вказане в ньому питання по суті [14, 72].

В людському суспільстві, яке існує і розвивається за загальними законами всього

сущого, спираючись на механізми гомеостазису, наведені обставини і ситуації постійно викликали і викликають потребу в деяких компенсаціях на користь захисту, особливо з урахуванням визнаного в цивілізованому світі соціального пріоритету людини, приватного перед публічним. Цей процес з неминучістю закономірно породив деякі тенденції у відправленні правосуддя, які зрештою сформувались у прогресивний принцип *favor dafansionis* – сприяння захисту. Якщо вдасться прихильно керуватись цим принципом у всьому розмаїтті його проявів, то ми одержимо рівноправне у змаганнях, а отже – справедливе судочинство [2, 12].

Захист, як рівноправна сторона, в силу принципу диспозитивності може збирати, подавати докази, що виправдовують або пом'якшують провину підзахисного, і доводити перед судом переконливість цих доказів. Якщо до цього додати сутність постулатів, що випливають з презумпції невинуватості, то можна говорити про певну відповідність процесуальних можливостей сторін з деяким більш прихильним ставленням (без неупередженості!) до сторони захисту.

На завершення виникає особливе бажання додати, що своєрідність становища захисту в сенсі доказування з давньоримських часів полягає в тому, що доказувати зобов'язаний той, хто стверджує, а не той, хто заперечує, оскільки за природою речей не може бути доказів до заперечення [1, 23; 4, 7].

СПИСОК ЛІТЕРАТУРИ:

1. Гончаренко В. Г. Доказування у кримінальному провадженні / В. Г. Гончаренко. – К. : Прецедент, 2014. – 42 с.
2. Гончаренко В. Г. Захист як соціальна доктрина / В. Г. Гончаренко, С. В. Гончаренко // Вісник Академії адвокатури України. – К. : ВЦ ААУ, 2012. – С. 5–17.

3. *Гончаренко В. Г.* Моральність як метапринцип правосуддя / В. Г. Гончаренко // Вісник Академії адвокатури України. – К. : ВЦ ААУ, 2011. – Число 2 (21). – С. 6–15.
4. *Гончаренко В. Г.* Onus probandi в контексті процесуальних функцій і етики спілкування / В. Г. Гончаренко // Вісник Академії адвокатури України. – К. : ВЦ ААУ, 2005. – Вип. 3 (4). – С. 5–9.
5. *Ісмаїлова Л. Б.* Реалізація принципу презумпції невинуватості в кримінальному процесі України / Л. Б. Ісмаїлова // Вісник Академії адвокатури України. – К. : ВЦ ААУ, 2005. – Вип. 3 (4). – С. 115–119.
6. *Коваль О. А.* Громадянське суспільство та правова держава: сутнісні характеристики / О. А. Коваль // Вісник Академії адвокатури України. – К. : ВЦ ААУ, 2007. – Число 1(8). – С. 5–10.
7. *Коваль О. А.* Питання законодавчого закріплення системи принципів права України / О. А. Коваль // Вісник Академії адвокатури України. – К. : ВЦ ААУ, 2005. – Вип. 2 (3). – С. 10–16.
8. *Котюк І. І.* Основи теорії судового пізнання. Ч. 1. : Загальнотеоретичні аспекти / І. І. Котюк. – К. : Київський університет, 2012. – 423 с.
9. *Кримінальний процесуальний кодекс України : науково-практичний коментар* / [за загальною редакцією професорів В. Г. Гончаренка, В. Т. Нора, М. Є. Шумила]. – К. : Юстініан, 2012. – 1224 с.
10. *Легких К. В.* Роль адвоката в забезпеченні особистих прав та інтересів людини / К. В. Легких // Вісник Академії адвокатури України. – К. : ВЦ ААУ, 2008. – Число 1 (11). – С. 20–25.
11. *Лисенков С. А.* Конституційні культурні права і свободи як інструмент функціонального аспекту культури / С. А. Лисенков // Вісник Академії адвокатури України. – К. : ВЦ ААУ, 2005. – Вип. 2 (3). – С. 4–9.
12. *Лобойко Л. М.* Кримінальний процес : підручник / Л. М. Лобойко. – К. : Істина, 2014. – 432 с.
13. *Лобойко Л. М.* Принцип диспозитивності в кримінальному процесі України / Л. М. Лобойко. – Дніпропетровськ : Ліра, 2004. – 216 с.
14. *Попелюшко В. О.* Функція захисту в кримінальному судочинстві України: правові, теоретичні та прикладні проблеми / В. О. Попелюшко. – Острог : Вид-во Національного університету «Острозька академія», 2009. – 634 с.
15. *Стахівський С. М.* Теорія і практика кримінально-процесуального доказування / С. М. Стахівський. – К. : Академія внутрішніх справ України, 2005. – 272 с.
16. *Третяк С. М.* Концептуальні засади реформування українського громадянського суспільства / С. М. Третяк // Вісник Академії адвокатури України. – К. : ВЦ ААУ, 2009. – Число 2 (15). – С. 20–26.
17. *Шило О. Г.* Теоретико-прикладні основи реалізації конституційного права людини і громадянина на судовий захист у судовому провадженні в кримінальному процесі України / О. Г. Шило. – Харків : Право, 2011. – 472 с.

18. *Юрчишин В. М.* Реалізація принципу змагальності в кримінальному судочинстві / В. М. Юрчишин // Вісник Академії адвокатури України. – К. : ВЦ ААУ, 2008. – Число 1 (11). – С. 78–81.

19. *Яновська О. Г.* Концептуальні засади функціонування і розвитку змагального кримінального судочинства / О. Г. Яновська. – К. : Прецедент, 2011. – 303 с.

Стаття надійшла до редакції: 16.04.2015.

Рекомендовано кафедрою кримінального процесу та криміналістики

PROBLEMS OF REGULATING RELATIONS IN CRIMINAL LEGAL PROCEEDINGS SPHERE

Goncharenko V.

Abstract: Social life is composed of a great number of various accidental and invariable relations that need constant regulating, including legal one. The latter, moreover, might be used by means of customs and enactments. As every person, in order to protect his or her right, is entitled by Constitution of Ukraine to appeal to a court, it is assigned to the special role in regulating relations. Social relations in criminal sphere are getting the ultimate topicality, as they might end with applying of quite harsh sanctions, that's why they are regulated by means of criminal legal proceedings mostly. Regulating of such kind is carried out (shall be carried out) on the base of certain objective regularity including authoritative measures that don't contradict this regularity, otherwise the process of regulating and its results will be distorted. The regularity of regulating social relations determining full criminal proceedings and just result of it includes: competitiveness based on equality of parties that provides for equal contestation of one party's arguments by arguments of another party without any restrictions and preferences; optionality that provides for equal rights to parties in collecting evidence and proving its relevance before the court, as well as obliges a court to provide for enforcement of the said rights; presumption of innocence inviolability; following favor defensionis principle (preferences of defence), not enacted in a statute but consolidated by world ancient legal practice.

Keywords: social relations, regulating, criminal legal proceedings, competitiveness, optionality, presumption of innocence, favor defensionis.



ПРОБЛЕМЫ РЕГУЛИРОВАНИЯ ОТНОШЕНИЙ В СФЕРЕ УГОЛОВНОГО СУДОПРОИЗВОДСТВА

Гончаренко В. И.

Резюме: Сущностной чертой существования общества является необходимость постоянного правового регулирования (обычного и нормативного) отношений, которые с необходимостью появляются в нем. Наиболее конфликтными являются отношения, возникающие в уголовной сфере, которые должны регулироваться способом уголовного судопроизводства. Регулирование отношений в этой сфере происходит на основе некоторых объективных закономерностей с включением определенных властных мер, которые не противоречат этим закономерностям, иначе процесс регулирования будет искаженным. К этим закономерностям следует отнести состязательность на основе равенства сторон, диспозитивность, нерушимость принципа презумпции невиновности и этическое преимущество защиты.

Ключевые слова: общественные отношения, регулирование, уголовное судопроизводство, состязательность, диспозитивность, презумпция невиновности, преимущество защиты.

ПОЛІТИКА СУДОВОЇ ВЛАДИ ТА СУДОВА ПОЛІТИКА: ТЕОРЕТИКО-ПРАВОВІ ПРОБЛЕМИ СПІВВІДНОШЕННЯ

УДК 342.56



С. В. Прилуцький

*доктор юридичних наук, професор кафедри
правосуддя, Київський національний
університет імені Тараса Шевченка*

У роботі досліджуються такі складні правові явища, як політика судової влади та судова політика. Політика судової влади розглядається як багатогранне явище, що охоплює внутрішні та зовнішні процеси організації й діяльності судової влади.

Ключові слова: *суд, судова влада, політика, судова політика.*



THE POLICY OF THE JUDICIARY AND JUDICIAL POLICY:
THEORETICAL PROBLEMS OF CORRELATION

Priluckiy S.

Received: 16 Apr 2015.

Глибоке і всебічне пізнання судової влади вимагає її розгляду не тільки у традиційному для вітчизняної науки аспекті – з огляду на поняття, юридичну природу, форми здійснення, зміст та інші аспекти, що характеризують судову владу як явище «зсередини», а й у взаємозв'язку та взаємодії з іншими, зовнішніми щодо неї явищами – такими, зокрема, як політика – політична влада, політична система, політичний процес, політична ідеологія, політична психологія тощо.

Вочевидь дослідження судової влади потребує її розкриття не тільки як суто правового явища, а й як публічно-правового феномену, суб'єкта політико-правових відносин, що дасть змогу уникнути однобічності в пізнанні даної матерії й точніше визначити справжню природу і характер судової влади [1, 54–56].

У зв'язку з цим доречно згадати, що питання про взаємозв'язок правосуддя і політики чи не вперше на вітчизняному правовому просторі голосно пролунало на другому українсько-німецькому колоквиумі з питань конституційного права, що відбувся у Києві 1999 р., на якому М. І. Козюбра виступив з доповіддю «Політичні та юридичні доктрини в діяльності органів конституційної юрисдикції». Саме тоді (хоча і стосовно конституційного

правосуддя) на обговорення були винесені незвичні для нашого правознавства питання: чи може правосуддя в сучасних умовах бути повністю деполітизованим, діючи у будь-якій ситуації відповідно до відомого латинського вислову: «Хай звершиться правосуддя, навіть якщо загине світ»; чи має суд враховувати політичні наслідки своїх рішень і якщо має, то в яких межах; як знайти розумний баланс поєднання права і політики, досягти «взаєморозуміння» між ними заради досягнення загальної мети – нормального функціонування суспільства, поваги до прав людини та вільного розвитку особистості [2]. Поставлені питання як ніколи є гострими сьогодні та однозначно не вирішеними вітчизняною юридичною наукою. Тому передусім варто звернутися до правової природи такого явища, як політика судової влади.

Зауважимо, категорія політика (від грец. *politicá* – державні чи суспільні справи) – означає систему цілей і завдань, методів і засобів їх досягнення та діяльність органів державної влади і державного управління у сфері внутрішнього і зовнішнього життя країни. Сукупність органів законодавчої, виконавчої, судової влади, партійних і суспільно-політичних інститутів становить організаційну основу політики. Наявність і взаємодія зазначених структурних елементів надає політиці внутрішньої цілісності, наділяє її постійним джерелом саморозвитку [3, 629; 4, 395; 5, 498]. Тим самим судова влада як одна із самостійних складових політичного устрою держави визначається окремими завданнями та засобами їх досягнення, відповідною системою у механізмі державних органів та специфічною діяльністю, що прямо впливає на соціальні та політичні процеси держави.

Вбачається, що політика судової влади – це багатогранне явище, яке охоплює як внутрішні, так і зовнішні процеси

організації та діяльності судової влади, їх вплив на політико-правові, соціальні, економічні та культурні процеси в державі.

Розкриття істинної природи судової влади у вітчизняній правовій науці ще триває. Проте, вже сьогодні незаперечним є той факт, що судова влада є самостійним учасником на «політичній арені» держави. Як слушно з цього приводу зазначив свого часу Голова Верховного Суду України, суд відіграє особливу роль у суспільстві та державі. Він може вирішити долю окремої людини, а може змінити напрям розвитку всієї держави. Нині суд своїм рішенням може істотно впливати на політичні, економічні, правові, соціальні та інші процеси. Така тенденція є об'єктивною і закономірною для держави, яка претендує на статус правової та демократичної [6, 2].

Ключовою складовою політики судової влади – є судова політика. На думку Л. А. Луць, судова політика як будь-який різновид правової політики повинна включати принципи, засоби, форми функціонування та шляхи розвитку судової влади. Судова політика є категорією, що доповнює категорію «судова влада». Вони не існують одна без одної. Зокрема, судова влада має бути легітимною, самостійною та незалежною, що дає змогу реально реалізувати відповідну ідеологію в межах судової політики. Водночас, судова політика реалізується судовими органами та суддями, діяльність яких здійснюється у межах відповідних конституційних принципів [7, 6].

Водночас В. С. Бігун вважає, що судова політика в широкому розумінні – це політика, пов'язана з судовою діяльністю; у вузькому – (зазвичай) державна політика, що є складовою правової політики, у судовій сфері, спрямована на досягнення встановленої мети та відповідних завдань. Метою державної судової політики може визначатися забезпечення такого режиму

здійснення судової влади, за якого здійснюється правосуддя. Практична діяльність судової політики здійснюється відповідальними державними органами [8, 104].

Говорячи про політичну складову судової влади, теоретично і методологічно важливо мати на увазі такі початкові положення. По-перше, політичний аспект суті й змісту судової влади не є штучним. Це об'єктивна властивість судової влади як публічно-правового явища, що закладена в самій її природі як влади реальної, а не її імітації або подібності. Наявність політичного аспекту зумовлена самим фактом існування судової влади як однієї з гілок державної, тобто переважно політичної за своєю природою і характером влади.

По-друге, носієм і виразником політичної складової судової влади, як і інших її ознак, є не окремі (включаючи вищі судові інстанції) судові органи або судді, а судова система в цілому. Саме вона, а не окремі її складові, являє собою те, що іменується судовою владою взагалі. Дане положення в прямій або непрякій формі відбивається і закріплюється як у конституційних актах ряду країн, так і в поточному законодавстві. Наприклад, у Конституції США положення про те, що судова система в цілому (а не окремі судові органи, що її складають) виступає носієм судової влади взагалі і, відповідно, її політичного характеру знаходить віддзеркалення у ст. III, де вказується, що судова влада надається не тільки вищій судовій інстанції країни – Верховному суду, а й «такій кількості нижчестоящих судів, яку Конгрес може за необхідності встановити і заснувати».

По-третє, політичний аспект судової влади досить чітко виявляється тоді, коли суд має справу зі спірними питаннями, що виникають у сфері публічного, особливо конституційного і адміністративного, права. Пояснюється це насамперед тим, що дані галузі права через свій предмет і

метод, будучи безпосередньо пов'язаними з механізмом здійснення державної влади і управління, а точніше – з механізмом реалізації законодавчої і виконавчої влади, є найбільш політичними порівняно з іншими галузями і публічного, і особливо приватного права.

Саме у цих галузях права, де, за висловом англійського дослідника Д. Вудхауза, часто важко провести чітку межу «між політичним питанням, яке належить до відання уряду, і юридичним, яке має вирішуватися судом», виявляється політико-правова активність судових органів; і саме тут через складність відмежування «політичного» від «юридичного» і навпаки нерідко виникають «безпрецедентна конфронтація між судами та іншими державними органами».

По-четверте, хоча виразником і носієм політичної складової судової влади є судова система в цілому, проте реалізується вона різними судовими органами далеко не рівною мірою, а досить диференційовано.

Досвід політико-правової діяльності судової системи США, Великої Британії, Німеччини і деяких інших країн вказує на те, що по вертикалі найбільше політичне навантаження з цілком зрозумілих причин (з погляду обсягу повноважень, місця в судовій системі та інших чинників) несуть вищі судові інстанції, менше – середні ланки судової системи і зовсім незначне – нижчі її ланки. По горизонталі серед усіх видів судів – складових ланок судової системи, найбільш залученим у політичне життя і в політичні процеси є конституційний суд, а в тих країнах, де його немає (наприклад, у США), функціональне політичне навантаження лягає на вищі судові інстанції [1, 56–59].

Вбачається, що *політика судової влади* – це передусім боротьба за власну самостійність у системі координат публічної

влади з метою встановлення режиму незалежності при здійсненні судочинства. Водночас політика судової влади охоплює кілька правових зрізів: 1) *зовнішня судова політика*; 2) *внутрішня (організаційна) судова політика*; 3) *судова політика при здійсненні правосуддя* [9; 10, 5–15].

Перший зріз характеризує передусім відносини судової влади з іншими гілками та органами державної влади, її місце і роль у механізмі протидії та стримання від узурпації і зловживання владою. Саме у цьому аспекті формується взаємовплив судової влади з главою держави, парламентом, урядом, прокуратурою тощо. До зовнішньої судової політики також включаються відносини судової влади з органами місцевого самоврядування та інститутами громадянського суспільства. Зокрема, політико-правові відносини які складаються між судовою владою та засобами масової інформації (ЗМІ), неурядовими громадсько-політичними чи правозахисними організаціями (адвокатурою), політичними партіями, органами судової влади інших країн, а також міжнародними організаціями та їх органами (Рада Європи, Європейський суд з прав людини, міжнародні асоціації суддів та ін.).

Для прикладу, згідно зі ст. 10 *Конституції Республіки Польща* [11] державний устрій республіки базується на поділі й рівновазі законодавчої, виконавчої та судової влад. На основі цього принципу сформовано механізм, в якому судова влада Польщі покликана не тільки розв'язувати юридичні конфлікти загальноправового характеру чи питання конституційної юрисдикції, а й реально врівноважувати політичні процеси, що відбуваються в країні (нагляд за законністю політичних партій, виборчими процесами; забезпечення конституційної відповідальності посадових осіб та ін.). Зокрема, Верховний суд (*Sąd Najwyższy*) згідно ст. 1 Закону «*Про Верховний суд*»

(2002 р.) [12], окрім загальної функції правосуддя, здійснює розгляд виборчих протестів, а також підтверджує дійсність виборів до Сейму і Сенату, виборів президента, а також дійсність загальнопольського та конституційного референдумів. Крім того, Верховний суд у Польщі надає висновки щодо проєктів законів та інших нормативних актів, на підставі яких здійснюють судочинство і функціонують суди, а також інших законів у тих сферах, у яких він визнає за необхідне [13].

Часто судова влада відіграє важливу роль і у законотворчому процесі. У ряді країн вищі судові інстанції наділяються правом законодавчої ініціативи або активно впливають своєю позицією на правотворчий процес.

Ще не так давно у широких юридичних колах активно обговорювалося питання про необхідність надання, а точніше повернення права законодавчої ініціативи Верховному Суду України (ВСУ)*. Вищий судовий нагляд та цілісне узагальнення судової практики, що здійснював ВСУ, були дієвими інструментами виявлення значних недоліків чи прогалин законодавства у різних сферах матеріального та процесуального права. Тому право законодавчої ініціативи ВСУ мало б стати важливим засобом гармонізації правової системи країни та оптимізації законодавчого процесу.

Другий зріз політики судової влади характеризує внутрішню організацію судової влади та відносини, що складаються у цьому аспекті. З цього приводу виокремлюються відносини що складаються в рамках суддівського співтовариства між органами суддівського самоврядування, судового управління (адміністрування) та самоорганізації судової влади. Вагоме

* Згідно зі ст. 40 Закону «Про судоустрій України» (1981 р.) Верховному Суду України належало право законодавчої ініціативи у Верховній Раді України.

значення у цих відносинах мають процеси кадрового забезпечення суддівського корпусу, професійної дисципліни суддів, кар'єрного зростання (просування) суддів, що передбачає професійну конкуренцію, протистояння та боротьбу.

Прикладами внутрішньої судової політики є, зокрема, порядок та відносини які складаються під час обрання Голови Верховного Суду України, голів вищих спеціалізованих, апеляційних та місцевих судів; порядок організації, проведення та прийняття рішень З'їзду суддів України з найголовніших питань як внутрішньої організації судової влади, так і формування єдиної і цілісної лінії (позиції) судової влади з головних питань політичного життя країни.”

Третій зріз політики судової влади розкриває вплив судової влади на правову систему країни через здійснення правосуддя та формування судової практики, судову правотворчість та судове (суддівське) право [1; 14]. Причому судова політика у цій сфері не виключає процесів внутрішньої ідеологічної (ідейної) боротьби, протистояння чи конкуренції компетенцій [15].

Як зазначає з цього приводу І. Б. Михайловська, судова політика проявляється як результат індивідуальних рішень кожного з діючих суддів. В основі такого підходу до судової політики лежить принцип незалежності судді і його внутрішнього переконання при ухваленні рішень, що обмежується лише рамками закону. Проте плюралістичність тлумачення закону різними суддями має, окрім закону, й інші

обмеження. В силу інстанційної побудови судової системи «різномірність» рішень, які приймаються судами нижчого рівня, певною мірою скорочується тими варіантами, що будуть схвалені вищестоящими судами. Зрозуміло, суддя, що виніс скасовану згодом ухвалу, може залишатися на своїй точці зору, але зрештою в силу вступить те рішення, яке відповідає розсуду суддів вищестоящих судів (якщо, звісно, сторони оскаржать первинне рішення). Тому політика судової влади набуває найбільш виразних контурів у рішеннях найвищих судових органів [16, 69].

І тут досить важливим є питання про місце та роль судової влади у механізмі загальнодержавного правотворення. Постає на ґрунті англо-американського загального права (*common law*) теорія, що начебто лише суди виробляють право, є так само односторонньою, як і виплекана на ґрунті європейсько-континентального юридичного права теорія, згідно з якою суди взагалі не творять права, а тільки застосовують уже створені закони. Ця остання теорія зводиться до того, що існують лише загальні правові норми, а перша — що правові норми є тільки індивідуальними. А правда, зазвичай, — десь посередині. Суди створюють право, проте вони це роблять у межах правового порядку, що запроваджує законодавчий орган чи визнає звичай за правотворчий чинник, і вони застосовують загальне право, вже вироблене шляхом законодавства чи узвичаєння.

Судове рішення є продовженням, а не початком процесу створення права [17, 281]. В усіх галузях права роль судді є головною у частині застосування закону, його інтерпретації, заповненні існуючих прогалин, а також у царині його омолодження, оживлення чи згладжування, тобто ігнорування чи протидії йому. Незважаючи на те що місія судді передбачає підкорення закону, все ж таки,

** Наприклад: Рішення VIII позачергового з'їзду суддів України «Про концептуальні засади подальшого здійснення судової реформи в Україні» від 7 грудня 2007 р. // Вісник Верховного Суду України. – 2007. – № 12(88). – С. 16–18 ; Рішення позачергового XII з'їзду суддів України від 25 вересня 2014 р. «Про затвердження Регламенту призначення та звільнення суддів Конституційного Суду України з посад за квотою з'їзду суддів України» // Закон і бізнес. – № 45–46. – 15–28 листопада 2014 р.

виступаючи як необхідна єдина ланка між виданням юридичного правила і його ефективним використанням, у реальності він може його спростувати. Тому відносини між законодавчими і судовими органами іноді набувають конфліктного характеру [18, 137].

Попри це, прийнято вважати, що «антагонізм між законодавцем і судовою практикою становить невід'ємну складову процесу формування права» [19].

Тому, з позицій французького теоретика права Ж.-Л. Бержеля, суди, стикаючись із конкретними реаліями, заповнюючи прогалини в законодавстві, здійснюючи тлумачення та застосування закону, невинно відкриваючи нові засоби виправлення, нерідко впливають на законодавця, який закріплює у текстах законів рішення преторіанського типу [18, 138].

Варто зауважити, що залежно від того, наскільки суддя співвідносить свої рішення з законом, у західній традиції права виділяється *інтерпретаційна, конструктивна і преторська* судова практика.

Інтерпретаційна судова практика обмежується застосуванням законодавчої або підзаконної правової норми, її уточненням, роз'ясненням, а також адаптацією до ситуації, що розглядається. З одного боку, це – «класична функція» судової діяльності. Верховенство закону в даному випадку під сумнів не ставиться, а місія суду зводиться до його застосування. З іншого – у даному випадку суд все ж таки наділений деякою мірою дискреційною владою, адже загальна норма не може передбачити всі деталі конкретної життєвої ситуації.

Конструктивна судова практика спрямована на конкретизацію правової норми (наприклад, якщо норма права має загальний характер) або на її тлумачення (наприклад, якщо термін, що використовується, є багатозначним), унаслідок чого виводиться нова норма права. Також

судова практика вважається конструктивною тоді, коли писана норма права взагалі відсутня і йдеться про заповнення прогалини у праві. У даному випадку суддя створює право, яке згодом застосовує.

Преторську судову практику іменують так за аналогією з римськими правовими інститутами. Сутність її полягає у тому, що, за загальним правилом, суддя не може діяти всупереч закону або не визнавати його положення. Поряд з цим на практиці є випадки, коли рішення, прийняте суддею, так далеко відхиляється від букви писаного права, що майже суперечить йому. Якщо використовувати римську преторську термінологію, то, можна сказати, що суддя діє не «*praeter legem*» (у межах закону), а «*contra legem*» (проти закону). Водночас існують певні рамки такої «сміливої діяльності»: по-перше, рішення «*contra legem*» виключаються, коли закон є чітким та зрозумілим і не дає підстав для відхилення від нього; по-друге, якщо судова практика заходить надто далеко проти законодавчих приписів, законодавець завжди має можливість скасувати її шляхом видання спеціального нормативно-правового акта [20, 53–63].

Таким чином, правосуддя добудовує право шляхом уточнення, доповнення або виправлення закону: воно уточнює закон, визначаючи та опрацьовуючи можливі альтернативи його тлумачення й обирає найбільш вдалу з них (добудова права). Правосуддя доповнює закон, «доміркує» його ідеї – у руслі формування усталеної судової практики – там, де бракує того чи іншого правила, тієї чи іншої норми (відкрита добудова права – *praeter legem*). Надзвичайно складно чітко й однозначно відмежувати від попереднього методу відкритої добудови – *contra legem*: така добудова відхиляється від змісту слів закону і виправляє його там, де закон веде до несправедливих чи безглузвих результатів.

Завдання судочинства, що найбільше – через діяльність верховних судових органів, не вичерпується лише тлумаченням і заповненням прогалин у кожному конкретному випадку. Правила, за якими заповнено прогалини й розтлумачено норми, претендують на те, аби бути належно застосованими у кожному наступному випадку, вони мають виходити з принципу однакового

застосування та бути чинними не лише для конкретного реального випадку чи норми, а й для типових ситуацій. Такі підходи та сформульовані за їхньою допомогою норми ведуть до створення не лише чинного в конкретному випадку (і сформульованого як конкретний судовий вирок чи рішення), а й до загального суддівського права [21, 117].

СПИСОК ЛІТЕРАТУРИ:

1. *Марченко М. Н.* Судебное правотворчество и судейское право. – М. : ТК Велби ; Проспект, 2007. – 512 с.
2. *Козюбра М. І.* Право, політика, правосуддя: зарубіжний та вітчизняний досвід взаємовідносин // Наукові записки. Національний університет «Києво-Могилянська Академія». – Т. 38 : Юридичні науки / НаУКМА ; редкол.: В. С. Брюховецький [та ін.]. – К., 2005. – С. 3–7.
3. *Юридична енциклопедія* : в 6 т. / [редкол.: Ю. С. Шемшученко (голова редкол.) та ін.]. – К. : «Укр. енцикл.» імені М. П. Бажана, 2002. – Т. 4 : (Н–П). – С. 629.
4. *Політичний словник.* – К. : Головна редакція УРЕ, 1971. – С. 395.
5. *Порохнявий Ю. Б.* Політика. Політологічний енциклопедичний словник / Ю. Б. Порохнявий, В. Ф. Смолянук ; упоряд. В. П. Горбатенко ; за ред. Ю. С. Шемшученка, В. Д. Бабкіна, В. П. Горбатенка. – 2-е вид., доп. і перероб. – К. : Генеза, 2004. – С. 498.
6. *Вісник Верховного Суду України.* – 2007. – № 4(80).
7. *Луць А. А.* Забезпечення принципу незалежності суддів в українській національній правовій системі / А. А. Луць // Вісник Центру суддівських студій. – 2007. – № 10. – С. 5–6.
8. *Бігун В. С.* Філософія правосуддя: ідея та здійснення : монографія / В. С. Бігун. – К., 2011. – 303 с.
9. *Прилуцький С. В.* Політика судової влади: правова природа, місце та роль у політичній системі держави / С. В. Прилуцький // Судова апеляція. – 2008. – № 1. – С. 25–35.
10. *Прилуцький С. В.* Незалежність суддів та політика судової влади: правова природа, місце та роль у правовій системі держави / С. В. Прилуцький // Незалежність суддів: міжнародні стандарти та національна практика : навч.-практ. посіб. / А. А. Луць, М. Д. Савченко, В. В. Городовенко [та ін.]. – К. : Поліграф-Експрес, 2008. – С. 5–18.
11. *Конституція Республіки Польща* була прийнята 2 квітня 1997 року Національними зборами та затверджена референдумом 25 травня 1997 року. Офіційне видання Dziennik Ustaw Rzeczypospolitej Polskiej. – 1997. – Nr 78. – Poz. 483.
12. *Ustawa z dnia 23 lipca 2002 r. o Sądzie Najwyższym* // Dziennik Ustaw Rzeczypospolitej Polskiej. – 2002. – Nr 240. – Poz. 2052.

13. *Прилуцький С. В.* Судова система Республіки Польща / С. В. Прилуцький // Бюлетень Міністерства юстиції України. – № 6(32). – 2004. – С. 53–64.
14. *Шевчук С. В.* Судова правотворчість: світовий досвід і перспективи в Україні / С. В. Шевчук. – К. : Реферат, 2007. – 640 с.
15. *Черниловский З. М.* От Маршалла до Уоррена : (Очерки истории Верховного суда США) / З. М. Черниловский. – М. : Юрид. лит., 1982. – 224 с.
16. *Судебная власть* / [под ред. И. А. Петрухина]. – М. : ТК Велби, 2003. – 720 с.
17. *Кельзен Г.* Чисте правознавство [пер. з нім.] / Г. Кельзен. – К. : Юніверс, 2004. – 496 с.
18. *Бержель Ж.-Л.* Общая теория права [пер. с фр.] / Ж.-Л. Бержель ; под общ. ред. В. И. Даниленко. – М. : NOTA BENE. – 2000. – 576 с.
19. *Ph Malaurie.* La jurisprudence combattue la loi, Mélanges Savatier (1965), pp. 603 et s.
20. *Газье Ф.* Роль судебной практики в развитии административного права Франции / Ф. Газье // СССР – Франция: социологический и международно-правовой аспекты сравнительного правоведения. – М. : Ин.-т государства и права АН СССР, 1987. – С. 53–63.
21. *Циппеліус Р.* Юридична методологія / Р. Циппеліус. – К. : Реферат, 2004. – С. 117.

Стаття надійшла до редакції: 16.04.2015.

Рекомендовано кафедрою кримінального процесу та криміналістики

THE POLICY OF THE JUDICIARY AND JUDICIAL POLICY: THEORETICAL PROBLEMS OF CORRELATION

Priluckiy S.

Abstract: In a democratic and legal state the judiciary acts as crown of consistency between legislative and executive government as well as political stability and balance of the state, and in addition, indicates the level of development of civil society. Overcoming the difficult political, economic and social processes of recent decades, taking place in Ukraine, clearly indicate what role the judiciary should play in ensuring stability and balance in the state. In this context there are distinguished such legal phenomena as a policy of the judiciary and judicial policy. The policy of the judiciary – a multifaceted phenomenon that encompasses both internal and external processes of organization and functioning of the judiciary and its impact on political, legal, social, economic and cultural processes in the state. At the same time, the policy of the judiciary is displayed in the “fight” for its own independence in the coordinate system of public authorities in order to set the independence in administration of justice.

However, the judiciary policy covers a number of legal sections: 1) foreign judicial policy; 2) internal (organizational) judicial policy; 3) judicial policy under administration of justice.

Foreign judicial policy is revealed through judicial relations with the judiciary and other branches of government bodies, its place and role in the mechanism of checks and balances against the usurpation and abuse of power. Internal (organizational) judicial policy is expressed through the mechanism of the judiciary and relationship which are developed in this aspect. On this occasion there are distinguished relations composed within the judicial community between authorities of self-government, judicial administration (administration) and self-organization of the judiciary.

A great value in these relations have the processes of staffing the judiciary, professional disciplines of judges, career progression (promotion) procedure that provides professional competition, confrontation and struggle.

Judicial policy under administration of justice reveals the influence of the judiciary on the legal system of the state through the administration of justice and the formation of litigation, judicial law-making and judicial (judicial) law.

Keywords: court, department judicial, policy, judicial policy.



**ПОЛИТИКА СУДЕБНОЙ ВЛАСТИ И СУДЕБНАЯ ПОЛИТИКА:
ТЕОРЕТИКО-ПРАВОВЫЕ ПРОБЛЕМЫ СООТНОШЕНИЯ**

Прилуцкий С. В.

Резюме: В работе исследуются такие сложные правовые явления, как политика судебной власти и судебная политика. Политика судебной власти рассматривается как многогранное явление, которое охватывает внутренние и внешние процессы организации и деятельности судебной власти.

Ключевые слова: суд, судебная власть, политика, судебная политика.

УНІФІКАЦІЯ ЯК ЗАКОНОМІРНА ТЕНДЕНЦІЯ РОЗВИТКУ МІЖНАРОДНОГО ПРИВАТНОГО ПРАВА: ЗАГАЛЬНИЙ ОГЛЯД

УДК 341.9.019

**Є. Д. СТРЕЛЬЦОВА***кандидат юридичних наук, доцент, Одеський
національний університет ім. І. І. Мечникова*

Стаття присвячена огляду основних тенденцій розвитку уніфікації міжнародного приватного права, який супроводжується аналізом сучасних вітчизняних та зарубіжних наукових досліджень в цій сфері.

Ключові слова: уніфікація, уніфікація права, форми та способи уніфікації, гармонізація права, зближення права.



UNIFICATION AS A NATURAL TENDENCY OF THE
DEVELOPMENT OF PRIVATE INTERNATIONAL
LAW: A GENERAL SURVEY

Streltsova E.

Received: 16 Apr 2015.

Актуальність теми дослідження. Одною з загальноновизнаних тенденцій розвитку сучасного міжнародного приватного права вважається зміцнення такого явища, як уніфікація права. Необхідність уніфікації міжнародного приватного права обумовлена не тільки розширенням традиційних сфер взаємодії суб'єктів різних національних правових систем, таких, як міжнародна купівля-продаж товарів, банківські операції, міжнародні перевезення різними видами транспорту, а й зростаючим колом нових видів правовідносин, які раніше не піддавалися уніфікації, зокрема: неспроможність; електронна торгівля; операції юридичних осіб, що діють на територіях офшорних зон; нові види договірних відносин; делікти; окремі нові інститути сімейного права (наприклад, сурогатне материнство, одностатеві шлюби) [8, 33–38] та інш.

Не маючи наміру в цій статті проводити детальне дослідження теоретичних аспектів уніфікації права та наукових дискусій навколо її визначення; її правової природи; сфер, форм, способів, методів реалізації, а також її співвідношення з такими поняттями, як гармонізація та зближення права, все ж вважаємо за необхідне уточнити деякі загальні положення. Відносно терміну «уніфікація» (франц. – *unification* від лат. «*unus*» – один та «*facer*» – робити) слід відмітити, що в перекладі

з латинської він означає приведення чого-небудь до однастайності. Тлумачні словники визначають загальне поняття «уніфікації» як приведення чого-небудь до єдиної форми або системи, до однастайності [6, 724], а поняття «уніфікація права» – як «забезпечення однастайності національно-правових норм (колізійних та матеріальних), які регулюють цивільно-правові відносини з міжнародним елементом», або як процес вироблення однастайних національно-правових норм, які регулюють відносини, що виникають у сфері міжнародного господарського обороту [16, 1131].

Уніфікація права, за думкою ряду вчених, є процесом приведення чинного права до єдиної системи, усунення розбіжностей і надання одноманітності правовому регулюванню подібних або близьких видів суспільних відносин в різних країнах [17, 215]. За іншим визначенням, уніфікація вважається як однастайність колізійних та матеріальних норм у певній сфері відносин [7, 31]. Загалом уніфікація як правовий термін традиційно пов'язується зі сферою міжнародного приватного права, проте наразі висловлюються погляди відносно того, що уніфікацією охоплюється й публічно-правова сфера регулювання економічних відносин [11].

Як вказувалось вище, дискусійні питання теоретичних аспектів уніфікації права є поза нашої уваги і заслуговують на окреме глибоке дослідження. **Метою ж даної статті є спроба виявити сучасні тенденції розвитку уніфікації міжнародного приватного права і позначити окремі проблемні питання, які супроводжують цей процесу.**

Ступінь дослідження проблеми. Різні наукові підходи до визначення уніфікації права в цілому та в галузі міжнародного приватного права зокрема, відсутність єдиної обґрунтованої позиції стосовно її правової природи, форм,

прийомів та напрямків вказують на необхідність подальших теоретичних розробок цієї проблематики. В той же час треба визнати, що в Україні останнім часом окремі питання уніфікації міжнародного приватного права стають предметом наукового пошуку [5; 12; 14; 15], отже, серед вітчизняних дослідників можна виділити: Г. В. Галущенко, А. С. Довгерта, В. І. Кисіля, В. Я. Калакуру, О. О. Мережко, В. В. Попко та інш. Велика кількість наукових публікацій, оглядів практик і коментарів підготовлена зарубіжними фахівцями, серед них – відомі науковці: М. Ансель, С. В. Бахін, М. Бонелл, Ю. Базедов, Н. Г. Вілкова, Р. Давід, І. С. Зикін, Л. А. Лунц, А. Л. Маковський, К. Шмітгофф та інш. В своїх працях вони проводять дослідження міжнародно-договірної уніфікації матеріальних і колізійних норм, уніфікації в рамках міжнародних організацій та інтеграційних об'єднань, новітніх сфер правового регулювання тощо.

Виклад основного матеріалу. З самого початку розвитку уніфікації найбільш ідеальною її формою вважалась міжнародно-договірна уніфікація, так як завдяки міжнародному договору, прийняття якого є необхідною умовою даної форми уніфікації, забезпечується відносна однастайність та стабільність регулювання відповідних відносин на території різних країн. Крім того, виконання міжнародного договору та реалізація зафіксованих у ньому норм забезпечується примусовою силою держави-учасниці.

Початок становлення міжнародно-договірної уніфікації приватного права традиційно відносять до другої половини 19 століття, коли міжнародна спільнота усвідомила необхідність однакового правового регулювання відносин інтелектуальної власності (прийняття Паризької конвенції з охорони промислової власності (1883), Бернської конвенції з

охорони художніх і літературних творів (1886). Далі – з'явилися «морські» конвенції: Міжнародна конвенція про уніфікацію деяких правил про коносамент (1924), Конвенція про уніфікацію деяких правил про надання допомоги та рятування на морі (1910), Конвенція про уніфікацію деяких правил про зіткнення суден (1910) та ін. Подальшого розвитку процес міжнародно-договірної уніфікації набув після другої світової війни і супроводжувався прийняттям міжнародних конвенцій у сфері транспорту (Конвенція ООН про морське перевезення вантажів (1978), Монреальська конвенція про уніфікацію деяких правил про міжнародні повітряні перевезення 1999) та ін.); у сфері торговельно-економічних відносин (Віденська конвенція про договори міжнародної купівлі-продажу товарів (1980), Оттавська конвенція про міжнародний фінансовий лізинг (1988)) і т.д. Міжнародно-договірною уніфікацією також були охоплені сфери сімейних відносин (Конвенція про складання шлюбу та визнання його недійсним, 1978), міжнародного цивільного та арбітражного процесів (Нью-Йоркська конвенція про визнання та виконання іноземних арбітражних рішень, 1958; Гаазька конвенція щодо угод про вибір суду, 2005) і т.д.

Проте слід зазначити, що міжнародно-договірна форма уніфікації не повною мірою виправдала своє призначення, а саме – досягнення одностайного регулювання відповідних відносин, так як деякі з міжнародних конвенцій досі не вступили в силу з ряду причин: одна з них – недостатня кількість приєднавшихся до них держав. Існує і ряд інших причин правового, політичного та економічного характеру, аналіз яких заслуговує на окреме дослідження [21, 160; 9, 157]. Наочним прикладом цьому можуть служити міжнародні конвенції, що регулюють відносини з перевезень вантажів різними видами транспорту [20, 83–85]. У зв'язку

з таким становищем Міжнародний морський комітет, який свого часу ініціював широкомасштабну міжнародно-договірну уніфікацію, наразі, з урахуванням деяких невдалих спроб уніфікації, переорієнтував свою тактику на удосконалення рівня ратифікації найбільш важливих діючих конвенцій, а також на ретельніший аналіз імплементації та тлумачення їх норм у правозастосовній практиці [21, 165].

Вищевказані перешкоди на шляху міжнародної універсальної уніфікації протягом останніх часів призвели до трансформації уявлень про міжнародну уніфікацію приватного права: виникає все більше осяжна необхідність у використанні нових способів і форм уніфікації, яка обумовлена якісними і кількісними змінами характеру міжнародної торгівлі, відсутністю правових інструментів, що забезпечують баланс інтересів учасників міжнародного комерційного обороту. У зв'язку з цим виділяють новий етап уніфікації, який почався у кінці 20 віку та продовжує розвиватися в даний час. Він викликаний розвитком, в основному, інститутів договірної права на фоні ускладнення суспільних відносин, товарообігу, договірних зв'язків тощо, а також провідною роллю таких принципів міжнародного приватного права, як автономія волі сторін, свобода договору, що дозволяє господарюючим суб'єктам самостійно розробляти договірні конструкції: типові контракти, загальні умови, зводи єдиних правил і т.д. Проте виникають правові питання, пов'язані, зокрема, зі з'ясуванням правової природи таких конструкцій під кутом зору розгляду їх як джерел права. Як відомо, у світових національних правових системах існують різні підходи до питання, що є джерелом права, тому відносно зазначених документів висловлюються різні думки [1, 68–69].

В зв'язку з цим слід виділити концепцію *Lex mercatoria*, яка відома з

Середньовіччя, або, як вона наразі зветься – нова *Lex mercatoria* [25]. Як відомо, суть цієї доктрини полягає у створенні автономної системи регулювання міжнародного торгового обороту на основі звичаїв і усталеної практики [4, 396–397]. На користь застосування цієї доктрини вказує і той факт, що колізійний спосіб регулювання не повною мірою задовольняє потребам міжнародної торгівлі (хоча заради справедливості треба зауважити, що серед тенденцій сучасного розвитку міжнародного приватного права виділяються і відносно нові підходи стосовно «гнучких» колізійних принципів [3, 153]). В результаті застосування колізійних норм міжнародні торгові угоди опиняються у сфері регулювання національного законодавства, яке не враховує достатньою мірою специфіку міжнародного торгового обороту, призначене для регулювання внутрішніх відносин, відображає традиції, історію та особливості юридичної техніки конкретної держави. Таким чином, протиріччя між міжнародним характером угоди і національним характером регулювання, що виникають внаслідок звернення до колізійного способу, відіграло певну роль у тому, щоб стимулювати розвиток нового *Lex Mercatoria* [25]. Незважаючи на привабливість концепції цієї доктрини, вона має і своїх опонентів, які критикують її, зокрема, за невизначеність її джерел [18, 245]. З метою внесення ясності з цього питання і пошуку компромісу міжнародне співтовариство за допомогою УНІДРУА ініціювало розробку зводу нормативних правил, який повинен був стати прикладом загальних принципів [19, 618]. Результатом цієї роботи стало прийняття в 1994 р. Принципів міжнародних комерційних договорів УНІДРУА, які діють досі вже в третій редакції 2010 р., що свідчить про затребуваність цього документа. Метою розробки цього документа було створення норм, які б застосовувалися

у відповідних випадках як норми права, тобто, щоб при виборі Принципів УНІДРУА в якості застосовного права вони були б аналогічні вибору сторонами національного права будь-якої держави або застосовного національного права в силу колізійної норми.

Проте не всі державні суди визнають їх джерелами права і в окремих випадках застосовують в якості факультативних засобів. Однак, як показує практика, вони мають дуже важливе практичне значення і надають регулюючого впливу на відповідні відносини. Вирішальну роль в просуванні цієї ідеї грає міжнародний комерційний арбітраж, у практиці якого широко застосовуються зазначені Принципи [2, 51]. Слід підкреслити, що взагалі сучасний етап розвитку правовідносин, які є предметом міжнародного приватного права, характеризується зростанням потреби в механізмі недержавного міжнародного третейського розгляду, оскільки такий порядок вирішення спорів створює необхідні умови для застосування довірливих конструкцій, які сторони розробляють для регулювання своїх відносин, і забезпечує адекватне застосування уніфікованих норм *Lex mercatoria*. У зв'язку з цим актуалізуються перспективи уніфікації законодавства про альтернативні способи врегулювання комерційних спорів – транскордонні погоджувальні процедури. У даному контексті особлива роль належить Типовому закону ЮНСІТРАЛ про міжнародні комерційні погоджувальні процедури, Погоджувальному регламенту ЮНИСТРАЛ [25], які можна прийняти за основу розробки, зокрема, українського законодавства про медіацію (посередництво), який сьогодні існує у формі законопроекту.

Ще одною відмінною рисою сучасного етапу уніфікації міжнародного приватного права у світовому масштабі є регіональна уніфікації приватного права, яка

розглядається як більш дієвий механізм регулювання правовідносин, в порівнянні з універсальною міжнародно-договірною уніфікацією. Мається на увазі уніфікація в рамках ЄС, СНД, ЄврАзЕС, Латинської Америки, Африки та ін. [10, 96–97]. Нового імпульсу уніфікації міжнародного приватного права в міждержавних інтеграційних об'єднаннях було надано розвитком і ускладненням регіональної економічної інтеграції. Так, наприклад, в рамках ЄС спостерігаються процес гармонізації та уніфікації договірних права, результати якого в останні роки набувають пріоритетного значення при упорядкуванні матеріально-правового регулювання відповідних відносин. Це явище розвивалося поетапно: у 1998 році була створена дослідницька група по Європейському цивільному кодексу; в кінці 1990-х років Комісія Ландо розробила Принципи Європейського договірних права; в 2008 р. був опублікований ряд документів, іменованих Принципами і спрямованих на регламентування окремих видів договірних і позадоговірних відносин (Принципи європейського права про комерційне агентування, франшизи, дистрибуції та ін.); в 2009 р. бал підготовлений Проект загальною довідкової схеми, який являє собою кодифікацію європейського договірних права [22]; в 2010 р. опублікована Зелена книга по європейському договірному праву, в якій для подальшого обговорення представлені сім варіантів Проекту загальної довідкової схеми) [3, 159–160] і т.д. Таким чином, в ЄС складається новітня система уніфікованого регулювання договірних відносин, яка представляє собою, крім відповідних Регламентів ЄС, принципи і загальні схеми рекомендаційного характеру.

Один з напрямків регіональної уніфікації права, яку в широкому сенсі визначають як процес гармонійної взаємодії правових систем, стало проявлятися за допомогою рішень судів інтеграційних

об'єднань Латинської Америки, наприклад: Суду справедливості Андського співтовариства, Постійного суду Меркосуру, Карибського суду справедливості, Центральноамериканського суду. Основна мета створення і діяльності таких судів пов'язана із забезпеченням однакового формування, тлумачення і застосування уніфікованого права інтеграційного об'єднання [13, 15].

Одним з нових напрямків в сучасних дослідженнях міжнародного приватного права є дифузія права. Теорія дифузії розглядається в якості стихійного проникнення правових норм, що діють в іноземній державі, в національне право. Цінністю дифузії як способу уніфікації права вважається те, що вона здійснюється незалежно від наявності взаємної домовленості між відповідними суб'єктами міжнародного права і може розглядатися в якості альтернативи міжнародно-правовому способу уніфікації права. Дослідження явища дифузії права актуально в силу того, що запозичення вдало сформульованих норм права чи принципів правового регулювання приймає все більш поширений характер. Завдяки переходу багатьох держав до ринкової системи в надрах економічних відносин найчастіше зустрічаються однотипні договірні зв'язки. Поряд з дифузією права в якості нових способів уніфікації виділяють також трансплантацію норм права, експорт права як різні види вираження загального прагнення забезпечити гармонійну взаємодію національних правових норм, тобто уніфікувати правове регулювання взаємовідносин між суб'єктами громадянського права різних держав. Дослідники даної теорії вважають її найбільш пристосованою для адаптації іноземної правової системи до національних умов [24].

Висновки. Розгляд загальних проблем уніфікації міжнародного приватного права дозволяє стверджувати, що

уніфікація, в різних її проявах, способах і формах, була і залишається закономірною тенденцією розвитку міжнародного приватного права. Причому, спостерігається як загальне прагнення до уніфікації норм шляхом прийняття

міжнародних договорів універсального і регіонального характеру у межах інтеграційних об'єднань, так й переосмислення традиційних форм уніфікації та впровадження нових альтернативних її способів і прийомів.

СПИСОК ЛІТЕРАТУРИ:

1. *Бахин С. В.* Субправо (международные своды унифицированного контрактного права) / С. В. Бахин. – СПб : Юридический центр Пресс, 2002. – 311 с.
2. *Венская конвенция* о договорах международной купли-продажи товаров: практика применения в России и за рубежом / [отв. ред. А. С. Комаров]. – М. : Волтерс Клаувер, 2007. – 288 с.
3. *Довгерт А. С.* Уніфікація матеріальних норм міжнародного приватного договорного права / А. С. Довгерт // Міжнародне приватне право. Особлива частина : підручник / [за ред. А. С. Довгерта і В. І. Кисіля]. – К. : Алерта, 2013. – С. 157–161. – 400 с.
4. *Зыкин И. С.* Теория «lex mercatoria» / И. С. Зыкин // Международное частное право: современные проблемы. – М. : ТЕИС, 1994. – С. 396–404. – 507 с.
5. *Калакура В. Я.* Кодифікація міжнародного приватного права в країнах Європи : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03 / В. Я. Калакура. – К., 1993. – 27 с.
6. *Крысин Л. П.* Толковый словарь иноязычных слов / Л. П. Крысин. – М. : Эксмо, 2008. – 944 с.
7. *Лунц Л. А.* Курс международного частного права : в 3 т. / Л. А. Лунц. – М. : Спарк, 2002. – 1007 с.
8. *Майданик Р. А.* Репродуктивні права. Сурогатне материнство / Р. А. Майданик. – К. : Алерта, 2013. – 48 с. – (Серія «Курс медичного права»).
9. *Маковский А. Л.* Международно-договорная унификация морского права: некоторые итоги, тенденции и перспективы / А. Л. Маковский // Морской транспорт и международное судоходство: правовые и экономические вопросы : XIV междунар. конфер. «Мир на морях». – М., 1990. – С. 156–165.
10. *Міжнародне приватне право.* Загальна частина : підручник / [за ред. А. С. Довгерта і В. І. Кисіля]. – К. : Алерта, 2012. – 376 с.
11. *Пакерман Г. А.* Определение понятия «унификации права» в современных условиях экономического развития [Электронный ресурс] / Г. А. Пакерман. – Режим доступа : <http://studiijuridice.md/revista-ng-1-2-2011/opredelenie-ponyatiya-unifikatsii-pra>. – Название с экрана.
12. *Попко В. В.* Уніфікація норм міжнародного приватного права в рамках Гаазької конференції : монографія / В. В. Попко. – К., 2007. – 358 с.
13. *Рафалюк Е. Е.* Решения судов интеграционных объединений Латинской Америки как форма унификации международного частного права : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03 / Е. Е. Рафалюк. – М. : 2010. – 194 с.

14. Руденко О. В. Уніфікація міжнародного права в ЄС : монографія / О. В. Руденко. – Чернівці, 2009. – 248 с.
15. Стрельцова Е. Д. Этапы формирования единообразного морского права / Е. Д. Стрельцова // Правова держава. – 2012. – № 12. – С. 381–388.
16. Юридическая энциклопедия / [отв. ред. Б. Н. Топорнин]. – М. : Юрист, 2001. – 1272 с.
17. Ющик О. І. Уніфікація в праві / О. І. Ющик // Юридична енциклопедія : в 6 т. / [редкол.: Ю. С. Шемшученко (голова редкол.) та ін.]. – К. : Укр. Енцикл., 2004. – Т. 6 : Т–Я. – 765 с.

СПИСОК ІНОЗЕМНОЇ ЛІТЕРАТУРИ АНГЛІЙСЬКОЮ МОВОЮ:

18. Berger K. The Creeping Codification of the Lex Mercatoria [Text] / K. Berger // Kluwer Law International. – 1999. – P.p. 243–275.
19. Bonell M. J. Unification of Law by Non-Legislative Means : The UNIDROIT Draft Principles for International Commercial Contracts [Text] / M. J. Bonell // The American Journal of Comparative Law. – Vol. 40. No. 3 (Summer 1992). – Pp. 617–633.
20. Frederic D. C. Political Participation and Legal Reform in the International Maritime Rulemaking Process: From the Hague Rules to the Hamburg Rules [Text] / D. C. Frederic // 22 Journal of Maritime Law and Commerce. – 1991. – P. 81–117.
21. Griggs P. Obstacles of Uniformity of Maritime Law [Text] / P. Griggs // CMI Yearbook 2002. – CMI, Antwerp, 2003. – Pp. 158–173.
22. Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR) [Electronic resource]. – Accessed mode : http://ec.europa.eu/justice/contract/files/European-private-law_en.pdf. – Title from the screen.
23. Spamman H. Contemporary Legal Transplants – Legal Families and the Diffusion of (Corporate) Law [Electronic resource] / H. Spamman. – Access mode : http://www.law.harvard.edu/programs/olin_center/. – Title from the screen.
24. Sweet A. S. The New Lex Mercatoria and Transnational Governance [Electronic resource] / Faculty Scholarship Series. 2006 Paper 92. – Access mode : http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/92. – Title from the screen.
25. UNCITRAL Model Law on International Commercial Conciliation with Guide to Enactment and Use (2002) [Electronic resource]. – Access mode : http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/ml-conc/03-90953_Ebook.pdf. – Title from the screen.

Стаття надійшла до редакції: 16.04.2015.

Рекомендовано кафедрою кримінального процесу та криміналістики

UNIFICATION AS A NATURAL TENDENCY OF THE DEVELOPMENT OF PRIVATE INTERNATIONAL LAW: A GENERAL SURVEY

Streltsova E.

Abstract: The intensification of the process of international economic integration in the context of globalization, and other processes have objectively led to the development of the

unification of international private law, which aims at providing uniform regulation of various institutions: the international sale of goods, banking, international road, rail, air and sea transport. In addition to these areas there have recently emerged new areas of legal relations, which had not previously been subjected to unification, in particular: insolvency; e-commerce; transparency and openness of the activity of legal entities operating in the territory of offshore zones; new types of contractual obligations; torts; certain institutions of family law (such as “international” surrogate motherhood), etc. Issues related to the unification of private international law in the framework of the existing integration organizations have also increasingly attracted the scholarly interest. An overview of contemporary issues of unification of international private law allows concluding that unification, in its various forms, methods and instruments, has been and remains a regular trend of international private law. It appears that factors of political and economic nature affect considerably the dynamics of various forms of unification. Simultaneously: the further development of the principles of private law (like the party autonomy, freedom of contract), changes in the number and quality of relations between subjects of different national legal systems and integration associations – all that taken together has led to a rethinking of the traditional forms of unification and the development of alternative unification, as well as new methods and techniques, such as diffusion of law, export of law, transplantation of law, etc.

Keywords: unification, unification of law, forms and method of unification, harmonization of law, rapprochement of law.



УНИФИКАЦИЯ КАК ЗАКОНОМЕРНАЯ ТЕНДЕНЦИЯ РАЗВИТИЯ МЕЖДУНАРОДНОГО ЧАСТНОГО ПРАВА: ОБЩИЙ ОБЗОР

Стрельцова Е. Д.

Резюме: Статья посвящена обзору основных тенденций развития унификации международного частного права, который сопровождается анализом современных отечественных и зарубежных научных исследований в этой области.

Ключевые слова: унификация, унификация права, формы и способы унификации, гармонизация права, сближение права.

ЦИВІЛЬНІ ПРОЦЕСУАЛЬНІ ВІДНОСИНИ В СИСТЕМІ ПРАВОВИХ ВІДНОСИН В УКРАЇНІ

УДК 347.94

О. С. ЗАХАРОВА*кандидат юридичних наук, доцент, Київський національний університет імені Тараса Шевченка*

В статті розкрито сутність цивільних процесуальних відносин. Автор аналізує погляди науковців-процесуалістів стосовно визначення цивільних процесуальних відносин і звертає увагу, що більшість з них вважають нормативність процесуальних відносин головною їхньою ознакою. Важливим є й те, що суд є обов'язковим суб'єктом цих правовідносин. Автор робить висновок, що виникнення процесуальних відносин можливе лише на диспозитивній основі в результаті вольових дій осіб, які звертаються до суду за захистом порушених, невизнаних або оспорюваних прав, свобод чин інтересів. Автор вважає, що правовідносини структуровані у провадження, які в свою чергу складаються із стадій, що послідовно змінюють одна одну. Кожному процесуальному праву кореспондує певний процесуальний обов'язок і навпаки, тобто кожна процесуальна дія одного учасника процесу має процесуальні наслідки для всіх учасників процесу.

Ключові слова: правовідносини, цивільні процесуальні відносини, цивільний процес, суд, суб'єкти цивільних процесуальних відносин, учасники процесу.



CIVIL PROCEDURAL LEGAL RELATIONS
IN THE RELATIONS IN UKRAINE

Zakharova O.

Received: 16 Apr 2015.

При здійсненні судочинства в цивільних справах між судом, з однієї сторони та учасниками процесу з іншої виникають суспільні зв'язки, які регулюються нормами цивільного процесуального права. В теорії цивільного процесуального права питанням про цивільні процесуальні відносини (їх зміст, правосуб'єктність, об'єкт) приділялась значна увага. Але й досі ці питання залишаються дискусійними. Більшість вчених-процесуалістів вважають, що цивільні процесуальні відносини – це врегульовані нормами цивільного процесуального права суспільні відносини, що виникають при здійсненні правосуддя між судом з однієї сторони, та іншими учасниками судочинства з іншої [2, 110–111; 3, 67; 6, 393; 9, 77]. В той же час існували й інші погляди, наприклад, В. П. Мазолін, Д. Р. Джалилов вважали, що цивільні процесуальні відносини виникають з метою врегулювання іншого, фактичного суспільного відношення. Так, зокрема, В. П. Мазолін вказував на те, що за наслідками правового регулювання одні відносини не перетворюються у інші, а виникають нові відносини – правові, які тільки їх закріплюють [8, 52]. Д. Р. Джалилов свого часу також зазначав, що правові відносини складають основну форму правового регулювання суспільних відносин, вони є інструментом за допомогою якого норми права впливають на суспільні відносини [5, 16].

Критикуючи такі підходи В. В. Комаров зазначав, що в основу названих поглядів покладено різні уявлення про співвідношення правової норми, правових і суспільних відносин [6, 96].

Тож при дослідженні проблем цивільних процесуальних відносин в першу чергу слід з'ясувати у зв'язку з чим вони виникають і які в них характерні ознаки.

Конституцією України кожній особі гарантовано право на звернення до суду за захистом своїх порушених, невизнаних або оспорюваних прав, свобод чи інтересів. При здійсненні правосуддя в цивільних справах суд вступає у певні відносини щодо застосування норм матеріального та процесуального права з учасниками цивільного процесу. Чим повніше і детальніше будуть врегульовані ці відносини тим з більшою впевненістю ми можемо говорити про захищеність прав громадян в державі.

Цивільні процесуальні відносини є достатньо складним за своїм змістом юридичним явищем. Воно вже давно відомо в юридичній науці, але найбільш повна його характеристика саме як «правовідношення» належить німецькому вченому-процесуалісту Оскару Бюлову. Співвідношення прав однієї особи та обов'язків іншої складають зміст правовідношення в тісному, технічному смислі. Із цього О. Бюлов робив висновки, що в позовному процесі існує два юридичних відношення: 1) між позивачем та судом та 2) між відповідачем та судом. Сторони ж між собою не перебувають у юридичних відносинах, оскільки процесуальним правам однієї не відповідають обов'язки іншої. Одночасно О. Бюлов зазначав, що процесуальні відносини не є приватно-правовими відносинами, оскільки процесуальні права та обов'язки виникають між державними установами та громадянами і, оскільки, в процесі проявляється діяльність посадових осіб, то процес входить до публічного права, тобто «процес – це публічно-правові відносини». Від інших юридичних відносин він відрізняється тим, що при виникненні він не залишається незмінним, а навпаки,

розвивається, рухається аж до кінцевого вирішення [1, 251]. Все вище наведене дає можливість зробити висновок про те, що цивільні процесуальні відносини мають свої специфічні ознаки. По-перше, цивільні процесуальні відносини мають виключно правовий характер. Вони виникають, розвиваються і припиняють своє існування виключно на підставі процесуальних норм. По-друге, цивільні процесуальні відносини характеризуються тим, що основним методом їх регулювання є імперативність. Суд, як орган влади наділений повноваженнями здійснювати правосуддя і його вказівки є обов'язковими для всіх учасників процесу. Навіть тоді, коли сторони не погоджуються із прийнятим рішенням по справі вони вправі його оскаржити, але ігнорувати, не виконувати не мають права навіть під загрозою притягнення до відповідальності. Ця теза повністю ґрунтується на конституційному приписі, закріпленому у ст. 124 згідно з яким судові рішення ухвалюються судами іменем України і є обов'язковими до виконання на всій території України.

Слід погодитися із проф. В. В. Ярковим, який зазначав, що саме через взаємодію держави в особі суду і осіб, що звернулися за судовим захистом і проявляється публічно-правовий характер цивільних процесуальних правовідносин [4, 51]. По-третє, характерною ознакою цивільних процесуальних правовідносин є те, що обов'язковим суб'єктом цих відносин є суд. Будь-які відносини, що виникають між учасниками процесу можуть розглядатися виключно в межах судової діяльності. Із судом взаємодіють учасники процесу, кількість яких може бути різною і визначається характером і особливостями конкретної цивільної справи. Слід зазначити, що в новому цивільному процесуальному кодексі України на відміну від попереднього більш чітко визначено склад учасників процесу. Так, зокрема, у ст. 26 ЦПК України до складу осіб позовного

провадження віднесено сторони, треті особи, представників сторін і третіх осіб; у справах наказного та окремого провадження – заявники, інші заінтересовані особи, їхні представники. До інших учасників цивільного процесу, які допомагають у здійсненні правосуддя належать секретар судового засідання, судовий розпорядник, свідок, експерт, перекладач, спеціаліст, особа, яка надає правову допомогу.

По-четверте, цивільний процес і правовідносини, що виникають при його здійсненні характеризуються поступовістю руху. Він постійно розвивається від однієї процесуальної дії до іншої, від однієї стадії до іншої. В. В. Ярков зазначає, що є неможливим перехід процесуальних відносин від одного етапу до наступного без вчинення певних процесуальних дій, наприклад, не можна одразу після прийняття заяви до свого провадження передати справу до розгляду у судовому засіданні. Як виключення з цього правила В. В. Ярков розглядає можливість передачі рішення суду на виконання одразу ж після закінчення розгляду в суді першої інстанції і набрання ним законної сили, в разі, якщо жодна сторона не вчинила дій щодо перегляду даного рішення [4, 52].

В цьому контексті, звертає на себе увагу недалеке реформування процесуального законодавства у зв'язку з судово-правовою реформою 2010 року, за якою були внесені зміни у ч. 7 ст. 130 ЦПК України і проведення попереднього судового засідання стало обов'язковим. Це призвело до того, що судді ігнорують такий важливий етап в процесі, як підготовка справи до судового розгляду. Тож питання про формування доказової бази, суб'єктний склад у справі починають з'ясовуватися вже безпосередньо під час розгляду справи, що в свою чергу впливає на затягування строків розгляду справи. На нашу думку, це призвело до того, що не спрацьовує основна

концептуальна ідея чинного кодексу – належно підготувати справу до судового розгляду, відсікти ті справи де спір можна врегулювати мирним шляхом і в одне-два судові засідання розглянути цивільну справу.

Характеризуючи цивільні процесуальні відносини не можна не звернути увагу на таке питання, яке і досі залишається дискусійним, а саме, скільки правовідношень виникає в конкретній цивільній справі: одне комплексне єдине чи декілька при вчиненні конкретної процесуальної дії. В. В. Ярков вважає, що вірним є підхід, коли в конкретній цивільній справі виникає єдине складне процесуальне правовідношення в рамках якого виникають, змінюються та припиняються окремі процесуальні правовідносини, що пов'язані із виконанням окремих процесуальних дій [4, 53].

Не погоджуючись із такою точкою зору М. Й. Штефан зазначає, що цивільний процес не можна звести до одних комплексних цивільних процесуальних правовідносин. Залежне від завдань суб'єкта і виконуваних ним цивільних процесуальних функцій визначаються його процесуальні права і обов'язки. Слід погодитися із М. Й. Штефаном у тому, що виникнувши в суді першої інстанції, вони розвиваються в процесі провадження по розгляду і вирішенню справи й припиняються з постановленням і проголошенням судом рішення [9, 77]. В наступних стадіях процесу виникають нові правовідносини. Свідченням цього є хоча б та обставина, що змінюється суб'єктний склад учасників цих правовідносин, наділених новим обсягом прав і обов'язків, та об'єкт. Тобто суд апеляційної та касаційної інстанцій виконують зовсім інші функції аніж суд першої інстанції.

Таким чином можна зробити висновок, що процес є юридичним відношенням, він розвивається так само, як і будь яке інше

правовідношення і має свої, притаманні тільки йому специфічні ознаки.

Цивільні процесуальні відносини мають такі характеризуючі ознаки:

1) виникають виключно на диспозитивній основі в результаті вольових дій осіб, які звертаються до суду за захистом порушених, невизнаних або оспорюваних прав, свобод чин інтересів;

2) обов'язковим суб'єктом цих правовідносин є суд;

3) виникають ці правовідносини виключно на підставі процесуальних норм;

4) кожному процесуальному праву кореспондує певний процесуальний обов'язок і навпаки, тобто кожна процесуальна дія одного учасника процесу має процесуальні наслідки для всіх учасників процесу;

5) ці правовідносини структуровані у провадження, які в свою чергу складаються із стадій, що послідовно змінюють одна одну.

Тож ми як і більшість науковців вважаємо, що цивільні процесуальні відносини – це врегульовані нормами цивільного процесуального права відносини, що виникають між судом та учасниками процесу при здійсненні правосуддя в конкретній цивільній справі.

В теорії права до підстав виникнення будь-яких правовідносин відносять: наявність норми права; правосуб'єктність та певні юридичні факти.

Для виникнення цивільних процесуальних відносин необхідна наявність норм цивільного процесуального права, в яких будуть закріплені загальнообов'язкові, належні чи дозволені правила поведінки при здійсненні правосуддя в цивільних справах і виконання яких гарантується державою застосуванням примусу в разі невиконання або неналежного виконання.

Норми цивільного процесуального права мають свою спеціалізовану направленість, що зумовлює їх своєрідність, відмінність від інших норм права. Вони можуть бути класифіковані за різними підставами. В теорії права найбільш поширеними підставами класифікації є за функціональною спрямованістю: регулятивні норми і охоронні.

Регулятивні норми цивільного процесуального права здійснюють регулювання цивільних процесуальних відносин шляхом наділення їх учасників правами і обов'язками. Охоронні – здійснюють регулювання цивільних процесуальних відносин шляхом встановлення певних мір юридичної відповідальності, правовідновляючих заходів тощо.

Якщо в основу класифікації буде покладено спосіб правового регулювання правил поведінки, то вони поділяються на заборонні, зобов'язальні, уповноважувальні.

Заборонні норми цивільного процесуального права встановлюють заборону на вчинення певних процесуальних дій, наприклад, не допускається спір між судами про підсудність (ст. 117 ЦПК).

Зобов'язальні норми цивільного процесуального права встановлюють обов'язок особи вчиняти певні процесуальні дії, наприклад, обов'язок осіб, які беруть участь у справі, повідомляти суд про зміну свого місця проживання (перебування, знаходження) та про причини неявки в судові засідання (ст. 77 ЦПК).

Уповноважувальні норми цивільного процесуального права встановлюють дозвіл на здійснення особою тих чи інших активних дій. Характерною особливістю цих норм є те, що вони надають суб'єктам свободу розпоряджатися своїми правами, однак не зобов'язують їх реалізовувати.

Така класифікуюча ознака як методо правового регулювання дає можливість

виокремити такі групи норм, як імперативні та диспозитивні.

Імперативні норми цивільного процесуального права встановлюють категоричні приписи поведінки суб'єктів, які не можуть бути змінені. Якщо суб'єкти цивільних процесуальних правовідносин відхиляються від їх виконання, то така поведінка є неправомірною. Гарантіями їх реалізації є цивільні процесуальні санкції. Наприклад, якщо особа порушує встановлені в суді правила або протиправно перешкоджає здійсненню цивільного судочинства до неї застосовують заходи процесуального примусу (ст. 91 ЦПК).

Диспозитивні норми цивільного процесуального права встановлюють права в межах яких дозволена активна поведінка суб'єктів правовідносин (ст.ст. 27, 31 ЦПК).

Залежно від обсягу дії цивільні процесуальні норми поділяються на загальні і спеціальні. Загальні норми цивільного процесуального права встановлюють правила, які є обов'язковими для всіх суб'єктів правовідносин. Наприклад, правило, закріплене у ч. 5 ст. 11-1 ЦПК про відповідальність за несанкціоноване втручання в роботу автоматизованої системи документообігу є обов'язковим для всіх суб'єктів цивільних процесуальних відносин.

Спеціальні норми цивільного процесуального права встановлюють правила з метою конкретизації або деталізації одного або типового правовідношення. Наприклад, якщо ст. 3 ЦПК визначено загальне правило про можливість судового захисту права, то ст.ст. 118, 119 ЦПК встановлюють спеціальне правило про форму звернення до суду.

Передумовою виникнення цивільних процесуальних відносин є наявність цивільної правосуб'єктності. Процесуальна правосуб'єктність складається із

двох елементів: процесуальної правоздатності та процесуальної дієздатності. Процесуальна правоздатність визначається як здатність мати цивільні процесуальні права та обов'язки (ст. 28 ЦПК). Цивільна процесуальна дієздатність визначається як здатність особисто здійснювати цивільні процесуальні права та виконувати свої обов'язки в суді (ст. 29 ЦПК).

Якщо цивільна процесуальна правоздатність з'являється у суб'єктів цивільних процесуальних відносин з народження, то дієздатність, як правило з досягненням повноліття. В той же час, слід зазначити, що для різних груп суб'єктів цивільних процесуальних правовідносин цивільна процесуальна правосуб'єктність має свої специфічні особливості. Зокрема, правосуб'єктність представників, перекладачів, експертів, свідків буде мати свої особливості.

Самостійною передумовою виникнення цивільних процесуальних відносин є юридичні факти процесуального характеру. Ними є дії суду та учасників процесу, які вчиняються на підставі норм цивільного процесуального права.

У деяких випадках до юридичних процесуальних фактів належать і бездіяльність учасників процесу. Особливістю таких юридичних процесуальних фактів є те, що процесуальна бездіяльність – форма невиконання процесуальних обов'язків суб'єктами цивільного процесуального права. Результатом невиконання передбачених законом процесуальних обов'язків виступають, як правило, засоби процесуального примусу, що мають у цивільному процесі обмежений характер, – привід свідка, попередження тощо (ст.ст. 91–94 ЦПК) [7, 402].

Такі юридичні факти як події також можуть бути передумовами виникнення, зміни чи припинення цивільних процесуальних відносин. Наприклад, тяжка хвороба відповідача чи позивача, ліквідація

юридичної особи, смерть фізичної особи викликають зупинення чи закриття провадження у справі.

Цивільні процесуальні відносини виникають при наявності певної сукупності процесуальних дій, які завершуються діями суду. В свою чергу процесуальний закон у більшості випадків передбачає форму здійснення таких дій з наступною фіксацією у відповідному процесуальному акті.

В теорії цивільного процесу питання про об'єкт цивільних процесуальних відносин є дискусійним. На наш погляд, під об'єктом слід розуміти ті процесуальні наслідки, заради яких розпочато процесуальну діяльність. Відповідно до ст. 1 ЦПК метою процесуальної діяльності є захист порушених, невизнаних або оспорюваних прав свобод чи інтересів фізичних осіб, прав та інтересів юридичних осіб, інтересів держави. З цього випливає, що об'єкт цивільних процесуальних відносин це захист права. Але це кінцевий результат процесуальної діяльності. Ми ж знаємо, що за свою структуру процес складається із системи проваджень, кожне з яких складається із стадій. Якщо кінцевим результатом провадження є захист права, то виникає запитання чи існує об'єкт процесуальної діяльності на рівні стадії цивільного

процесу. В цьому контексті є слушною концепція за якою виділяється загальний об'єкт для всіх цивільних процесуальних відносин та спеціальний об'єкт для окремих конкретних цивільних процесуальних відносин [7, 407]. Загальний об'єкт співпадає із метою процесуальної діяльності – це захист порушених, невизнаних або оспорюваних прав, свобод чи інтересів. Для окремих цивільних процесуальних відносин виокремлюється спеціальний об'єкт, Наприклад, відповідач, треті особи в цивільному процесі намагаються захистити свої суб'єктивні права, а це може не співпадати з інтересами позивача в цивільній справі тощо.

Неоднозначно в теорії цивільного процесу вирішується питання і про зміст цивільних процесуальних відносин. Одні науковці під змістом цивільних процесуальних відносин розуміють процесуальні дії суду та учасників процесу. Інші вважають, що зміст цивільних процесуальних відносин складається тільки з процесуальних прав та обов'язків учасників процесу. Найбільшої підтримки знайшла позиція, що зміст цивільних процесуальних відносин складається із цивільних процесуальних прав та обов'язків суб'єктів правовідносин і процесуальних дій щодо їх реалізації [9, 94].

СПИСОК ЛІТЕРАТУРИ:

1. *Васьковский Е. В.* Учебник гражданского процесса / Е. В. Васьковский. – М., 1914. – С. 251.
2. *Гражданский процесс* / [под ред. проф. М. К. Треушникова]. – М. : Статут, 2014. – 906 с. – С. 110–111.
3. *Гражданское процессуальное право России* / [под ред. М. С. Шакарян]. – 1998 – С. 67.
4. *Гражданский процесс : учебник* / [отв. ред. В. В. Ярков]. – М. : Инфотропик Медиа, 2012. – 768 с. – С. 51.
5. *Джалилов Д. Р.* Гражданско-процессуальное правоотношение и его субъекты / Д. Р. Джалилов. – Душанбе, 1962. – С. 16.
6. *Комаров В. В.* Учение о гражданских процессуальных правоотношениях и их субъектах : в кн.: Проблемы науки гражданского процессуального права / [под ред. проф. В. В. Комарова]. – Харьков : Право, 2002. – С. 96.

7. *Курс цивільного процесу : підручник* / В. В. Комаров, В. А. Бігун, В. В. Баранкова [та ін.] ; за заг. ред. В. В. Комарова. – Харків : Право, 2011. – 1352 с. – С. 393.
8. *Мазолин В. П.* О гражданско-процессуальном отношении / В. П. Мазолин // Сов. Гос-во и право. – 1955. – № 6. – С. 52.
9. *Штефан М. Й.* Цивільне процесуальне право України : академічний курс / М. Й. Штефан. – К. : Ін Юре, 2005. – 624 с. – С. 77.

Стаття надійшла до редакції: 16.04.2015.

Рекомендовано кафедрою цивільного, господарського права та процесу

CIVIL PROCEDURAL LEGAL RELATIONS IN THE RELATIONS IN UKRAINE

Zakharova O.

Abstract: The article reveals the essence of civil procedural relations. The author analyses the views of scientists-protsesualistiv concerning the definition of civil procedural relations and notes that most of them consider normative procedural relations their main feature. Important is the fact that the court is binding subject of these relations. The author concludes that the emergence of procedural relations is possible only on discretionary basis as a result of voluntary actions of people who come to court for protection of violated, unrecognized or disputed rights, freedoms rank of interest. The author believes that structured legal proceedings, which in turn consist of stages succeeding one another. Each protsessualnomu right corresponds a duty of procedural and vice versa, that every procedural action by a procedural process has implications for all process participants.

Keywords: legal, civil procedural relations, civil litigation, trial, subjects of civil procedural relations actors.



ГРАЖДАНСКИЕ ПРОЦЕССУАЛЬНЫЕ ОТНОШЕНИЯ В СИСТЕМЕ ПРАВОВЫХ ОТНОШЕНИЙ В УКРАИНЕ

Захарова Е. С.

Резюме: В статье раскрывается сущность гражданских процессуальных отношений. Автор анализирует взгляды ученых-процессуалистов и обращает внимание, что большинство из них считает нормативность основной их характеризующей чертой. Автор отмечает, что суд является обязательным субъектом гражданских процессуальных отношений. Автор приходит к выводу о том, что возникновение процессуальных отношений возможно исключительно на диспозитивной основе в результате волевых действий лиц, которые обращаются в суд за защитой нарушенных, непризнанных или оспоренных прав, свобод или интересов. Автор делает вывод, что правоотношения структурированы в производства, которые в свою очередь состоят из стадий, последовательно сменяющих одна другую. Каждому процессуальному праву корреспондируют определенные процессуальные обязанности. Каждое процессуальное действие одного участника процесса имеет процессуальные последствия для всех иных участников процесса.

Ключевые слова: правоотношения, гражданские процессуальные отношения, гражданский процесс, суд, субъекты гражданских процессуальных отношений, участники процесса.

КОМП'ЮТЕРНЕ ПРОГРАМНЕ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ЯК ПРЕДМЕТ ДОГОВОРУ ЛІЗИНГУ

УДК 347.44



В. Б. Черкач

здобувач, Навчально-науковий інститут права та психології Національної академії внутрішніх справ (Науковий керівник доцент В. І. Лебідь)

Стаття присвячена правовому аналізу договірних відносин у сфері лізингу комп'ютерного програмного забезпечення.

Автор розглядає переваги лізингу комп'ютерного програмного забезпечення перед операціями купівлі-продажу та аналізує можливість комп'ютерного програмного забезпечення виступати предметом лізингу. Автор приходить до висновку про необхідність внесення змін до законодавства України з метою включення комп'ютерного програмного забезпечення до предметів договору лізингу.

Ключові слова: комп'ютерне програмне забезпечення, договірні відносини, лізинг, лізингодавець, лізингоодержувач, предмет лізингу.



COMPUTER SOFTWARE AS A SUBJECT
OF LEASING AGREEMENT

Cherkach V.

Received: 3 Apr 2015.

Постановка проблеми. На сьогодні складно уявити сферу економічної діяльності, у якій би не використовувалися комп'ютери, використання яких нерозривно пов'язано із використанням комп'ютерного програмного забезпечення. Комп'ютерне програмне забезпечення належить до тієї групи активів, що втрачають свою цінність набагато швидше, ніж настає термін їх повної експлуатації. У зв'язку з цим, підприємствам малого та середнього бізнесу не вигідно закупляти ліцензійне комп'ютерне програмне забезпечення, вартість якого часто перевищує вартість комп'ютерного обладнання, на яке це програмне забезпечення встановлюється. Необхідність придбання комп'ютерного програмного забезпечення ставить перед компанією запитання щодо можливості використання з цією метою лізингу як ефективного фінансового інструменту, що дозволяє оптимізувати витрати.

Стан дослідження. Окремі аспекти класифікації договірних відносин у сфері лізингу досліджувалися у працях таких вітчизняних та зарубіжних науковців, як Н. Н. Внукова, В. А. Горемикін, А. М. Турило [1], А. Г. Барабаш, В. Д. Газман, В. С. Різник, Т. І. Топішко [3], В. В. Іванишин, Х. Й. Шпітлер [7].

Не применшуючи внесок означених праць у теорію лізингу, слід зауважити, що на сьогодні

залишаються прогалини в питанні можливості використання механізму лізингу до об'єктів інтелектуальної власності, що утруднює його застосування до комп'ютерного програмного забезпечення та знижує довіру суб'єктів господарювання до використання зазначеного способу оренди комп'ютерного програмного забезпечення. Саме тому це питання потребує свого нагального вирішення.

Метою статті є обґрунтування можливості використання лізингу комп'ютерного програмного забезпечення як ефективного фінансового інструменту, спрямованого на зменшення витрат компанії, та необхідності внесення змін до чинного законодавства України з метою включення об'єктів інтелектуальної власності до предмета лізингу.

Виклад основного матеріалу. Лізинг комп'ютерного програмного забезпечення на сьогодні набуває популярності серед користувачів, оскільки має низку переваг перед операціями з купівлі ліцензій на використання комп'ютерного програмного забезпечення:

1) Лізингоодержувач отримує можливість встановлення комп'ютерного програмного забезпечення для усіх користувачів при обмежених фінансових ресурсах. Тобто, якщо у бюджеті компанії закладено кошти для придбання лише кількох ліцензій, то за допомогою механізму лізингу можна отримати усі необхідні ліцензії, не збільшуючи бюджет.

2) Лізингоодержувач економить свій час, оскільки підбір конфігурації комп'ютерного програмного забезпечення здійснюється спеціалістами лізингової компанії у відповідності з вимогами лізингоодержувача.

3) Лізингоодержувач оплачує лише можливість використання програмного забезпечення. У свою чергу, лізингодавець займається питаннями оновлення

програм та налаштування комп'ютерного обладнання.

4) Лізингові платежі належать до витратної частини грошового обігу, а тому податок на додану вартість повертається у компанію.

5) Лізингоодержувач отримує можливість придбання ліцензії на використання комп'ютерного програмного забезпечення у кінці терміну лізингу без додаткових платежів. Фактично вартість комп'ютерного програмного забезпечення на кінець терміну лізингу значно нижча, ніж на початок. З огляду на це, при укладенні договору лізингу з правом викупу об'єкта лізингу при закінченні терміну дії такого договору, як правило, лізингоодержувач отримує ліцензію на використання комп'ютерного програмного забезпечення уже без додаткових платежів.

Щодо переваг для правовласника, то він одержує прибуток у вигляді платежів за користування переданим ним правом іншій особі, тим самим компенсуючи понесені свого часу витрати на створення таких об'єктів.

Таким чином, вбачається, що лізинг є досить ефективним фінансовим інструментом, який користується особливим попитом серед підприємств малого та середнього бізнесу. Однак чинне українське законодавство все ще погано адаптоване до сучасних реалій ринкової економіки, зокрема у питанні лізингу комп'ютерного програмного забезпечення. Досліджуючи законодавчі та теоретичні основи застосування лізингу в Україні можна зробити висновок про те, що на даний час комп'ютерне програмне забезпечення не може бути предметом договору лізингу.

Базовими законодавчими актами, що регулюють відносини лізингу є Цивільний та Господарський кодекси України, а також Закон України «Про фінансовий лізинг»,

які розглядають лізинг як різновид договору оренди, основною особливістю якого є передача в оренду лізингоодержувачу майна спеціально придбаного лізингодавцем для потреб лізингоодержувача та за його вказівкою. Так, відповідно до ст. 807 Цивільного кодексу України [9] та ст. 3 Закону України «Про фінансовий лізинг» [4], предметом лізингу може бути неспоживча річ, визначена індивідуальними ознаками та віднесена до основних фондів. Слід врахувати, що в контексті договору лізингу поняття «річ» означає матеріальність предмета лізингового договору. Оскільки комп'ютерне програмне забезпечення не є річчю, то воно не може бути предметом окремої угоди [2].

З принципових позицій найм безтілесних речей (*res incorporales*) допускався ще у римському праві, а можливість оренди прав визнавалася багатьма дореволюційними авторами, зокрема Г. Ф. Шершеневичем, Н. О. Нерсесовим. Однак сучасний правопорядок як оренду допускає лише тілесні неспоживчі речі, а можливість оренди *res incorporales* не визнає. Тому цілком зрозумілою є вказівка законодавця на те, що предметом лізингу можуть бути лише неспоживчі речі, визначені індивідуальними ознаками, до яких складно віднести комп'ютерне програмне забезпечення [8]. Істотною проблемою, яка виникає при лізингу комп'ютерного програмного забезпечення є те, що програмні продукти фактично не є матеріальною річчю і не є власністю користувача, адже ані лізингодавець, ані лізингоотримувач не володіють комп'ютерним програмним забезпеченням. Як правило, права інтелектуальної власності на комп'ютерне програмне забезпечення належать ліцензіару, який навіть не завжди є продавцем комп'ютерного програмного забезпечення, що співпрацює з лізингодавцем.

Таким чином, основними аспектами, які з теоретичної точки зору ставлять під

сумнів можливість лізингу комп'ютерного програмного забезпечення є те, що по-перше, програмне забезпечення кардинально відрізняється від особистої матеріальної власності, що як правило передається у лізинг; по-друге, у ліцензіях на комп'ютерне програмне забезпечення зазвичай ретельно обмежуються способи його використання і часто містяться обмеження щодо передачі покупцем ліцензії свого права на використання комп'ютерного програмного забезпечення третім особам [10]; по-третє, при здійсненні операцій лізингу комп'ютерного програмного забезпечення з технічної точки зору його практично неможливо вилучити по закінченні терміну лізингу.

Водночас, окремі науковці вважають, що оскільки закон не містить закритого переліку об'єктів, що можуть бути предметом лізингу, то відповідно існування такої його форми, як лізинг інтелектуальної власності загалом, та комп'ютерного програмного забезпечення зокрема, не заборонено [5].

Однак навіть якщо погодитися з наведеним обґрунтуванням можливості віднесення об'єктів інтелектуальної власності до предмета лізингу, то слід зауважити, що хоча й на рівні законодавства лізинг комп'ютерного програмного забезпечення не забороняється, на практиці виникнуть труднощі із реєстрацією такої діяльності, оскільки згідно з Класифікатором видів економічної діяльності – 2010, клас 77.40 *«Лізинг інтелектуальної власності та подібних продуктів, крім творів, захищених авторськими правами»* включає лізинг інтелектуальної власності за винятком робіт із захищеними авторськими правами, таких як книги або програмне забезпечення [6].

Як зазначалося вище, теоретично лізинг комп'ютерного програмного забезпечення українським законодавством не передбачається. Разом з тим, на практиці

зустрічається багато випадків фактичної передачі комп'ютерного програмного забезпечення у фінансовий лізинг.

На сьогодні характерним явищем є лізинг так званого «вбудованого» комп'ютерного програмного забезпечення, тобто комп'ютерного програмного забезпечення, що є частиною комп'ютерного обладнання, яке передається у лізинг.

Вже загальним правилом у США став лізинг програмного забезпечення разом з комп'ютерною технікою, з встановленням програм, підключенням до необхідних систем, навчанням персоналу тощо. Таке вбудоване комп'ютерне програмне забезпечення, як правило, розглядається як частина обладнання, в якому воно міститься, а отже, не призводить до додаткових складнощів, що виникають із лізингу комп'ютерного програмного забезпечення. У свою чергу, розробники комп'ютерного програмного забезпечення пропонують укладати спеціальний додаток до ліцензійного договору, що дозволяє вирішити проблему передачі у тимчасове користування невиключних прав інтелектуальної власності. Зокрема, стандартні ліцензійні угоди компанії Microsoft забороняють передачу у тимчасове користування комп'ютерного програмного забезпечення, для цього необхідно додатково підписати спеціальну лізингову угоду для комп'ютерного програмного забезпечення компанії Майкрософт, що встановлюється на комп'ютери, які передаються у лізинг [11].

Таким чином, у лізингоотримувача з'являється можливість використовувати у своїй діяльності необхідне комп'ютерне програмне забезпечення, при цьому предметом договору лізингу є тісна річ – комп'ютер (який, як правило, виконує роль сервера).

Також окремі лізингові компанії пропонують взяти в лізинг лише матеріальний

носії, тобто серверне чи інше обладнання, на яке можна буде встановити необхідне комп'ютерне програмне забезпечення. При цьому передбачається, що лізингоотримувач самостійно придбаватиме права на використання комп'ютерного програмного забезпечення.

Однак описані схеми передачі в лізинг комп'ютерного програмного забезпечення далеко не завжди працюють. Вони актуальні у випадку необхідності оновлення застарілого комп'ютерного обладнання разом із програмним забезпеченням у разі нестачі у підприємства оборотних коштів. При цьому очевидно, що вони не підходять для «коробкового» комп'ютерного програмного забезпечення, а також не прийнятні для тих компаній, які мають в наявності усе необхідне комп'ютерне обладнання і потребують фінансування саме для придбання прав на використання комп'ютерного програмного забезпечення.

Здійснений аналіз свідчить, що навіть за відсутності законодавчих основ, на практиці комп'ютерне програмне забезпечення передається у лізинг, не будучи прямим об'єктом договору лізингу. З огляду на це, вбачається за доцільне оновити чинне українське законодавство згідно із сучасними реаліями ринкових відносин та доповнити базове законодавство у сфері лізингу положеннями, які відносять об'єкти інтелектуальної власності, до яких належать комп'ютерні програми та програмне забезпечення, до предмета лізингу. Отже, пропонується доповнити ч. 1 ст. 807 Цивільного кодексу України та ч. 1 ст. 3 Закону України «Про фінансовий лізинг» другим абзацом наступного змісту: «Предметом лізингу можуть бути об'єкти інтелектуальної власності, у тому числі твори захищені авторськими правами, за умови наявності письмового дозволу правовласника цих творів на передачу їх у лізинг». Разом з тим, необхідно

привести у відповідність і підзаконні нормативно-правові акти. Зокрема, внести зміни до Класифікатора видів економічної діяльності, а саме частину другу класу 77.40 викласти у наступній редакції: «Цей клас включає:

- лізинг інтелектуальної власності (крім творів, захищених авторськими правами, таких як книги або програмне забезпечення). Лізинг робіт, захищених авторським правом дозволяється за умови наявності письмового дозволу правовласника цих творів на передачу їх у лізинг;
- одержування роялті або ліцензійного мита за використання:
 - о патентованої продукції
 - о торговельних і сервісних марок
 - о назв брендів
 - о розвідування й оцінювання корисних копалин
 - о фрачайзингових угод».

Висновки. Підсумовуючи вищевикладене, слід зазначити, що з огляду на свій специфічний характер комп'ютерне програмне забезпечення не є типовим предметом лізингу. Будучи безтілесною річчю, програмне забезпечення кардинально відрізняється від особистої матеріальної власності, що, як правило передається у

лізинг. Незважаючи на це, практика свідчить, що комп'ютерне програмне забезпечення може виступати таким же об'єктом лізингу, як і комп'ютерне обладнання, за винятком того, що до нього не можливо доторкнутися. Оскільки згідно з положеннями чинного українського законодавства, комп'ютерне програмне забезпечення не може бути предметом лізингу, автором пропонується внести зміни до базового законодавства у сфері лізингу, а саме: до Цивільного кодексу України та Закону України «Про фінансовий лізинг», а також до Класифікатора видів економічної діяльності – 2010 з метою включення до предмета лізингу об'єктів інтелектуальної власності, що захищені авторськими правами, до яких належить комп'ютерне програмне забезпечення. При цьому слід враховувати, що при передачі комп'ютерного програмного забезпечення у лізинг повинні дотримуватися авторські права розробника такого програмного забезпечення. Тобто, у ліцензійному договорі між лізингодавцем та правовласником комп'ютерного програмного забезпечення повинно обумовлюватися, що ліцензія надається для передачі комп'ютерного програмного забезпечення у лізинг та чітко визначатися межі, згідно з якими лізингодавець надаватиме у лізинг комп'ютерне програмне забезпечення своїм користувачам.

СПИСОК ЛІТЕРАТУРИ:

1. *Барабаш А. Г.* Правове регулювання лізингових відносин в Україні : дис. ... д-ра екон. наук : 08.00.04 / А. Г. Барабаш. – Харків : УкрДАЗТ, 2007. – С. 30.
2. *Букарев В.* Важливі деталі договору лізингу [Електронний ресурс] / В. Букарев, Д. Запілля. – Режим доступу : <http://alls.in.ua/29072-vazhliivi-detali-dogovoru-lizingu.html>
3. *Гришко Н.* Щодо питання класифікації лізингу в Україні / Н. Гришко, О. Кунченко // Економічний аналіз. – 2008. – № 19. – С. 24–29.
4. *Закон України* «Про фінансовий лізинг» від 16 грудня 1997 р. № 723/97-ВР // Відомості Верховної Ради України. – 1998. – № 16. – Ст. 68.

5. Крикун Н. Можливості застосування лізингу інтелектуальної власності як форми господарської діяльності в Україні [Електронний ресурс] // Ефективна економіка. – Дніпропетровський державний аграрно-економічний університет. – 2012. – № 10. – Режим доступу : <http://www.economy.nayka.com.ua/?op=1&z=1472>
6. Наказ Держспоживстандарту України від 11 жовтня 2010 р. N 457 «Національний класифікатор України. Класифікація видів економічної діяльності ДК 009:2010» [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://kved.ukrstat.gov.ua/KVED2010/kv10_i.html
7. Топішко Т. І. Проблеми класифікації видів лізингу / Т. І. Топішко // Науковий вісник Волинського нац. ун-ту імені Лесі Українки. – 2008. – № 7. – С. 181–190.
8. Тяжельніков К. Програмное обеспечение как предмет лизинга. Отечественный и зарубежный опыт [Електронний ресурс] / К. Тяжельніков. – Режим доступу : <http://assocleasing.ru/avtori/72>
9. Цивільний кодекс України від 16 січня 2003 р. № 435-IV // Відомості Верховної ради України. – 2003. – № 40. – Ст. 356.
10. Kenneth P. Weinberg. A Little Something About Software Leasing & Finance. – July/August 2010 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.monitordaily.com/article-posts/little-something-software-leasing-finance/>
11. Lease Agreement for Microsoft software products installed on leased computers [Електронний ресурс]. – Режим доступу : www.microsoft.com

Стаття надійшла до редакції: 03.04.2015.

Рекомендовано кафедрою цивільного, господарського права та процесу

COMPUTER SOFTWARE AS A SUBJECT OF LEASING AGREEMENT

Cherkach V.

Abstract: This article contains a legal analysis of the contractual relations arising in the context of computer software leasing. The author explores whether computer software can be the subject matter of a lease agreement and analyses the benefits of leasing (as opposed to purchasing) of computer software.

Leasing often provides substantial benefits to the end users, vendors and sales representatives because it solves business problems and satisfies company and individual needs. Software leasing often provides such benefits in spades because institutional policies and individual perceptions often lag in realizing that the primary driver of the communication and computer industries is software. However, the current Ukrainian legislation has not yet properly adapted to the realities of the modern market economy, especially in the context of leasing of computer software. Having explored the legal and theoretical bases of leasing in Ukraine, the author opines that, as it currently stands, software cannot be the subject of a lease agreement. However, despite the absence of an appropriate legal framework, practice shows that there are many cases of computer software being transferred in financial leasing. For example, majority of computer hardware leased or financed today has an embedded software. Such embedded software is generally considered to be part of the equipment in which it is embedded and this does not cause any issues or complexities. For this reason, the author concludes that the Ukrainian legislation ought to be amended to acknowledge that computer software can be the subject of a leasing agreement. The author proposes to amend part 1 of clause 807 of

Civil Code of Ukraine and part 1 of clause 3 of the Law of Ukraine “On Financial Leasing” by adding a second paragraph to the respective clauses, which would read as follows: “The objects of intellectual property, including copyright works, can be the subject of a lease, if the legal owner of those objects provides a written consent for such their leasing”.

Keywords: computer software, contractual relations, leasing, lessor, lessee, subject of leasing.



КОМПЬЮТЕРНОЕ ПРОГРАММНОЕ ОБЕСПЕЧЕНИЕ КАК ПРЕДМЕТ ДОГОВОРА ЛИЗИНГА

Черкач В. Б.

Резюме: Статья посвящена правовому анализу договорных отношений в сфере лизинга компьютерного программного обеспечения. Автор рассматривает преимущества лизинга компьютерного программного обеспечения перед операциями купли-продажи и анализирует возможность компьютерного программного обеспечения выступать предметом лизинга. Автор приходит к выводу, что необходимо внести изменения в законодательство Украины с целью включения компьютерного программного обеспечения к предметам договора лизинга.

Ключевые слова: компьютерное программное обеспечение, договорные отношения, лизинг, лизингодатель, лизингополучатель, предмет лизинга.

КОНВЕРТАЦІЯ ЦІННИХ ПАПЕРІВ СПІЛЬНОГО ІНВЕСТИВАННЯ: PRO ET CONTRA

УДК 374.4 (477)

**І. Я. Огніста**

*аспірант, кафедра цивільного права та
процесу юридичного факультету, Львівський
національний університет імені Івана Франка
(Науковий керівник професор О. С. Яворська)*

У статті здійснено спробу розкрити актуальні питання реалізації інвесторами права на конвертацію цінних паперів інститутів спільного інвестування. Крізь призму аналізу українського й іноземного законодавства та низки доктринальних праць дотичної проблематики висвітлено позитивні та негативні сторони запровадження механізму конвертації на вітчизняному ринку спільного інвестування.

Досліджено окремі аспекти правової природи договору конвертації цінних паперів пайового фонду. Виявлено та проаналізовано особливості механізму реалізації права на конвертацію різними категоріями інвесторів залежно від виду та типу ІСІ, а також залежно від стадій його функціонування.

Ключові слова: *інститути спільного інвестування, цінні папери, конвертація, механізм конвертації, договір конвертації, права інвесторів.*



CONVERSION OF CO-INVESTMENT
SECURITIES: PRO ET CONTRA

Ognista I.

Received: 19 Mar 2015.

Постановка проблеми. Прийняття нової редакції Закону України «Про інститути спільного інвестування» від 5 липня 2012 р. (далі – Закон «Про ІСІ») ознаменувало «відродження» права інвесторів на конвертацію цінних паперів спільного інвестування, якого (права) учасники фондів були позбавлені Законом України «Про внесення змін до Закону України «Про інститути спільного інвестування (пайові та корпоративні інвестиційні фонди)» від 18 грудня 2008 р. шляхом виключення з останнього норми ст. 45.

Сутність будь-якого права полягає не стільки у його формальному закріпленні законом, скільки у забезпеченні умов його реалізації, наданні суб'єкту відповідного права можливості втілення в життя певних правомочностей. Процес переходу закріплених у моделі правової норми соціальних благ у фактичну поведінку (здійснення суб'єктивних прав та юридичних обов'язків) називають у науковій літературі механізмом реалізації права. Від рівня розробки та дослідження елементів цього механізму залежить ступінь ефективності здійснення особою своїх прав, цінність одержуваних нею вихідних результатів.

Оскільки протягом тривалого часу законодавцем було відмовлено у закріпленні нормативної моделі права на конвертацію цінних паперів інститутів

спільного інвестування (далі – ІСІ), науковий та дослідний матеріал з цієї тематики є обмеженим. Дослідження окремих аспектів функціонування механізму конвертації цінних паперів інвестиційних фондів було здійснено зарубіжними науковцями (наприклад, Т. Оксюком, О. Зайцевим). Однак їх праці ґрунтуються на аналізі іноземної законодавчої та досвідної бази, а відтак, одержані ними наукові результати не можуть бути прийнятними для констатації правової природи конвертаційних процесів вітчизняного ринку спільного інвестування.

Особливої актуальності набуває необхідність комплексного аналізу права на конвертацію інвесторів пайових фондів (далі – ПФ). Адже якщо загальні теоретичні висновки дослідження акціонерних товариств (*у тому числі з питань процедури конвертації*) можуть бути перенесені на корпоративні фонди, внаслідок подібності їх організаційної структури, то ПФ є нетиповим для вітчизняного договірного права «утворенням». Процеси, які відбуваються за участі його «суб'єктів» є малодослідженими й потребують свого розвитку, зокрема, і з метою наближення українського законодавства до європейських стандартів цивілізованого функціонування ринку спільного інвестування.

Таким чином, автор ставить перед собою **завдання**: здійснити дослідження механізму конвертації цінних паперів ІСІ; проаналізувати національне законодавство з окресленої проблематики та у разі виявлення недоліків правового регулювання запропонувати рекомендації щодо їх усунення, використовуючи про цьому досвід європейської правової доктрини.

Теоретичну основу дослідження склали праці вітчизняних та зарубіжних вчених-правознавців: В. Заборовського, О. Зайцева, О. Клинової, Т. Оксюка та ін. Нормативну базу дослідження становить чинне законодавство України та

іноземних держав з питань регламентації відносин спільного інвестування.

Виклад основного матеріалу. Процедура конвертації на ринку спільного інвестування як вилучення з обігу цінних паперів одного ІСІ та обмін таких за ініціативою їх власника на цінні папери іншого ІСІ, за умови, що ці інститути перебувають в управлінні однієї компанії з управління активами (далі – КУА), не є нововведенням українського законодавця. Її аналоги передбачені положеннями ст. 153 Закону Естонії «Про інвестиційні фонди» № 611 від 22 квітня 2004 р., ст. 22 Закону Російської Федерації «Про інвестиційні фонди» № 156-ФЗ від 29 листопада 2001 р. Однак для більшості регуляторів іноземних підприємств колективного інвестування простежується загальна тенденція до відмови інвесторам у праві здійснити підписку на паї не у грошовій формі, а через обмін належних їм цінних паперів. Як правило, механізм конвертації (обміну) застосовується у випадках реорганізації фондів (п. 10 ст. 34 Закону Латвії «Про інвестиційні компанії» від 18 березня 2004 р.), їх об'єднання (п. 7, 7.5 ст. 34¹ цього ж Закону; ст.ст. 73¹, 75¹ Закону Люксембургу «Про структури організацій колективного інвестування» від 17 грудня 2010 р.) або перетворення таких у суб- чи підфонди, які підконтрольні «парасольковому» фонду (п. 2.4 ст. 71² згаданого Закону Латвії) і не є допустимим на етапі випуску (розміщення) цінних паперів.

Повернення в Україні до витоків правового регулювання процедури конвертації цінних паперів ІСІ набуло неоднозначного сприйняття.

Причиною цьому стало підвищення небезпеки зловживань КУА правами інвесторів. За висновками експертів, остання з метою запобігання відтоку інвестицій «...через можливі маніпулювання з вартістю цінних паперів певного

ICI буде стимулювати інвесторів ініціювати конвертацію їх цінних паперів».

Погоджуємося, що механізм конвертації певною мірою сприяє «збереженню» інвестора, а, отже, є об'єктом посиленої зацікавленості управителів ICI, у тому числі і як одного з можливих заходів примноження капіталовкладень.

У той же час звертаємо увагу, що запровадження цього механізму не має наслідком цілковите ігнорування інтересів учасників фондів. Навпаки, в організаційній структурі його побудови вбачаємо передумови поширення актуальності конвертаційних процесів серед суб'єктів, що спрямовані на довгострокові інвестиції.

Так, інвестор, який бажає і надалі буди учасником спільних інвестиційних процесів, але у зв'язку зі зміною кон'юнктури фондового ринку чи з інших причин зацікавлений у відмінній інвестиційній стратегії, має право укласти договір міні з учасником іншого ICI або стати інвестором такого інституту через реалізацію процедури купівлі-продажу цінних паперів. Подібна стратегія є затратною для інвестора як по часових показниках, так і з урахуванням обсягу труднощів на оформлення відповідної документації. Мінімізувати цю непотрібну для нього «активність» покликана законодавча процедура конвертації цінних паперів ICI, у процесі здійснення якої інвестор отримує на додаток ще й можливість уникнути трансакційних витрат за «вхід» та «вихід» з фонду.

Не менш важливою законодавчою гарантією для інвесторів-фізичних осіб є положення, згідно з якими операції з конвертації цінних паперів, у випадку дотримання певних умов, не підлягають оподаткуванню податком на доходи фізичних осіб. Так, відповідно до п. 165.1.50 ст. 165 Податкового кодексу України (далі – ПК України) до загального місячного

(річного) оподатковуваного доходу платника податку – фізичної особи – не включаються доходи від операцій з конвертації цінних паперів у разі:

- якщо їх обмін здійснюється за звичайними цінами або за вартістю чистих активів у розрахунку на один цінний папір;
- якщо такий обмін не призводить до відчуження інвестицій та проводиться з цінними паперами ICI, що перебувають в управлінні однієї КУА.

Норма такого змісту появилася у ПК України у результаті прийняття Закону України «Про внесення змін до Податкового кодексу України та деяких законодавчих актів України (щодо удосконалення деяких норм Податкового кодексу України)» від 7 липня 2011 р. До вказаної дати оподаткування операцій фізичних осіб з цінними паперами при їх викупі та конвертації податковим законодавством прямо не врегульовувалось, що викликало труднощі на практиці.

Між тим, не можна однозначно ствердити, що процитований підпункт зняв усі питання, пов'язані з аналізованими операціями. Їх частина досі залишається невирішеною:

по-перше, умова про те, що конвертація (обмін) цінних паперів повинна бути здійснена за «звичайними цінами» навряд чи може бути верифікована контролюючим органом на практиці, адже методики розрахунку звичайних цін (окрім як для контрольованих операцій) досі немає,

по-друге, незрозумілим є спосіб визначення податкових витрат для цілей розрахунку інвестиційного прибутку інвестора – фізичної особи. У абз. 1 п. 170.2.2 ст. 170 ПК України зазначається, що інвестиційний прибуток розраховується як позитивна різниця між доходом, отриманим платником податку від продажу окремого інвестиційного активу, та його

вартістю, що визначається із суми витрат на придбання такого активу. При цьому до продажу інвестиційного активу прирівнюються також операції з обміну інвестиційного активу на інший інвестиційний актив (абз. 5 цього ж підпункту). Отож, виходячи із буквального розуміння цитованих норм, при здійсненні операцій як з конвертації (обміну) цінних паперів, так і з продажу цінних паперів, інвестор повинен двічі здійснювати розрахунок інвестиційного прибутку.

Проте на практиці розрахунок інвестиційного прибутку здійснюється лише у випадку продажу інвестором інвестиційних сертифікатів, що є, на наш погляд, цілком логічним, якщо брати до уваги те, що при здійсненні конвертації (обміну) доходу у фізичної особи не виникає.

Змістова неузгодженість положень п. 170.2.2 ст. 170 та п. 165.1.50 ст. 165 ПК України може викликати різночитання на практиці із необґрунтованим застосуванням фінансових (штрафних) податкових санкцій до інвестора чи його податкового агента, а тому, на нашу думку, вказані приписи потребують удосконалення.

Крізь призму норм п. 11 ч. 1 ст. 1 Закону «Про ІСІ» щодо розкриття механізму конвертації як обміну на користь інвестора цінними паперами ІСІ, вбачаємо підхід законодавця щодо трактування останніх (*цінних паперів*) як предмета договору міни.

Формування правовідносин з обміну цінними паперами під час конвертації на основі договору міни заперечується Т. Оксюком на тій підставі, що управитель не одержує натомість нічого, оскільки відбувається погашення інвестиційних паїв пайового інвестиційного фонду, учасником якого інвестор є на момент подання заявки на обмін [6, 192].

Подібний висновок не справджується для процедури конвертації цінних паперів

вітчизняних ПФ, оскільки вилучені з обігу інвестиційні сертифікати не анулюються. Будучи «викупленими на пайовий фонд», вони зараховуються на рахунок у цінних паперах, що відкритий КУА безпосередньо для цього інституту, та підлягають подальшому розміщенню за рішенням емітента.

Правовим результатом укладення договору конвертації є припинення для конкретного інвестора правовідносин з управління активами першого ПФ та приєднання цього ж інвестора до однойменного договору, що має своїм предметом управління активами іншого фонду.

З огляду на це законодавець не випадково обумовив можливість проведення конвертації цінних паперів ПФ відкритого та інтервального типу (*окрім випадків ліквідації*) фактом дотримання строків викупу інвестиційних сертифікатів таких фондів, підкресливши цим, що конвертація з одного боку розглядається ним як спосіб «виходу» інвестора з попередньо обраної схеми колективного інвестування, а з іншого – зарахування компанією належних інвестору коштів на рахунок нового ПФ засвідчує приєднання інвестора до договору управління активами цього фонду. Потрібно відзначити, що інвестиційні сертифікати, право власності на які набуває інвестор при конвертації повинні перебувати на стадії розміщення. Проведення обміну інвестиційних сертифікатів на цінні папери, що мають власників, не підпадає під визначення поняття конвертації, оскільки виключає такий правовий результат процедури як «вилучення з обігу цінних паперів одного ІСІ».

Принагідно, виникає запитання щодо можливості обміну інвестиційних сертифікатів на цінні папери фонду, який не досягнув нормативів своєї діяльності. Теоретичних підстав для відмови у здійсненні такої операції не вбачаємо, однак звертаємо увагу на певну неузгодженість

законодавчих положень, що можуть продукувати сумніви у її легітимності.

Так, рішення щодо «відчуження» на користь інвестора цінних паперів відповідного фонду під час конвертації приймається управителем, який здійснює управління активами обох інститутів, на підставі поданої заявки на конвертацію. Тоді як відповідно до ч. 2 ст. 57 Закону «Про ІСІ»: «До дня отримання КУА повідомлення Комісії про відповідність ПФ вимогам щодо мінімального обсягу активів ІСІ приймаються лише заявки на придбання інвестиційних сертифікатів ПФ». Логічно, що наведена норма повинна бути витлумачена на встановлення заборони інвесторам вимагати викупу цінних паперів фонду на стадії його формування. Проте існує можливість додаткового розкриття змісту цієї норми в напрямі декларування виключного юридичного факту продажу інвестиційних сертифікатів ПФ, який не досягнув нормативів своєї діяльності, – подання заявки на придбання. Відтак, подана інвестором заява на конвертацію буде вважатися неналежною підставою для відчуження на його користь інвестиційних сертифікатів фонду, що формується.

У цьому ж контексті звертаємо увагу на порівняння абз. 2 ч. 5 ст. 55 та абз. 4 ч. 1 ст. 60 Закону «Про ІСІ». Розміщення інвестиційних сертифікатів у період строку формування ПФ здійснюється за ціною, що визначається виходячи з їх номінальної вартості, тоді як під час проведення конвертації до уваги береться винятково розрахункова вартість як результат ділення загальної вартості чистих активів інституту на кількість його цінних паперів, що перебувають в обігу на день подання заяви на конвертацію.

За загальним правилом, товари, що є предметом договору міни, повинні бути рівноцінними. В іншому випадку, договором може бути встановлена доплата за

товар більшої вартості, що обмінюється на товар меншої вартості.

Крізь призму ч. 2 ст. 60 Закону «Про ІСІ» інвестор не може набути внаслідок конвертації цінні папери ПФ, загальною вартістю меншою ніж загальна вартість цінних паперів фонду, які вилучаються з обігу. Так, у процесі конвертації відбувається виділ належної інвестору за інвестиційним сертифікатом частки у праві власності на спільне майно (ПФ) шляхом її трансформування у грошові кошти. Ці грошові кошти у повному обсязі перераховуються на рахунок, відкритий КУА для іншого фонду, де вони змішуються з інвестиціями учасників такого та змінюють свій правовий режим. Відповідно, «реальна» частка інвестора знову набуває «ідеального» характеру та посвідчується інвестиційним сертифікатом.

Вважаємо, що оскільки чинне законодавство не допускає існування дробових інвестиційних сертифікатів, то у випадку недостатності перерахованих у процесі конвертації коштів для видачі інвестору цілого числа цінних паперів, останньому надана можливість здійснити доплату в сумі різниці між загальною вартістю цінних паперів, що набуваються, та загальною вартістю цінних паперів, що вилучаються з обігу.

Жодні інші підстави, як-от бажання інвестора збільшити свою величину у загальній масі ПФ, не можуть порушувати принципу рівноцінності і відповідно «виправдовувати» додаткове самостійне внесення інвестором грошових коштів за договором конвертації. За наявності подібної ситуації дії сторін потрібно кваліфікувати як укладення ними договору купівлі-продажу цінних паперів з відповідними правовими наслідками такої угоди.

Не всі інвестори ІСІ є суб'єктами права на конвертацію; для низки з них можливість його реалізації є обмеженою або

зумовлюється обставинами виняткового характеру. Зокрема, положеннями ч. 3 ст. 60 Закону «Про ІСІ» встановлено заборону участі у конвертації для венчурних фондів. Інвестори ІСІ закритого типу можуть вимагати обміну належних їм цінних паперів у випадку ліквідації фонду або у разі продовження строку його діяльності (для строкового ІСІ).

На протипагу цьому інвестори договірних фондів закритого типу країни походження Естонії, Російської Федерації не наділені правом на обмін належних їм цінних паперів, та й загалом паї фондів цього типу не можуть бути предметом конвертації також і для учасників відкритих та інтервальних інститутів.

У задоволенні заяви на конвертацію заявнику повинно бути відмовлено, якщо її проведення не передбачене проспектами емісії цінних паперів обох ІСІ та/або коли кількість цінних паперів фонду, на які ініціюється здійснення обміну, є недостатньою для задоволення заяви.

На додаткових умовах механізму конвертації наголошує О. Слободян, на думку якого, важливо, щоб ПФ, цінні папери яких обмінюються, були одного виду і типу, оскільки однотипні ІСІ надають власникам цінних паперів однаковий обсяг прав [4].

Про існування подібних умов конвертації у Законі не згадується, окрім заборони конвертації цінних паперів ІСІ у цінні папери венчурних ІСІ. Відсутність таких простежується і за результатами огляду адресованих компаніями за посередництвом власних веб-сайтів пропозицій інвесторам фондів, активи яких перебувають у їхньому управлінні.

Вважаємо, що мотивом ініціювання інвестором конвертації є його бажання швидко та легко змінити інвестиційну стратегію. Загалом, за своїм правовим результатом, такий крок інвестора суттєво

не відрізняється від «виходу» останнього з одного фонду та набуття ним участі в іншому через реалізацію процедури звичайної купівлі-продажу цінних паперів. Зокрема, в обох випадках право вибору реципієнта інвестицій належить до сфери повного відання інвестора, а тому саме він повинен бути відповідальним за обсяг тих прав і обов'язків, що набуваються ним у результаті зміни схеми колективного інвестування.

До того ж, як свідчить практика, у період, коли більшість фондів формально відрізнялися один від одного внаслідок того, що інвестували за стратегією диверсифікованих ІСІ, зацікавленості інвесторів у переведенні коштів з одного фонду в інший не було. Протилежна тенденція розгорнулася при формуванні спеціалізованих та кваліфікаційних ІСІ, які, як правило, характеризуються привабливою для інвесторів дохідністю, а відтак, і підвищеними ризиками. Саме тому інвесторам і повинна бути забезпечена можливість маневрувати між різними видами ІСІ з метою запобігання виникненню негативних для них майнових наслідків.

Подібний підхід до висловленої нами позиції вбачаємо у ч. 1 ст. 153 Закону Естонії «Про інвестиційні фонди», згідно з якою інвестор договірного фонду вправі обмінювати належні йому паї одного виду на паї іншого виду цього самого фонду, що різняться між собою за змістом та обсягом посвідчуваних прав.

Таким чином, встановлення меж конвертації за видами і типами ІСІ не можемо вважати доцільним, хоча б з урахуванням того факту, що у разі обмеження обміну інвестори матимуть змогу досягнути бажаних для них результатів через купівлю-продаж цінних паперів.

Отже, підсумовуючи результати проведеного аналізу, констатуємо залежність вектора розвитку наслідків законодавчого

кроку із запровадження механізму конвертації від ступеня забезпечення й захисту прав інвесторів ІСІ. Обґрунтованість, зрозумілість та орієнтація на інвестора у системі правового регулювання функціонування механізму конвертації дозволить досягнути позитивних правових результатів відновлення права на конвертацію: продовження інвестором участі на ринку спільного інвестування, а отже, збереження грошових коштів у цінних паперах. За умови протилежної тенденції вбачаємо

загрозу у перетворенні процедури конвертації в засіб маніпулювання цінними паперами спільного інвестування. Вибір такого напрямку розвитку є передумовою утвердження політики відмови інвесторів від реалізації права на конвертацію. А це, своєю чергою, спроектує пасивність конвертаційних процесів і, як наслідок, поступове «відмирання» процедури конвертації вітчизняного ринку спільного інвестування.

СПИСОК ЛІТЕРАТУРИ:

1. *Investment Funds Act* / Passed 14.04.2004; RT I 2004, 36, 251; Entry into force 01.05.2004 (as of January 1, 2014). Estonia. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <https://www.riigiteataja.ee/akt/112072013005>
2. *Latvia Law on Investment Management Companies of 18 March 2004* [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://www.intax-info.com/pdf/law_by_country/Latvia/Law%20on%20Investment%20Management%20Companies%20\(en\).pdf](http://www.intax-info.com/pdf/law_by_country/Latvia/Law%20on%20Investment%20Management%20Companies%20(en).pdf)
3. *Luxembourg Law of 17 December 2010 on Undertakings for Collective Investment (coordinated version of 15 July 2013)* [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.arendt.com/publications/documents/lawsregulations/loi%20orc%2017%20december%202010%20english%20version.pdf>
4. *Коментар до Закону України «Про інститути спільного інвестування»* [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://salex-lcc.com.ua/info/17-k2/96-komentar-do-zakonu-ukrainy-pro-instituty-spilnoho-investuvannia.html>
5. *Об инвестиционных фондах: Федеральный закон Российской Федерации от 29.11.2001 N 156-ФЗ* [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_157068/
6. *Оксюк Т. Т.* Гражданско-правовое регулирование доверительного управления паевыми инвестиционными фондами : дис. канд. юрид. наук : спец. 12.00.03 / Т. Т. Оксюк. – М., 2005. – 212 с.
7. *Про інститути спільного інвестування: Закон України від 5 липня 2012 року № 5080-VI (з наступними змінами і доповненнями) / Верховна Рада України // Відомості Верховної Ради України. – 2013. – № 29. – Ст. 337.*

Стаття надійшла до редакції: 19.03.2015.

Рекомендовано кафедрою цивільного, господарського права та процесу

CONVERSION OF CO-INVESTMENT SECURITIES: PRO ET CONTRA"

Ognista I.

Abstract: In the article the author attempts to analyze the topical issues concerning the process of conversion of the securities within collective investment institutions. Some positive and negative aspects of the introduction of the mechanism of conversion in the domestic market are being analyzed from the point of analysis of Ukrainian and foreign legislation and a number of scientific researches. The legal nature of the procedure of conversion of securities within mutual funds is being studied. The author concludes that the legal result of conversion is termination of legal relationship with one mutual fund and becoming the part of asset management agreement of the other. The features of the mechanism of the right to convert the various categories of securities (depending on the types of common funds, and on the stages of their functioning) are being identified and analyzed.

Keywords: joint investment institutions (mutual funds), securities, conversion, conversion mechanism, the conversion contract, rights of investors.



КОНВЕРТАЦИЯ ЦЕННЫХ БУМАГ СОВМЕСТНОГО ИНВЕСТИРОВАНИЯ: PRO ET CONTRA

Огниста И. Я.

Резюме: В статье сделана попытка раскрыть актуальные вопросы реализации инвесторами права на конвертацию ценных бумаг институтов совместного инвестирования. Сквозь призму анализа украинского и иностранного законодательства и ряда доктринальных трудов анализируемой проблематики освещены положительные и отрицательные стороны введения механизма конвертации на отечественном рынке совместного инвестирования. Исследованы отдельные аспекты правовой природы договора конвертации ценных бумаг паевого фонда. Установлено, что правовым результатом его заключения является прекращение для конкретного инвестора правоотношений по управлению активами первого ПФ и присоединения этого же инвестора к одноименному договору, который имеет своим предметом управления активы другого фонда. Выявлены и проанализированы особенности механизма реализации права на конвертацию различными категориями инвесторов в зависимости от вида и типа ИСИ, а также в зависимости от стадий его функционирования.

Ключевые слова: институты совместного инвестирования, ценные бумаги, конвертация, механизм конвертации, договор конвертации, права инвесторов.

ПОРІВНЯЛЬНИЙ АНАЛІЗ ДЕЯКИХ ПИТАНЬ ДОГОВОРІВ В НІМЕЧЧИНІ ТА В УКРАЇНІ

УДК 347.19

**І. В. ПЛАХІНА***кандидат юридичних наук, Ізмаїльський державний гуманітарний університет*

Німецьке цивільне укладення (нім. Bürgerliches Gesetzbuch, BGB, «Цивільний кодекс», назва «німецьке цивільне укладення» усталене в російській мові до революції, коли в російському праві не використовувався термін «кодекс» в сучасному значенні) – основоположний нормативно-правовий акт Німеччини, регулюючий приватно-правові відносини на території Німеччини. Був прийнятий в початковій редакції 18.08.1896 р, набув чинності 01.01.1900 р одночасно з Німецьким торговим укладенням. Німецьке цивільне укладення зробило неабиякий вплив на законодавство інших країн, таких як Португалія, Японія, Таїланд, Південна Корея, Китай, Греція та Україна. .

Ключові слова: *Німецьке Цивільне Уложення, недійсність, спірність та нікчемність договору, позовна давність, цивільне право, Цивільний кодекс України.*



COMPARATIVE ANALYSIS OF SOME CONTRACTS
IN GERMANY AND UKRAINE

Plahina I. V.

Received: 5 Apr 2015.

Вürgerliches Gesetzbuch Deutschlands (далі BGB) – Німецьке Цивільне Уложення залишається одним з найважливіших актів у системі чинного законодавства Німеччини. Свого часу воно зробило істотний вплив на розвиток цивільного законодавства багатьох країн. BGB є результатом більш ніж 20-ти річної роботи німецьких цивілістів, що зуміли поєднати традиційну побудову цивільно-правових інститутів, характерну для німецької правової школи, з потребами капіталістичного розвитку Європи кінця XIX ст. «В истории германского права вообще не было другого события, которое могло бы сравниться по своей всеобщности и глубине с тем, которое совершилось благодаря введению в действие общего гражданского кодекса» [1].

Договором (contractus) за римським правом є – «двостороння угода, в якій висловлено волю двох сторін, спрямована на досягнення певного правового результату – виникнення, зміну або припинення прав і обов'язків» [2].

Договором у Цивільному Кодексі України (ЦКУ) є згідно ст. 626 домовленість двох або більше сторін, спрямована на встановлення, зміну або припинення цивільних прав та обов'язків.

Порівнявши деякі питання щодо договорів в BGB та Цивільному Кодексі України, можливо прийти до цікавих висновків.

Недійсність, спірність та нікчемність договору.

BGB як вже було сказано раніше розділяє недійсність, оспори́мість та нікчемність, використовуючи поняття: «Nichtigkeit» – нікчемність, «Anfechtbarkeit» – спірність, тобто здатність оспорити договір у суді, «Unwirksamkeit» – недійсність.

Розділ 2 BGB «Волевиявлення», закріплює положення щодо волевиявлення як такого, яке слід розуміти як волю особи взяти на себе зобов'язання та отримати права, які закріплюється за угодою [3].

Нікчемність

Нікчемним волевиявлення є при наступних випадках: якщо воно зроблено недієздатною особою (§ 105, ч. 1 BGB); якщо воно зроблено у стані втрати свідомості або у стані тимчасового розладу психічної діяльності (§ 105, ч. 2 BGB); якщо угода порушує встановлену законом заборону, якщо із закону не слідує інше (§ 134 BGB); якщо угода, порушує добрі звичаї та якщо одна особа, використовуючи стіснене положення, малий досвід, легкодумність або слабівілля іншої особи, примушує її пообіцяти або представити собі або іншій третій особі, майнові вигоди за надані за цією угодою послуги чи майно, не порівнювані за розміром з оплатою за них (§ 138 BGB); недійсність частини угоди, тягне за собою недійсність всієї угоди, за виключенням того, що угода, могла би бути завершеною і без включення недійсної частини до неї (§ 139 BGB).

Якщо особа, яка уклала нікчемну угоду, підтверджує її, то це підтвердження розглядається як укладення нової угоди. Якщо у випадку, коли сторони договору, підтверджують нікчемний договір, вони зобов'язані надати один одному все те, що слід було надати, якщо договір був би дійсним.

Спирність

Спирними за BGB визнаються угоди за таких умов: у випадку, коли особа помилялася при волевиявленні відносно змісту або взагалі не мала намір волевиявлення такого змісту, вона вправі оспорювати зроблене волевиявлення, якщо можна припустити, що знаючи про дійсне становище справ і розумно оцінюючи ситуацію, вона би його не зробила (§ 119 BGB).

Волевиявлення, яке робилося за допомогою іншої особи або пристрою, може бути оскаржено, як волевиявлення, зроблене під видом помилки, якщо існують положення вказані в параграфі 119, який був викладений раніше (§ 120 BGB).

У випадках, що вказані в параграфах 119 та 120, угода повинна бути оскаржена негайно, після того як особі, яке має право на оспорювання, стали відомі причини для оспорювання. Оскарження виключається, якщо з моменту волевиявлення пройшло 10 років (§ 121 BGB).

Особа, яка надала волевиявлення, а потім на основі положень ст.ст. 118, 119, 120, волевиявлення визнано недейсним, повинна компенсувати збитки нанесені контрагенту, але не вище розміру вигоди, яку міг отримати контрагент у разі здійснення волевиявлення.

Обов'язок компенсувати збитки виключається, якщо потерпілий знав або повинен був знати про основи недійсності або оскарження волевиявлення (§ 122 BGB).

BGB у ст. 123 закріпила положення щодо оспорювання угоди яка укладена в результаті обману чи погрози. Так особа, примушена до волевиявлення навмисним обманом або протиправною погрозою, може оспорити своє волевиявлення.

Якщо обман скоєно третьою особою, то волевиявлення, яке слід було зробити певній особі, може бути оскаржене лиш при умові, що остання знало або повинно було знати про обман. Якщо інша особа, по

відношенню до якої повинно було просладувати волевиявлення, у результаті волевиявлення отримало не опосередковано яке не будь право, то волевиявлення по відношенню до неї може бути оскаржено у суді, при умові, якщо особа знала чи повинна була знати про обман.

Якщо угода оспорується у суді, то вона розглядається як нікчемна із самого початку (§ 142 BGB: «Wird ein anfechtbares Rechtsgeschäft angefochten, so ist es als von Anfang an nichtig anzusehen»).

Недійсність

Волевиявлення, є недійсним у разі: введення контрагента у оману стосовно своєї реальної волі, а також і в тому разі коли реальна воля, що скрита у тайні, відома контрагенту (§ 116 BGB). Крім того волевиявлення, яке зроблено без серйозного наміру, розраховуючи на те що омана буде викрита контрагентом, не є дійсним також (§ 118 BGB).

У разі якщо волевиявлення, направлено до контрагента і з його згоди, зроблено лише для виду, воно є недійсним. У випадку прикриття такого волевиявлення іншою угодою, використовуються положення відносно угоди, що прикривається (§ 117 BGB).

Недійсність угоди також може бути пов'язана із недодержанням форми, так параграф 125 BGB, закріплює, що угода, при укладенні якої не була дотримана форма, встановлена законом, є недійсною. Недотримання форми, визначеною умовами угоди, якщо не доказано інше, тягне за собою недійсність угоди.

Положення щодо недійсності і нікчемності договору закріплені у ЦКУ і є ідентичними до положень BGB, що є результатом процесу уніфікації, при розробці нового ЦКУ. А відсутність поняття оспоруваність, компенсується розумінням поняття недійсність. Так для прикладу

можливо навести схожі по сенсу ст. 215 п. 2 ЦКУ про недійсність правочинну та 134 BGB, ст. 216 ЦКУ та ст. 122 BGB про компенсацію збитків. Повністю ідентичними є положення ст.ст. 217 ЦКУ та 139 BGB, про недійсність частини договору. Положення ст. 207 ЦКУ про форму правочинну є такими же широкими відносно до положень ст.ст. 126, 126a, 126b, в тому числі і про електронну форму угоди [4].

Таким чином, положення щодо недійсності угоди є схожими, що дозволяє уникнути непорозуміння по питанням дійсності договорів при укладанні договору підкореному праву Німеччини.

Позовна давність

У позовній давності, на мій погляд, викривається найбільша розбіжність у основних положеннях щодо договорів, навіть беручи до уваги те, що в Україні згідно ЦКУ (ст. 257) та у Німеччині згідно BGB (параграф 195) загальний строк позовної давності складає 3 роки, але верхня межа сягає згідно BGB – 30-ти річного строку позовної давності, яка при цьому має згідно параграфу 197 досить широкий спектр застосування. Нагадаю, що в Україні максимальним строком позовної давності є 10 років, згідно ст. 258 ЦКУ п. 4: «Позовна давність у десять років застосовується до вимог про застосування наслідків нікчемного правочинну».

ЦКУ закріпила в цій же статті позовну давність у один рік для справ:

1) про стягнення неустойки (штрафу, пені);

2) про спростування недостовірної інформації, поміщеної у засобах масової інформації. У цьому разі позовна давність обчислюється від дня поміщення цих відомостей у засобах масової інформації або від дня, коли особа довідалася чи могла довідатися про ці відомості;

3) про переведення на співвласника прав та обов'язків покупця у разі порушення переважного права купівлі частки у праві спільної часткової власності;

4) у зв'язку з недоліками проданого товару;

5) про розірвання договору дарування;

6) у зв'язку з перевезенням вантажу, пошти;

7) про оскарження дій виконавця заповіту.

Позовна давність у п'ять років застосовується до вимог про визнання недійсним правочинну, вчиненого під впливом насильства або обману.

BGB у свою чергу закріпила 10-ти річний термін для вимог про передачу власності на земельну ділянку, встановленні, передачі, припиненню права на земельну ділянку, або при зміні змісту такого права. А також до вимог про зустрічне виконання (§ 196 BGB).

Тридцяти річний строк встановлюється параграфом 197 BGB, так якщо не встановлено інше, позовна давність у 30 років, використовується:

1) до вимог про повернення речі, ґрунтуючись на праві власності або інших майнових правах;

2) до сімейно-правових та спадково-правових вимог. Слід зазначити, що параграф 194 BGB у частині 2, закріпив те, що позовна давність не використовується до вимоги до сімейно-правових відносин, якщо вони направлені на відновлення у майбутньому, стану, відповідним цим відносинам;

3) до вимог, встановлених у судовому порядку;

4) до вимог, які ґрунтуються на мирових угодах або виконавчих документах;

5) до вимог, які встановлені при розгляді у суді справи про неплатоспромож-

ність, і які є такими, що повинні бути виконаними;

6) до вимог, щодо компенсації витрат на примусове виконання.

До вимог о компенсації шкоди, завданій життю, здоров'ю, або по причині обмеження волі, використовується позовна давність строком у 30 років після скоєння протиправного діяння, порушення обов'язку або іншої події, яка потягнула за собою шкоду, в незалежності від моменту їх виникнення і інформованості кредитора, чи його не проінформованості в наслідок його необережності.

ЦКУ у ст. 259 закріплює положення щодо зміни тривалості позовної давності. Позовна давність, встановлена законом, може бути збільшена за домовленістю сторін. Договір про збільшення позовної давності укладається у письмовій формі. Позовна давність, встановлена законом, не може бути скорочена за домовленістю сторін.

BGB в свою чергу закріпило у параграфі 202, недопустимість узгоджень про позовну давність. Так позовна давність не може бути загодя зменшена угодою для випадків відповідальності за умисне порушення.

Позовна давність не може бути подовжена угодою більше 30-ти річного строку, що рахується з моменту, встановленим законом, для початку перебігу строку позовної давності.

Таким чином ЦКУ не встановлює верхньої межі позовної давності, а BGB, більш чітко формулює те, що позовна давність повинна бути менше від необхідної і не вище 30 років.

Щодо моменту початку перебігу позовної давності, то параграф 199 BGB, закріпив такі положення:

Загальний строк позовної давності починається з моменту закінчення кален-

дарного року, в якому: виникла вимога та кредитор дізнався про закріплених у основі вимогах, та про божника, або повинен був дізнатися про це, якщо б він не проявив грубу необережність; про компенсування шкоди, в незалежності від проінформованості кредитора.

Якщо вимога відноситься до заборони виконувати якісь дії, момент виникнення вимоги замінюється моментом порушення вимоги.

Строк позовної давності, відносно вимог, на які не розповсюджується загальний строк позовної давності, починається із виникнення вимоги (§ 200 BGB).

Строк для вимог вказаних у пунктах 3–6 параграфу 197 (що викладений вище), починається з моменту вступу в силу рішення суду, видачі виконавчого документа, встановлення вимоги про розгляд справи про неплатоспроможність, однак не раніше ніж виникне вимога.

ЦКУ закріпив інші положення які не є повністю сумісні із положеннями викладеними у BGB, так ст. 261 ЦКУ викладена таким чином:

«Стаття 261. Початок перебігу позовної давності

1. Перебіг позовної давності починається від дня, коли особа довідалася або могла довідатися про порушення свого права або про особу, яка його порушила.

2. Перебіг позовної давності за вимогами про визнання недійсним правочину, вчиненого під впливом насильства, починається від дня припинення насильства.

3. Перебіг позовної давності за вимогами про застосування наслідків нікчемного правочину починається від дня, коли почалося його виконання.

4. У разі порушення цивільного права або інтересу неповнолітньої особи

позовна давність починається від дня досягнення нею повноліття.

5. За зобов'язаннями з визначеним строком виконання перебіг позовної давності починається зі спливом строку виконання.

За зобов'язаннями, строк виконання яких не визначений або визначений моментом вимоги, перебіг позовної давності починається від дня, коли у кредитора виникає право пред'явити вимогу про виконання зобов'язання. Якщо боржникові надається пільговий строк для виконання такої вимоги, перебіг позовної давності починається зі спливом цього строку.

6. За регресними зобов'язаннями перебіг позовної давності починається від дня виконання основного зобов'язання.

7. Винятки з правил, встановлених частинами першою та другою цієї статті, можуть бути встановлені законом».

«Стаття 253. Початок перебігу строку

1. Перебіг строку починається з наступного дня після відповідної календарної дати або настання події, з якою пов'язано його початок».

Таким чином початок строку загальної позовної давності згідно положень BGB є початок нового календарного року.

BGB містить у параграфі 204 широкий спектр умов, за яких проходження строку позовної давності призупиняється. Так такими умовами є:

1) пред'явлення позову про виконання зобов'язання або про встановлення витребування, а також про накладання виконавчого напису, або видачі рішення на примусове виконання;

2) доставка заяви згідно спрощеної форми судового розгляду по справах про надання утримання неповнолітніх;

3) доставка судового наказу в порядку прискореного судового розгляду;

4) інформування про клопотання по процедурі примирення;

5) початок виконання витребуваного;

6) доставка третій особі сповіщення про судовий розгляд справи;

7) доставка клопотання про проведення самостійної процедури по встановленню доказів;

8) початок узгодженої процедури експертної оцінки або приведення експерта згідно параграфі 641a, про свідоцтво про виконання робіт по справах про договір підраду;

9) доставка клопотання про арешт, *einstweilige Verfügung* (забезпечене розпорядження, тобто таке розпорядження суду має бути виконано негайно, та забезпечує виконання спірного витребування або робиться у цілях правової стабільності. З його допомогою забезпечується тільки індивідуальна вимога, наприклад о передачі речі, але не право витребування грошей) або *einstweilige Anordnung* (забезпечене визначення, яке приймається у процесі основного судового розгляду, по висновкам якого суд має винести своє рішення);

10) пред'явлення вимоги у процесі по справах по неплатоспроможності або у процесі розподілу збитків у сфері судноплавства;

11) початком третейського розгляду;

12) подачею клопотання у орган влади, якщо допустимість позову залежить від заочного рішення цього органу і позов пред'являється протягом 3-ох місяців з моменту відповіді на запит;

13) подача клопотання у вищестоящий суд, якщо він повинен визначити компетентний суд, і протягом 3-ох місяців після відповіді на клопотання буде пред'явлений

позов або подане клопотання про визначення підсудності;

14) оповіщення про наданий у перший раз клопотання на погашення судових витрат, якщо оповіщення відбулось у найближчий час після клопотання, то призупинення позовної давності настає вже з моменту його подачі;

Також слід зазначити, що позовна давність призупиняється на час, протягом якого боржник на основі згоди з кредитором вправі відмовити у виконанні (§ 205 BGB).

Під поняттям призупиняється слід вважати період в який позовна давність не зараховується, хоча вона вже почалась і ще не добігла кінця.

Позовна давність продовжується після її призупинення після того, як:

1) боржник визнав вимогу кредитора шляхом оплати частини боргу, виплати відсотків, представленням забезпечення, або іншим способом;

2) прийнята дія по примусовому виконанню у судовому або адміністративному порядку або заявлено клопотання про таке виконання (§ 212 BGB).

Щодо позовної давності, яка застосовується у сфері договорів купівлі-продажу, то у параграфі 437 BGB, який стосується позовної давності по вимозі о недоліках, вказано, що позовна давність у 30 років, встановлено для недоліків які:

1) полягають у існуванні майнового права третьої особи, на основі якого можна витребувати повернення речі;

2) полягають у існуванні іншого права, яке внесено у поземельну книгу.

У 5 років:

1) для будівельних споруд;

2) для речі, яка була використана для будівельної споруди у відповідності з

загальноприйнятим способом її використання та стала причиною недоліків даної споруди.

У два роки: для всіх інших випадків не загального характеру.

Для останніх двох випадків, вимоги гасяться по закінченню загального строку позовної давності, якщо продавець не проінформував про недолік з умислом.

Позовна давність по справах про земельні ділянки починається з моменту їх передачі, у інших випадках – з моменту доставки речі.

В якості висновку слід навести наступні слова Рене Давіда, засновника сучасної юридичної географії світу, що назве континентально-європейське право романо-германським та зможе виділити його в окрему правову сім'ю: «Многие страны мира ориентировались на Германское гражданское уложение для создания своих собственных кодексов, а некоторые страны, как к примеру Япония, полностью имплантировали его в свою правовую систему. Германское гражданское уложение является венцом так называемого «юридического века» [5].

СПИСОК ЛІТЕРАТУРИ:

1. *Гражданское уложение* Германской империи в процессе его образования / Ф. Бернгейт, И. Колер; под ред.: В. М. Нечаев. – СПб: Сенат. Тип., г. 1910. – 407 с. – С. 7.
2. *Підпригора О. А.* Римське право / О. А. Підпригора, Є. О Харитонов. – К.: Юрінком Інтер, 2006. – 511 с. – С. 367.
3. *Гражданское уложение* Германии Buergerliches Gesetzbuch Deutschlands mit Einfuehrungsgesetz: Вводный закон к Гражд. Уложению [пер. с нем.]. – 2-е изд. – М.: ВОЛТЕРС КЛУБЕР, 2006. – С. 816.
4. *Цивільний кодекс* України [від 16.01.2003] // Голос України. – 12.03.2003. – № 45.
5. *Рене Давид* Основные правовые системы современности / [пер. с фр. проф. В. А. Туманова]. – Печатається по изданию: Москва: Прогресс, 1988 г.

Стаття надійшла до редакції: 05.04.2015.

Рекомендовано кафедрою цивільного, господарського права та процесу

COMPARATIVE ANALYSIS OF SOME CONTRACTS IN GERMANY AND UKRAINE

Plahina I. V.

Abstract: The Bürgerliches Gesetzbuch (or BGB) is the civil code of Germany. In development since 1881, it became effective on January 1, 1900, and was considered a massive and groundbreaking project. The BGB served as a template for the regulations of several other civil law jurisdictions, including Portugal, the Republic of China, Japan, Thailand, South Korea, People's Republic of China, Greece and Ukraine. The BGB follows a modified pandectist structure, derived from Roman law: like other Roman-influenced codes, it regulates the law of persons, property, family and inheritance, but unlike e.g. the French Code civil or the Austrian Civil Code, a chapter containing generally applicable regulations is placed first. Consequently, the BGB contains five main parts ("books"). A sales contract alone for example would under the BGB not lead to ownership on the side of the buyer, but merely give

rise to an obligation by the seller to transfer ownership of the good in question. The seller is then, by obligatory contract, obliged to form another, and separate, contract on transferring the property. Only once this contract is formed, the buyer acquires ownership of the purchased good. Consequently, these two procedures are regulated differently: the obligations of the parties are regulated in sec. 433, the contract on actual transfer of ownership on a movable good on sec. 929. The payment of the purchase price (the transfer of ownership on the money) is treated likewise.

Keywords: German Civil Code, invalidity of contract, disputed contract, insignificance of contract, statute of limitation, civil law, the Civil Code of Ukraine.



СРАВНИТЕЛЬНЫЙ АНАЛИЗ НЕКОТОРЫХ ВОПРОСОВ ДОГОВОРОВ В ГЕРМАНИИ И В УКРАИНЕ

Плахина И. В.

Резюме: Германское гражданское уложение (нем. Bürgerliches Gesetzbuch, BGB, «Гражданский кодекс», название «германское гражданское уложение» устоялось в русском языке до революции, когда в российском праве не использовался термин «кодекс» в современном значении) – основополагающий нормативно-правовой акт Германии, регулирующий частно-правовые отношения на территории Германии. Был принят в первоначальной редакции 18.08.1896 г., вступил в силу 01.01.1900 г. одновременно с Германским торговым уложением. Германское гражданское уложение оказало немалое влияние на законодательство других стран, таких как Португалия, Япония, Таиланд, Южная Корея, Китай, Греция и Украина. Согласно Германскому гражданскому уложению, договором купли-продажи называется договор, по которому одна сторона (продавец) обязуется перенести на другую сторону (покупателя) право собственности на вещь и передать эту вещь во владение покупателя, а покупатель обязуется принять вещь и уплатить покупную вещь. Договор возмездный, двусторонний и консенсуальный, включает в себя такие понятия как купля-продажа недвижимых вещей (§ 433) и купля-продажа движимых вещей (§ 929). В продаже недвижимых вещей требует специальной формы договора (обычно в нотариальной, с регистрацией поземельных средств). Продажа движимых вещей может быть оформлена любым способом, если нет каких-либо указаний в законе по условиям договора. Существенными условиями договора являются условие о предмете, его цене.

Ключевые слова: Германское Гражданское Уложение, недействительность, спорность и ничтожность договора, исковая давность, гражданское право, Гражданский кодекс Украины.

ДО ПИТАННЯ ПРО ПРЕДМЕТ КРИМІНАЛЬНОГО ПРАВА

УДК 343.2/7



Є. А. СТРЕЛЬЦОВ

*доктор юридичних наук, доктор теології,
професор, член-кореспондент Національної
академії Правових наук України, заслужений
діяч науки і техніки України, Вчений секретар
Південного регіонального центру Національної
академії Правових наук України*

Постановка проблеми. Право, виступаючи у якості регулятора суспільних відносин, сприяє їх упорядкуванню, створюючи тим самим певний правопорядок у державі. Саме для цього і здійснюється так зване втручання держави в життя суспільства за допомогою права. Характер та зміст правового регулювання визначається сутністю суспільних відносин, їх природою, класифікацією, особливостями та ін. Сукупність таких відносин, які регулюються правом, іменується предметом правового регулювання. В зв'язку з тим, що право і суспільні відносини, які регулюються, мають взаємопов'язаний, взаємозалежний та взаємовпливовий зв'язок, встановлення предмету дає змогу більш глибоко уявити поняття та сутність самого права, сутність правовідносин, які регулюються правом та інш.

В статті аналізуються складні проблеми визначення предмету правового регулювання у різних галузях права, в тому числі і кримінального.

Ключові слова: *суспільні відносини, предмет правового регулювання, метод правового регулювання, правовідносини.*



TOWARDS THE ISSUE ON THE SUBJECT OF CRIMINAL LAW

Streltsov E. L.

Received: 16 Apr 2016.

Розуміння цього також дає змогу визначити низку важливих положень стосовно змісту правового регулювання. Так, предмет правового регулювання, по-перше, закріплює, формалізує внутрішню сутність права та, по-друге, показує напрямом, характер, «глибину» та межу державного впливу на суспільні відносини через право. При цьому потрібно враховувати, що не будь-які суспільні відносини можуть виступати предметом правового регулювання. Необхідно, щоб ці відносини відрізнялися, по-перше, стійкістю і повторюваністю; по-друге, зацікавленістю суспільства і держави в

тому, щоб ці відносини існували саме в правовій формі і підлягали правовому регулюванню (охороні) з боку держави; по-третє, здатністю, «спроможністю» до зовнішнього контролю. При цьому потрібно враховувати, що правове регулювання не повинно «створюватися» штучно, воно повинно об'єктивно виникати у разі необхідності, і саме це повинно бути в основі будь-якого процесу правотворчості.

В загальному плані предмет правого регулювання тісно пов'язаний з методом правового регулювання – способом впливу на суспільні відносини, але встановлення домінування у цих «ситуаціях» є дискусійним. Предмет розглядається як матеріальний критерій, а метод – як юридичний критерій правового регулювання. Слід зазначити, що в останні часи звернення до досліджень предмету і методу правового регулювання набуває все більшої уваги. Тому мета цієї статті – подальше дослідження предмету правового регулювання.

Викладення основного матеріалу. В зв'язку з тим, що існує великий обсяг різних суспільних відносин, які регулюються різними правовими способами, в будь-якій державі, як відомо, створюється правова система або структура права, яка закріплює існуючу в державі систему регулювання правом суспільних відносин. Для системи права повинна бути властива: єдність (взаємоузгодженість, несуперечливість), диференціація (поділ на галузі, інститути, норми), об'єктивність.

Основною складовою в системі права традиційно вважається галузь права, яка представляє собою сукупність однорідних правових норм, відокремлених усередині такої системи і регулюючих певний рід суспільних відносин^{*}. При цьому потрібно

підкреслити, що розмежування норм по галузях відбувається, згідно загальної наукової думки, за такими ознаками, як предмет і метод правового регулювання. Кожній галузі відповідає свій предмет регулювання, тобто кожна галузь відрізняється предметною особливістю, специфікою регульованих суспільних відносин. Тобто і тут, як відомо, предмет права відіграє свою важливу роль.

Таке «спокійне» становище, яке склалося сьогодні з визначенням предмету у галузі кримінального права, до чого в подальшому ми ще звернемося, дає змогу первісно вважати, що, з урахуванням цих достатньо сталих правил, визначення предмета права і на загальному і на галузевих рівнях є достатньо чітким та певною мірою єдиним. На загальному рівні визначається, що правове регулювання – це здійснюваний державою за допомогою всіх юридичних засобів владний вплив на суспільні відносини з метою їх упорядкування, закріплення, охорони і розвитку [11, 165]. Це важливо, бо, як уже вказувалося, саме предмет права багато в чому визначає сутність права, а це вже потребує певної єдності або хоча б узгодженості в його визначенні, бо інакше може скластися враження, що немає навіть суто загального підходу до розуміння сутності права. І мова в такому випадку йде не стільки про наукову дискусію, скільки про те, що коли немає такого визначення, то і можливості права не завжди використовуються продуктивно.

Тому спроба не тільки дослідити визначення предмета права у кожній галузі права та порівняти підходи до такого визначення у різних галузях права, тобто провести так зване внутрігалузеве «компаративістське» дослідження, показує, що

законодавства, хоча треба визнати, що існує дискусія в розмежуванні галузі права і галузю законодавства, між правом і законом взагалі. В цій публікації в основному буде досліджуватися предмет галузі права.

^{*}Необхідно розрізняти предмет стосовно галузевої правової науки, безпосередньо галузі права та галузі

не все так «спокійно у датському королівстві», і можливо визнати, що з цим є певні складнощі.

Але вважаємо за необхідне зробити декілька попередніх важливих ремарок, які будуть мати відношення до всього матеріалу цієї публікації. Річ в тому, що наукова дискусія при дослідженнях складних проблем повинна існувати природньо, що знаходитиме своє відображення у наукових виданнях. В той же час навчальні курси, які відображаються у підручниках і містять основний систематизований виклад знань у певній галузі, повинні пропонувати, на нашу думку, загально визнані, загально обговорені, загально погоджені визначення. Тому для свого дослідження ми використали підручники, в яких, на нашу думку, саме такі визначення повинні бути. Торкаючись цього більш предметно, необхідно враховувати, що студент-молода людина своє «входження» до юриспруденції «здійснює» багато в чому через підручники і вірогідно не повинна поринати в наукову дискусію, а має отримати «спокійне», «просте», лаконічне визначення предмета такої галузі права для закріплення у своєму менталітеті її сутності та можливості. А в зв'язку з тим, що таке входження традиційно починається з вивчення теорії держави і права, яка несе на себе, як відомо, так зване узагальнююче навантаження, природньо, візьмемо її як первісну для аналізу.

Спроба встановити предмет правового регулювання у цій галузі показує, що згідно одного визначення предметом теорії держави і права слід вважати найбільш загальні закономірності та тенденції виникнення, розвитку і функціонування державних та правових явищ і процесів, а також загальні для всієї юридичної науки поняття [15, 17]. У схожому визначенні предмета вказується, що предмет теорії держави і права випливає з самої назви і складає визначення найістотніших сторін

державно-правового життя, найзагальніших закономірностей державно-правової дійсності [16, 14]. Наступне визначення є достатньо розгорнутим і включає в себе 6 складових предмету держави і права, причому, і це потрібно підкреслити, без посилення на суспільні відносини. В цьому джерелі в загальному плані вказується, що предметом теорії держави і права є держава і право в цілому, загальні та специфічні закономірності їх розвитку, на основі розуміння яких розробляються фундаментальні проблеми, які мають методологічне значення для усієї системи юридичних наук [17, 22]. Ще за одним формулюванням, загальним предметом правового регулювання потрібно вважати ті суспільні відносини, які піддаються правової регламентації [13, 254]. Підсумовуючи викладене, відмітимо, що усі вказані визначення є достатньо обґрунтованими, але різні автори все ж по-своєму бачать предмет теорії держави і права.

Таке становище, з урахуванням природи кримінального права, викликає необхідність звернення уваги і на визначення предмету правового регулювання в інших матеріальних галузях публічного права. Тут також існує певна дискусія. Наприклад, у конституційному праві, враховуючи постійне обговорення цієї проблеми, пропонується, з необхідним узагальненням поглядів вчених-конституціоналістів, вважати предметом конституційного права на загальному рівні політичні та інші найважливіші суспільні відносини в Україні [8, 18]. Тобто тут є посилання на «суспільні відносини».

Предмет адміністративного права, як вказується, становлять суспільні відносини, які виникають з метою реалізації і захисту прав громадян, створення нормальних умов для функціонування громадянського суспільства й держави. Підкреслюється, що предмет адміністративного права охоплює широке коло

відносин, зміст яких об'єктивно потребує правового врегулювання за допомогою специфічних методів, механізмів. Остання обставина дозволяє фахівцям вважати адміністративне право як профільуючу галузь, яка разом із кримінальним і цивільним правом утворює юридичну основу, обов'язкову частину очолюваної конституційним правом системи [1, 26].

Предмет господарсько-правового регулювання, згідно думки дослідників, виходячи зі ст. 1 ГК України, визначається господарськими відносинами, які виникають у процесі організації та здійснення господарської діяльності між суб'єктами господарювання, а також між цими суб'єктами та іншими учасниками відносин у сфері господарювання [3, 20]. Як бачимо, в цьому предметі не вказується на суспільні відносини, а мова йде про господарські відносини.

Звертаючись до кримінального права, потрібно нагадати, що це окрема галузь права, яка має сукупність обов'язкових ознак, частина з яких є такими, що характерні для усіх галузей права, і частина – тільки для цієї галузі. Традиційно вважається, що кримінальне право як галузь права – це система, сукупність кримінально-правових норм, визначаючих, які суспільно небезпечні діяння є злочинами, і які кримінально-правові заходи (санкції) можливо застосовувати до осіб, які вчинили ці діяння.

Щодо предмету кримінального права почати потрібно з визначення того, що предмет кримінального права є, як вище вказувалось, практично єдиним у цій галузі, і як вважав акад. М. І. Бажанов, вона (галузь) регулює особливі суспільні відносини [2, 26]. Відносини особливі, але, підкреслимо, дискусії щодо їх змісту немає. Практично усі фахівці вважають, що предметом кримінального права виступають «саме відносини, що виникають у зв'язку із вчиненням злочину і

застосуванням до особи, яка його вчинила, певних покарань» [18, 4]. Така єдність, як вже вказувалось, з одного боку, заспокоює, але, з іншого боку, цій «спокій» залишає дискусійним низку суттєвих положень. Наприклад, скільки видів правовідносин витікає з такого визначення предмета? Наприклад, тільки охоронні, або охоронні і регулюючі, або охоронні, регулюючі та заохочувальні? Також, на відміну від інших галузей, кримінальне право має «двоєдиний» предмет, який виникає у зв'язку з завданнями, які повинні бути вирішені за допомогою кримінально-правових норм. Така двоєдиність включає в себе: предмет кримінально-правової охорони і предмет кримінально-правового регулювання. У будь-якому разі, усі визнають, що охоронні правовідносини є завжди, а відносно інших дискусія триває. Тоді виникає питання: а не з цього обговорення «витікає» і різне бачення спрямованості державного впливу на злочинність? У якому вигляді (формі) здійснюється такий вплив: боротьба, протидія, контроль? Це зовсім не риторичне питання, бо у його основі завжди знаходиться низка положень, які не завжди офіційно озвучуються. Наприклад, «класове» бачення злочинну і злочинності; фінансові можливості держави організовувати необхідний вплив на цей суспільно-небезпечний феномен та інш. Викоренення злочинності як чужого явища для нашого життя, як «пігментної плями капіталізму», як вчили раніше, зараз, принаймні, на нашій пам'яті, вже не буде. Але якщо ми визнаємо, що злочинність чи якась її «частка» є складовою сучасного соціального розвитку, то і висновки на державному рівні мають бути відповідними. Вони можуть стосуватися необхідних складових державного впливу: ідеології, фінансових можливостей і затрат, організації такого впливу, включаючи продуману структуру судових і правоохоронних органів, систему підготовки

працівників тощо. На нашу думку, взагалі теоретичне або законодавче закріплення суспільних відносин у якості предмета кримінально-правового регулювання, без наявності реальної можливості реалізації відповідальності за їх порушення, надає цьому певною мірою віртуального характеру і, багато в чому, свідчить про реальну «дієздатність» держави. Тому, умовно кажучи, науковий «спокій» тут не потрібен, і тема потребує подальшого обговорення.

В зв'язку з аналізом цієї складної проблеми ми спробували звернутися до досліджень, які проводились раніше та проводяться зараз в зарубіжних країнах. Не дуже деталізуючи це питання, ми подивились на думку двох знаменитих професорів юристів: Олександра Федоровича Кістяковського і Миколи Степановича Таганцева. Третє видання підручника професора Кістяковського, яке ми дивились, датується 1891 роком. В ньому вказується, що «термин «уголовное право» имеет двойкий смысл. Во-первых, он означает совокупность законов, относящихся до преступлений и наказаний (*цитата з вказаного підручника – Є. С.*). Во-вторых, им именуется та наука, которая исследует, определяет и излагает понятия о преступлении и наказании». В цьому підручнику вказується ще одне важливе положення: «Уголовное право, как совокупность законов, есть право по преимуществу общественное. Поэтому и наука уголовного права есть учение о предметах, проникнутых в высшей степени общественным интересом» [4, 1, 9].

Лекції з Загальної частини професора Таганцева, видання друге, датуються 1902 роком. В них конкретно вказується тільки на предмет науки кримінального права і визначається, що її предметом «как науки юридической является изучение юридической природы известной группы человеческих отношений,

именуемых преступными, и началом такого изучения должно быть установление общего юридического понятия о преступном деянии» (*цитуються за вказаним підручником – Є. С.*). Цікавим також є визначення злочинного діяння, під яким професор Таганцев розумів «преступление или нарушение норм или заповедей права, велений авторитетной воли, которыми регулируются наши юридические отношения друг к другу или к целому, т.е. к обществу или государству, определяются в интересах целого границы свободной деятельности каждого» [14, 24, 29]. В цьому визначенні вже є певні нагадування про юридичні відносини один до одного або до цілого – державі чи суспільству.

Враховуючи наведені визначення відомих професорів та сучасну вітчизняну кримінально-правову думку, слід, вірогідно, певною мірою погодитись з точкою зору, що поняття «предмет кримінально-правового регулювання» з'явилося на території колишнього СРСР приблизно в 30-х роках минулого століття. До цього в основному, так би мовити, працювали с двома взаємопов'язаними поняттями «злочини і покарання», і тільки у вказані роки почало досліджуватися поняття «предмет кримінального права» [9, 18].

Згадуючи історію кримінального права, потрібно сказати, що була також спроба вважати, що кримінальне право взагалі не має свого предмету регулювання, оскільки регулюванням суспільних відносин займаються інші галузі права, а кримінальне право лише встановлює відповідальність, санкцію за їх порушення, виступає механізмом їх охорони [6, 12]. Але така точка зору в той час мала і своїх опонентів, які намагались обґрунтувати, що в цій галузі права є багато кримінально-правових заборон, які невідомі іншим галузям права, наприклад, які стосуються багатьох посягань проти особистості [7, 10].

Звернення до сучасного визначення предмету цієї галузі у сусідніх зарубіжних джерелах, де правові системи багато в чому схожі з нашою, показує, що тут теж є певні дискусії.

Наприклад, в одній з цих країн достатньо чітко вказується, що кримінальне право, як і інші галузі права, регулює суспільні відносини. Специфіка предмета кримінального права полягає в тому, вважають фахівці з цієї країни, що до сфери цієї галузі входять ті суспільні відносини, які виникають у зв'язку з вчиненням суспільно небезпечного діяння, передбаченого кримінальним законом. Вказується, що кримінальне право починає регулювати ці відносини тільки з моменту застосування кримінально-правових норм, пов'язаних з порушенням встановлених ними заборон. Доречі, на нашу думку, це мабуть одне з найбільш дискусійних питань у кримінальному праві – момент (час) виникнення таких відносин, наприклад, з моменту реєстрації кримінального провадження; з моменту притягнення особи як обвинуваченого; з моменту винесення вироку по кримінальній справі; з моменту вступу у силу такого вироку. Але це все більш процесуальні питання. Фахівці цієї країни вказують, що саме встановлення кримінально-правових заборон покликане регулювати суспільні відносини. Таке регулювання відбувається за допомогою стримування громадян під загрозою кримінальної відповідальності від вчинення ними суспільно небезпечних діянь і здійснюється в процесі загально попереджувального функціонування кримінального права. Але таке регулювання суспільних відносин, на їх думку, здійснюється поза рамками практичного застосування норм кримінального права, тому навряд чи було б доцільно їх вважати кримінально-правовими відносинами. Встановлення заборон на вчинення суспільно небезпечних діянь під загрозою застосування заходів кримінальної

відповідальності забезпечує в цілому правопорядок в суспільстві і певним чином регулює суспільні відносини, які склалися в ньому, але це не означає, що такі суспільні відносини набувають якості кримінально-правових [12, 11].

В той же час, у іншій державі ближнього зарубіжжя визнання предмету є більш різноманітним. Наприклад, в одному підручнику вказується, що таким предметом у самому загальному вигляді є, наприклад, злочин і покарання, і ці поняття є центральними у кримінальному праві. І далі: оскільки кожен злочин вчиняється конкретно людиною, то визначення юридично значимих ознак особи, яка вчинила злочин, – суб'єкта, також входить до предмету кримінального права [19, 26]. В іншому підручнику вказується, що предметом правового регулювання кримінального права є суспільні відносини, що виникають між державою (в особі уповноважених нею органів) і особою, яка вчинила заборонене законом під страхом застосування кримінального покарання діяння, що містить ознаки конкретного складу злочину. При цьому додається, що предметом охорони кримінального права є найбільш важливі суспільні відносини, що складаються в країні, в становленні, зміцненні, вдосконаленні та розвитку яких зацікавлені певні групи і версти населення, що прийшли в останні роки до влади демократичним шляхом. Звернемо увагу, що в цьому визначенні є певна вказівка на класовість, яка притаманна кримінальному праву. Предмет його охорони, продовжується у цьому визначенні, це: права і свободи людини, громадянина, власність, громадський порядок та громадська безпека, довкілля, конституційний лад, мир і безпека людства [19, 26]. Ще в одному підручнику вказується, що кримінальне право взагалі відрізняється унікальними особливостями предмета його регулювання, під яким в самому широкому сенсі слід розуміти впорядкованість

за допомогою дії правових норм певних суспільних відносин в інтересах громадян, суспільства і держав. [20, 17]. Тобто, в деяких визначення є згадування про суспільні відносини, а в деяких – немає. Принаймні, єдності у визначеннях немає, але з'являється, як вище вказувалось, згадування про класовість кримінального права.

Звернення до досвіду країн з групи так званого дальнього зарубіжжя наприклад, романо-германської правової сім'ї, показує наступне. По-перше, в багатьох країнах в кримінальному праві відсутнє поняття злочину, і воно визначається на основі існуючих доктрин. Крім того, в цих країнах принципово відторгають ознаку «суспільна небезпека» злочину, яка у нас є традиційною. В них, як відомо, існує тільки формальне визначення злочину. Тому, наприклад, у Німеччині, триває певна дискусія, і достатньо погоджене загальне визначення сутності створилось в результаті довгого такого обговорення. Згідно нього: «Кримінальне право одностайно розглядається як галузь публічного права, спрямованого на захист суспільства, яка регулює особливі відносини владного характеру між державою і громадянами, визначаючи, які посягання проти соціального порядку є злочинами і загрожують покаранням як правовим наслідком злочину» [5, 12, 16].

З 1973 р. у Франції велася робота з підготовки нового Кримінального кодексу (далі – КК). 22 липня 1992 р. був прийнятий і навесні 1994 р. набув чинності новий КК Франції. Однак значення КК Наполеона цим кодексом не «знищено» зважаючи на його величезний вплив на французьке і закордонне законодавство. Причому, якщо в Кримінальному кодексі Наполеона 1810 року основна увага приділялась покаранню, то в кодексі 1992 року – поняттю та ознакам злочину. В той же час, у кодексі немає навіть визначення

злочину: він традиційно існує тільки в доктринальних визначеннях. У сучасних курсах кримінального права злочинне діяння визначається як «всяка дія або бездіяльність, яку суспільство забороняє під загрозою кримінальної санкції» [10, 317].

Висновки Деталізація дослідження саме предмета регулювання показує, що об'єктивно існуючі особливості окремих видів суспільних відносин, які лежать в основі поділу системи права на галузі, а також соціальне призначення кожної і завдання, які перед ними стоять, визначають особливості їх предмета і методів як самостійних галузей права. Встановлення предмета права в цілому, предмета кожної галузі права дає, на нашу думку, змогу визначити, як вже вказувалось, більш чітко їх сутність. Безумовно, тут виникає питання: а що первісно у цій зв'язці – сутність чи предмет? Тобто сутність права визначає його предмет чи предмет права визначає його сутність? На нашу думку, тут немає «першості», тому що предмет зовнішньо формалізує визначення сутності права. Встановлення цього, в свою чергу, дозволяє конкретизувати мету галузі права та його завдання. В свою чергу, саме мета правової галузі визначає її завдання. Саме це багато в чому, на нашу думку, може в подальшому більш конкретизувати цю проблему.

В той же час, звернення до предмету кримінального права, виявлення сутності цієї галузі права дає змогу звернути увагу і на більш об'ємні питання, які стосуються її подальшого розвитку. Багато в чому вони пов'язані з еволюційним розвитком і включають в себе окремі основні напрямки, які є, мабуть, у чомусь зовнішньо суперечливими, але достатньо загальними для сучасного кримінального права переважної більшості держав світу. Це: гуманізація кримінального права, криміналізація нових видів злочинної діяльності та інтернаціоналізація

кримінального права. Все це, в свою чергу, потребує подальшого розвитку та вдосконалення кримінального права, причому, не тільки як галузі права, у всіх своїх «іпостасях», на внутрідержавному а й на міжнародному рівнях. Тому для того, щоб створити такі заходи ефективними,

потрібно найбільш точно встановлювати сутність, предмет, мету і завдання кримінального права, як, доречі, і кожної галузі права або групи споріднених галузей права. Саме тоді усі заходи наберуть не тільки додаткового наукового рівня, а більшої практичної реальності.

СПИСОК ЛІТЕРАТУРИ:

1. *Адміністративне право України* : підручник / Ю. П. Битяк, В. М. Гарашук, О. В. Дьяченко [та ін.] ; за ред. Ю. П. Битяка. – К. : Юрінком Інтер, 2005. – 544 с.
2. *Бажанов М. І.* Кримінальне право України : підручник / М. І. Бажанов. – К. : Юрінком Інтер, 2005. – 350 с.
3. *Господарське право* : підручник / О. П. Подцерковний, О. О. Квасніцька, А. В. Смітюх [та ін.] ; за ред. О. П. Подцерковного. – Харків : Одиссей, 2010. – 640 с.
4. *Елементарний підручник загального кримінального права з детальним викладом засад російського кримінального законодавства. Загальна частина* / О. Ф. Кістяківського. – 3-тє вид. передрук. без змін з другого. Репринтне видання. – К. : Видавець Паливода А. В., 2009. – 906 с.
5. *Жалинский А. Э.* Современное немецкое уголовное право / А. Э. Жалинский. – М. : ТК Велби ; Проспект, 2006. – 506 с.
6. *Курс советского уголовного права* : в 6 т. / [под ред. А. А. Пионтковского, П. С. Ромашника, В. М. Чхиквадзе]. – М. : Наука, 1970. – Т. 1. – 446 с.
7. *Наумов А. В.* Российское уголовное право. Курс лекций : в двух томах : Т. 1 : Общая часть / А. В. Наумов. – 3-е изд., перераб. и доп. – М. : Юрид. лит., 2004. – 496 с.
8. *Погорілко В. Ф.* Конституційне право України. Академічний курс : підручник : Т. 1 / В. Ф. Погорілко, В. А. Федоренко ; за ред. В. Ф. Погорілка. – К. : Юридична думка, 2006. – 544 с.
9. *Прохоров В. С.* Механизм уголовно-правового регулирования: норма, правоотношение, ответственность / В. С. Прохоров, Н. М. Кропачев, А. Н. Тарбагаев ; науч. ред. Н. А. Беляев. – Красноярск : Изд-во Красноярского ун-та, 1989. – С. 208.
10. *Pradel J.* Droit penal. Т. 1. Editons Cujas. – Paris, 1997. – 440 p.
11. *Рабінович П. М.* Основи загальної теорії держави та права : навч. посібник / П. М. Рабінович. – Видання 9-е, зі змінами. – Львів : Край, 2007. – 192 с.
12. *Саркисова Э. А.* Уголовное право. Общая часть : учеб. пособие / Э. А. Саркисова. – Минск, 2005. – С. 495.
13. *Скакун О. Ф.* Теорія права і держави : підручник / О. Ф. Скакун. – 4-е видання доповн. і переробл. – К. : Алерта, 2013. – 524 с.
14. *Таганцев Н. С.* Русское уголовное право. Лекции. Часть общая : в 2 т. : Т. 1 / Н. С. Таганцев. – М. : Наука, 1994. – 380 с.

15. *Теорія держави і права* : підруч. для студ. юрид. вищ. нав. закл. / О. В. Петришин, С. П. Погребняк, В. С. Смородинський [та ін.] ; за ред. О. В. Петришина. – Х. : Право, 2014. – 368 с.
16. *Теорія держави і права* : підручник. – Харків : ОДІССЕЙ, 2007. – 448 с.
17. *Теория государства и права*. Государственный экзамен / Ю. Н. Оборотов, Н. Н. Крестовская, А. Ф. Крижановский, Л. Г. Матвеева. – Издание седьмое. – Харьков : Одиссей, 2013. – 256 с.
18. *Уголовное право* Украины. Общая часть : учебник / [отв. ред. доктор юрид. наук, профессор, заслуженный деятель науки и техники Е. А. Стрельцов. – Харьков : Одиссей, 2009. – 344 с.
19. *Уголовное право* России : Т. 1 : учебник для вузов : в 2 т. / А. Э. Жалинский, А. Н. Игнатов Т. А. Костарева [и др.] ; отв. ред. и рук. авт. коллектива А. И. Игнатов, Ю. А. Крайков. – М. : НОРМА-МНФРА, 1998. – 624 с.
20. *Уголовное право* России. Часть Общая : учебник / [под. ред. Л. А. Крутlikова]. – 2-е изд., перераб. и доп. – М. : Волтерс Клувер, 2005. – 592 с.

Стаття надійшла до редакції: 16.04.2015.

Рекомендовано кафедрою кримінального процесу та криміналістики

TOWARDS THE ISSUE ON THE SUBJECT OF CRIMINAL LAW

Streltsov E. L.

Abstract: Law acting as a regulator of public relations, facilitates its ordering, thus creating a legal order in the state. The character and content of the regulation is defined by the essence of social relations, their nature, classification, peculiarities and so on. The complex of such relations, regulated by law, are referred to as the subject of legal regulation. Due to the fact that law and public relations are interrelated, interdependent and affect each other, identification of the subject of legal regulation helps understand in more depth the concept and essence of the law and public relations governed by the law, etc. Taking this into consideration one is able to get aware of a number of important provisions concerning the content of legal regulation. Thus, the subject of legal regulation, firstly, fixes, formalizes the inner essence of law and, secondly, shows the direction, the character, “depth” and limits of the state impact on social relations via law.

In general terms, the subject of legal regulation is closely associated with the method of regulation, as to say, the way law influences social relations. At the same time establishing dominance in these “relationships” is debatable. The subject is seen as a material criterion and the method – as a legal criterion of regulation. In any case, in recent times scholarly research of the subject and method of legal regulation are increasingly being gained attention.

The paper argues that despite the fact that the subject of legal regulation for each branch of law is represented by a separated group of public relations, there should be criteria and features that are related to the general content and methodological attempts to distinguish a subject of legal regulation. Separate attention is drawn to both traditional and questionable provisions as to the identification and definition of the subject of criminal law.

Keywords: social relations, subject of legal regulation, method of legal regulation, legal relations.



К ВОПРОСУ ОБ ОБЪЕКТЕ УГОЛОВНОГО ПРАВА

Стрельцов Е. А.

Резюме: В статье исследуются сложные проблемы определения предмета правового регулирования в разных отраслях права, в том числе и в уголовном праве.

Ключевые слова: общественные отношения, предмет правового регулирования, метод правового регулирования, правоотношения.

ПОРІВНЯЛЬНО-ПРАВОВИЙ АНАЛІЗ НОРМ ПРО НЕОБХІДНУ ОБОРОНУ У КРИМІНАЛЬНОМУ ЗАКОНОДАВСТВІ АНГЛО-АМЕРИКАНСЬКИХ КРАЇН

УДК 343.228

**Б. М. Орловський**

*кандидат юридичних наук, старший
викладач, Одеський національний
університет імені Іллі Ілліча Мечникова*

Стаття присвячена дослідженню кримінально-правового закріплення норм про необхідну оборону у законодавстві основних країн англо-американської правової системи. Проводиться порівняльно-правовий аналіз цих норм за певними критеріями (найменування, місцезнаходження, форма здійснення, система об'єктів захисту, правова підстава) та робляться узагальнені висновки.

Ключові слова: захист, самозахист, необхідна оборона, застосування сили, застосування смертельної сили, правомірна поведінка, виправдувальна обставина, протиправна (незаконна) сила.



COMPARATIVE LEGAL ANALYSIS OF THE NORMS
ABOUT NECESSARY DEFENSE IN THE CRIMINAL
LEGISLATION OF ENGLISH-AMERICAN COUNTRIES

Orlovskiy B. M.

Received: 1 Apr 2015.

Постановка проблеми. Необхідна оборона як обставина, що виключає злочинність діяння, забезпечує право кожної особи на самостійний захист від суспільно небезпечних посягань, що ставить перед державою обов'язок забезпечення належного її кримінально-правового регулювання з урахуванням вимог міжнародних стандартів. Тому дослідження та вивчення кримінально-правового закріплення норм про необхідну оборону у законодавстві країн англо-американської правової системи для визначення прогресивного зарубіжного досвіду є важливим питанням у цьому напрямі.

Актуальність теми дослідження обумовлена відсутністю належно проведеного порівняльно-правового аналізу норм про необхідну оборону у кримінальному законодавстві основних англо-американських країн (за критеріями найменування, місцезнаходження, форми здійснення, системи об'єктів захисту та правової підстави). Також вона обумовлена можливістю подальшого використання прогресивного зарубіжного досвіду для вдосконалення окремих положень Кримінального кодексу (далі – КК) України.

Стан дослідження. Дослідженням різних аспектів правового регулювання необхідної оборони у

кримінальному законодавстві англо-американських країн займалися такі вчені як С. І. Міронов, В. Д. Пакутін, Л. М. Гусар, І. Д. Козочкін, А. С. Нікіфоров, Я. Мочкош, Є. Н. Трікоз та інші. Однак системне дослідження норм про необхідну оборону у кримінальному законодавстві англо-американських країн (зокрема, Австралії та Канади) з проведенням їх порівняльно-правового аналізу за озвученими у статті п'ятьма порівняльними критеріями в науці кримінального права допоки не здійснювалось.

Метою та задачами статті є: дослідження кримінально-правового закріплення норм про необхідну оборону у кримінальному законодавстві основних країн англо-американської правової системи; проведення їх порівняльно-правового аналізу за викладеними автором п'ятьма критеріями із формуванням відповідних висновків щодо прогресивного зарубіжного досвіду.

Виклад основного матеріалу. Однією з головних правових систем сучасності є англо-американська правова система, яка існує на противагу континентальній. Особливими рисами цієї правової системи є верховенство серед джерел права судового прецеденту, який створюється вищими судовими інстанціями; казуїстичний характер та гнучкість правової системи, що забезпечує поширення застосування судових прецедентів лише при вирішенні аналогічних казусів (випадків), а норм статутів (законів) – на всі суспільні відносини [5, 588, 591]. В рамках англо-американської правової системи виділяють підтипи англійського та американського права, оскільки США та Великобританія є центральними представниками цієї системи. Отже перейдемо до розгляду структури та змісту норм про необхідну оборону у їх законодавстві.

I. У кримінальному законодавстві Великобританії відсутній єдиний кодифіко-

ваний акт у сфері кримінального права (кримінальний кодекс). На законодавчому рівні необхідна оборона регламентується «загальним правом» (захист за яким можливий у певних випадках) та Законом Великобританії «Про кримінальне право» 1967 року, а у судовій практиці – системою судових прецедентів у відповідних категоріях справ. Загалом необхідна оборона характеризується як «самозахист» і по суті є обставиною захисту особи від обвинувачення. Згідно зі ст. 3 Закону Великобританії «Про кримінальне право» 1967 року «особа може використовувати силу, яка є допустимою в обставинах попередження злочину, або при здійсненні законного арешту правопорушника чи підозрюваного, або під час надання допомоги такому арешту. Пункт 1 даного параграфу замінює норми загального права, що стосуються виправданого використання сили в цілях, вказаних у даному параграфі» [2]. Це передбачає, що особа має право застосовувати силу в розумних межах для захисту себе, іншої особи та майна, які виступають об'єктами захисту в рамках необхідної оборони. Відповідно протиправна поведінка того, хто посягає характеризується як «злочин», а правомірна поведінка того, хто захищається розглядається як «використання сили». Питання про те, чи була використана сила розумно допустимою включає у себе два аспекти: а) чи виправдано застосування сили взагалі в даній ситуації; б) чи могла «розумна людина», що опинилася в подібній ситуації, визначити, яка сила є в цій ситуації допустимою та чи немає перевищення сили в даному випадку [1, 120; 3, 61].

II. В кримінальному законодавстві США необхідна оборона характеризується як «захист» та входить до системи обставин захисту від обвинувачення. Оскільки Сполучені Штати Америки мають дворівневу правову систему, зумовлену федеративним устроєм держави (правова система федерації та правова система

конкретного штату, які паралельно взаємодіють між собою), то розгляд їх кримінального законодавства ми будемо здійснювати шляхом дослідження норм загального федеративного Примірного Кримінального кодексу США та норм кримінальних кодексів декількох штатів (КК штату Нью-Йорк та КК штату Техас).

Примірний КК США у Розділі III «Загальні принципи визнання поведінки правомірною» Частини I «Загальні положення» розрізняє декілька видів захисту як правомірної поведінки, пов'язаних із застосуванням насильства (сили): при самозахисті (ст. 3.04); для захисту інших осіб (ст. 3.05); для захисту майна (ст. 3.06); при виконанні закону (ст. 3.07). В ст. 3.01 цього кодексу зазначається, що по кожному кримінальному переслідуванню визнання поведінки особи правомірною є позитивною підставою для захисту від обзвинувачення [4, 63]. За ч. 1 ст. 3.04: «Застосування насильства до іншої особи або у відношенні іншої особи може бути визнано правомірним, якщо діяч припускає, що таке насильство є безпосередньо необхідним для його самозахисту проти неправомірного насильства з боку цієї особи в даному випадку». У пп. б п. 2 цієї статті зазначається також, що: «Застосування смертоносного насильства не може бути визнано правомірним відповідно до цієї статті, якщо діяч не припускає, що такого роду насильство є необхідним для самозахисту проти заподіяння смерті, тяжкого тілесного ушкодження, викрадення людини або статевих зносин, до яких примушували насильством або погрозою...» [4, 65–66]. Аналогічні за змістом норми існують у ст. 3.05 «Застосування насильства для захисту інших осіб».

В ст. 3.06 «Застосування насильства для захисту майна» вказується: «Застосування насильства до іншої особи або у відношенні іншої особи може бути визнано правомірним у випадках, коли

діяч припускає, що таке насильство безпосередньо необхідно: а) для попередження або припинення протиправного вступу в межі нерухомості чи іншого порушення володіння нею, або порушення володіння матеріальним рухомим майном, або протиправного вилучення такого майна за умови, що ця нерухомість або рухоме майно знаходяться, в дійсності або за припущенням діяча, в його володінні або у володінні іншої особи, на захист якої він діє; б) для встановлення або відновлення володіння нерухомістю чи для повернення із чужого володіння матеріального рухомого майна...» [4, 68].

Проаналізувавши ці норми, можна зробити наступні висновки: об'єктами захисту при необхідній обороні за Примірним КК США виступають «особа, інша особа, майно»; протиправна поведінка того, хто посягає в загальному вигляді, формулюється у Кодексі як «неправомірне насильство (смертоносне насильство)», а в деяких випадках – як протиправне порушення володіння; правомірна поведінка того, хто захищається розглядається як «застосування насильства (смертоносного насильства), що є безпосередньо необхідним».

III. У КК штату Нью-Йорк необхідна оборона відповідно до Статті 35 «Захисти, пов'язані із виправдувальними обставинами» Розділу «С» («Захисти») Кодексу характеризується як «захист», є однією із виправдувальних обставин, та розкривається через словосполучення «застосування фізичної сили»: для захисту особи (§ 35.15); для захисту приміщення і будь-якої нерухомості, а також для захисту особи в ході здійснення берглері (§ 35.20); для запобігання або припинення крадіжки чи заподіяння іншої кримінально-караної шкоди майну (§ 35.25); для захисту в інших випадках (при здійсненні арешту чи запобіганні втечі з-під варті – п. 4 § 35.30).

Згідно із § 35.25 КК штату Нью-Йорк: «Особа може...застосувати фізичну силу до іншої особи тоді і в такій мірі, коли і наскільки, як вона розумно вважає, це необхідно для захисту самого себе або третьої особи від того, що як вона розумно вважає, представляє собою застосування або навислу загрозу застосування проти-правної фізичної сили такою іншою особою...». У ч. 2 § 35.25 вказується: «Особа може застосовувати смертельну фізичну силу до іншої особи при обставинах, зазначених у п. 1, якщо вона розумно вважає, що така інша особа: а) застосовує або ось-ось почне застосовувати смертельну фізичну силу...; б) здійснює чи намагається здійснити викрадення людини, насильницькі статеві зносини (згвалтування), насильницькі збочені статеві зносини або пограбування; с) здійснює чи намагається здійснити берглері...» [6].

Проаналізувавши такі норми, можна зробити наступні висновки: об'єктами захисту при необхідній обороні за КК штату Нью-Йорк виступають «сама особа, третя особа, майно»; протиправна поведінка того, хто посягає описується через «застосування або навислу загрозу застосування протиправної фізичної сили чи протиправної смертельної фізичної сили»; правомірна поведінка того, хто захищається, у Кодексі формулюється як «застосування фізичної сили», «застосування смертельної фізичної сили».

IV. За КК штату Техас необхідна оборона теж формулюється як «захист» та є виправдувальною обставиною, норми про яку знаходяться у підглавах «С» («Захист осіб») та «D» («Захист майна») Глави IX «Виправдувальні обставини для звільнення від кримінальної відповідальності» Розділу II «Загальні принципи кримінальної відповідальності» Кодексу. Підглава «С» містить §§ 9.31 «Самозахист», 9.32 «Смертельна сила на захист людини», 9.33 «Захист

третьої особи», 9.34 «Захист життя чи здоров'я». У § 9.31 «Самозахист» зазначається: «...Особа вправі застосовувати силу проти іншого тоді і в такій мірі, коли вона розумно вважає, що ця сила негайно необхідна для захисту від застосування чи спроби застосування незаконної сили. Переконання діяча про те, що застосована сила була негайно необхідною, як передбачається в цьому пункті, буде розумним...». В § 9.32 «Смертельна сила на захист людини» розглядаються випадки застосування смертельної сили у наступному форматі: «(а) Особа виправдовується у застосуванні смертельної сили проти іншого: (1) якщо діяч буде виправданим у застосуванні сили проти іншого відповідно до § 9.31; (2) тоді і в тій мірі, коли діяч розумно вважає, що смертельна сила негайно необхідна: (А) щоб захистити діяча від застосування або спроби застосування іншою особою незаконної смертельної сили; (В) щоб запобігти неминучому вчиненню іншою особою викрадення людини при обтяжуючих обставинах, вбивства, сексуального насильства, насильницьких дій сексуального характеру при обтяжуючих обставинах (насильницьких збочених статевих зносин), пограбування або пограбування з обтяжуючими обставинами (за нашим законодавством – розбою)» [9]. В § 9.33 «Захист третьої особи» описується порядок застосування сили для захисту третьої особи, який за змістовою конструкцією відповідає § 9.31.

Підглава «D» («Захист майна») КК штату Техас містить норми, що регулюють захист майна при необхідній обороні та знаходяться у §§ 9.41 «Захист свого майна», 9.42 «Смертельна сила для захисту майна», 9.43 «Захист майна третіх осіб», 9.44 «Застосування пристрою для захисту майна». Відповідно до § 9.41 «Захист свого майна»: (а) Особа, що законно володіє землею або матеріальним, рухомим майном, виправдовується

у застосуванні сили проти іншого, тоді і в тій мірі, коли діяч розумно вважає, що сила негайно необхідна для запобігання або припинення посягання іншої особи щодо землі діяча або незаконного втручання у його власність [9]. За § 9.42 «Смертельна сила для захисту майна»: особа виправдовується у застосуванні смертельної сили проти іншого, щоб захистити землю або матеріальне, рухоме майно:... (2) тоді і в тій мірі, коли вона розумно вважає, що смертельна сила негайно необхідна: (А) щоб запобігти вчиненню іншою особою неминучого підпалу, бергері, грабежу, розбою, крадіжки в нічний час, чи хуліганських дій у нічний час; (В) щоб запобігти втечі іншої особи з майном відразу після вчинення бергері, грабежу, розбою, або крадіжки у нічний час [9].

Дослідивши норми цих параграфів, можна зробити висновки про те, що: об'єктами захисту при необхідній обороні за КК штату Техас виступають «сама особа, третя особа, майно»; протиправна поведінка того, хто посягає формулюється через «застосування чи спроба застосування незаконної сили»; правомірна поведінка того, хто захищається у кодексі описується як «застосовування сили (смертельної сили), яка негайно необхідна».

Серед країн Співдружності націй, на які поширилася дія англо-американської правової системи, як приклади ми розглянемо кримінальне законодавство Австралії та Канади.

V. Необхідна оборона за КК Австралії характеризується як «самозахист» та закріплюється у Відділі 10 «Обставини, пов'язані із зовнішніми факторами» Частини 2.3 «Обставини, при яких відсутня кримінальна відповідальність» Глави 2 «Загальні принципи кримінальної відповідальності». Вона є обставиною, що виключає кримінальну відповідальність, але не вважається правомірним діянням.

Розділ 10.4 визначає її конструкцію наступним чином:

(1) особа не несе кримінальної відповідальності за правопорушення, якщо вона здійснює поведінку, що являє собою злочин в умовах самозахисту;

(2) особа здійснює поведінку (діяння) в умовах самозахисту, якщо і тільки якщо вона вважає поведінку (діяння) необхідною: (А) для захисту себе чи іншої особи; (Б) для запобігання чи припинення незаконного позбавлення волі у відношенні себе чи іншої особи; (С) для захисту власності від незаконного привласнення, знищення, пошкодження або втручання; (D) для запобігання злочинного посягання на будь-які землі чи приміщення; (Е) для видалення із будь-якої землі чи приміщення особи, що вчиняє злочинне посягання, і поведінка (діяння) є розумною відповіддю за даних обставин, як їх вона сприймає [7, 20].

Розглянувши ці положення, можливо зробити наступні висновки: об'єктами захисту при необхідній обороні за КК Австралії виступають «сама особа, інша особа, власність»; протиправна поведінка того, хто посягає у загальному вигляді формулюється як «злочинне посягання», а стосовно захисту власності – як «незаконне привласнення, втручання, знищення або пошкодження власності»; правомірні дії того, хто захищається за текстом розділу характеризуються як «здійснення поведінки, що являє собою злочин».

VI. У кримінальному законодавстві Канади необхідна оборона розглядається як «захист», норми про який закріплюються у Главах «Захист особи» та «Захист власності» Частини I «Загальна» КК. Відповідно до ч. 1 «Захист – застосування або загроза сили» ст. 34 Глави «Захист особи» КК Канади: (1) Особа не є винною у вчиненні правопорушення,

якщо: (а) вона мала розумні підстави вважати, що сила використовується проти неї чи іншої особи або виникла загроза застосування сили проти неї чи іншої особи; (б) акт (діяння), який являє собою правопорушення, скоєно з метою оборони або захисту себе чи іншої особи від такого застосування чи загрози застосування сили; (с) акт (діяння) вчинений розумно за даних обставин [8]. За ч. 1 «Захист – власність» ст. 35 Глави «Захист власності»: (1) Особа не винна у правопорушенні, якщо... с) акт (діяння), який становить собою правопорушення скоєно з метою: (і) запобігання іншій особі переходу у власність чи видалення її із власності, або (ii) запобігання іншій особі у вчиненні пошкодження або знищення майна чи спробі зробити його непридатним для використання, або відбирання майна від цієї іншої особи; (d) діяння вчинене розумно за даних обставин [8].

Аналізуючи норми цих статей, можна зробити наступні висновки: об'єктами захисту при необхідній обороні за КК Канади виступають «сама особа, третя особа, власність»; протиправна поведінка того, хто посягає описується через «застосування чи загрозу застосування сили»; правомірна поведінка того, хто захищається за текстом розглянутих статей формулюється через «вчинення правопорушення».

Висновки. Узагальнюючи проведене дослідження кримінально-правового закріплення норм про необхідну оборону у законодавстві країн англо-американської правової системи, автор прийшов до наступних висновків в межах порівняльно-правового аналізу цих норм:

1) поняття необхідна оборона в країнах англо-американської правової системи у загальному вигляді формулюється як «захист» (кримінальне законодавство Великобританії, Примірний КК США, КК штату Нью-Йорк, КК штату Техас,

КК Канади), який поділяється на відповідні підгрупи: самозахист; захист іншої (третьої) особи; захист власного рухомого та нерухомого майна (в тому числі і права володіння); захист рухомого та нерухомого майна іншої (третьої) особи. У деяких країнах воно може формулюватися скорочено як «самозахист» (КК Австралії);

2) захист (необхідна оборона) за своєю правовою природою у країнах англо-американської правової системи може характеризуватися як правомірна поведінка (Примірний КК США), виправдальна обставина (КК штату Нью-Йорк, КК штату Техас), обставина захисту від обвинувачення (законодавство Великобританії) тощо;

3) об'єктами захисту при необхідній обороні у країнах англо-американської правової системи виступають: «особа, що захищається» (в це поняття судовою практикою включається її життя і здоров'я, права і свободи); «інша (третя) особа» (в це поняття судовою практикою також включається її життя і здоров'я, права і свободи); власність, яка характеризується як «рухоме та нерухоме майно», «земля», «житло», «приміщення»;

4) форма здійснення необхідної оборони у кримінальному законодавстві країн англо-американської правової системи: а) характеризується через «застосування сили (фізичної сили)» (кримінальне законодавство Великобританії, Примірний КК США, КК штату Техас, КК штату Нью-Йорк, КК Канади); б) обов'язково містить посилання на критерій розумності захисних дій (застосованої сили), наприклад: «в розумних межах» (англійське кримінальне законодавство), «розумно вважає» (КК штату Нью-Йорк, КК штату Техас), «розумна відповідь» (КК Австралії), «розумні підстави вважати» (КК Канади) тощо;

5) правовою підставою для захисту (необхідної оборони) в кримінальному законодавстві країн англо-американської правової системи загалом може виступати «застосування протиправної (незаконної) сили». Наприклад, «застосування або нависла загроза застосування протиправної фізичної сили» (КК штату Нью-Йорк), «застосування чи спроби застосування незаконної сили» (КК штату Техас, КК Канади), «неправомірне насильство» (Примірний КК США);

6) окремим видом захисту (необхідної оборони) розглядається застосування смертельної (смертоносної) сили, що допускається: при захисті від застосування незаконної смертельної сили (заподіяння смерті чи тяжкого тілесного ушкодження); при викраденні людини або насильницьких статевих зносинах (згвалтуванні чи збоченні); при позбавленні особи володіння його житлом, вчиненні

або замаху на вчинення підпалу, берглері, розбою. Цьому виду захисту у кримінальному законодавстві країн англо-американської правової системи присвячені значні за об'ємом пункти (наприклад, у КК штату Нью-Йорк) та навіть окремі параграфи (наприклад, §§ 9.32, 9.42 КК штату Техас). Саме описання поняття «смертельна сила» існує у кодексах, наприклад, у ст. 3.11 Примірного КК США, у п. 11 § 10.00 КК штату Нью-Йорк, у § 9.01 КК штату Техас.

Викладені автором дослідження та висновки мають важливе значення для комплексної характеристики правового закріплення структури та змісту норм про необхідну оборону в кримінальному законодавстві країн англо-американської правової системи і можуть слугувати базою для імплементації окремих прогресивних положень зарубіжного законодавства до кримінального законодавства України.

СПИСОК ЛІТЕРАТУРИ:

1. Гусар Л. Порівняльна характеристика кримінального права зарубіжних країн: необхідна оборона / Л. Гусар // Вісник Прокуратури. – 2008. – № 2. – С. 119–125.
2. Закон Великобританії «Об уголовном праве» 1967 г. [Электронный ресурс]. – Режим доступа : <http://constitutions.ru/?p=8113> – название с экрана.
3. Миронов С. И. Необходимая оборона по уголовному праву Англии и США: особенности регулирования / С. И. Миронов // Государство и право. – 2002. – № 6. – С. 61–67.
4. Примерный уголовный кодекс США. Официальный проект Института американского права : [перевод с английского] / [под ред.: Б. С. Никифоров (предисл.) ; пер.: А. С. Никифоров]. – М. : Прогресс, 1969. – 303 с.
5. Теорія держави і права : підручник : [пер. з рос.] / О. Ф. Скакун. – Харків : Консум, 2001. – 656 с.
6. Уголовный кодекс штата Нью-Йорк [Электронный ресурс]. – Режим доступа : <http://constitutions.ru/?p=8102> – название с экрана.
7. Уголовный кодекс Австралии / [науч. ред. проф. И. Д. Козочкин, Е. Н. Трикоз ; пер. Е. Н. Трикоз]. – СПб : Юридический центр Пресс, 2002. – 386 с.
8. Уголовный кодекс Канады [Электронный ресурс]. – Режим доступа : <http://laws-lois.justice.gc.ca/eng/acts/C-46/> – название с экрана.

9. *Уголовный кодекс штата Техас* : Принят Законодательным собранием штата Техас (63-я законодательная сессия) : с изм. и доп. на 1 июля 2003 г. / [науч. ред. и предисл. И. Д. Козочкина ; пер. с англ. Д. Г. Осипова, И. Д. Козочкина] ; Ассоциация Юридический центр. – СПб : Юридический центр Пресс, 2006. – 576 с.

Статья надійшла до редакції: 01.04.2015.

Рекомендовано кафедрою кримінального та адміністративного права

COMPARATIVE LEGAL ANALYSIS OF THE NORMS ABOUT NECESSARY DEFENSE IN THE CRIMINAL LEGISLATION OF ENGLISH-AMERICAN COUNTRIES

Orlovskiy B. M.

Abstract: The article investigates the criminal law norms about defense (necessary defense) in the criminal legislation of English-American countries (Great Britain, the United States of America (in the Model Penal Code and Penal Code of the states), Australia, Canada). The author conducted a comparative legal analysis of fixation the defense as lawful act in these countries on the following criteria: name a lawful act; the location lawful act; a form of lawful act; system objects of the protection; the legal basis of application lawful act. Based on conducted comparative legal analysis, the author makes the certain findings for example, about that: a) the concept of “necessary defense” in the English-American legal system in general is formulated as a “defense”, which is divided into appropriate subgroups – protecting themselves; protection of another (third) person; protection of own movable and immovable property (including peaceable possession); protection of movable and immovable property of another (third) person; b) a form of necessary defense in the criminal legislation of the English-American legal system is characterized through the “use of force (physical force)” and must include a reference to the criteria of “immediately necessary” and to the criteria of reasonableness protective actions (using force), for example, “in reasonable limits”, “reasonably believes”, “reasonable grounds”, “reasonable answer” etc.; c) legal basis of application defense (necessary defense) in the criminal legislation of the English-American legal system in general can protrude a “use of unlawful (illegal) force”. These resumptive findings form the progressive foreign experience, which can be used to form norms about the necessary defense in Ukrainian criminal legislation.

Keywords: defense, self-defense, necessary defense, use of force, use of deadly force, legitimate behavior, the justifying circumstance, unlawful (illegal) force.



СРАВНИТЕЛЬНО-ПРАВОВОЙ АНАЛИЗ НОРМ О НЕОБХОДИМОЙ ОБОРОНЕ В УГОЛОВНОМ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВЕ АНГЛО-АМЕРИКАНСКИХ СТРАН

Орловский Б. М.

Резюме: Статья посвящена исследованию уголовно-правового закрепления норм о необходимой обороне в законодательстве основных стран англо-американской правовой системы. Проводится сравнительно-правовой анализ этих норм по определенным критериям (наименование, местонахождение, форма осуществления, система объектов защиты, правовое основание) и делаются обобщающие выводы.

Ключевые слова: защита, самозащита, необходимая оборона, применение силы, применение смертельной силы, правомерное поведение, оправдывающее обстоятельство, противоправная (незаконная) сила.

КОНФЛІКТИ У КРИМІНАЛЬНОМУ ПРАВІ: ПОШУК НОВОЇ ПАРАДИГМИ

УДК 343.211

**Г. О. УСАТИЙ***кандидат юридичних наук, доцент, Київський
національний університет імені Тараса Шевченка*

*«Народ бачить покарання, але не бачить злочину, і
саме тому, що він бачить покарання там, де немає
злочину, він перестає бачити злочин там, де він є».*

(К. Маркс)

За сучасних умов, коли активно реформуються практично усі сфери суспільного життя (і особливо вітчизняне кримінальне судочинство), не можна залишати поза увагою ті процеси, що відбуваються нині у царині кримінального права.

Доводиться констатувати, що український законодавець доволі часто вносить до Кримінального кодексу України штучні та безсистемні зміни і доповнення, які не йдуть вочевидь на користь практиці правозастосування. Безумовно, що за певних умов зміни до кримінального закону є просто необхідними, адже це по – суті реальна спроба держави відреагувати на сучасні прояви злочинності, яка постійно удосконалюється, видозмінюється та набуває новітніх форм та проявів. Проте, як влучно зазначає відомий вітчизняний криміналіст В. Грищук, «виступаючи в ролі засобу етичного й гуманістичного контролю за суспільно значущою поведінкою особи, кримінальний закон відіграє значну роль у соціальній детермінації її поведінки. Норми кримінального закону містять у собі не просто варіант поведінки особи, а конкретне в кожному випадку державне веління: дозвіл, заборону, заохочення, контроль за дотриманням яких здійснюється компетентними державними органами» [1, 242].

Статтю присвячено дослідженню окремих проблемних питань кримінальних правовідносин не лише шляхом інтерпретації класичного вчення про злочин та склад злочину, а й через призму новітніх досліджень кримінально-правового конфлікту.

Ключові слова: парадигма, кримінально-правовий конфлікт, злочин, склад злочину, конфліктологія.



CONFLICTS IN CRIMINAL LAW: THE
SEARCH FOR A NEW PARADIGM

Usatyy G.

Received: 16 Apr 2015.

Парадокс, але часті зміни та доповнення до вітчизняного кримінального закону не зробили

його якіснішим, а значить ефективнішим. І проблема тут, як нам видається, не лише у необґрунтовано великій кількості внесених до матерії кримінального закону змін, а насамперед у їх якості, яка все ще залишається відверто низькою.

На наше глибоке переконання, варто відійти від чисельних «косметичних» змін і поглянути на проблему неефективності (недосконалості) вітчизняного кримінального закону значно глибше та під іншим кутом зору, а саме переглянувши та переоцінивши окремі його концептуальні положення (зокрема, класичні теорії злочину та складу злочину як єдиної підстави кримінальної відповідальності тощо).

Зокрема, навіть попередній аналіз дозволяє стверджувати, що вчення про склад злочину має цілий ряд очевидних вад та недоліків. Зокрема, концентрація уваги правозастосувача лише на 4 обов'язкових формалізованих елементах (об'єкт – об'єктивна сторона – суб'єкт – суб'єктивна сторона) призводить до того, що він відволікається від важливої обставини: самі ці явища, з одного боку, обумовлені попередніми подіями, а з іншого – вони не залишаються статичними, а значить набувають свого подальшого розвитку.

Зрозуміло, що слідчому, прокурору або будь – якому іншому правозастосувачеві, який безпосередньо здійснює кримінально-правову кваліфікацію і не потрібно «охоплювати неосяжне» і досліджувати абсолютно усі обставини справи, які можуть і не мати вирішального для кримінально-правової оцінки значення. Проте, судово-слідча практика насправді значно багатогранніша і часто не вміщується у вузькі рамки складу злочину, які пропонуються правозастосувачеві (хоча законодавцем склад злочину в межах кримінального закону навіть не визначається). І саме тому, виокремлення складу злочину є доволі умовним (відносним), а значить суб'єктивним.

Такий далеко не безспірний підхід стає можливим насамперед завдяки тому, що з чисельного розмаїття ланцюга взаємопов'язаних подій оточуючого нас світу правозастосувач акцентує свою увагу лише на об'єктивних та суб'єктивних ознаках складу злочину. Тобто, по-суті особа, яка застосовує кримінальний закон: по-перше, відволікається від того надзвичайно важливого факту, що самі ці явища обумовлюються попередніми подіями (тобто, мають власну, і більш ранню і більш віддалену причину), а по-друге, поза його увагою часто залишається те, що досліджувані явища не залишаються статичними, а набувають свого подальшого розвитку, переходячи у інші юридично значущі явища та події.

Так, наприклад, російський вчений-криміналіст О. І. Плотников зазначає «якщо злочинець вчиняє вбивство людини пострілом з вогнепальної зброї, то у даній події нас цікавлять дії злочинця, що спрямовані на позбавлення життя, смерть людини як наслідок його дій і характер зв'язку і залежності між діями злочинця і смертю, що настала. Ми уявно відсторонюємось від того, що самі дії обумовлені якимись іншими подіями (наприклад, сваркою і конфліктом з потерпілим) і від того, що смерть, яка настала, призводить до ланцюга інших подій (страждання родичів потерпілого, матеріальним витратам на поховання, витратам держави на соціальне забезпечення сім'ї загиблого тощо).

Ми не враховуємо їх, тому що вони ніяк не відмінюють факту самого вбивства, **не впливають на кваліфікацію діяння як злочину** (доволі сумнівне ствердження, підкреслено мною – У. Г. О.). Що б не спонукало злочинця на розправу з жертвою і що б не слідувало за смертю – це ніяк не впливає на висновок про те, було вбивство чи не було. Ми не досліджуємо весь ланцюг подій від народження вбивці і

через позбавлення життя до різних соціальних чи інших наслідків, хоча вони взаємопов'язані. Такий вибір з маси поєднаних подій лише окремих і встановлення взаємозалежності між ними не є, безумовно, абсолютно довільним. У даному випадку він визначається ознаками такого складу, як вбивство, і необхідністю їх встановлення.

При дослідженні ж вбивства як соціального явища встановлення лише дій з позбавлення життя, факту смерті та їх взаємозв'язку буде явно недостатньо. Тоді треба буде розібратися і у тому, що передувало злочину і що слідувало за смертю. При цьому виявиться, що дії злочинця, що розглядаються при кваліфікації як причина, самі є наслідком, наприклад, конфлікту, а смерть як наслідок дій злочинця буде причиною соціальних, психологічних, моральних, фізичних і матеріальних наслідків» [2, 17].

Враховуючи вищезазначене, останнім часом все більш актуалізуються дослідження кримінальних правовідносин не лише шляхом різних інтерпретацій класичного вчення про злочин та склад злочину, а й через призму новітніх досліджень кримінально-правового конфлікту. Адже, кримінальний закон застосовується лише у тому разі, коли йому передуює кримінально-правовий конфлікт, змістом якого є вчинений злочин.

Для кримінально-правової науки та правозастосовної (судово-слідчої) практики надзвичайно важливим залишається встановлення механізмів виникнення та подальше розв'язання (вирішення або врегулювання) кримінально-правових конфліктів за допомогою правових засобів; розкриття зовнішніх стимулів і внутрішніх мотивів подібних конфліктів; розроблення оптимальних максимально ефективних прийомів подолання конфліктних ситуацій у кримінально-правовій сфері, тощо.

На наше глибоке переконання, найбільш повно вивчати дану проблематику можливо лише через аналіз наступних категорій: соціальний конфлікт – юридичний конфлікт – кримінально-правовий конфлікт.

В свою чергу, тривале реформування правової системи України (у т.ч. кримінального права як її важливої складової) сприяє пошуку нових напрямків дослідження, які б надалі зміцнювали пріоритет загальнолюдських цінностей та сприяли розбудові правової держави, в якій людина є найвищою соціальною цінністю. І, насамперед, мова йдеться про глибинне вивчення загальнотеоретичних проблем кримінального права: основних закономірностей кримінально-правової науки; аналіз та вирішення найбільш дискусійних питань в межах Загальної частини КК України; удосконалення кримінально-правових інститутів (зокрема, дійового каяття, примирення винного з потерпілим та інш.); підвищення ефективності спеціальних умов звільнення від кримінальної відповідальності, що закріплені у Особливій частині КК України; зміцнення кримінально-правових підвалин вчення про потерпілого тощо.

Окрім того, «у зв'язку зі зміною пріоритетів і основних напрямків кримінальної політики, що обумовлює динамічний процес криміналізації і декриміналізації діянь, питання про систему правових відносин, що врегульовані нормами кримінально-правового комплексу, є основоположним для якісної реалізації цілей і завдань, які перед ним висуваються. Наразі, особливо гостро стоїть питання про наслідки реформи кримінально-процесуального законодавства в плані підвищення ефективності реалізації норм кримінального права.

Лише в результаті системного дослідження взаємозв'язку кримінально-правових і кримінально-процесуальних

відносин можна зробити висновки про прийнятність чи неприйнятність техніко-юридичних засобів і конструкцій, що використані законодавцем у процесі створення норм кримінального права та кримінально-процесуального права» [3, 4].

Отже, багаточисельні спроби вчених-правників та законодавця відшукувати нові, більш ефективні та раціональні шляхи удосконалення кримінально-правової матерії видаються цілком логічними та обґрунтованими. Але при цьому надзвичайно важливим є те, щоб процес інтеграції накопичених знань, а також саме кримінальне право, слугували єдиній меті – охороні та гарантуванню сукупності загальнолюдських цінностей в рамках загальної моделі взаємодії категорій «суспільство-держава-людина».

Надзвичайно важливою для кримінально-правової теорії та правозастосовної практики залишається подальша розробка та розвиток проблеми кримінально-правового конфлікту. Сутність цього напрямку розвитку кримінально-правової науки у найбільш загальному вигляді можна усвідомити через визначення поняття, що запропоноване відомим російським академіком-правником В. М. Кудрявцевим: «юридичний конфлікт – протиріччя суб'єктів права з приводу застосування, порушення або тлумачення правових норм» [4, 10].

Навіть попередній аналіз досліджуваної тематики вказує на те, що проблема кримінально-правових конфліктів та засобів їх вирішення має міждисциплінарний (міжгалузевий) характер, а тому повинна вивчатися через призму різноманітних та більш широких соціальних, соціально-психологічних, кримінологічних та кримінально-процесуальних концепцій.

Актуальність дослідження проблеми кримінально-правового конфлікту важко переоцінити, адже з часом вона лише

набуває нового, більш глибокого значення. Цей соціально-правовий феномен пояснюється насамперед тим, що «різноманіття соціальних інтересів людини призводить до виникнення суперечностей, конфліктів та зумовлює боротьбу між соціальними суб'єктами за власні життєво важливі потреби. Але в природі суспільства як соціальному організмі корениться вимога до людини знаходити шляхи і засоби подолання протиріч, що виникають. Тому узгодженість та несуперечність відносин людини з людиною є запорукою їх дієвості та ефективності, умовою розвитку та вдосконалення самого суспільства» [5, 4].

Тобто, за своєю сутністю проблема кримінально-правового конфлікту є «вічною», а тому її дослідження викликають необхідність комплексного, незаангажованого погляду на нібито традиційні (класичні) проблеми вітчизняного кримінального права, що обумовлює додаткові можливості для якісно нового розвитку цієї фундаментальної галузі права.

Саме тому, варто погодитись з думкою деяких зарубіжних вчених, які справедливо зазначають, що «там, де ми старі поняття, старий зміст формулюємо по-новому, в межах нової, більш широкої теорії, ми завжди отримуємо дещо більше, ніж просто нове повторення старого. Саме старе набуває в межах нової понятійної системи нового змісту. Інтерпретація старого, вже відомого у новій системі часто є початком нових відкриттів» [6, 29].

Підґрунтям для дослідження проблеми кримінально-правових конфліктів та сучасних засобів їх вирішення повинні стати не лише теоретичні положення кримінального права та суміжних з ним галузей права (зокрема, адміністративного права), кримінального процесу, інших наук у сфері юриспруденції (кримінології, юридичної психології, соціології тощо), а й інших соціальних (біосоціальних) наук.

Лише дотримуючись такого інтегративного підходу, з активним використанням новітніх досягнень на стику різних наук та залучення позитивного зарубіжного досвіду, проведене дослідження претендуватиме на системність, комплексність та завершеність.

На особливу увагу при цьому заслуговує теорія конфлікту, яка останнім часом набула нового поштовху в ґрунтовних дослідженнях її послідовників. Адже, «конфліктологію як науку з правознавством поєднує генетично-конфліктна природа багатьох юридичних фактів. Що становлять буттєвий зміст юридичної практики і відповідно – онтологічні підвалини правової науки. Будь-яка система, у тому числі правова, час від часу відчуває деструктивні впливи і тенденції, що є результатом її внутрішньої суперечливості: між часткою і цілим, структурою та функціями, через процеси дезорганізації та дезінтеграції, оновлення й рутинізації

тощо. Чимало конфліктних ситуацій відбувається власне в галузі правовідносин; об'єктивно вони є наслідком спірних юридичних фактів і суперечливих правових стосунків. Ці конфлікти набувають юридичного характеру і від початку до завершення пронизані правовими зв'язками між опонентами, отже й вирішуватись мають саме в юридичний спосіб» [7, 3].

Стрімкий розвиток конфліктологічної доктрини і зокрема, юридичної (а з нею і кримінально-правової) конфліктології можна пояснити тим, що нібито досліджена проблема кримінально-правового конфлікту (злочину) почала вивчатися через призму більш загальних теорій фундаментального та прикладного характеру.

Проте, нажаль, доводиться констатувати той факт, що сьогодні така надзвичайно складна, важлива та багатогранна проблема кримінально-правового конфлікту, не зважаючи на її поширеність, все ще залишається малодослідженою.

СПИСОК ЛІТЕРАТУРИ:

1. *Гловацький І.* Влада, Суд, Адвокатура в афоризмах, сентенціях та прислів'ях : збірник / [укл. І. Гловацький]. – Львів : Апріорі, 2009. – 564 с.
2. *Плотников А. И.* Объективное и субъективное в преступлении : монография / А. И. Плотников. – Москва : Проспект, 2011. – 240 с.
3. *Васильченко А. А.* Взаимосвязь уголовно-правовых и уголовно-процессуальных отношений : монография / А. А. Васильченко. – М. : Ось-89, 2009. – С. 4.
4. *Кудрявцев В. Н.* Юридический конфликт / В. Н. Кудрявцев // Государство и право. – № 9. – С. 10.
5. *Бобровник С. В.* Компромiс i конфлікт у праві: антрополого-комунікативний підхід до аналізу : монографія / С. В. Бобровник. – К. : Юридична думка, 2011. – С. 4.
6. *Клаус Г.* Кибернетика и философия / Г. Клаус. – М. : Иностранная литература, 1963. – С. 29.
7. *Конфліктологія* : навч. посіб. / Л. М. Герасіна, М. П. Требін, В. Д. Воднік [та ін.]. – Харків : Право, 2012. – С. 3.

Стаття надійшла до редакції: 16.04.2015.

Рекомендовано кафедрою кримінального процесу та криміналістики

CONFLICTS IN CRIMINAL LAW: THE SEARCH FOR A NEW PARADIGM

Usatyi G.

Abstract: Paradoxically, frequent amendments to domestic criminal law did not do it better and therefore more effective. The problem, as we see it, not only unreasonably large numbers listed in the matter of criminal law changes, but primarily in their quality, which is still clearly low. We are deeply convinced that it is necessary to move away from the numerous «cosmetic» changes and look at the problem of inefficiency (imperfections) domestic criminal law is much deeper and different perspective, namely reviewing and overestimating some of its conceptual provisions (including classical theory of the crime and crime as the only reason to criminal liability, etc.). In particular, even a preliminary analysis suggests that the doctrine of the crime has a number of obvious flaws and shortcomings. In particular, focus only 4 pravozastosuvacha necessarily formal elements (object – the objective side – subject – subjective side) leads to the fact that it distracted from the important fact: most of these phenomena on the one hand, due to previous events, on the other – they do not remain static, and thus acquire its further development.

It is clear that investigator, prosecutor or any – any other pravozastosuvachevi which directly carries out criminal – legal qualification and did not need to «embrace the boundless» and completely investigate all the circumstances of the case, which may not be decisive for the criminal – legal evaluation value. However, forensic – investigative practice actually much many-sided and often do not fit in the narrow confines of the crime offered pravozastosuvachevi (although the legislator of the crime in the criminal law is not even defined). And for this reason, the isolation of a crime is rather conditional (relative), and therefore subjective. This is not apparent approach is made possible primarily because of the diversity of numerical chain of related events around us pravozastosuvach focuses only on objective and subjective elements of the crime. That is in fact the person applying criminal law: first, distracted from that crucial fact that most of these phenomena are determined by previous events (ie, have their own, and earlier and more remote cause), and secondly, out of his attention is often that of the phenomenon are not static, and take its further development, moving into other legally significant events and developments.

Keywords: paradigm, criminal law conflict, crime, constitutes a crime, conflict.



КОНФЛИКТЫ В УГОЛОВНОМ ПРАВЕ: ПОИСК НОВОЙ ПАРАДИГМЫ

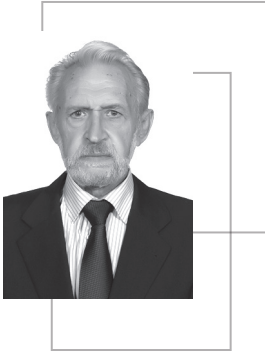
Усатый Г. А.

Резюме: Статья посвящена исследованию отдельных проблемных вопросов уголовных правоотношений не только путем интерпретации классического учения о преступлении и составе преступления, но и через призму новейших исследований уголовно-правового конфликта.

Ключевые слова: парадигма, уголовно-правовой конфликт, преступление, состав преступления, конфликтология.

СИСТЕМНИЙ ПІДХІД ЯК МЕТОД МОДЕЛЮВАННЯ КОНСТРУКТИВНИХ ОЗНАК КРИМІНАЛЬНО-ПРАВОВИХ ІНСТИТУТІВ

УДК 343

**Є. В. ФЕСЕНКО**

*доктор юридичних наук, професор, завідувач
кафедри кримінального та адміністративного
права, Академія адвокатури України*

У статті визначено поняття, особливості системного підходу як ефективного методологічного інструмента для вирішення проблем моделювання конструктивних ознак кримінально-правових інститутів, що сприятиме усуненню колізійності, суперечливості та неповноти норм кримінального права та інших галузей права України, їх більш чіткому доктринальному тлумаченню та уніфікації позицій судової практики. Додатково аргументуються раніше висловлені автором пропозиції щодо удосконалення редакції статей 2, 11, 311 та 312 КК.

Ключові слова: *системний підхід, моделювання конструктивних ознак кримінально-правових інститутів, сприяння вдосконаленню законотворчої діяльності, наукового осмислення кримінального законодавства і практики його застосування.*



APPROACH OF THE SYSTEMS AS METHOD OF DESIGN
OF STRUCTURAL SIGNS OF CRIMINAL LAW INSTITUTES

Fesenko E. V.

Received: 16 Apr 2015.

Як відомо, Україна з точки зору основних характеристик та особливостей галузей українського права, в тому числі кримінального, належить до країн, для яких властивий романо-германський (континентальний) тип права.

У змістовному аспекті для такого типу права характерно, що чільне місце посідають правові норми, які відповідають вимогам справедливості та моралі і загальна норма застосовується до конкретного випадку [12, 8].

З формально юридичної точки зору вказаній правовій системі властиве кодифіковане законодавство. При цьому право виступає як побудована на базі основного закону держави система норм, що поділяються на відповідні галузі. Вони є підсистемами комплексу правових норм в цілому. Ці норми мають бути логічно впорядковані як в «середині» галузі, так і порівняно з нормами інших галузей права.

Дослідження чинного кримінального законодавства показує його невідповідність цим вимогам. Такі вади є в законодавчому закріпленні ознак кримінально-правових інститутів, категорій та окремих складів злочинів у більшості розділів КК. Вкрай

розбалансованими є і санкції норм кримінального права України.

Виявити вказані недоліки шляхом аналізу лише окремих з цих норм без порівняння з суміжними категоріями, закріпленими в КК та інших галузевих нормах, неможливо.

Для вирішення цих питань, важливих для законотворення і застосування кримінально-правових норм потрібно використовувати спеціальні методики.

На переконання автора цієї статті ефективним методологічним інструментом для вирішення цих проблем є системний підхід як метод моделювання конструктивних ознак кримінально-правових інститутів.

Для теорії права така методологія не є новою. Зокрема теоретики права відмічають, що системний підхід – це універсальний інструмент пізнавальної діяльності: як система може бути розглянуто будь-яке явище. Системний метод незамінний в пізнанні і конструюванні складних динамічних цілостностей. До недавнього часу в науковому пізнанні переважав аналітичний підхід (чому слово «аналіз» стало синонімом наукового дослідження взагалі). Проте в тих галузях знань, де аналітично видобутого матеріалу накопичилося досить, виникає нагальна потреба в його інтеграції та систематизації, що може бути успішно зроблено лише на основі системного підходу, який органічно поєднує в собі і аналіз, і синтез.

Системно-структурний, або, як його ще називають, системний метод теорії держави і права – це сукупність методологічних підходів, прийомів і принципів вивчення і конструювання держави і права, багатьох державно-правових явищ як систем. Даний метод виходить з того, що: 1) система являє собою цілісний комплекс взаємопов'язаних елементів; 2) вона утворює єдність із середовищем;

3) як правило, будь-яка досліджувана система являє собою елемент системи більш високого порядку; 4) елементи будь-якої досліджуваної системи, у свою чергу, зазвичай виступають як системи більш низького порядку.

Системний підхід має два аспекти: пізнавальний (описовий) і конструктивний (використовується при створенні систем). У кожного з цих аспектів – свій алгоритм реалізації. При описовому підході зовнішні прояви системи (доцільні властивості, а також функції як способи досягнення мети) пояснюються через її внутрішній пристрій – склад і структуру. При проектуванні системи процес йде за наступними категоріями: проблемна ситуація – мета – функція – склад і структура – зовнішні умови. У той же час конструктивний та описовий аспекти системного підходу тісно пов'язані і взаємодоповнюють один одного. Так, у правотворчій діяльності, де проєктуються нормативні моделі правовідносин, на перший план виступає конструктивний аспект. При дослідженні ж правовідносин як «готової» конструкції, реально існуючої та діє в правовому механізмі, слід починати з опису його складу і структури [8].

Системний підхід має важливе значення у вирішенні законодавцем, теорією і практикою питань щодо систематизації норм Загальної та Особливої частини КК України, визначення родових об'єктів злочинів, розмежування суміжних складів злочинів за родовим і безпосереднім об'єктами тощо, а також для визначення меж правового регулювання певного інституту кримінального права (наприклад, меж правового регулювання інститутів, передбачених ст.ст. 2, 16, 29 КК України). На це звертав по суті увагу і Р. В. Вереша, хоча не зовсім коректно покладав такі функції не на системний підхід в цілому, а на один з його проявів – систематичне тлумачення закону [2, 130].

Важко переоцінити значення системного підходу для оптимальної систематизації норм у розділах Особливої частини КК. Адже, як відомо, такий поділ здійснюється залежно від родового та видового об'єктів злочинів.

Аналіз під таким кутом структури Особливої частини КК України показує, що конструкція її розділів небездоганна, на що зверталась увага у дисертаційних та інших дослідженнях, не обминав цю проблему і автор даної статті. Зокрема, сумнівним є поміщення у Розділі 2 Особливої частини КК ст. 130 (зараження вірусом імунodefіциту людини чи іншої невиліковної інфекційної хвороби), ст. 133 (зараження венеричною хворобою), ч. 4 та 5 ст. 143 (кваліфіковані та особливо кваліфіковані види порушення встановленого законом порядку трансплантації органів або тканин людини – незаконна торгівля органами або тканинами людини, а також участь у транснаціональних організаціях, які займаються такою діяльністю). Точніше визнати такі діяння злочинами проти здоров'я населення.

В теорії кримінального права предметом дискусії і навіть гострої критики є позиція законодавця стосовно конструкції Розділу XII «Злочини проти громадського порядку та моральності». С. С. Яценко, дослідивши цю проблему в докторській дисертації, звертав увагу на слушні пропозиції створити в кримінальних кодексах спеціальну главу про відповідальність за злочини проти сім'ї та молоді. Поряд з цим передбачити в КК окрему главу «Злочини проти громадського порядку» [13, 66].

Ідею вдосконалення КК в частині охорони моральності у сфері сімейних відносин та інтересів неповнолітніх підтримав і автор сучасного докторського дослідження В. К. Кузнецов. При цьому він

пропонує розділ XII Особливої частини КК виключити, натомість внести до КК комплекс термінологічних і змістовних уточнень та доповнень до розділів IV, VIII, IX, V-A, V-B, V-B. Водночас пропозиції автора викликають і низку питань, аналіз яких потребує спеціального дослідження [4, 28–30].

Серед приватно наукових способів пізнання держави і права визначається *метод моделювання*. Це – вивчення державно-правових явищ, процесів та інститутів на їх моделях, тобто шляхом розумового, ідеального відтворення досліджуваних об'єктів. Метод моделювання має самостійне значення і разом з тим використовується як один із прийомів більше широкого методу конкретних соціологічних державно-правових досліджень.

Метод моделювання як спосіб вивчення державно-правової дійсності, пошуку її оптимальних моделей спрямований на відтворення структур функціонального механізму дії держави і права, процесів демократії та правового регулювання. Слід також мати на увазі і значення методу моделювання при визначенні наукових понять і категорій, якими оперують теорія держави і права та інші галузі юридичної науки [7].

Цей метод дозволяє відтворити найбільш важливі і специфічні характеристики того чи іншого явища, виділити його статичні ознаки, відслідкувати вплив ознак динамічних, визначити їх взаємозв'язки та взаємну інтеграцію тощо. Таку модель буде відзначати наочність, чіткість, логічність і повнота.

Особливо цінним цей метод є для наукових досліджень, він надає можливість запропонувати вельми корисні рекомендації для юриста-практика, що сприятиме безпомилковому застосуванню кримінально правових норм, а в кінцевому результаті висновкам та рішенням,

*Детальніше див. в подальших фрагментах цієї праці.

що будуть базуватися на принципах законності та справедливості.

У вітчизняній науці кримінального права досвід застосування такого методу є. Так, у докторській дисертації Л. П. Брич «Теоретичні засади розмежування складів злочинів», побудовано логічно пов'язану та структуровану систему законодавчих моделей деліктної поведінки, визначено типи співвідношення складів правопорушень у цій системі. Виходячи з цього вихідного положення досліджено ознаки, специфіку і значення ознак складів правопорушень для вирішення завдань розмежування останніх [1, 12–14].

Це вельми позитивні положення вказаної дисертації. Щоправда за такого підходу необхідно було визначити і чітку модель складу правопорушення, особливо злочину. Адже склад злочину – це словісно-юридичний портрет злочину певного виду, система юридичних ознак, які виступають як орієнтири для застосування кримінально-правової норми, в тому числі визначення позиції щодо розмежування суміжних складів злочинів. Це потрібно було зробити і тому, що питання стосовно ознак, які характеризують елементи складу злочину, залишаються в теорії кримінального права спірними.

Створена також доктринальна модель звільнення від покарання та його відбування як кримінально-правового субінституту Є. О. Письменським – автором докторської дисертації, присвяченої теоретико-прикладним проблемам звільнення від покарання та його відбування за кримінальним правом України. Така модель була покладена в основу пропозицій щодо суттєвого вдосконалення норм, передбачених розділом XII Загальної частини КК України [6, 26–27].

Але автор також не змодельовав й інші підсистеми норм, що стосуються поняття та підстав кримінальної відповідальності

і покарання як однієї з форм її реалізації, не показав їх особливості та специфіку впливу на ознаки, які властиві звільненню від покарання.

Простіше кажучи, в дослідженнях, у яких створюються ті чи інші моделі, бажано порівнювати їх, співставляти з моделями інших суміжних субінститутів або категорій. Цього вимагає системний підхід. В результаті точніше і більш повно висвітлюються і ознаки того явища, яке є предметом наукового дослідження.

Системний підхід сприяє оптимальному визначенню основоположних інститутів кримінального права, зокрема підстави кримінальної відповідальності.

Відповідно до традиційною для вітчизняного кримінального права класифікації та термінології, *єдиною фактичною підставою* кримінальної відповідальності, як це і зазначено в законі, є вчинення особою суспільно небезпечного діяння, яке містить склад злочину, передбаченого цим Кодексом.

Для поглибленої характеристики цього поняття бажано враховувати два критерії встановлення фактичної підстави кримінальної відповідальності в процесі застосування кримінально-правових норм:

а) суттїсно-змістовний – суспільна небезпечність вчиненого діяння;

б) формально-юридичний – наявність у діянні ознак складу злочину [9, 82–84; 76–82].

Цю позицію підтримав і М. І. Панов [5, 47–52]. При цьому він писав про дві умови кримінальної відповідальності, що мабуть термінологічно більш вдало. Але концептуальних розходжень у наведених позиціях немає.

З врахуванням *суттїсно-змістовного критерія* для притягнення до кримінальної відповідальності необхідно

встановити факт вчинення не будь-якого діяння, що містить ознаки складу злочину, а *суспільно небезпечного* діяння. Необхідно брати до уваги, що вказаному в ч. 1 ст. 2 КК положенню кореспондує зміст ст. 11 КК, яка регламентує поняття злочину, для котрого ознака суспільної небезпечності діяння є обов'язковою. Крім того, відповідно до ч. 2 цієї статті не є злочином дія або бездіяльність, яка хоча формально і містить ознаки будь-якого діяння, передбаченого цим Кодексом, але через малозначність не становить суспільної небезпеки, тобто не заподіяла і не могла заподіяти істотної шкоди фізичній чи юридичній особі, суспільству або державі.

Найбільш проблемним є вирішення цього питання, у випадках, коли при моделюванні певних складі злочинів законодавець не визначив критерій ступеню суспільної небезпеки, властивої саме злочину.

В таких випадках важливе значення мають фактичні обставини справи. Значною мірою ці питання вирішується з врахуванням не тільки закону, а й правосвідомості судді.

Саме на цю проблему бажано спрямувати і наукові пошуки.

Не менш важливим є другий критерій встановлення фактичної підстави кримінальної відповідальності в процесі застосування кримінально-правових норм – *формально-юридичний*, пов'язаний з вирішенням питання про наявність у діянні ознак складу злочину.

Адже різноманітністю фактичного прояву може відрізнитися лише злочин, а склад злочину – це незмінна модель того чи іншого виду злочинної поведінки.

Склад злочину – це сукупність зазначених в кримінальному законі ознак, зведених за стандартами, рекомендованими теорією кримінального права в певну

систему елементів та ознак, необхідних і достатніх для визнання тієї чи іншої поведінки злочином конкретного виду.

Склад злочину – це своєрідний «юридичний портрет» злочину, юридична формула, його інформаційна модель, яка відіграє в процесі кваліфікації злочину роль алгоритму, наповнюючи який конкретним змістом, вирішується питання щодо наявності чи відсутності у фактично вчиненому акті поведінки формально-юридичного критерію підстави кримінальної відповідальності.

З врахуванням такої ролі складу злочину має бути максимально чітко визначена його структура – які саме класи ознак включають його елементи.

Однак не завершеною проблемою є відсутність чітких позицій стосовно структури об'єкта злочинів, про що автор цієї публікації вказував у попередніх працях. Проведені автором дослідження цієї проблеми показали, що з врахуванням чинного законодавства структура об'єкта як елемента складу злочину має включати такі компоненти: потерпіла від злочину сторона, права та інтереси потерпілого, соціальні зв'язки та блага, які поділяються на матеріалізовані (предмети) і не матеріалізовані [10, 234–239].

Підсумовуючи стислий огляд наукових позицій з приводу означеної проблеми, слід відмітити, що складність питань щодо підстав кримінальної відповідальності зумовлена не тільки неповнотою наукових досліджень, а й недосконалим врегулюванням цього питання в самому законі.

Основною вадою є неузгодженість і недосконалість передбачених в чинному КК основоположних для врегулювання означеної проблеми ст. 11 і ст. 2 КК, а також відсутність законодавчої регламентації поняття складу злочину.

Стаття 11 КК виглядає як абстрактно сформульована декларація і не відіграє

ролі основоположної норми для практичного вирішення питань кримінальної відповідальності.

На мій погляд ч. 1 ст. 11 КК доцільно викласти в такій редакції: «Злочином є акт суспільно небезпечної поведінки, яка містить ознаки складу злочину, передбаченого цим Кодексом». Бажано також доповнити цю статтю визначенням поняття складу злочину.

За умови внесення таких змін до ч. 1 ст. 11 було б логічним змінити і редакцію ч. 1 ст. 2 КК, а саме: «Підставою кримінальної відповідальності є вчинення особою злочину».

Недооцінка значення системного підходу при закріпленні законодавцем ознак складів злочинів в окремих статтях Особливої частини КК призводить до суперечливості цих ознак положенням інших статей КК.

Наприклад, не можна визнати досконалою модель складу злочинів, предметом яких є прекурсори, як вона визначена у ст.ст. 311, 312 КК.

Оскільки такі речовини широко використовуються в господарській діяльності, в побуті тощо, при вирішенні питань криміналізації незаконного поводження з прекурсорами необхідно було відмежувати вказані злочинні дії від правомірної поведінки. Але спосіб, у який ця задача була вирішена, навряд чи є вдалим. Зокрема законодавець зазначив у диспозиції ст. 311 мету використання прекурсорів для виробництва або виготовлення наркотичних засобів чи психотропних речовин, а в диспозиції ст. 311 мету подальшого збуту прекурсорів, а також їх збут для виробництва або виготовлення наркотичних засобів, психотропних речовин або їх аналогів.

В результаті штучно створена ситуація, за якої суб'єкт застосування норми мусить

у всіх випадках кваліфікувати скоєні діяння за сукупністю злочинів, оскільки незаконне поводження з прекурсорами або їх викрадення завжди є одночасно і готуванням до більш небезпечних злочинів, передбачених ст. 307 або ст. 308 КК.

Крім того, алогічними є диспозиції ч. 2 ст. 311, і ч. 1 ст. 312 КК в тому, що в обох цих нормах зазначено мету збуту прекурсорів або їх збут, але через неузгодженість санкцій цих статей судові вирoki можуть бути навіть абсурдними. Зокрема, за збут придбаних прекурсорів можливе покарання до п'яти років позбавлення волі, а за збут викрадених – до трьох.

Автор цих строк висловив такі зауваження на початку 2000 р. [11, 231–232, 277] і запропонував три варіанти більш оптимального, на його погляд, вирішення цих питань. Двома з них пропонувалось повне виключення обмежень щодо мети зазначених дій, а також усунення протиріччя щодо таких дій, як збут прекурсорів. Водночас, щоб запобігти зайвої криміналізації цих діянь, пропонувалось встановити обов'язковою ознакою незаконного виготовлення, зберігання прекурсорів тощо їх значний розмір. Третім варіантом пропонувалось частково усунути деякі недоліки редакції запропонованих авторами проекту статей. На жаль, законодавець не врахував ці пропозиції і суперечливе формулювання ознак вказаних складів злочинів, так і не виправлено.

Для вирішення конкретних задач в процесі застосування кримінально-правових норм корисним є і систематичне тлумачення норми.

Воно полягає у з'ясуванні змісту закону, його окремих положень шляхом зіставлення з іншими положеннями цього самого або іншого закону [3].

Необхідність такого тлумачення виникає для виявлення специфіки

нормативних приписів як статей Загальної частини КК, так і Особливої його частини.

Наприклад, лише шляхом систематичного тлумачення норм, встановлених ст.ст. 271 та 272–275 КК, можна вирішити питання щодо кола потерпілих від цих злочинів. Зокрема, потерпілою особою від злочинного діяння, передбаченого ст.ст. 272–275 може бути будь-яка особа. Натомість потерпілим від злочину, передбаченого ст. 271 може бути лише особа, діяльність якої постійно або тимчасово пов'язана з даним виробництвом. Адже це діяння полягає у порушенні вимог

законодавства про охорону праці, тому додатковим об'єктом цього злочину є трудові права громадян. Але якщо від цього діяння потерпає стороння особа, її трудові права не порушуються. Тому винні у такому діянні службові особи підлягають відповідальності за злочин у сфері службової діяльності, а інші – за злочин проти життя або здоров'я особи.

Уявляється, що охарактеризований вище системний підхід сприятиме вдосконаленню законотворчої діяльності, наукового осмислення кримінального законодавства і практики його застосування.

СПИСОК ЛІТЕРАТУРИ:

1. *Брич А. П.* Теоретичні засади розмежування складів злочинів : автореф. дис. ... д-ра юрид. наук / А. П. Брич. – Львів, 2014. – 34 с.
2. *Вереша Р. В.* Кримінальне право України. Загальна частина : навчальний посібник / Р. В. Вереша. – К. : Центр учбової літератури, 2008. – 960 с.
3. *Кримінальне право* України. Загальна частина : підручник / Ю. В. Баулін, В. І. Борисов, А. М. Кривоченко [та ін.] ; за ред. В. В. Сташиса, В. Я. Тація. – 3-тє вид., переробл. і допов. – К. : Юрінком Інтер, 2007. – С. 52.
4. *Кузнецов В. В.* Кримінально-правова охорона громадського порядку та моральності : автореф. дис. ... д-ра юрид. наук / В. В. Кузнецов. – К., 2013. – 40 с.
5. *Панов М. І.* Кримінальна відповідальність та її підстава / М. І. Панов // Вісник академії прокуратури України. – 2010. – № 4. – С. 47–52.
6. *Письменський Є. О.* Теоретико-прикладні проблеми звільнення від покарання та його відбування за кримінальним правом України : автореф. дис. ... д-ра юрид. наук / Є. О. Письменський. – К., 2014. – 39 с.
7. *Теорія держави і права* : курс лекцій [Електронний ресурс] / [під редакцією проф. Н. І. Матузова і проф. А. А. Малько]. – Вид. 2-ге, перероб. і доп. – Режим доступу : <http://bibliograph.com.ua/teoria-gosudarstva-i-prava-4/95.htm>
8. *Теорія держави і права* : курс лекцій [Електронний ресурс] / [під редакцією проф. Н. І. Матузова і проф. А. А. Малько]. – Вид. 2-ге, перероб. і доп. – Режим доступу : <http://bibliograph.com.ua/teoria-gosudarstva-i-prava-1/4.htm>
9. *Фесенко Є. В.* Критерії визначення підстав кримінальної відповідальності / Є. В. Фесенко // Держава та регіони. Серія: Право. – 2008. – № 4. – С. 82–84; Фесенко Є. В. Ознаки злочину та його складу в контексті підстави кримінальної відповідальності // Право України. – 2011. – № 9. – С. 76–82.

10. *Фесенко Є. В.* Проблема структури об'єкта як елемента складу злочину / Є. В. Фесенко // Вісник Академії адвокатури України. – К. : Видавничий центр Академії адвокатури України, 2009. – Число 1(14). – С. 234–239.
11. *Фесенко Є. В.* Злочини проти здоров'я населення та системи заходів, що забезпечують його охорону / Є. В. Фесенко. – К. : Атіка, 2004. – 280 с.
12. *Яценко С. С.* Основні питання загальної частини кримінального права іноземних держав : навчальний посібник / С. С. Яценко. – К. : Дакор, 2013. – 168 с.
13. *Яценко С. С.* Уголовно-правовая охрана общественного порядка. Сравнительно-правовой аспект / С. С. Яценко. – К. : Изд-во при Киевском гос. университете издательского объединения «Вища школа», 1986. – 125 с.

Стаття надійшла до редакції: 16.04.2015.

Рекомендовано кафедрою кримінального та адміністративного права

APPROACH OF THE SYSTEMS AS METHOD OF DESIGN OF STRUCTURAL SIGNS OF CRIMINAL LAW INSTITUTES

Fesenko E. V.

Abstract: A concept is certain in the article, feature of approach of the systems as effective methodological instrument for the decision of problems of design of structural signs criminally legal institutes, that will assist the removal of collisions, contradiction and incompleteness of norms of criminal and other branch right for Ukraine, their more clear doctrine interpretation and unitization of positions of judicial practice. The value of such approach is underlined for scientific research and legislative regulation of questions in relation to founding of criminal responsibility and her differentiation, differentiation of contiguous compositions of criminal offences, qualification of separate criminal trespasses against a public peace, health of population and other acts of enhanceable danger and concordance of approvals in the articles that envisage punishment for their feaance. The offered is additionally argued by an author before release of ч. 1 item 11 CC: "Crime is an act publicly dangerous behavior, containing the signs of corpus envisaged by this Code" delict. It is suggested also to complement the indicated article determination of concept corpus delict. In this connection to change the release of ч. 1 item 2 CC: "Founding of criminal responsibility is a feaance by the face of crime". It is necessary also to remove contradiction of dispositions and approvals of reasons 311 and 312 CC.

Keywords: approach of the systems, design of structural signs criminally legal institutes, assistance to perfection of legal creative activity, scientific comprehension of criminal statute and practice of his application.



СИСТЕМНЫЙ ПОДХОД КАК МЕТОД МОДЕЛИРОВАНИЯ КОНСТРУКТИВНЫХ ПРИЗНАКОВ УГОЛОВНО-ПРАВОВЫХ ИНСТИТУТОВ

Фесенко Е. В.

Резюме: В статье определено понятие, особенности системного подхода как эффективного методологического инструмента для решения проблем моделирования конструктивных признаков уголовно-правовых институтов, что будет способствовать устранению коллизий, противоречивости и неполноты норм уголовного и другого отраслевого права Украины, их более четкому доктринальному толкованию и

унификации позиций судебной практики. Подчеркивается значение такого подхода для научного исследования и законодательной регламентации вопросов относительно основания уголовной ответственности и ее дифференциации, разграничения смежных составов уголовных правонарушений, квалификации отдельных преступных посягательств против общественного порядка, здоровья населения и других деяний повышенной опасности и согласования санкций в статьях, которые предусматривают наказание за их совершение.

Дополнительно аргументируется предложенная автором ранее редакция ч. 1 ст. 11 УК: «Преступлением является акт общественно опасного поведения, содержащего признаки состава преступления, предусмотренного данным Кодексом». Предлагается также дополнить указанную статью определением понятия состав преступления. В связи с этим изменить и редакцию ч. 1 ст. 2 УК: «Основанием уголовной ответственности является совершение лицом преступления». Необходимо также устранить противоречивость диспозиций и санкций статей 311 и 312 УК.

Ключевые слова: системный подход, моделирование конструктивных признаков уголовно-правовых институтов, содействие совершенствованию законотворческой деятельности, научного осмысления уголовного законодательства и практики его применения.

ФІЛОСОФІЯ ВИНИ

УДК 343



Р. В. ВЕРЕША

*кандидат юридичних наук, доцент,
Академія адвокатури України*

Проблеми суб'єктивної сторони складу злочину всебічно досліджені в юридичній науці. В опублікованих монографіях і статтях розкритий зміст вини, її сутнісні моменти і окремі ознаки. Авторами часто обґрунтовується думка, що сутністю вини є негативне, безвідповідальне ставлення особи до вчинюваної дії або бездіяльності та наслідкам, що настали.

Філософсько-правові аспекти вини досліджували такі вчені, як С. В. Гончаренко, П. С. Дагель, О. М. Костенко, Л. Г. Кригер, Б. С. Утевський та інші відомі вчені.

Для визначення сутності вини як соціально-психологічного явища та з'ясування обумовленості різних її аспектів необхідно розглянути механізм виникнення тих соціальних і психологічних складових, які визначають форму вини і її зміст.

Основними соціально-психологічними елементами вини є інтелектуальні та вольові процеси психіки особи, що вчинює суспільно небезпечне діяння. Психіка людини є не що інше, як свідомість, іншими словами: те, що протилежно матерії, а у своїй єдності з нею утворює буття. Протилежність матерії та свідомості має абсолютне значення лише в межах дуже обмеженої сфери: у цьому випадку винятково в межах основного гносеологічного питання про те, що визнати первинним, а що вторинним.

Свідомість не вичерпується матеріальними предметами. Можна сказати, що свідомість – це єдність

Стаття присвячена філософсько-правовим аспектам вини у кримінальному праві. Розглядається поняття провини разом з такими психологічними категоріями, як свідомість, мислення, воля, розум. Проводиться розмежування меж усвідомленої і неусвідомленої діяльності.

Ключові слова: *буття, філософія, вина, свідомість, воля, особа, психічне ставлення, протиправність.*



THE PHILOSOPHY OF GUILTY

Veresha R. V.

Received: 4 Mar 2015.

інтелекту (власне свідомості), волі, емоцій, переживань людини.

Свідомість визначається в науці по-різному. Різні визначення свідомості даються філософами і психологами. Одні автори під свідомістю розуміють копію, образ відображення дійсності, інші – як особливим чином організовану матерію, треті – властивість високоорганізованої матерії.

Свідомість – явище складне й багатоаспектне. Стосовно до різних сфер наукової і практичної діяльності людини вона виступає як функція, результат, як відображення та властивість високоорганізованої матерії. При визначенні поняття свідомості необхідно враховувати як статичні, так і динамічні її властивості. При цьому, психологічний підхід до проблеми свідомості виключає можливість розглядати свідомість лише як певне готове утворення. Свідомість проявляється не лише як результат, але і як процес усвідомлення людиною навколишнього світу і самої себе. Свідомість можна розглядати і як специфічну діяльність у рамках людської діяльності взагалі.

Підкреслюючи, що свідомість є субстрат людини та невіддільна від неї, необхідно мати на увазі, що людина і навколишня дійсність мають розглядатися в їхній взаємодії. Під взаємодією свідомості з об'єктивною реальністю варто розуміти певне співвіднесення суб'єктивного і об'єктивного, суб'єкта і об'єкта, діяльності і природи (предмета). У широкому розумінні співвідноситься із природою людини, як елемент практичної та теоретичної діяльності. Серцевиною цієї складної взаємодії людини з дійсністю є свідомість.

Досягнення філософської та психологічної науки свідчать, що свідомість властива тільки людині і у той же час особистість існує тільки при наявності в неї свідомості. Все більше число вчених

переборює редукціоністський (однобічний) підхід як до природи свідомості, так і до природи самої людини. І якщо виходити із цілісного системного розуміння свідомості як явища, то воно має «потрійну» (біо-психо-соціальну) детермінацію [1, 41]. Тому варто визнати необґрунтованим розгляд деякими криміналістами психологічних процесів і властивостей особистості в однобічному аспекті. Так, Ф. Г. Гілязев ознаки і складові частини психічного розглядає лише як внутрішній продукт особистості, ізольований від соціальних факторів і взагалі від природної дійсності. «Психологічну сторону, – на його думку, – становить внутрішня властивість (мислення, пам'ять, емоції, відчуття, сприйняття, почуття, воля)... Соціальну ж сторону становить все те, що виникло в людині в процесі соціального спілкування» [2, 10]. У таких випадках «однаковою мірою неправомірним є і переоцінка кожної із цих детермінант, і протиставлення їх одна одній» [3, 41].

Не воля, не мислення, не пам'ять не дані людині споконвічно. Є лише внутрішні, що з'явилися в результаті тривалого розвитку органічної матерії, біологічні передумови виникнення названих психічних явищ, які виявилися як такі лише остільки, оскільки мають прояв в рамках соціального процесу життєдіяльності.

Правознавців свідомість цікавить і як певна властивість, і як психологічний процес із певного виду в рамках соціальної діяльності людини, з якого вона може бути визнана осудною і нести кримінальну відповідальність за вчинене суспільно небезпечне діяння. При визначенні вікового критерію осудності законодавець виходить із того, що усвідомити соціальні процеси, загальні закономірності розвитку суспільства можна лише при досить тривалій соціальній практиці, нагромадженні і засвоєнні людиною протягом якогось періоду часу суми знань про об'єктивну реальність.

Немає свідомості без знань. Знання є основою свідомості спосіб, за допомогою якого існує свідомість, і за допомогою якого щось існує для неї, це — знання. Щось виникає для свідомості остільки, оскільки особа знає це щось. Будучи базою, основою свідомості, не кожне конкретне знання проявляється у свідомості. Тільки ті знання, які в цей момент діяльності людини пов'язуються із джерелом порушення, є основою свідомості. Знання самі по собі носять загальнолюдський, інформаційний характер. Специфіка ж зв'язків із джерелами порушень, обумовлена умовами конкретної суспільно-економічної формації, як правило, визначає характер свідомості особи. Свідомість не може бути чим-небудь іншим, ніж усвідомленим буттям.

При розкритті та характеристиці суб'єктивної сторони складу злочину, реалізації мети покарання і проведенні профілактичної роботи, необхідно виходити із загальних положень вчення про свідомість і психологію особистості в цілому. Однак специфіка злочину, як протиправного суспільно небезпечного діяння, особливості державних і суспільних відносин до такого діяння особи визначають і специфіку розгляду свідомості як явища.

Сутність та особливості свідомості, як фактора, що спонукає і регулятора діяльності, полягають у тому, що вона є співвіднесення особи з об'єктивною реальністю в прогресі предметної діяльності людини. Стосовно до конкретного акту поведінки, свідомість являє собою уявне (інтелектуальне) співвіднесення спонукальних факторів з метою дії, самими актами діяльності, їх соціальною і правовою значимістю та тими наслідками, які наступили або могли наступити як результат цієї діяльності. Але співвіднесення особи з об'єктивною реальністю в процесі діяльності є не тільки виділення її з навколишнього середовища, не тільки

відбиття світу в певних уявах, але і відношення особи до дійсності. Це її бажання, переживання та внутрішнє прагнення до чогось. Аспект відносин свідомості розкриває характеристику вольових ознак, вольовий аспект психіки особи.

Психологічні процеси протікають на основі психологічних властивостей особистості, а часом з їх виходять [4, 20]. Ось чому говорять, що свідомість – це і переживання. Свідомість пронизує всю психопоміркувану діяльність людини, у тому числі і злочин. Усе, що спонукує людину до діяльності, повинне проходити через її свідомість.

У юридичній літературі стало аксіоматичним, що без усвідомлення вольового акту діяльності немає вини, немає злочину. Більше того, свідомість людини відображає та виражає сутність явища, у тому числі і такого, як вина. Свідомість людини, відображає сутність, субстанцію природи.

Дослідження вини, як і інших явищ, можна вести: а) з позицій діалектико-логічних механізмів становлення і взаємозв'язків понять, застосовуючи логіко-генетичний метод дослідження; б) з позицій структурного підходу, застосовуючи метод системно-структурного аналізу. Найбільш розгорнуте положення про досліджуване явище або поняття можна одержати при застосуванні обох методів дослідження [5, 17]. Логіко-генетичний метод визначення вини (як явища) базується на вченні про свободу волі як необхідний генетичний передумови вини. У свою чергу вина виступає як передумова суб'єктивної підстави кримінальної відповідальності, що знайшло закріплення в ч. 2 ст. 2 КК України, де передбачено, що особа вважається невинуватою у вчиненні злочину і не може бути піддана кримінальному покаранню, доки її вину не буде доведено в законному порядку і встановлено обвинувальним вироком суду.

Свобода волі означає в першу чергу усвідомлення навколишньої дійсності. Не в уявній незалежності від законів природи полягає воля, а в пізнанні цих законів і у заснованій на цьому знанні можливості планомірно змушувати закони природи діяти для певних цілей. Це стосується як до законів зовнішньої природи, так законів, що управляють тілесним та духовним буттям самої людини. Свобода волі – означає, таким чином, здатність приймати рішення зі знанням справи.

Отже, свобода волі, вина і кримінальна (юридична) відповідальність мають єдину генетичну основу. Нею є усвідомлене ставлення до вчинюваної дії (бездіяльності). Сутністю ж вини, виходячи із цього взаємозв'язку, варто вважати усвідомлення суспільної небезпеки і протиправності здійснення соціально значимого діяння. Таке тлумачення сутності вини впливає із розуміння кримінальної відповідальності. Без усвідомленого ставлення особи до власних вчинків у навколишньому середовищі, не може бути і відповідальності в її позитивному та негативному (ретроспективному) аспекті. Тому, що свідомість є необхідним атрибутом як відповідального, так і безвідповідального ставлення особи до своїх учинків. Відповідальність єдина. Виділяють тільки різні форми, стори, аспекти і види відповідальності.

Уявляється, що не можна протиставляти або відривати один від одного позитивний і ретроспективний аспекти відповідальності взагалі і юридичної зокрема. Позитивний і ретроспективний аспекти відповідальності не протистоять один одному. Вони тісно між собою пов'язані і виражають різні сторони того самого поняття. Єдність відповідальності, на нашу думку, забезпечується усвідомленням особою належного та необхідного у рамках соціальної волі. Тому, коли деякі вчені сутність вини вбачають у негативному або безвідповідальному ставленні

особи до соціальних інтересів, це означає, що юридична відповідальність може бути лише тоді, коли в основі її дій було усвідомлене ставлення до соціальних інтересів. А звідси – безвідповідальне ставлення як соціальна сутність вини не означає психологічного вакууму. При безвідповідальному ставленні особи до своїх вчинків не відсутнє усвідомлення їх соціальної та правової значимості. Поняття «безвідповідальне ставлення» характеризує свідоме ігнорування, недотримання, зневагу тими моральними, соціальними, політичними, юридичними та іншими вимогами, які пред'являються до особи всією навколишньою дійсністю.

І чим більше ступінь безвідповідального ставлення особи до свого акту діяльності, тим значніше характер і ступінь його вини. А це означає, що чим більше вина особи при здійсненні злочинного діяння, тим більше повинен бути об'єм кримінальної відповідальності, що, з одного боку, виступає як вид державного впливу на особу за його безвідповідальне поведіння, з іншого боку – як зворотно пропорційна міра позитивної відповідальності. Очевидно, що тільки при такому розумінні, ця міра в порядку «зворотного зв'язку» забезпечує позитивну відповідальність.

Розуміння сутності вини як усвідомлення суспільної небезпеки та протиправності вчинених дій впливає також з вчення про свободу волі. Особу можна визнати винуватою і притягнути до кримінальної відповідальності тільки в тому випадку, якщо вона при здійсненні суспільно небезпечного діяння діяла вільно. Основою вольової дії є те, що людина робить її на основі розуму, усвідомлюючи його фактичну, соціальну та правову характеристику. Із часів Гегеля воля зводиться до пізнання необхідності [6, 336–337]. Пізнання необхідності, розкриття механізму її прояву і є воля. Мірою ж волі суспільства, особистості служить певна та доступна для кожної епохи свідомість необхідності.

Однак воля, у тому числі і свобода волі – це не однолінійний процес реалізації необхідності. Ідея детермінізму, установлюючи необхідність людських учинків не вичерпує ні розуму, ні совісті людини, ні оцінки таких дій.

Бути вільним, з одного боку, означає використання цієї необхідності зі знанням справи у своїх особистих або суспільних інтересах для задоволення відповідних потреб. Воля неможлива поза людиною та суспільством. Вона залежить від людини, від її усвідомленого ставлення до пізнаних явищ, що в основному формується соціально-економічною й соціально-політичною дійсністю. Свобода особи може бути і є лише частиною волі. Свобода волі означає не тільки усвідомлення необхідності, але і цілком певне ставлення до неї та інших явищ через цю необхідність.

З іншого боку, свобода волі не означає обов'язкове проходження усвідомленої необхідності. Детермінізм не припускає фаталізму. Бути вільним, означає в певній ситуації і свідоме ігнорування пізнаної необхідності, оскільки свобода волі проявляється в можливості самому визначити лінію власного поводження, відкинувши всі рішення, не сумісні з нею. Саме те, що людина робить вільно, тобто усвідомлює характер чиненого діяння, його соціальну та правову значимість і обирає саме такий варіант поведінки, є підставою для визнання, що вона винувата у здійсненні злочину, за який можна бути притягнутою до кримінальної відповідальності. І як правильно підкреслюється в спеціальній літературі, свобода волі є необхідною умовою виникнення юридичної відповідальності.

У кримінально-правовій літературі висловлюється думка, що злочинець не вільний, не має свободу волі, тому що йому невідомий вищий характер пізнання [7, 464]. Ця позиція випливає із філософії Гегеля, який вважав, що в людини воля буває трьох видів: а) природна

(безпосередня); б) сваволі та в) розумна. Злочинець – носій двох перших видів волі. І покарання служить тому, щоб у нього з'явився третій вид волі [8, 332–334]. Людина тільки в тому випадку несе повну відповідальність за свої вчинки, якщо вона зробила їх, маючи повну свободу волі. Під повною свободою волі, мабуть, розуміється прояв у своїй єдності як абсолютної, так і відносної сторін волі. Повна свобода волі у своєму абсолютному аспекті має на увазі той спектр процесу пізнання, що приніс відомості про те або інше явище, розкрив перед людиною прояв якоїсь необхідності і на цій основі надав їй свободу вибору власного варіанту поведінки. Відносний аспект волі полягає в тому, що людина завжди має не абсолютно точну інформацію, не абсолютно точне уявлення про ту або іншу необхідність. Відносний аспект свободи волі поширимо не стільки на варіантність учинків, скільки на багато-аспектність процесу пізнання.

Свобода вибору варіанту поведінки, розкриває характер повної свободи волі особи відносно не стільки процесу пізнання необхідності, скільки якості можливих учинків у рамках пізаного нею. Свобода вибору як реальна можливість різних дій виступає у вигляді свободи волі. Це означає, що особа, яка скоїла злочин, усвідомлює фактичні та соціальні властивості прояву необхідності, але надходить у діаметрально протилежному напрямку, що і служить підставою для визнання її винуватою і притягнення до кримінальної відповідальності за вчинене. Такий підхід до прояву свободи, очевидно, виключає надмірно однозначне її розуміння, коли зміст волі зводиться лише до того, що зовнішня необхідність стає внутрішнім переконанням. Якщо і можна говорити про волю, як процес ототожнення необхідності з переконанням, то лише в самому загальному вигляді.

Діалектика взаємозв'язку таких понять, як «свобода», «воля», «вина»,

«кримінальна відповідальність» полягає в тому, що при вчиненні злочину винуватою може бути тільки особа, що володіє свободою волі, а кримінальній відповідальності підлягає лише особа винувата, тобто особа, що усвідомлено ставилася до суспільно небезпечного діяння.

Отже, логіко-генетичний підхід до розкриття поняття сутності вини як усвідомлення суспільної небезпеки та протиправності вчинених дій дозволяє простежити зв'язок між свободою волі, виною та відповідальністю особи при вчиненні злочину. Крім того, даний метод підкреслює основу цих понять, те загальне, що властиво їм і що, будучи основою одного явища, з'являється необхідною умовою або стороною для виникнення іншого явища. Цією основою є свідомість, завдяки якій особа в конкретній ситуації розуміє не тільки фактичну, але і соціальну, правову значимість свого діяння, виражає своє ставлення до нього. Інакше кажучи, ні воля, ні вина, ні відповідальність особи без її свідомості існувати не можуть.

Якщо розглядати сутність вини як усвідомлення особою суспільної небезпеки та протиправності вчинених дій з позицій структурного підходу, ми, насамперед, маємо визначити загальні, вихідні методологічні положення. Оскільки, вирішення приватних питань, без попереднього вирішення загальних є неможливим.

Діалектичне розуміння сутності, визначення характеру її зв'язків і відносин з такими поняттями, як «явище», «зміст» та «форма» дає філософія. Сутність виражає необхідні, стійкі, закономірні внутрішні зв'язки предмета. Сутність – це внутрішній зміст предмета, що виражається в єдності всіх різноманітних і суперечливих форм його буття.

Сутність речі складається з власних, внутрішніх її властивостей. На відміну від змісту явища, що поряд із загальним

містить у собі положення, що постійно змінюються, сутність являє собою стійке, що залишається в явищі. Сутність, є необхідним у речі, зміст – єдність необхідного та випадкового. Відзначимо, однак, що сутність того або іншого предмета неможливо визначити поза змістом цього предмета. Сутність не існує у вигляді самостійного буття, що перебуває «поза» або «за» явищами. Сутність, не інша визначеність буття, а визначеність того ж самого явища у світлі іншого явища.

Сутність явища з'являється перед нами в результаті аналізу та синтезу властивостей і ознак групи, класу явищ. У той же час сутність властива не тільки певному класу явищ, але і кожному явищу – предмету цього класу. У декількох предметів є одна загальна сутність, якщо вони належать до того самого класу.

Форми вини являють собою явища загального класу, що ми іменуємо виною. Значить у різних форм і видів вини має бути загальна сутність, що і визначає це явище як таке. Природного дуалізму *сутності* не буває. Знайти сутність класу, значить знайти те, що властиво предметам класу і тільки їм. Такий підхід до розуміння сутності не виключає особливостей і специфіки кожного предмета класу. Більше того, у рамках предмета класу сутність, її глибина можуть бути різними. Думка людини нескінченно заглиблюється від явища до сутності, від сутності першого, так сказати, порядку, до сутності другого порядку і так далі.

При аналізі визначень форм вини, що наводяться у ст.ст. 24 та 25 КК України, не можна виявити загальної ознаки, яка властива всім формам вини. При характеристиці умислу законодавець у якості його ознак указує на усвідомлення особою суспільної небезпеки вчинюваною нею дії або бездіяльності, а також підкреслює усвідомлене відношення до наслідків. При характеристиці самовпевненості законодавець

не розкриває ознаки інтелектуального моменту. Що ж стосується психічного ставлення особи до вчинюваної дії або бездіяльності та можливим наслідкам при злочинній недбалості, то його, виходячи із законодавчого визначення недбалості, взагалі оцінити та визначити неможливо. У зв'язку із цим є неточним твердження про те, що законодавець конструє форми вини, ґрунтуючись на певному психічному ставленні особи одночасно як до дії (бездіяльності), так і до наслідків.

Розкриття психологічного змісту ставлення особи як до вчинюваної дії, так і до наслідків, що настали, особливо при злочинній недбалості, має не тільки теоретичне, але й велике практичне значення, оскільки дозволяє відмежувати винувате діяння від випадку.

Позиція законодавця, на наш погляд, впливає на тлумачення сутності вини в цілому, а також на зміст форм і видів вини. Що стосується розкриття сутності вини, криміналісти або обходять це питання, або зводять її до характеристики змісту форм і видів. Схожа позиція знайшла відображення на законодавчому рівні, коли законодавець у ст. 23 КК України дав визначення поняття вини.

При визначенні сутності вини і її форм, розкриваються ознаки, які передбачені у ст.ст. 24, 25 КК України. На нашу думку, сутність вини потрібно розкривати виходячи також з інших загальних положень та інститутів кримінального права. Такий підхід у рамках співвідношення понять «сутність» та «зміст» явищ показує, що сутність вини, як усвідомлення суспільної небезпеки та протиправності вчинюваного діяння, властива вині в цілому та окремим її формам.

Питання про сутність вини має особливу значимість при розкритті злочинної недбалості. Більшість учених сутність злочинної недбалості вбачають у тому,

що особа, вчиняючи злочин, повинна була чи могла передбачати настання суспільно небезпечних наслідків, хоча не усвідомлювала суспільної небезпеки і протиправності своєї дії або бездіяльності. При цьому відзначається, що особа усвідомлювала фактичну сторону діяння і що внаслідок цього вона мала, але не реалізувала можливість усвідомити його соціальну сторону. І оскільки особа, маючи цю можливість, не виявила «належної» ретельності, уваги, витримки та інших позитивних якостей, вона має притягатись до кримінальної відповідальності. Однак виходить, що особі інкримінується дія та її наслідки, а в дійсності в неї щодо соціальної та правової значимості вчинюваного є психічний вакуум (посилання на те, що не усвідомлення і не передбачення не є психічним вакуумом, непереконливі). При такому трактуванні вини визнати винуватою можна будь-яку особу. Тому що завжди можна сказати, що особа повинна була і могла передбачати, оскільки наділена розумом, волею, тобто в неї була можливість усвідомлювати та передбачати.

Очевидно, таке розуміння сутності вини при недбалості не відповідає сьогодишньому вченню про психіку людини. Не психічний вакуум стосовно соціальної та правової значимості вчинюваного є в особи при злочинній недбалості, а цілком певне психічно змістовне ставлення. Це підтверджується рядом обставин. По-перше, коли говорять про осудність, тобто про те, що особа може відповідати за свої дії і керувати ними, то мають на увазі осудність щодо конкретного акту діяльності. По-друге, якщо був відсутній контроль із боку інтелектуальних і вольових моментів психіки особи відносно вчинюваного акту діяльності, то було б некоректним покладати на цю особу юридичну відповідальність. По-третє, у авторів, що заперечують наявність усвідомлення суспільної небезпеки та протиправності при недбалості, зміст і сутність

вини зводяться до нереалізованої з боку особи можливості передбачення. Це положення суперечить логіці речей. Вина – це дійсне психічне ставлення до вчинюваного і його наслідків, а не ставлення у вигляді можливості. При цьому викликає інтерес психічне ставлення особи в момент здійснення дії або бездіяльності, а не можливість цього ставлення. Можливість – ще не дійсність. Хоча можливість є складова частина дійсності, але не вичерпує і не заміняє останню. Нереалізована можливість не може розкрити психічного, соціального (хоча і негативного) ставлення винуватого до вчинюваної дії або бездіяльності, тому що як такого ставлення в цьому випадку не існує.

Зміст вини полягає не в можливості усвідомити суспільно небезпечний і протиправний характер своїх дій, а в дійсному усвідомленні особою суспільної небезпеки

та протиправності вчинюваної дії або бездіяльності. Тому, що можливість лише остільки є елементом змісту чого-небудь, оскільки у дійсності як би закладена в різній формі та у різному виді. І змістом чогось вона може стати лише тоді, коли «виявиться», «спрацює» дійсність, як передумова реалізації можливості. Отже, ми говоримо, що «повинен був» і «міг» передбачати тому, що має місце усвідомлення особою протиправності та суспільної небезпеки своїх дій. Саме тому, можливість може бути лише передумовою, але не підставою кримінального зобов'язання. По-четверте, усвідомлення соціальної та правової значимості вчинюваного діяння є та ознака, що має бути покладена в основу відмежування злочину від інших вольових дій. Тому, що саме вона є тією ознакою, що виражає суб'єктивний аспект сутності злочинного діяння.

СПИСОК ЛІТЕРАТУРИ:

1. *Тугаринов В. П.* Философия сознания / В. П. Тугаринов. – М. : Мысль, 1971. – 199 с.
2. *Гилязев Ф. Г.* Социально-психологическое, уголовно правовые и криминологические аспекты вины / Ф. Г. Гилязев. – Уфа : Изд-во Башкирского ун-та, 1978. – 86 с.
3. *Квашиш В. Е.* Теоретические основы профилактики неосторожных преступлений / В. Е. Квашиш. – М. : РИО Акад. МВД СССР, 1977. – 84 с.
4. *Левитов Н. Д.* О психических состояниях человека / Н. Д. Левитов. – М. : Просвещение, 1964. – 344 с.
5. *Тарасов К. Е.* Социальная детерминированность биологии человека / К. Е. Тарасов, Е. К. Черненко. – М. : Мысль, 1979. – 366.
6. *Гегель* Наука логики. Энциклопедия философских наук : Т. 1. / Гегель. – М. : Мысль, 1975. – 452 с.
7. *Керимов Д. А.* Философские проблемы права / Д. А. Керимов. – М. : Мысль, 1972. – 472 с.
8. *Гегель* Философия духа. Энциклопедия философских наук : Т. 3 / Гегель. – М. : Мысль, 1977. – 471 с.

Стаття надійшла до редакції: 08.03.2015.

Рекомендовано кафедрою кримінального та адміністративного права

THE PHILOSOPHY OF GUILTY

Veresha R. V.

Abstract: This article defines the understanding of the nature of guilt as public awareness of the dangers and the illegality of the acts committed, which also follows from the doctrine of free will. A person can be found guilty and prosecuted only if it is in the Commission of socially dangerous acts acted freely. The basis of volitional action is that people do it on the basis of reason, be conscious of the actual, social and legal characteristics. Since Hegel, the will is reduced to the knowledge necessary. The knowledge necessary, disclosure of the mechanism of its existence and have the will. The degree of freedom society, identity is defined and available for each epoch of the consciousness of necessity. However, the will, including the freedom of will is not a unilinear process of implementation needed. The idea of determinism, establishing the necessity of human actions does not exhaust no reason, no conscience, no assessment of such actions. To be free, on the one hand, this means using the necessity with skill in their personal or the public interest to meet those needs. Will is impossible outside of man and society. It depends on the person, from his conscious relationship to known phenomena, is mainly based on socio-economic and socio-political reality. The freedom of the individual may be and is the only part of freedom. Free will means not only awareness of the need, but also definite attitude to it and other things through that need. On the other hand, freedom of will does not imply the compulsory conscious necessity. Determinism does not imply fatalism. To be free, so in a certain situation and a conscious disregard of known necessary, because free will is the possibility to determine a line of their own behavior, rejecting all the decisions associated with it. Exactly what makes people free, that is aware of the nature of the committed acts, its social and legal significance and chooses this behavior is the basis for the recognition that she is guilty of a crime for which you can be prosecuted. And as rightly emphasized in the literature, free will is a necessary condition for the occurrence of legal liability. In the criminal justice literature suggests that the offender is not free, has no free will, because he do not know the ultimate nature of cognition. This position derives from the philosophy of Hegel, who believed that the human will is of three types: a) natural (direct); b) arbitrary and reasonable. The culprit is the carrier of the first two kinds of freedom. And punishment is the fact that he had the third type of freedom. Man only if bears full responsibility for his actions, if he committed them, having complete free will. Under full freedom of will, apparently, refers to the manifestation in the unity of both absolute and relative will of the parties. Complete freedom of will in its absolute aspect is referring to the spectrum of cognitive process that brought information about a particular phenomenon, revealed to man the manifestation of something necessary, and on this basis gave her the freedom to choose their own modes of conduct. The relative aspect of freedom is that man has not always absolutely accurate information, not a totally accurate representation of one or another reason. The relative aspect of freedom will spread not so much on the variability of actions, but rather on the complexity of the learning process.

Keywords: genesis, philosophy, guilt, conscience, will, personality, mental attitude, wrongfulness.



ФИЛОСОФИЯ ВИНЫ

Вереша Р. В.

Резюме: Статья посвящена философско-правовым аспектам вины в уголовном праве. Рассматривается понятие вины вместе с такими психологическими категориями, как сознание, мышление, воля, разум. Проводится разграничение пределов осознанной и неосознанной деятельности.

Ключевые слова: бытие, философия, вина, сознание, воля, личность, психическое отношение, противоправность.

ЗАКРІПЛЕННЯ В ЗАКОНОДАВСТВІ України принципів змагальності і НЕЗАЛЕЖНОСТІ СУДОВИХ ЕКСПЕРТІВ І НАПРЯМИ ЇХ ВДОСКОНАЛЕННЯ

УДК 343

Н. І. КЛИМЕНКО*доктор юридичних наук, професор Київського
національного університету імені Тараса Шевченка*

Проблема змагальності та незалежності кримінального судочинства була предметом дослідження багатьох вітчизняних і зарубіжних науковців (Н. С. Алексєєв, В. З. Лукашевич, М. І. Бажанов, Ю. М. Грошевий, В. Г. Гончаренко, Г. В. Іванова, Л. М. Карнєєва, В. П. Смирнов, В.Т. Маляренко, Р. Д. Рахунов, І. В. Тирічев, В. П. Бож'єв, М. М. Міхєнко, Ю. П. Аленін, М. А. Погорєцький, Л. Д. Удалова, В. М. Тертишнік, В. М. Юрчишин, Е. Н. Холопова та інші), роботи яких мали важливе наукове та практичне значення.

Розглядаються принципи змагальності і незалежності як форма кримінального процесу, зокрема сутність змагальності експертів, закріплених в КПК України на різних стадіях досудового слідства і розгляду справи в суді та напрями їх вдосконалення.

Ключові слова: змагальність, незалежність, дізнання, досудове слідство, рівність сторін.



CONSOLIDATION OF THE ADVERSARIAL PRINCIPLE AND THE
INDEPENDENCE OF FORENSIC EXPERTS AND THE WAYS OF
THEIR IMPROVEMENTS IN THE LEGISLATION OF UKRAINE

Klymenko N. I.

Received: 16 Apr 2015.

Змагальність передбачає таку побудову кримінального процесу, при якій функції обвинувачення і захисту відокремлені від функції вирішення справи, виконуються суб'єктами, що мають рівні права у збиранні та наданні доказів, їх дослідженні та доведенні їх переконливості перед судом (ст. 22 КПК України), заявленні відводів і клопотань, виступах у судових дебатах, оскарженні процесуальних рішень (ст.ст. 344, 350, 364 КПК України). Суд створює умови, необхідні для реалізації сторонами їх процесуальних прав та виконання процесуальних обов'язків, їх здійснення, і розглядає справу (ст. 22 КПК України). Отже, ознаками змагальності є наявність: двох протилежних сторін – обвинувачення і захисту. Для повноцінного

змагання необхідна присутність сторін у суді (ст.ст. 48, 323, 324, 325, 326, 327, 291, 292 КПК України); процесуальної рівності сторін; незалежного суду, що дає можливість визначити змагальність як форму процесу, де спір сторін вирішується незалежним судом. Для змагального процесу характерний такий правовий статус його основних учасників, який забезпечує виконання функцій обвинувачення, захисту й вирішення справи незалежним судом [1]. Змагальність – це умова і спосіб досягнення істини по кримінальній справі.

Дія принципу змагальності ґрунтується на переконанні – протилежність інтересів сторін найкраще забезпечити повноту матеріалів справи через активне виконання сторонами процесу тільки їм призначені функції обвинувачення, захисту й вирішення справи [2]. Вона закріплена в судочинстві в основному на стадії судового розгляду. Розширення принципу змагальності й послаблення інквізиційних начал на стадії досудового слідства вимагає суттєвої зміни функцій слідчого. Він мусить виконувати одну функцію – розслідування злочинів і бути суб'єктом пізнання злочину та його розслідування [1].

КПК України 2012 р. закріпив основи змагальності кримінального судочинства, зокрема принципу змагальності і незалежності судових експертів. Відбулися суттєві зміни у розумінні як самої судової експертизи, так і її суб'єктів [3; 4; 5; 6; 7].

Базове визначення поняття «судовий експерт», надане в ч. 1 ст. 69 – експерт є учасником кримінального провадження, ст. 84, ч. 2 – висновок експерта є джерелом доказів, ст. 243 – порядок залучення експерта сторонами обвинувачення і захисту, ст. 356 – допит експерта в суді, ч. 5 цієї статті вказує, які відомості про експерта можуть бути надані сторонами щодо його знань, вмінь, кваліфікації, освіти та підготовки.

Закон України про судову експертизу (ст. 10), Інструкція МЮ (п. 18) в більшій мірі регулюють організаційно-змістові елементи поняття «судовий експерт». Права і обов'язки судового експерта викладені в Законі, Інструкції і КПК України 2012 р. в основному співпадають, проте трохи детальніше вони викладені в Інструкції [5].

Закон України «Про судову експертизу» сформулював основні принципи судової експертної діяльності у ст. 3 (законність, незалежність, об'єктивність і повнота дослідження) і напрями їх розвитку. Цей Закон з врахуванням загальних тенденцій розвитку вітчизняного законодавства заклав основи вдосконалення норм окремих галузей права, що регулюють експертну діяльність, створив базу для подальших наукових досліджень теорії і практики судової експертизи, що дозволило реалізувати принцип змагальності судових експертів у судочинстві. На практиці почало застосовуватися проведення експертиз в недержавних установах незалежними експертами. Такі експертизи отримали назву і статус незалежних (альтернативних) конкурентних експертиз.

Що стосується організації експертної діяльності таких експертиз, то вона має досвід в окремих зарубіжних державах [9]. Так, в США кожна сторона в суді (захисту і обвинувачення) має право запросити в суд найнятого нею експерта, який виступає в кримінальному процесі як свідок цієї сторони. Сторона оплачує послуги експерта, що виключає його об'єктивність, достовірність при проведенні експертизи. Суд вирішує справу на основі аналізу поданих сторонами конкурентних експертиз та інших доказів справи, висновку будь-якого з експертів з точки зору наукової обґрунтованості, достовірності і повноти.

Інститут приватної експертизи має місце і в Німеччині, він успішно функціонує і

конкурує з державними експертними установами. Принцип «внутрішньої змагальності» існує у Франції. По справі суд призначає одночасно двох незалежних експертів (для обох сторін). Експерти, які внесені в спеціальний державний реєстр, запрошуються органом, що веде процес, а не сторонами. Це є, на думку французьких спеціалістів, гарантією отримання надійного доказу – висновку експерта.

КПК України 2012 р. в ст. 242 – підстави проведення експертизи проголошує, що експертиза проводиться за зверненням сторони кримінального провадження або за дорученням слідчого судді чи суду, якщо для з'ясування обставин необхідні спеціальні знання. Стаття 243 визначає порядок залучення експерта стороною обвинувачення за наявності підстав для проведення експертизи, у тому числі за клопотанням сторони захисту чи потерпілого.

Проте особливості призначення, проведення і використання результатів конкурентних експертиз в нашому процесі не вирішені до кінця і викликають певні проблеми. Перша з них – це правова регламентація їх проведення в недержавних експертних установах. Закон України «Про судову експертизу» в ст. 7 говорить, що судово-експертну діяльність здійснюють державні спеціалізовані установи, а також у випадках і на умовах, визначених цим Законом, судові експерти, які не є працівниками зазначених установ. Це положення краще сформульовано в Законі РФ, – де говориться про проведення експертиз державними експертами і «іншими експертами» в державних установах, в інших установах і «поза» ними. При цьому «інший» експерт може бути залучений до участі в експертизі, яка проводиться в державних експертних установах (ДЕУ). Від такого поєднання експертиза не перестає вважатися проведеною в ДЕУ, проте висновок стає більш повним, об'єктивним,

мотивованим і значить конкурентоздатним при наявності в справі інших експертних висновків, висновків спеціалістів та інших даних.

На практиці вживається термін «недержавна установа», а експертизи, які проводяться в таких установах, отримали статус незалежних (або конкурентних). Так, проведення незалежних експертиз у випадку непогодження громадян з висновком медичної експертизи передбачено ст. 3 основного закону РФ «Об охране здоровья граждан» від 22.07.1993 р., в деяких Постановах Уряду РФ «О порядке признания граждан инвалидами» від 13.08.1996 р. № 965, «Об утверждении положения о лицензировании деятельности в сфере дорожного движения» від 20.11.1995 р. № 11 тощо [9]. Положення «О проведении независимой идентификационной экспертизы товаров и технологий в целях экспертного контроля» від 21.06.2001 р. № 477 визначає порядок і умови проведення цієї незалежної експертизи.

Таким чином, існують певні умови для становлення і розвитку інституту конкурентної експертизи. Доцільно законодавчо її закріпити в кримінальному і в цивільному судочинстві.

Термін «конкурентна експертиза» вписується в систему правовідносин, що виникають в змагальному процесі, який побудований не тільки на протиставленні функцій обвинувачення і захисту, але й на наявності рівних можливостей сторін в реалізації своїх законних інтересів [2]. Її застосування можливо лише в тих випадках, коли мова йде про експертизу в експертній установі (або експертом), що не знаходиться у відомстві, яке здійснює розслідування кримінальної справи, і її проведення не оплачено громадянами (або їх представниками). «Конкурентна експертиза» має свої особливості: наявність вимоги сторін про проведення незалежної

експертизи поза органом, що проводить розслідування; задоволення цієї вимоги органами розслідування або судом, призначення ними експертизи спеціалістам інших відомств, недержавним спеціалізованим експертним установам або приватним експертам, які мають ліцензію на проведення відповідного дослідження. «Конкурентна експертиза» проводиться незалежними експертами після того, як одна із сторін поставила під сумнів висновки експертизи, проведеної в державній установі.

Закон не забороняє обвинуваченому та захиснику незалежно від того, призначена експертиза конкретному експерту чи експертній установі, клопотати про призначення паралельної (конкурентної) альтернативної експертизи, яку виконують експерти з числа недержавних експертних установ або фахівців у відповідних галузях знань [11]. Слідчий (суд) у разі обґрунтованості заявленого клопотання про призначення такої експертизи, не в праві відмовити у ньому. Захист може протиставити висновку експертизи, виконаної на підставі постанови слідчого (ухвали суду), висновок аналогічної альтернативної експертизи (ст. 6 Закону «Про адвокатуру та адвокатську діяльність»). Такі конкуруючі експертизи в арсеналі захисту мають важливе значення, тому що висновок експерта, як обвинувальний доказ, оцінюється у змаганні з висновком альтернативної експертизи [12].

КПК 2012 р. має і недоліки, до яких відноситься відсутність регламентації:

- організаційних видів судових експертиз (первинна, повторна, додаткова, комісійна і комплексна);
- забезпечення роботи експерта за місцем знаходження об'єктів дослідження (ст. 6 Закону);
- окремого висновку експерта при його незгоді з членами комісії в комісійних і комплексних експертизах;

- допиту експерта на досудовому слідстві;
- права експерта на переформулювання і перестановку питань (п. 4.13 інструкції);
- права експерта посилалися на дослідницьку частину висновку при формулюванні ним висновку (п. 4.15 Інструкції);
- питання про забезпечення матеріалів і об'єктів експертного дослідження поза службовим приміщенням (п. 2, 3, 5 Інструкції) тощо.

У новому КПК вводиться поняття слідчого судді (уперше в ст. 3 п. 18 – визначення основних термінів Кодексу): «Суддя суду першої інстанції, до повноважень якого належить здійснення у порядку, передбаченому цим Кодексом, судового контролю за дотриманням прав, свобод та інтересів осіб у кримінальному провадженні, та у випадку, передбаченому ст. 247 цього Кодексу, – голова чи за його призначенням інший суддя Апеляційного суду Автономної Республіки Крим, апеляційного суду області, міст Києва та Севастополя. Слідчий суддя (слідчі судді) у суді першої інстанції обирається зборами суддів зі складу суддів цього суду».

Вважаємо, що необхідна ще окрема стаття «Слідчий суддя», яка б передбачала його основні функції та порядок їхнього здійснення, у тому числі в процесі призначення та проведення судової експертизи на стадії досудового провадження. Зараз вони мають місце «уривками» в різних статтях кодексу. Проблема є і оцінка слідчим або судом висновків експертів. Це стосується не тільки незалежних експертиз, але і експертиз, виконаних у державних експертних установах. Суди не проводять повну оцінку висновку експерта, як це потребують норми процесуального законодавства. Так, у судових рішеннях не вказується, на чому засновані висновки експерта чи досліджені і проаналізовані всі матеріали, надані на експертизу. Це підвищує

ризик винесення судом необґрунтованих рішень. Вважаємо, що виходом з цієї ситуації є розширення кола професіоналів, які залучаються до проведення конкурентних експертиз. Саме змагальність, надання альтернативних експертних висновків підвищують якість експертиз, що буде сприяти забезпеченню повноти дослідження доказів і встановленню істини по справі.

Аналізуючи висновки різних експертів і порівнюючи їх результати, слідчий і суд повинні прийти до висновку про доказове значення кожної з них, а потім вирішити питання про винність або невинність особи. В умовах постійного розвитку науки і техніки, ускладнення методів і методик дослідження стає складною оцінка слідчим

і судом висновків експертів. Оцінити наукову обґрунтованість висновків, вірність обрання і застосування методів дослідження може тільки висококваліфікований спеціаліст, що має такі ж спеціальні знання, що і експерт. У випадках виникнення труднощів у визначенні доказового значення висновків експертів слідчий і суд можуть звертатися за допомогою до спеціалістів з метою консультації [10].

Отже вирішення вказаних проблемних питань і наданих рекомендацій буде сприяти вдосконаленню дотримання принципів змагальності і незалежності судових експертів в судочинстві і підвищенню ефективності розгляду кримінальних справ.

СПИСОК ЛІТЕРАТУРИ:

1. *Юрчишин В. М.* Реалізація принципу змагальності в кримінальному судочинстві / В. М. Юрчишин // Вісник Академії адвокатури України. – 2008. – № 1 (11). – С. 78.
2. *Волколуп О. В.* Система уголовного судопроизводства и проблемы ее совершенствования / О. В. Волколуп. – СПб, 2003. – 265 с.
3. *Притика Ю. Д.* Вирішення проблем нормативно-правового регулювання судово-експертної діяльності в аспекті реалізації пріоритетів у роботі МЮ України на 2010 рік / Ю. Д. Притика // Сучасні проблеми розвитку судової експертизи (м. Севастополь, 10–11 червня 2010 р.). – Харків : ХНДІСЕ, 2010. – С. 34.
4. *Лозовий А. І.* Проблемні питання призначення та проведення судової експертизи в кримінальному процесі України / А. І. Лозовий // Криміналістика ХХІ століття : матеріали конференції (м. Харків, 25–26 жовтня 2010 р.). – Харків : Право, 2010. – С. 681–685.
5. *Лозовий А. І.* Проблемні питання призначення та проведення судової експертизи в проєкті нового КПК України / А. І. Лозовий, Е. Б. Сімакова-Єфремян // Теорія та практика судової експертизи і криміналістики. – Харків : Право, 2011. – Вип. 11. – С. 190–200.
6. *Щербаковский М. Г.* О регламентации проведения судебных экспертиз по новому КПК Украины / М. Г. Щербаковский // Сучасні тенденції розвитку судової експертизи. – Сімферополь : Аріал, 2012. – С. 78–82.
7. *Корж В. П.* Деякі дискусійні питання залучення експерта стороною захисту / В. П. Корж // Сучасні тенденції розвитку судової експертизи. – Сімферополь : Аріал, 2012. – С. 55–58.

8. *Ярошеня Г. В.* Кримінальний процесуальний кодекс 2012 р.: судовий експерт, його права та обов'язки / Г. В. Ярошеня // Сучасні тенденції розвитку судової експертизи. – Сімферополь : Аріал, 2012. – С. 24–94.
9. *Иванова Т. В.* Проблемы состязательности и независимости судебных экспертов в судопроизводстве РФ / Т. В. Иванова // Актуальні питання судової експертизи та криміналістики. – Харків : Право, 2008. – С. 81–90 ; Селина Е. Состязательность в применении специальных познаний по уголовным делам / Е. Селина // Российская юстиция. – 2003. – № 2.
10. *Удалова А. Д.* Кримінальний процес України : [підруч.] / Удалова А. Д. – К. : ПАЛИВОДА А. В., 2007. – 352 с.
11. *Гончаренко В. Г.* Експертизи в судовій практиці / В. Г. Гончаренко. – К. : Юрінком-Інтер, 2010. – С. 525.
12. *Криміналістика. Академічний курс : підручник.* / Т. В. Варфоломеева, В. Г. Гончаренко, В. І. Бояров, С. В. Гончаренко, В. Попелюшко // Акад. адвокатури України. – К. : Юрінком-Інтер, 2011. – 495 с.

Стаття надійшла до редакції: 16.04.2015.

Рекомендовано кафедрою кримінального процесу та криміналістики

CONSOLIDATION OF THE ADVERSARIAL PRINCIPLE AND THE INDEPENDENCE OF FORENSIC EXPERTS AND THE WAYS OF THEIR IMPROVEMENTS IN THE LEGISLATION OF UKRAINE

Klymenko N. I.

Abstract: Principles of adversariality and independence of forensic experts as a form of criminal procedure are addressed as well as the essence of adversariality of forensic experts enshrined in the Code of Criminal Procedure of Ukraine at different stages of pre-trial investigation and trial of a case in the court and their improvement. The law does not prohibit a defendant and defence counsel, regardless of the assignment of an expert examination to a particular expert or expert institution, to petition for the assignment of an alternative expert examination by non-governmental experts or professionals in the respective branches of knowledge.

Keywords: adversariality, independence of forensic experts, inquiry, pre-trial investigation, equality of parties.



ЗАКРЕПЛЕНИЕ В ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВЕ УКРАИНЫ ПРИНЦИПОВ СОСТЯЗАТЕЛЬНОСТИ И НЕЗАВИСИМОСТИ СУДЕБНЫХ ЭКСПЕРТОВ И НАПРАВЛЕНИЯ ИХ СОВЕРШЕНСТВОВАНИЯ

Клименко Н. И.

Резюме: Рассматриваются принципы состязательности и независимости как форма уголовного процесса, в частности сущность состязательности судебных экспертов, закрепленная в КПК Украины на различных стадиях следствия и рассмотрения дела в суде, и пути их совершенствования.

Ключевые слова: состязательность, независимость, дознание, судебное следствие, равноправие сторон.

ОКРЕМІ ПИТАННЯ СУТНОСТІ ТА ФОРМ ВИКОРИСТАННЯ СПЕЦІАЛЬНИХ ЗНАНЬ У КРИМІНАЛЬНОМУ ПРОВАДЖЕННІ

УДК 347.948.2



І. І. Когутич

доктор юридичних наук, професор, Львівський національний університет імені Івана Франка

У статті викладені міркування стосовно визначення поняття «спеціальні знання», прогалин, інших проблем законодавчого врегулювання використання спеціальних знань у кримінальному провадженні, допустимості проведення у цьому провадженні правової експертизи, а також застосування інших нетрадиційних форм.

Ключові слова: спеціальні знання, форми використання спеціальних знань, кримінальне провадження, правова експертиза.



THE SEPARATE ISSUES OF NATURE AND THE FORMS OF SPECIAL KNOWLEDGE IN CRIMINAL PROCEEDINGS APPLICATION

Kohutych I. I.

Received: 16 Apr 2015.

Як відомо, новий Кримінальний процесуальний кодекс України не містить норми, яка визначає, що таке «спеціальні знання», якими має володіти спеціаліст. Відсутність визначення терміна «спеціальні знання» призводить до неоднозначного трактування цього поняття і в науковому, і в правозастосовному аспектах. Безспірним, як видається, є той факт, що правильне розуміння цього поняття слугує важливою умовою їх використання в різних процесуальних формах учасниками всіх видів національних судочинств, передусім, кримінального. Так чи інакше, спеціальні знання є елементом, що визначає процесуальний правовий статус відповідних учасників кримінальної процесуальної діяльності, на основі якого формуються їх права, обов'язки; система гарантій; умови та порядок їх діяльності. Як наслідок, дослідна робота з цього питання триває.

Визначенню сутності терміна «спеціальні знання» через розкриття його змісту присвячено низку наукових праць, в тому числі дисертаційних досліджень [15; 10; 14].

Серед сучасних науковців достатньо ґрунтовно досліджував це питання В. В. Коваленко, який вважає, що спеціальні знання – це наукові й практичні знання та навички, які відповідають сучасному рівню розвитку відповідних галузей людської

діяльності (за винятком знань в галузі процесуального і матеріального права), використовуються (застосовуються) під час розслідування злочинів і судового розгляду кримінальних справ з метою сприяння слідству чи суду в збиранні та дослідженні доказів [6, 44–46].

Разом з тим у літературі критикують і це визначення, вбачаючи за недоцільне розмежувати спеціальні знання на наукові та практичні. Практичні й наукові знання взаємозалежні та взаємозумовлені. З одного боку, практичні знання складають емпіричну базу для застосування наукових знань, з іншого – деякі практичні знання у результаті наукових досліджень одержують наукове обґрунтування і включаються в наукові знання, причому деякі спеціальні знання можуть бути отримані не в ході наукової діяльності, а як результат акумулювання багатовікового досвіду практичної діяльності (наприклад, особливості технологічних процесів, окремих видів робіт або знання у галузі образотворчого мистецтва, нетрадиційної медицини тощо). Більше того, суд в своїй діяльності, застосовує спеціальні знання експерта, спеціаліста не заради наукового інтересу, а для суто практичних цілей і завдань будь-якого виду судочинства [1, 73–74].

Спеціальні знання не є звичайним набором відомостей, а є динамічним утворенням, яке постійно розвивається, якісно та кількісно збільшується, оскільки, як відомо, досвід має властивість накопичуватись. Саме тому переважна більшість науковців стверджують, що спеціальні знання – це системно-структурна характеристика теоретичних знань та практичних навичок, вмінь в галузі певної науки, техніки, мистецтва і ремесла, придбаних шляхом спеціальної підготовки або професійного досвіду, які не є загальнодоступними і загальновідомими та застосовані в порядку, встановленому законом (конституційним, кримінально-процесуальним,

цивільним процесуальним, адміністративним процесуальним, господарським процесуальним, митним, податковим та іншими).

Проектом Закону України «Про доповнення ч. 1 ст. 3 КПК України (щодо визначення поняття спеціальні знання)» [16] пропонується визначити, що спеціальні знання – це система незагальновідомих, незагальнодоступних, науково обґрунтованих і практично апробованих знань, теоретичного і прикладного характеру, в галузі науки, техніки, мистецтва, отриманих унаслідок спеціальної підготовки, підвищення кваліфікації, самоосвіти, наукової діяльності, досвіду практичної роботи за спеціальністю, що не становлять професійних знань суб'єкта доказування і використовуються з метою одержання доказової та орієнтуючої інформації, необхідної для встановлення істини у кримінальному провадженні у випадках і в порядку, визначеному Кримінальним процесуальним кодексом України.

Як вказано в пояснювальній записці до законопроекту, його метою є законодавче визначення поняття спеціальні знання, яке використовується у процесі досудового розслідування і судового розгляду. Обґрунтуванням такої необхідності слугує теза про неоднозначне тлумачення поняття «спеціальні знання» суб'єктами досудового розслідування в розумінні ч. 1 ст. 71 КПК України.

Однак необхідно зауважити, що поняття «спеціальні знання» також вживається і в інших статтях КПК України, а саме в ч. 1 ст. 69, ч. 2 і 4 ст. 101, а також в інших нормативно-правових актах, зокрема, в Цивільному процесуальному кодексі України (п. 2 ч. 2 ст. 22, ч. 1 ст. 53, ч. 1 ст. 54), в Кодексі адміністративного судочинства України (п. 3 ч. 2 ст. 29, ч. 1 ст. 66, ч. 1 ст. 67, ч. 1 ст. 81), в Законі України «Про судову експертизу» (ч. 1 ст. 1, ч. 2 ст. 16) тощо.

Проаналізувавши зазначені положення, можна зробити висновок, що спеціальними знаннями повинен володіти експерт з метою надання висновків та спеціаліст з метою надання усних консультацій та письмових роз'яснень у справі.

Враховуючи викладене, у літературі цілком виправдано вважають, що поняття «спеціальні знання» має бути уніфікованим для всіх процесуальних кодексів та не потребувати різного розуміння для кожного виду процесу [4].

Крім того, запропоноване законопроектом визначення є недосконалим, оскільки в ньому вжито слова «не загальнодоступні» та «не загальновідомі», які суперечать основним принципам інформаційних відносин стосовно відкритості та доступності інформації (ч. 1 ст. 2 Закону України «Про інформацію»).

Разом з тим, прийняття вказаного законопроекту в запропонованій редакції призвело б до неможливості призначення експертиз у кримінальному провадженні, оскільки наявність схожого визначення спеціальних знань ставитиме під сумнів компетентність експерта з точки зору їх наявності. Саме тому, цей законопроект не може бути підтриманим та підлягає відхиленню.

Нам видається, що найповніше розкриває сутність спеціальних знань наступне визначення: спеціальні знання – це така сукупність професійних знань, навичок та вмінь, яка отримана в результаті спеціальної освіти та/або досвіду роботи, відповідає сучасному розвитку певної галузі правозастосування, науки, техніки, мистецтва або ремесла, є достатньою для проведення відповідними суб'єктами компетентного (кваліфікованого) вирішення питань, які цікавлять слідство чи суд в конкретному провадженні (справі).

Однозначного вирішення питання про форми використання спеціальних знань у

процесі розслідування злочинів чи інших видах судочинного провадження у літературі ми не знаходимо. Разом з тим, солідарні з авторами, які допускають використання спеціальних знань, зокрема, у практиці розслідування, як у процесуальних, так і в непроцесуальних формах. Основними процесуальними формами застосування спеціальних знань і технічних засобів вважають: 1) безпосереднє використання їх слідчим, прокурором (у тому числі криміналістом) і складом суду під час виконання своїх процесуальних функцій збирання, дослідження й оцінки доказів; 2) участь спеціалістів у провадженні слідчих (розшукових) дій; 3) призначення і провадження судових експертиз. Так чи інакше, форма реалізації спеціальних знань залежить насамперед від суб'єкта, виду діяльності та мети їх застосування. Серед непроцесуальних – виправдано розглядати консультативну та довідкову діяльність суб'єктів спеціальних знань (усну чи у вигляді довідок); проведення ревізійних чи аудиторських дій; участь суб'єктів спеціальних знань в оперативно-розшукових заходах; попередні дослідження матеріальних об'єктів спеціалістами й експертами (в усній чи письмовій формі); результати перевірок за криміналістичними обліками (у вигляді довідок) тощо.

Що ж стосується безпосереднього проведення слідчих (розшукових) дій, то тут спеціальні знання можуть використовуватися лише в процесуальних формах, оскільки порядок і умови їх реалізації регламентовано нормами КПК. А отже, тут не може бути непроцесуальних форм застосування спеціальних знань.

Крім цього, форми використання спеціальних знань у ході проведення слідчих (розшукових) дій можна поділяти на основні та допоміжні, традиційні та нетрадиційні.

А зараз декілька тез про непроцесуальні форми використання у кримінальному

провадженні спеціальних знань. Як відомо, вони перебувають за межами кримінального процесуального регулювання, а отже, породжують чималі труднощі в їх реалізації. Зрозуміло, мова не йде про залучення до кримінального провадження тих спеціалістів, які зобов'язані надавати певні види непроцесуальної допомоги слідчому внаслідок приписів відомчих нормативних актів (наприклад, на співробітників експертно-криміналістичних підрозділів органів внутрішніх справ покладено обов'язок проводити на місці події попередні дослідження виявлених речових доказів з використанням криміналістичних засобів і методів і брати участь у конструюванні та перевірці версій, надаючи цим самим слідчому допомогу у проведенні відповідної слідчої (розшукової) дії).

Поговоримо про консультативну допомогу. Питання про надання правового статусу консультативній формі роботи фахівця в кримінальному процесі вже не раз обговорювався в літературі. З урахуванням нинішнього стану кримінального процесуального регулювання пропонувалися два варіанти рішення.

Перший – з використанням тих, що надаються діючим КПК України можливостей, тобто отримання консультацій в ході слідчих (розшукових) і судових дій, для проведення яких слідчий (суд) залучає фахівця в порядку ч. 1 ст. 71 та ст. 360 КПК. Очевидно, що в такій формі консультативна допомога спеціаліста можлива лише у разі, коли потреба в консультації з питань, що носять спеціальний характер, виникає у слідчого (як і в суду) в ході проведення відповідної слідчої дії, в якій бере участь фахівець. На досудовому розслідуванні спеціаліст запрошується для сприяння своєю консультацією слідчому у виявленні, фіксації та вилученні відповідних доказів. Однак це виправдано за умови, що спеціаліст, який бере участь у

відповідній слідчій (розшуковій) дії, здатний унаслідок своєї кваліфікації відповісти на всі ситуативно виникаючі у слідчого спеціальні запитання.

Другий варіант вирішення цієї проблеми пропонувався з урахуванням значною мірою зарубіжного досвіду, зокрема, Німеччини, кримінальне процесуальне законодавство якої передбачало таку самостійну слідчу дію, як допит спеціаліста (дослівно – обізнаних осіб) (§ 85 КПК ФРН). Цей варіант, як відомо, вже реалізовано у вітчизняному КПК, зокрема можливістю проведення допиту судового експерта і слідчим під час досудового розслідування (п. 2 ч. 5 ст. 69 КПК України), а також судом під час судового провадження (ст. 356 КПК). Що ж до спеціаліста, то за чинним КПК України на стадії досудового розслідування від нього можна відібрати лише пояснення (спеціаліст зобов'язаний виконувати вказівки сторони кримінального провадження, яка його залучила та давати пояснення з поставлених запитань), а в суді, аналогічно експерту, його можна допитати (спеціалісту під час судового розгляду можуть бути поставлені питання щодо суті наданих усних консультацій чи письмових роз'яснень. Першою ставить запитання особа, за клопотанням якої залучено спеціаліста, а потім інші особи, які беруть участь у кримінальному провадженні. Головуючий у судовому засіданні має право ставити спеціалістові запитання в будь-який час дослідження доказів).

Однак навіть за такого законодавчого урегулювання, проблема використання спеціальних знань у кримінальному провадженні, як видається, залишається до кінця не вирішеною. Все ж є певні прогалини. Погодёмось, жодну статтю нині чинного КПК, що регламентує використання спеціальних знань, не можна повною мірою реалізувати в процесі пошуків речових доказів водолазами

у водоймах, чи, скажімо, альпіністами у високогір'ї. Тобто у місцевостях, де неможливо організувати проведення тих чи інших слідчих (розшукових) дій з дотриманням загальних процесуальних правил (застосування безперервного відеозапису ходу проведення відповідної дії або ж забезпечити участь не менше двох незаінтересованих осіб (понятих). Тут доводиться керуватися відповідними положеннями кримінального процесуального закону, що регулюють процес збирання доказів, згідно з якими «...сторона обвинувачення, сторона захисту, потерпілий, представник юридичної особи, щодо якої здійснюється провадження, здійснюють збирання доказів шляхом витребування та отримання від службових та фізичних осіб речей, копій документів, відомостей...» (ч. 3 ст. 93 КПК). Між тим це правило не зовсім придатне для описаних випадків хоча б тому, що тут не йдеться про спеціалістів, як учасників кримінального провадження. Мова йде про будь-яких фізичних та службових осіб, що за власною ініціативою надають докази, які в них є. За відсутності ж законних підстав вимагати виконання дорученої роботи слідчому залишається лише розраховувати на особисті контакти, громадську свідомість, готовність фахівців працювати на громадських засадах тощо. Саме тому В. Г. Гончаренко зазначав, що «... не треба заперечувати можливість діяльності співробітників судово-експертних установ та інших осіб, які діють як фахівці поза слідчими діями, а натомість необхідно закріпити таку можливість у кримінально-процесуальному кодексі та відповідних інструкціях про порядок призначення і проведення експертиз» [3, 35].

Отже, сучасні уявлення про **традиційні** процесуальні та непроцесуальні форми використання спеціальних знань в розслідуванні злочинів, які визнані наукою і практикою, за всієї їх різноманітності

можуть бути систематизовані. Ці форми зазвичай пов'язують із участю спеціалістів у слідчих (розшукових) діях (ст. 71 КПК України) – у певних випадках ця участь є обов'язковою (огляд трупа – ч. 1 ст. 238 КПК України, освідчування особи – ч. 2 ст. 241 КПК України, допит неповнолітніх і малолітніх – ст. 226 КПК України); проведенням судових експертиз (ст. 242–244 КПК України); проведенням ревізій і документальних перевірок (ч. 2 ст. 93 КПК України); використанням спеціалістів у збиранні та дослідженні за рамками слідчих (розшукових) дій слідів і інших об'єктів, що в перспективі можуть мати доказове значення; консультаційною допомогою спеціалістів; використанням слідчим власних спеціальних знань.

Часто в цьому переліку як самостійну форму використання спеціальних знань називають дослідження (обстеження), пов'язані зі службовою діяльністю різноманітних відомчих або міжвідомчих комісій і інших груп спеціалістів, що постійно функціонують або спеціально створюються у зв'язку з подіями, які призвели до тяжких наслідків, наприклад загибеллю на виробництві людей, пов'язаною з порушеннями правил охорони праці, авіа- і залізничними катастрофами тощо [2, 34; 5, 75]. Основне завдання таких груп спеціалістів – з'ясувати причини аварій, що сталися. Видається, що такого роду діяльність спеціалістів у жодний спосіб не стосується діяльності правоохоронних органів, оскільки ініціюється службами інших відомств, проводиться без участі слідчого, незалежно від процесуального розслідування і тому не може розглядатись як різновид використання спеціальних знань в кримінальному провадженні. У кримінальному розслідуванні можуть бути використані лише результати таких службових розслідувань, які слідчий у вигляді письмових документів залучає до матеріалів кримінального провадження.

Також виокремлюють як самостійну і таку форму використання спеціальних знань, як «залучення фахівця до вдосконалення і розробки нових науково-технічних засобів і методів виявлення, дослідження, вилучення та закріплення речових доказів» [5, 76]. Це також інша сфера використання спеціальних знань, а саме: науково-дослідна, і аж ніяк не кримінальна процесуальна.

Однак необхідно констатувати, що наведених так званих традиційних форм використання у кримінальному провадженні спеціальних знань не завжди достатньо. Передусім, мова йде про випадки, коли виникає потреба залучення до кримінального провадження спеціалістів, власне, правників. Тобто – виникає потреба у призначенні і проведенні судово-правових експертиз, до яких все частіше звертаються ті чи інші учасники кримінального провадження (найчастіше – адвокати). У процесуальних документах за цих ситуацій озвучують пропозицію дати наукову оцінку висновків раніше проведених у провадженні експертиз або деяких інших зібраних доказів. Проте цей нетрадиційний різновид використання спеціальних знань в літературі, в основному, критикують.

Навіть незважаючи на в цілому усталену доктрину з цієї проблеми, а також на наявність відповідної норми у КПК України, що не допускається проведення експертизи для з'ясування питань права (ч. 1 ст. 242) – не все тут однозначно і зрозуміло. А головне те, що слідча і судова практика, незважаючи на офіційне регламентування цього питання, діяла і продовжує діяти індиферентно до теоретичних та законодавчих заборон. Більше того, результати цієї практики завжди сприяли належному вирішенню завдань конкретно взятих кримінальних проваджень. Тим не менш, цей, безумовно, позитивний досвід вирішення таких нетрадиційних

питань не отримував скільки-небудь серйозного наукового обґрунтування. Адже за незначним винятком [8; 9, 22–29; 11] вітчизняна наука – і криміналістична, і процесуальна – вже впродовж багатьох років пов'язана стереотипами в підходах до оцінки сутності спеціальних знань, завдань і меж їх використання слідчим, прокурором і судом для розслідування злочинів, а згодом – встановлення істини у кримінальних справах.

До таких стереотипів передусім виправдано віднести думку про те, що до **спеціальних знань не належать знання у сфері права**. Раніше для підтвердження цього висновку прийнято було посилалися на відому постанову Пленуму Верховного Суду України від 30 травня 1997 р. № 8 «Про судову експертизу в кримінальних і цивільних справах», в п. 2 якої зазначено, що судам вказано на неприпустимість призначення експертизи у випадках, коли з'ясування певних обставин не потребує спеціальних знань, а також порушення перед експертом правових питань, вирішення яких віднесено законом до компетенції суду (зокрема, щодо вини, неосудності чи недієздатності особи тощо [13, 398–405]. Потрібно визнати, що з цією думкою погоджувалися практично всі науковці. Власне, це положення постанови Пленуму Верховного Суду України підвело підсумок обговоренню питання про сутність спеціальних знань в кримінальному провадженні. Як наслідок, у нині чинному КПК України було поставлено крапку, а саме: у ч. 1 ст. 242 КПК України закріплено пряму заборону проведення у кримінальних провадженнях судових експертиз для з'ясування питань права.

Можна погодитися з тим, що традиційний підхід до оцінки сутності поняття спеціальних знань як будь-яких, окрім знань в сфері права, був певною мірою обґрунтований, і передусім тим, що будь-яка

професійна діяльність для суб'єктів, що її, що здійснюють, «спеціальною» бути не може, оскільки не виходить за межі їх професії. Для професіонала його власна сфера діяльності не є «спеціальною», «специфічною». Такою може визнаватися лише та сфера практичної діяльності або та галузь теоретичних знань, які вимагають професійної підготовки в інших галузях знання або інших сферах практичного застосування цих знань.

Але чи означає сказане, що питання, в яких працівники органів розслідування, прокуратури або суду повинні орієнтуватися на професійному рівні, не можуть в принципі стати предметом вивчення і оцінки з боку обізнаної особи, у тому числі незалежного експерта? Поширювати на конкретного слідчого, прокурора, суддю обов'язок бути цілком компетентним у всіх питаннях усіх відомих на сьогодні галузей і підгалузей права, обізнаність яких може бути потрібною в ході розслідування і розгляду кримінальних справ, означало б поставити слідчого, суддю в дуже скрутне, якщо не сказати безвихідне, становище, коли «знати право вони зобов'язані», але реально засвоїти ці знання в потрібному для прийняття кваліфікованих і відповідальних рішень обсязі виявляється неможливим. Видається, що вже тривалий час і, особливо, в сучасних умовах з'явилися достатні підстави для критичної оцінки і згаданої постанови Пленуму Верховного Суду України, і зовсім недавно прийнятого КПК України. Як нам видається, цілком зрозуміло, що в тій великій кількості нормативних актів, прийнятих за останні роки, які необхідно знати під час розслідування нових видів кримінальних правопорушень і якими доводиться керуватися слідчим, прокурором, адвокатам, суддям у своїй роботі, жоден юрист професійно в необхідному обсязі орієнтуватися не в стані. Не можна кваліфіковано розслідувати податкові злочини без знання податкового права;

злочини, що здійснюються у сфері підприємництва і банківській діяльності, – не маючи достатньої підготовки в сфері цивільного, фінансового і банківського права; злочини у сфері високих технологій – не будучи обізнаним у питаннях правового забезпечення інформаційної безпеки, і т. д. Не кажучи вже про те, що у кримінальних провадженнях, пов'язаних з майновими злочинами, зазвичай заявляються цивільні позови, вимоги за якими можуть виявитися не менш різноманітними, ніж ті, що розглядаються в цивільному або господарському судочинстві.

Незважаючи на законодавчу заборону, все ж необхідно зазначити, що і кримінальне, і кримінальне процесуальне право – це не лише система норм, застосування яких, спричиняючи відповідні юридичні наслідки, є винятково компетенцією органів розслідування, прокуратури і суду. Погодьмось – це і сфера використання напрацювань окремих спеціальних юридичних наук. Тому видається, що виконаний на рівні експертизи фахівцями в галузі правової науки теоретико-прикладний аналіз встановлених в ході розслідування або судового розгляду обставин кримінального правопорушення (злочину), висновки якої даватимуть основу пріоритету того або іншого варіанту вирішення проблеми кримінально-правової кваліфікації скоєного або варіанту ухвалення процесуального рішення, не суперечитиме нормативним правилам призначення і проведення судових правових експертиз у кримінальному провадженні.

Ця ідея вже висловлювалася частково в літературі, але, на жаль, залишилася без належної реакції. Зокрема, ще за радянських часів було запропоновано, щоб аналіз зібраних доказів і кваліфікації злочинів вирішувати з використанням ЕОМ, оформляючи результати «висновком оператора, який суд і інші учасники процесу оцінюють з урахуванням усіх матеріалів

справи» [7, 9]. А це – не що інше як, висловлюючись усучаснено, різновид правової експертизи ходу і результатів досудового розслідування у кримінальних провадженнях.

Ведучи мову про судову правову експертизу, важливо розрізняти судові експертизи в традиційному їх розумінні – як експертизи, що встановлюють нові факти а, отже, є джерелом доказів, і наукові консультативні експертизи, що носять оцінний характер. Жодних ризиків вторгнення в сферу виключної компетенції слідчого, прокурора або суду такий підхід не породжує. Навіть висновки за наслідками традиційних судових експертиз, які законом належать до джерел доказів, для суду, як це визначено п. 3 згаданої вище постанови Пленуму від 30 травня 1997 р., не мають наперед встановленої сили та переваги над іншими джерелами доказів, підлягають перевірці й оцінці за внутрішнім переконанням, яке має ґрунтуватися на всебічному, повному й об'єктивному розгляді всіх обставин справи у сукупності. За цими ж критеріями повинні оцінюватися і результати судової правової експертизи.

У вирішенні питання про судову правову експертизу, що проводиться в рамках кримінального провадження, доречно було б, як приклад, звернутись до аналізу роботи Конституційного Суду України, склад якого, вочевидь, ніхто не може запідозрити в професійній некомпетентності. На противагу загальним судам, втім числі тим, що розглядають кримінальні справи, Конституційний Суд України згідно зі своїми повноваженнями, передбаченими ст. 13 Закону України «Про Конституційний Суд України» [12], у переважній більшості випадків вирішує саме питання права. Адже перевірка конституційності законів та інших правових актів Верховної Ради України, актів Президента України, актів Кабінету Міністрів

України, правових актів Верховної Ради Автономної Республіки Крим; відповідності Конституції України чинних міжнародних договорів України або тих міжнародних договорів, що вносяться до Верховної Ради України для надання згоди на їх обов'язковість; додержання конституційної процедури розслідування і розгляду справи про усунення Президента України з поста в порядку імпічменту в межах, визначених відповідними статтями Конституції України, а також офіційне тлумачення Конституції та законів України та перевірка відповідності проекту закону про внесення змін до Конституції України вимогам конституційного законодавства України – це не що інше як вирішення питань права.

Як і всі судді в Україні, судді Конституційного Суду України при здійсненні своїх повноважень є незалежними і підкоряються лише Конституції та законам України. Вони приймають рішення і дають висновки в умовах, що виключають сторонню дію на свободу їх волевиявлення (ст.ст. 4, 27 Закону).

Разом з тим, під час розгляду Конституційним Судом питань права, що відбувається за умови незалежності суддів, яка не припускає, в принципі, жодних сторонніх впливів чи вказівок, все ж ст. 54 Закону закріплено норму, згідно з якою колегія суддів Конституційного Суду України для забезпечення повноти розгляду справи Конституційним Судом України під час підготовки справи, як і Конституційний Суд України в процесі провадження у справі, мають право призначати експертизу в справі і вирішувати питання щодо залучення до участі в конституційному провадженні експертів.

Іншими словами, експерти в Конституційному Суді піддають аналізу ті самі питання, які належить в остаточному вигляді вирішити цьому суду. У той же час, в цих діях Конституційного Суду

України ніхто, чомусь, не вбачає факт використання правових знань як різновиду спеціальних. Ніхто також не вбачає в цьому вторгнення в сферу компетенції суду, попри те, що підстав для подібних звинувачень на перший погляд більш ніж достатньо (якщо, звичайно, керуватися логікою міркувань про недопустимість постановки в кримінальному провадженні перед експертами правових питань). Саме тому було б правильніше з урахуванням потреб сьогодення розглядати і вимоги ч. 1 ст. 242 КПК України і п. 2 відомої постанови Пленуму Верховного Суду України в контексті існування категоричної заборони постановки юридичних питань лише перед судовими експертами, що не є фахівцями в сфері права. Тим більше, не має, як видається, жодних підстав відмовляти слідчому, прокуророві, суду в праві (враховуючи аналогічне право суддів Конституційного Суду України, які, в принципі, не повинні б бути менш фаховими у питаннях права і правової науки) звертатися до спеціалістів різних галузей правової науки для отримання наукових консультацій із різноманітних питань тих чи інших галузей права або ж питань правозастосування. Важливо лише, щоб такі звернення для відповідних суб'єктів процесуальних правовідносин мали юридичні наслідки, а саме обов'язок обізнаної особи відповісти на поставлені запитання. Така форма звернення по допомогу до більш досвідчених працівників правоохоронної сфери або ж науковців-юристів для отримання

консультацій добре відома практиці, хоча й не врегульована законом [11].

Справді, і про це більш ніж переконливо пише О. О. Ексархопуло, що на практиці часто виникає потреба в залучення відповідно обізнаних осіб і для вирішення питань, які входять в компетенції суб'єкта пошуково-пізнавальної діяльності. Прикладом цьому може бути звернення оперативно-слідчих працівників у конкретних провадженнях про надання їм допомоги з боку ветеранів розшуку і слідства, які мають багатий досвід виявлення і розслідування злочинів. Необхідні консультації, поради, рекомендації практикам можуть дати і науковці – фахівці в сфері кримінального права, кримінального процесу, криміналістики, судової медицини, психології, психіатрії [17, 23–28].

Як видається, нічого крім користі правове закріплення таких форм використання спеціальних знань в кримінальному провадженні принести не може. І не доречно, вочевидь, посилалися на вторгнення у виняткову компетенцію слідства, прокурора, суду як на підставу відмови від визнання правомірності призначення судово-правової експертизи, оскільки отримання кваліфікованої допомоги нікому це ще не зашкодило (крім, можливо, недобросовісних працівників, які побоюються, що їх некомпетентність навіть в тих питаннях, в яких вони зобов'язані орієнтуватись на професійному рівні, стане предметом гласного обговорення).

СПИСОК ЛІТЕРАТУРИ:

1. *Васильєва-Шаламова Ж. В.* Застосування спеціальних знань в цивільному процесі / Ж. В. Васильєва-Шаламова // Актуальні питання державотворення в Україні : матеріали міжнар. наук.-практ. конф. (м. Київ, 24–25 квіт. 2008 р.) / Київ. нац. ун-т ім. Т. Шевченка, юрид. ф-т. – К., 2008. – С. 73–74.

2. Гольдман А. М. Правовые основания и формы применения специальных познаний в советском уголовном процессе / А. М. Гольдман // Вопросы экспертизы в работе защитника : сб. статей. – Л. : Изд-во Ленингр. ун-та, 1970. – С. 27–44.
3. Гончаренко В. Г. Научно-технические средства в следственной практике / В. Г. Гончаренко. – К. : Вища школа, 1984. – 152 с.
4. *Зауваження та пропозиції до проекту Закону України «Про доповнення частини 1 статті 3 Кримінального процесуального кодексу України (щодо визначення поняття спеціальні знання)»* (реєстр. № 3679 від 22 листопада 2013 р.) [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.scourt.gov.ua/clients/vsu/vsu.nsf/%28print%29/9EA97D40E7A6736AC2257C6D00357B9F>
5. Зуев Е. И. О понятии специальных познаний в уголовном процессе / Е. И. Зуев // Вопросы теории криминалистики и судебной экспертизы (материалы научной конференции, декабрь 1969 г.). Вып. 1. – М., 1969. – С. 70–76.
6. Коваленко В. В. Застосування науково-технічних засобів спеціалістами при проведенні слідчих дій : монографія / В. В. Коваленко. – Луганськ : РВВ ЛДУВС, 2007. – 208 с.
7. Кокорев А. Д. Процессуальные проблемы использования достижений научно-технического прогресса в уголовном судопроизводстве / А. Д. Кокорев // Вопросы уголовного процесса : межвузовский сборник : Вып. 1. – Саратов : Из-во Саратовского ун-та., 1977. – С. 3–16.
8. Легких К. В. Загальнонаукові та процесуальні питання проведення судової правової експертизи в судочинстві України : автореф. дис. ... канд. юрид. наук / К. В. Легких. – К., 2009. – 22 с.
9. Легких К. В. Питання призначення судових правових експертиз у кримінальному судочинстві України / К. В. Легких // Адвокат. – 2008. – № 8. – С. 22–29.
10. Махов В. Н. Теория и практика использования знаний сведущих лиц при расследовании преступлений : автореф. дис. д-ра юрид. наук / В. Н. Махов. – М., 1993. – 58 с.
11. Навроцький В. О. Правова експертиза у кримінальних справах [Електронний ресурс] / В. О. Навроцький. – Режим доступу : http://uba.ua/documents/doc/v_navrotskyi_speech.pdf
12. *Про Конституційний Суд України* : Закон України від 16 жовтня 1996 р. № 422/96-ВР // Відомості Верховної Ради України від 03.12.1996. – 1996 р., № 49, ст. 272.
13. *Про судову експертизу в кримінальних і цивільних справах* : Постанова Пленуму Верховного Суду України від 30 травня 1997 р. № 8 «Про судову експертизу в кримінальних і цивільних справах» зі змінами, внесеними постановою Пленуму Верховного Суду України від 25 травня 1998 р. № 15 // Збірник постанов Пленуму Верховного Суду України у кримінальних справах. – Харків : Одиссей, 2003. – 432 с.
14. Соколовский З. М. Проблема использования в уголовном судопроизводстве специальных знаний для установления причинной связи явлений : автореф. дис. д-ра юрид. наук / З. М. Соколовский. – Харьков, 1968. – 38 с.
15. Шиканов В. И. Проблема использования специальных знаний и научно-технических новшеств в уголовном судопроизводстве : автореф. дис. ... д-ра юрид. наук / В. И. Шиканов. – М., 1980. – 32 с.

16. *Що таке «спеціальні знання» в КПК? Єдина служба правової допомоги* [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://3222.ua/pro_slujbu.html

17. *Эксархопуло А. А.* Специальные познания в уголовном процессе и их нетрадиционные формы / А. А. Эксархопуло // Вестник криминалистики / [отв. ред. А. Г. Филиппов] : Вып. 2. – М. : Спарк, 2001. – С. 23–28.

Стаття надійшла до редакції: 16.04.2015.

Рекомендовано кафедрою кримінального процесу та криміналістики

THE SEPARATE ISSUES OF NATURE AND THE FORMS OF SPECIAL KNOWLEDGE IN CRIMINAL PROCEEDINGS APPLICATION

Kobutych I. I.

Abstract: The article is concerned with considerations regarding the definition of “special knowledge”, gaps and other problems of legislative regulation of special knowledge in criminal proceedings application, admissibility of legal expertise in this proceedings as well as the application of other non-traditional forms.

As you know, the new Criminal procedure code of Ukraine does not contain a provision that defines a notion of “special knowledge” which would characterize a specialist. The lack of definition of “special knowledge” leads to ambiguous interpretation of this term both in scientific, and law-enforcement aspects. It seems that this concept is be uniform for all procedural codes and do not require different understanding for each process. The following definition reveals the essence of special knowledge the most fully: special knowledge is a set of professional knowledge, skills and abilities that was obtained during special education and/or work experience, meets the modern development of a field of law-enforcement, science, engineering, arts and crafts, and is sufficient for the relevant subjects of competent (qualified) issue decision that are on a special interest by the bodies of investigation or court in a certain proceedings (case).

We agree with the authors that permit the application of special knowledge, in particular in the practice of investigation, both in procedural and non-procedural forms. Actually, it is non-procedural form of the application special knowledge in criminal proceedings give rise to considerable difficulties, because, as you know, they are outside of the criminal procedural regulation. It is first and foremost about the kind advice of specialists.

It is necessary to point out that the so-called traditional forms of special knowledge in criminal proceedings application is not always enough. First of all, we are talking about cases when there is a need to engage in criminal proceedings specialists, in fact, lawyers. It means that there is a need for the appointment and conduct the number of forensic legal expertise, which is increasingly turning those or other participants in criminal proceedings (often lawyers). There seems to be nothing but good of legal recognition of this form does not may lead. It is not applicable, obviously, to refer to the invasion of the exclusive competence of the bodies of investigation, the prosecutor, court as grounds of refusal to recognize the legitimacy of the appointment of forensic legal expertise as receiving skilled aid would not hurt anyone else (except, perhaps, unfair workers, who fear that their incompetence even in those matters in which they have to rely on a professional level, will be the subject of public discussion).

Keywords: the special knowledge, forms of the special knowledge application, criminal proceedings, legal expertise.



ОТДЕЛЬНЫЕ ВОПРОСЫ СУЩНОСТИ И ФОРМ ИСПОЛЬЗОВАНИЯ СПЕЦИАЛЬНЫХ ЗНАНИЙ В УГОЛОВНОМ СУДОПРОИЗВОДСТВЕ

Когутич И. И.

Резюме: В статье изложены рассуждения относительно определения понятия «специальные знания», пробелов, других проблем законодательного урегулирования использования специальных знаний в уголовном производстве, допустимости проведения в этом производстве правовой экспертизы, а также применение других нетрадиционных форм.

Ключевые слова: специальные знания, формы использования специальных знаний, уголовное производство, правовая экспертиза.

УКРАЇНСЬКА ПРАВОВА ТРАДИЦІЯ ЯК КВАЗІМЕТОДОЛОГІЧНА ОСНОВА КРИМІНАЛЬНОЇ ПРОЦЕСУАЛЬНОЇ РЕГЛАМЕНТАЦІЇ СУСПІЛЬНИХ ВІДНОСИН

УДК 343.13

**Л. М. Лобойко**

*доктор юридичних наук, професор, науково-дослідний інститут вивчення проблем злочинності імені академіка В. В. Сташиса
Національної академії правових наук України*

Розглянуто питання про українську правову традицію з точки зору правомірності віднесення її до числа методологічних основ процесуальної регламентації суспільних відносин. Зроблено висновок, що українська правова традиція внаслідок відсутності ґрунтовних її наукових досліджень і історичної спадкоємності кримінального процесуального законодавства поки ще не може бути методологічною основою досліджень у галузі кримінального процесу. У зв'язку з цим положення про врахування в перебігу реформування кримінального процесуального законодавства його історичних традицій можна розглядати не більше як методологічні квазіоснови правової регламентації суспільних відносин.

Ключові слова: *правова традиція, правова система, кримінальний процес, регламентація, методологічна основа.*



UKRAINIAN LEGAL TRADITION AS
QUASI-METHODOLOGICAL BASIS OF CRIMINAL
PROCEDURAL FRAMEWORK FOR SOCIAL RELATIONS

Loboyko L. N.

Received: 16 Apr 2015.

Більше двох років діє новий Кримінальний процесуальний кодекс України від 13 квітня 2012 р. (КПК) – конституція діяльності з вирішення кримінально-правових конфліктів. У теоретиків і практиків є багато нарікань (і справедливих і не справедливих) на якість як окремих кримінальних процесуальних норм, так і окремих, особливо нових для вітчизняного права, інститутів. Безумовно, норми, інститути кримінального процесуального права неналежної якості важко ефективно застосовувати. Але оцінка якості окремих норм, інститутів і галузі права в цілому залежить від характеристик особи, яка її (оцінку) здійснює (теоретичного рівня підготовки; життєвого і професійного досвіду тощо). Як на мене, якісний закон можна підготувати лише тоді, коли члени колективу, який його готує, мають у своєму розпорядженні чіткі методологічні установки (основи) щодо підготовки законопроекту. Такі основи, як правило, викладають у відповідних концепціях. Чи була така концепція на момент початку і впродовж роботи групи науковців і практиків, які готували проект КПК, що став законом 13 квітня 2012 р.?

Окремої Концепції підготовки КПК на момент початку роботи над проектом (2006 р.) не було, так

само як не було її і групах, які працювали над іншими варіантами проекту. Процесуалісти не змогли об'єднати зусилля і підготувати сучасну, якісну концепцію, в якій би були закладені методологічні основи підготовки КПК, орієнтовані на європейські стандарти кримінального судочинства. Але ж готувати без концепції такий важливий законодавчий акт, яким є КПК, – усе одно, що говорити, не думаючи. Тому у 2006 і 2008 роках Президентом України були ухвалені дві відомі Концепції [6; 7], структурними елементами яких стали положення, які і відіграли роль методологічних основ реформування кримінального процесуального законодавства (п. 3 р. 1, п. 2 р. 2, р. 4 та ін. Концепції 2006 р.; розділи 1 і 2 Концепції 2008 р.). Чи забезпечило використання цих основ підготовці якісного КПК? Моніторинг публікацій, присвячених застосуванню КПК 2012 року, показує, що і учені і ті, хто застосовує КПК, відзначаючи його негативні риси, зазначають, серед інших, як пряму чи опосередковану причину цього відхід авторів КПК від українських правових традицій, ігнорування менталітету українців. Правова традиція, на думку дослідників у царині загальної теорії права, є феноменом правової культури, який тісно взаємодіє з правовим менталітетом, несе в собі цілий пласт правового досвіду у його історичному зрізі, що дозволяє побачити природу спадкоємності права [10].

На важливість врахування менталітету народу в перебігу реформування законодавства, в якому по-новому регламентують суспільні відносини, вказує хоча б та обставина, що крах державності Росії на початку ХХ ст. значною мірою був пов'язаний з невдалою судовою реформою другої половини ХІХ ст. Першопричину цього російські учені вбачають у ігноруванні авторами реформи специфіки російського національного менталітету [1].

Питання про відповідність положень КПК національним (українським) традиціям у галузі кримінального судочинства було вкрай дискусійним ще на етапі підготовки проекту КПК. У перебігу обговорень проекту, давання на нього висновків науковими установами і практичними органами, у наукових публікаціях містилися «суттєві» зауваження: розробники проекту знехтували українські традиції кримінального процесу і змішали, до того ж еклектично, інститути, що є притаманними різним правовим системам (романо-германській і англо-саксонській).

Однією з найбільш різких критичних публікацій стали тези В. П. Півненка – професора кафедри правосуддя юридичного факультету Харківського національного університету імені В. Н. Каразіна, викладені ним у формі бичування «ворогів національної процесуальної традиції». До речі, багато інших публікацій, що містять критику проекту КПК і чинного КПК, викладені у подібному стилі.

В. П. Півненко пише: «...творці проекту нового КПК України «збудували дім на піску» шляхом об'єднання різнополярних кримінально-процесуальних інститутів романо-германської правової системи, до якої належить Україна, з англо-саксонською, представником якої є Сполучені Штати Америки (і не лише вони – А. А.), що є абсурдом з теоретичної і практичної точок зору» [11, 359].

Автора «особливо бентежить те, що розробники законопроекту чітко не визначилися ні з світоглядними, ні з методологічними базовими установками (фундаментальними основами), на яких має будуватися вся архітектоніка нового КПК України, що й призвело до невдачі, створення законопроекту за принципом заперечення і руйнації всього попереднього і зміни традиційної вітчизняної змішаної (континентальної) моделі (форми) кримінального судочинства на

повністю змагальну англо-американського типу» [11, 359–360].

Дискутувати із «обвинувальним актом» щодо розробників проекту, до числа яких входив і автор цієї доповіді, неможливо із-за предмету дискусії. У «обвинувальному акті» не наведено жодного доказу на підтвердження того, що проект – це «дім на піску». Не зрозуміло також про які саме різнополярні інститути романо-германської і англосаксонської правових систем пише В. П. Півненко. Як і те, чому саме автори «не визначилися зі світоглядними установками» – ці установки обговорювалися і по суті затверджувалися через досягнення згоди усіх членів робочої групи, а також були презентовані на численних конференціях, круглих столах, що відбулися у багатьох містах України, у тому числі й у Харкові (двічі). Інша справа, що ці установки у законопроекті прямо викласти неможливо, але ж вони фактично «присутні» у тих моделях норм, що становлять зміст КПК. До того ж, світоглядні (методологічні) установки викладені у двох Концепціях, про які йшлося вище.

Нічим не обґрунтований і висновок щодо невдачі проекту КПК. Навпаки, поважні експерти Ради Європи надали йому високу оцінку [4; 5], а практична реалізація норм КПК є не такою провальною, як її змальовували у теорії кримінального процесу як до набуття чинності КПК, так і після цього. Інша справа, що слідчі, прокурори, судді виявилися не готовими до роботи в нових умовах і здійснюють свою діяльність, як і раніше, намагаючись підлаштувати її під вимоги нового КПК.

І про «руйнацію всього попереднього». У КПК дійсно «зруйновано» ті застарілі, незручні для учасників процесуальні інститути, що були традиційними для радянського кримінального процесу (наприклад, інститут додаткового

досудового слідства; формальна процедура набуття особою статусу потерпілого та ін.). Але ж реформи здійснюють з метою відмови від того, що застаріло і заважає, і запровадження нового, прогресивного, сучасного. До того ж, систему правового регулювання кримінальних процесуальних відносин поступово «руйнували» раніше, а точніше приводили її у відповідність до нових суспільних відносин (ринкові відносини, правова держава, демократія тощо), у тому числі і в перебігу «малої» судової реформи 2001 року. Треба пам'ятати, що правова система України *виникла* (курсив – Л. Л.) об'єктивно у період досягнення радянською правовою системою «точки біфуркації», коли ця система згідно з основними засадами синергетики руйнувалася [8].

Безумовно, право в нашій державі існувало і раніше. Спадкоємність права в Україні, починаючи з припинення існування Київської Русі, формувалася під впливом правових систем Речі Посполитої, Австро-Угорської імперії, Московського царства, Російської імперії та їх правових культур, у зв'язку з чим не мала цілісної чинної безперервності у частині власного українського позитивного права [10]. То чи можна стверджувати, що в Україні протягом її історичного розвитку сформуватися правові (процесуально-правові) традиції? Напевно, що ні.

Ю. О. Тихоміров розглядає два види правової системи: правову систему, що склалася історично, та систему законодавства, що являє собою продукт раціональної діяльності, форму нормативного матеріалу [12, 210–223]. Якщо слідувати такому розумінню правової системи, то формування в Україні різних галузей законодавства «історично» розпочалося лише після здобуття нашою державою незалежності в 1991 році. А враховуючи, що нова Конституція України була прийнята у 1996 році, то саме з цього моменту

слід відраховувати історичний час формування національної системи законодавства і правової системи. Цей період в історичному плані є не таким уже й значним.

Мова йде про те, що раціональна діяльність поки що не виробила продукту у вигляді остаточно сформованої української системи законодавства. Ба більше, система законодавства, а отже і правова системи держави постійно змінюється із зміною соціальних умов життя суспільства. Та й правова система є доволі складним явищем, у якому переплітаються законодавчі акти, ухвалені в історично різні періоди часу. До того ж, ці періоди розмежовуються складними соціальними перетвореннями. Приміром, протягом тривалого часу (1991–2012 роки) діяв КПК неіснуючої держави, який «мирно уживався» з новими Кримінальним кодексом України, Цивільним процесуальним кодексом України та Кодексом адміністративного судочинства України.

На думку Н. М. Оніщенко, основним завданням правової системи є створення визначеної, нормативної, стабільної основи для всього комплексу суспільних відносин, в тому числі і для їх динаміки. Основним напрямком правового регулювання в умовах демократичної і правової держави є закріплення і охорона *нових* (курсив – А. Л.) суспільних відносин; забезпечення сприятливих умов і засобів існування індивідів; зміна характеру відносин у певній сфері; сприяння виникненню і функціонуванню нових відносин і суспільних явищ [9, 38–39]. Правове регулювання суспільних відносин у КПК якраз і покликане виконувати це завдання і змушувати систему кримінального процесуального законодавства йти у зазначених напрямках.

Правова система України як незалежної і суверенної держави лише формується, а точніше – трансформується із радянської,

тоталітарної у демократичну з пануванням принципу верховенства права. Те, якою вона буде сформована (у яку саме трансформована), має визначатися не радянськими традиціями, а міжнародними, визнаними у Європі стандартами побудови правової системи. Європа знає різні правові, у тому числі й процесуальні, системи. Але ж стандарти дотримання прав людини, тобто мінімальні вимоги до їх дотримання, мають бути єдиними, спільними. Ну і, звичайно ж, не радянсько-тоталітарними.

Традиційно вважається, що українська правова система тяжіє до романо-германського типу. Але у нашій правовій системі (у її нормативній частині) з недавніх часів співіснують нормативно-правовий акт і прецедент. Останній є характерним для англосаксонської системи права.

Заперечення, а точніше ігнорування судової практики як джерела права, залишилось нам у спадок з радянських часів. У недалекому минулому прецедент як джерело права застосовувався тільки у країнах англо-американської системи права, можливість його запровадження на теренах колишнього СРСР оцінювалося виключно негативно. Сучасне ж порівняльне правознавство навряд чи дозволить нам погодитися з правильністю такої оцінки. Оскільки в державах континентального права (ФРН, Французькій Республіці, Королівстві Нідерландів, Швейцарській Конфедерації), на які Україна традиційно орієнтується в своєму правовому розвитку, – якщо не в самому тексті закону, то принаймні в сучасній правовій доктрині, ніхто не заперечуватиме правотворчу роль судів [3].

Для радянської правової традиції основним джерелом права вважався нормативно-правовий акт. Тепер же і судова практика набуває значення джерела права. Однак противники запровадження судового прецеденту, як «буржуазної правової

матерії», зазначають, що «не слід сліпо дублювати зарубіжні традиції правозастосування, це має бути судовий прецедент з *«українським обличчям»* (курсив – Л. Л.). Адже судові прецеденти – це не ідеальні джерела права (як і правова норма), їм властива певна суперечливість, оскільки бувають випадки, коли суди по-різному вирішують однакові питання. Крім того, вітчизняні суди не наділені правотворчою функцією, й цей факт не можна ігнорувати. Тому потрібно на науковому рівні ґрунтовно дослідити можливості та межі застосування судових прецедентів як джерел права в Україні; визначити їх вплив на правозастосовчу діяльність; спрогнозувати можливі переваги та недоліки надання актам вищих судів України статусу джерел права. І тільки все зваживши, поступово запроваджувати відповідні зміни, можливо, як експеримент (приміром, спочатку можна було б надати статусу джерела права постановам Пленуму Верховного Суду України, попередньо запровадивши ефективну процедуру їх прийняття), а потім, в разі отримання позитивного результату, – як загальне правило [2].

Не вдаючись до полеміки з авторами, з роботи яких наведено цитату, зазначу, що бажання запровадити прецедент (чи будь-яке інше правове явище) з *«українським обличчям»* є характерним для багатьох учених і практиків. У наведеній роботі, як і у інших, говориться про таке *«обличчя»*, а от як воно виглядає невідомо, бо ніхто його ще не *«змалював»*. Доводиться констатувати, що далі закликів про необхідність *«на науковому рівні дослідити»* і *«послідовно, як експеримент»*, почати запроваджувати справа не йде. Або якщо і йде, то як у ситуації, змалюваній відомим російським політиком і державним діячем В. Чорноміридіним. Одного разу він спересердя сказав: *«Яку б партію ми не будували, все одне КППС виходить»*. Так і з реформуванням

вітчизняного кримінального процесуального законодавства: *«Як би ми не реформували КПК, – все одне КПК УРСР (СРСР) виходить»*. Про потенційну можливість повернення від КПК 2012 року до КПК УРСР свідчить значна кількість висловлених у юридичній літературі пропозицій щодо відновлення у процесуальній системі стадії порушення кримінальної справи; позбавлення прокурора функції процесуального керівництва досудовим розслідуванням; зменшення кількості прав учасників процесу, забезпечених судовим контролем тощо.

У перебігу багатьох і тривалих обговорень проєкту КПК, а наразі і чинного КПК, основні аргументи його противників зводяться до того, що у ньому *«усе не так як було за КПК 1960 року»*, бо, мовляв, не враховані вітчизняні традиції кримінального процесу. У такому разі виникають запитання: *«Навіщо взагалі реформувати кримінальний процес України? Навіщо наближатися до європейських цінностей у галузі кримінального судочинства (які, до речі, ніхто із противників КПК, жодного разу не поставив під сумнів), коли у нас є хороші «українські» традиції «радянського кримінального процесу»?*

Найприйнятнішим варіантом обговорення даного питання, та й взагалі КПК, могла би стати дискусія, організована у одному чи у декількох загальноукраїнських юридичних виданнях. При чому дискусія не *«взагалі»*, а конкретно по системі національних традицій кримінального процесуального законодавства (якщо такі, звичайно, є), або ж по кожній із них. Не зайвою була би і дискусія щодо впливу українського менталітету на зміст окремих норм кримінального процесуального права та системи цілої галузі права. У перебігу цих дискусій цікавими були би висновки щодо співвідношення українських процесуально-правових традицій

та європейських стандартів кримінального судочинства. Бо почасти учені і практики, роблячи пропозиції щодо змін та доповнень до КПК, обґрунтовують це потребою наближення вітчизняного кримінального процесуального законодавства до європейських стандартів. Але реально впровадження пропонованих норм, навпаки, віддаляє наше законодавство від цих стандартів. Автор пропозиції іноді вважає, що те, що він пропонує, є корисним для процесу, а тому таким, що відповідає євростандартам. Проблема у тому, що ці стандарти треба не просто знати, а усвідомити їхній зміст. Інакше ставлення до стандартів буде як до комунізму – мало

хто знав, що він собою являє, але всі знали, що комунізм – це «світле майбутнє».

Як висновок, слід зазначити, що українська правова традиція внаслідок відсутності ґрунтовних її наукових досліджень і історичної спадкоємності кримінального процесуального законодавства поки ще не може бути методологічною основою досліджень у галузі кримінального процесу. У зв'язку з цим гасла про врахування в перебігу реформування кримінального процесуального законодавства його історичних традицій можна розглядати не більше як методологічні квазіоснови правової регламентації суспільних відносин.

СПИСОК ЛІТЕРАТУРИ:

1. *Барабаш А. С.* Российский менталитет и его влияние на природу уголовного судопроизводства [Електронний ресурс] / А. С. Барабаш, А. А. Давлетов // Правоведение. – 2006. – № 2. – С. 98–108. – Режим доступу : <http://www.law.edu.ru/article/article.asp?articleID=1236406>
2. *Бондаренко-Зелінська Н.* Правова система України та судовий прецедент: можливість співіснування [Електронний ресурс] / Н. Бондаренко-Зелінська, А. Зелінський // Правовий тиждень. – № 22 (95). – 27 травня 2008 року. – Режим доступу : <http://www.legalweekly.com.ua/>
3. *Кирилюк Д.* Чи визнається в Україні судовий прецедент? [Електронний ресурс] / Д. Кирилюк. – Режим доступу : <http://justinian.com.ua/article.php?id=2221>
4. *Коментар до проекту КПК України* Іоахіма Херрмана. Аусбурзький ун-т. Німеччина. – 2007. – 21 трав. – 20 с.
5. *Коментар до проекту КПК України* Ричарда Воглера. Сусекський ун-т. Сполучене Королівство. – 2007. – Вересень. – 19 с.
6. *Концепція вдосконалення судівництва для утвердження справедливого суду в Україні* відповідно до європейських стандартів, схвалена Указом Президента України від 10 травня 2006 р. № 361/2006 // Офіційний вісник України. – 2006. – № 19. – Ст. 23.
7. *Концепція реформування кримінальної юстиції України* : Затв. Указом Президента України від 15 лютого 2008 р. № 311 «Про рішення Ради національної безпеки і оборони України «Про хід реформування системи кримінальної юстиції та правоохоронних органів» // Офіційний вісник Президента України. – 2008. – № 12. – Ст. 486.
8. *Луць Л.* Трансформація нормативної частини сучасної правової системи України – вимога часу [Електронний ресурс] / Л. Луць // Право України. – 2003. – № 3. – Режим доступу : <http://www.lawyer.org.ua/?w=r&i=67&d=315>

9. *Онiщенко Н. М.* Правова система і держава в Україні : монографія / Н. М. Онiщенко. – К. : Ін-т держави і права ім. В. М. Корецького НАН України, 2002. – 352 с.
10. *Павлов С. С.* Правові традиції України : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.01 «Теорія та історія держави і права; історія політичних і правових учень» [Електронний ресурс] / С. С. Павлов. – Одеса, 2010. – Режим доступу : <http://mydisser.com/en/catalog/view/6/343/7135.html>
11. *Півненко В. П.* Проект нового Кримінально-процесуального кодексу України: прорахунки і недосконалості / В. П. Півненко // Становлення, функціонування та розвиток правових систем сучасності: проблеми науки і практики : м-ли Міжнар. наук.-практ. конф., присвяченої 145-й річниці створення Одеського нац. ун-ту ім. І. І. Мечникова (м. Одеса, 23 квітня 2010 р.). – С. 359–362.
12. *Тихомиров Ю. А.* Публичное право : учебник / Ю. А. Тихомиров. – М. : БЕК, 1995. – 339 с.

Стаття надійшла до редакції: 16.04.2015.

Рекомендовано кафедрою кримінального процесу та криміналістики

UKRAINIAN LEGAL TRADITION AS QUASI-METHODOLOGICAL BASIS OF CRIMINAL PROCEDURAL FRAMEWORK FOR SOCIAL RELATIONS.

Loboyko L. N.

Abstract: Scientists and those who apply the Code of Criminal Procedure of Ukraine (CCP), considering its negative features, have separately noted as a direct or indirect reason, that authors of CCP had declined from Ukrainian legal traditions and ignored Ukrainian mentality.

According to S. Pavlov, the succession of law in Ukraine, since the demise of Kyivska Rus, had been suffering the impact of the legal systems of The Rzecz Pospolita, the Austro-Hungarian Empire, Moskovia, the Russian Empire and their legal cultures, and therefore did not keep an integrated continuity regarding Ukrainian positive law. Therefore we can not state that there have been cultivated legal (procedural and legal) traditions in Ukraine during its historical development.

Rational activity has not yet produced the product of finally shaped Ukrainian legal system, including legislation on criminal procedure. Moreover, the legal system, and therefore the law system of the state is constantly changing along with conditions of social life. Furthermore, the legal system is a complex phenomenon that includes legislative acts, passed in different historical periods. In addition, these periods are separated by complex social transformations.

Subject to the lack of fundamental scientific research and historical continuity of criminal procedural legislation Ukrainian legal tradition can not constitute methodological basis of research in criminal procedure. In this regard, the statement of the necessity for considering historical traditions it can be treated as nothing more than quasi-methodological legal basis of public relations regulation.

Keywords: legal tradition, the legal system, criminal procedure, regulation, methodological basis.



**УКРАИНСКАЯ ПРАВОВАЯ ТРАДИЦИЯ КАК КВАЗИМЕТОДОЛОГИЧЕСКАЯ
ОСНОВА УГОЛОВНОЙ ПРОЦЕССУАЛЬНОЙ РЕГЛАМЕНТАЦИИ
ОБЩЕСТВЕННЫХ ОТНОШЕНИЙ**

Лобойко А. Н.

Резюме: Рассмотрен вопрос об украинской правовой традиции с точки зрения правомерности отнесения ее к числу методологических основ процессуальной регламентации общественных отношений. Сделан вывод, что украинская правовая традиция вследствие отсутствия фундаментальных ее научных исследований и исторической преемственности уголовного процессуального законодательства пока еще не может быть методологической основой исследований в области уголовного процесса. В связи с этим положения о необходимости учета в ходе реформирования уголовного процессуального законодательства его исторических традиций можно рассматривать не более чем квазиметодологические основы правовой регламентации общественных отношений.

Ключевые слова: правовая традиция, правовая система, уголовный процесс, регламентация, методологическая основа.

ОСОБЛИВОСТІ ПРОЦЕСУ НАДАННЯ МАТЕРІАЛІВ ДОСУДОВОГО РОЗСЛІДУВАННЯ ДЛЯ ОЗНАЙОМЛЕННЯ СТОРОНАМ КРИМІНАЛЬНОГО ПРОВАДЖЕННЯ ДО ЙОГО ЗАВЕРШЕННЯ

УДК 343



О. О. Лук'янець

адвокатське об'єднання «А.ДВА.КА»

В статті висвітлені основні аспекти ознайомлення сторін з матеріалами досудового розслідування до його завершення, яке виступає гарантією захисту інтересів сторін кримінального провадження, та є одночасно й засобом перевірки об'єктивності та всебічності проведення досудового розслідування.

Ключові слова: захисник (адвокат), слідчий, прокурор, досудове розслідування, ознайомлення з матеріалами досудового розслідування до його завершення, відкриття матеріалів іншій стороні.



FEATURES OF THE PROCESS OF SUBMITTING THE
PRELIMINARY INVESTIGATION TO REVIEW THE CRIMINAL
PROCEEDINGS TO REVIEW THE PARTIES TO COMPLETION

Lukyanets O.

Received: 16 Apr 2015.

Постановка проблеми. На основі аналізу норм законодавства та практики його застосування у науковій статті досліджуються актуальні проблеми ознайомлення сторонами кримінального провадження з матеріалами досудового розслідування до його завершення.

Для забезпечення повноцінного захисту підозрюваного в кримінальному процесі захиснику необхідно ознайомитися з усіма доказами наявними у матеріалах кримінального провадження, для побудови лінії захисту підзахисного та їх спростування [1, 91].

Питанням ознайомлення сторін з матеріалами досудового розслідування до його завершення досліджували О. М. Дроздов, С. Б. Фомін, Є. В. Митрофанова, Ю. Булаєнко, Г. В. Юркова, Н. В. Жогін, В. Малахова, Г. І. Сисоєнко та інші.

Метою даної статті є дослідження прав сторін кримінального провадження на ознайомлення з матеріалами досудового розслідування до його завершення.

Виклад основного матеріалу. Відповідно до ст. 221 Кримінального процесуального кодексу України (далі – КПК), слідчий, прокурор зобов'язаний за клопотанням сторони захисту, потерпілого, представника юридичної особи, щодо якої здійснюється провадження, надати їм матеріали досудового розслідування для ознайомлення, за виключенням матеріалів про застосування заходів безпеки щодо осіб, які беруть участь у кримінальному судочинстві, а також тих матеріалів, ознайомлення з якими на цій стадії кримінального провадження може зашкодити досудовому розслідуванню. Відмова у наданні для ознайомлення загальнодоступного документа, оригінал якого знаходиться в матеріалах досудового розслідування, не допускається. Під час ознайомлення з матеріалами досудового розслідування особа, що його здійснює, має право робити необхідні виписки та копії [2].

Як свідчить практика, сторона обвинувачення в більшості випадків відмовляє потерпілим та захисникам (адвокатам) у наданні для ознайомлення матеріалів досудового розслідування до його завершення або надають лише мінімум документів, посилаючись на те, що зазначена стаття КПК не містить конкретного переліку того, що саме має бути надано.

На нашу думку, така позиція слідства грубо порушує й обмежує права та можливості сторони захисту, а доводи того, що норма КПК вказує на перелік лише того, які матеріали можуть не надаватися сторонам для ознайомлення, – не знаходять розуміння у правоохоронців.

Висновки судової практики, наступні: «суди здебільшого задовольняють скарги захисників (адвокатів), але самостійно визначити перелік того, що саме має бути надано для ознайомлення не можуть, тобто в рішеннях викладають зміст статті

221 КПК без зазначення додаткових матеріалів для ознайомлення» [3, 406].

З метою захисту доказів, слід удосконалити ст. 221 КПК. Ми підтримуємо позицію С. М. Стахівського, ще під час дії КПК України 1960 р. (далі – КПК 1960 р.) зазначав, що в тих випадках, коли слідчий не впевнений у поведінці обвинуваченого, він повинен пред'являти для ознайомлення копії таких документів чи інших матеріальних носіїв доказової інформації. Науковець пропонував доповнити ст. 218 КПК 1960 р. нормою такого змісту: «У тих випадках, коли слідчий має достатні підстави вважати, що під час ознайомлення з матеріалами кримінальної справи обвинувачений може знищити документи чи інші матеріальні носії інформації, в яких містяться докази, він вправі замінити оригінал документа його копією, про що виносить мотивовану постанову» [4, 158–159].

Слідчий, визнавши, що зібрані докази в ході досудового слідства є достатніми для завершення досудового розслідування повинен ознайомити учасників стадії з усіма матеріалами кримінального провадження.

Перед тим, як зробити це, слідчий має додатково перевірити:

- чи роз'яснено учасникам процесу їхні права та обов'язки;
- чи немає підстав для зміни або доповнення обвинувачення;
- чи немає підстав для зміни обвинуваченому запобіжного заходу;
- чи виділено матеріали щодо обвинувачених, злочини яких слід розслідувати в іншому кримінальному провадженні;
- чи зібрано всі дані, що характеризують особу обвинуваченого;
- чи закрито кримінальне провадження (за наявності для того підстав) щодо

окремих осіб або щодо окремих фактів злочинів, обвинувачення за якими не підтвердилося;

- дотримання всіх інших вимог КПК [5, 547].

Відповідно до ст. 218 КПК 1960 р., визнавши зібрані докази достатніми для складання обвинувального висновку і виконавши вимоги ст. 217 цього Кодексу, слідчий зобов'язаний оголосити обвинуваченому, що слідство в його справі закінчено і що він має право на ознайомлення з усіма матеріалами справи як особисто, так і з допомогою захисника, а також може заявити клопотання про доповнення досудового слідства. Слідчий зобов'язаний роз'яснити обвинуваченому право заявити клопотання про розгляд його справи у суді першої інстанції одноособово суддею чи колегіально судом у складі трьох осіб у випадках, передбачених законом.

Матеріали про застосування заходів безпеки щодо осіб, які беруть участь у кримінальному судочинстві, для ознайомлення не пред'являються і зберігаються окремо від кримінальної справи.

Відповідно до ч. 1 ст. 217 КПК 1960 р., визнавши досудове слідство в справі, яка підлягає направленню для віддання обвинуваченого до суду, закінченим, слідчий повідомляє про це потерпілого та його представника, цивільного позивача, цивільного відповідача або їх представників і роз'яснює їм їх право ознайомитися з матеріалами справи; про це слідчий складає відповідний протокол або додає до справи копію письмового повідомлення.

Після ознайомлення відповідних учасників із матеріалами кримінальної справи втрачає чинність правило про неприпустимість розголошення даних досудового слідства («таємниця слідства»). Із матеріалами провадження ознайомлюються обидві сторони провадження (обвинувачення та захисту) [6, 720–722].

У чинному КПК підозрюваний та захисник мають право ознайомлюватися з матеріалами досудового розслідування в порядку, передбаченому ст. 221 КПК. Дане процесуальне право надано їм без будь-яких часових обмежень щодо моменту внесення клопотання про ознайомлення з матеріалами досудового розслідування, а також без обмежень стосовно кількості та періодичності ознайомлення. Розгляд поданих клопотань здійснюється слідчим та прокурором у порядку, визначеному ст. 220 КПК. Про задоволення клопотання підозрюваний та його захисник повідомляється письмово із зазначенням дати, часу та місця здійснення ознайомлення з матеріалами досудового розслідування, а також даних посадової особи, яка здійснюватиме цю дію.

У разі відмови у задоволенні клопотання, слідчий, прокурор виносить мотивовану постанову, копію якої надсилає підозрюваному та його захиснику, які протягом 10 днів з моменту одержання копії постанови мають право оскаржити її слідчому судді [5, 546].

Загальним правилами ознайомлення заінтересованих учасників досудового розслідування з матеріалами кримінального провадження є:

- матеріали провадження пред'являють для ознайомлення у підшитому та пронумерованому вигляді. КПК не встановлено правила, за якими належить систематизувати матеріали провадження. Практикою ж напрацьовано таке «неписане» правило систематизації: матеріали кримінального провадження систематизуються не тільки після завершення досудового розслідування, а й у ході провадження, що заощадує сили і час слідчого; матеріали підшивають близько 250 аркушів у кожен том провадження [4, 162].

Відповідно до ст. 109 КПК, реєстр матеріалів досудового розслідування

складається слідчим або прокурором і надсилається до суду разом з обвинувальним актом. Реєстр матеріалів досудового розслідування повинен містити: номер та найменування процесуальної дії, проведеної під час досудового розслідування, а також час її проведення; реквізити процесуальних рішень, прийнятих під час досудового розслідування; вид заходу забезпечення кримінального провадження, дату і строк його застосування [2].

Відповідно ч. 10 ст. 290 КПК, сторонам кримінального провадження, потерпілому, представнику юридичної особи, щодо якої здійснюється провадження, надається достатній час для ознайомлення з матеріалами, до яких їм надано доступ. У разі зволікання при ознайомленні з матеріалами, до яких надано доступ, слідчий суддя за клопотанням сторони кримінального провадження з урахуванням обсягу, складності матеріалів та умов доступу до них зобов'язаний встановити строк для ознайомлення з матеріалами, після спливу якого сторона кримінального провадження або потерпілий, представник юридичної особи, щодо якої здійснюється провадження, вважаються такими, що реалізували своє право на доступ до матеріалів. Клопотання розглядається слідчим суддею місцевого суду, в межах територіальної юрисдикції якого здійснюється досудове розслідування, не пізніше п'яти днів з дня його надходження до суду з повідомленням сторін кримінального провадження. Неприбуття у судові засідання осіб, які були належним чином повідомлені про місце та час проведення судового засідання, не перешкоджає розглядові клопотання [2].

Позитивними рисами ознайомлення з матеріалами справи до його завершення є те, що воно: дає змогу сторонам підготуватися повною мірою до захисту своїх прав та інтересів у суді, а також допомагає виявити та усунути недоліки і прогалини досудового розслідування.

Ознайомлення з матеріалами справи до його завершення має і негативні риси, бо дає змогу сторонам у деяких випадках: «підкорегувати», «уточнити» свої показання у суді; «нагадати» свідкам деякі обставини кримінального провадження; вжити заходи для усунення із кримінального процесу «невігідних» для себе доказів.

Окрім того, ознайомлення з кримінальним провадженням позбавляє сторони можливості подати у суді докази, невідомі для іншої сторони, і позбавити у такий спосіб можливості спростувати їх.

Ознайомлення з матеріалами кримінальної справи зачіпає положення принципу змагальності. Тому в деяких державах (США, Англія) вважають елементарним заперечення обов'язку органів, які закінчують досудове провадження, ознайомлювати його учасників з усіма матеріалами кримінального провадження. Кожна із сторін збирає свої докази. Сторони дізнаються про докази, зібрані «процесуальним супротивником», у повному обсязі лише під час судового процесу [4, 161–162].

Ю. І. Стецовського писав: «Не знаючи матеріалів справи, адвокат не зможе здійснити захист. Якщо з певних причин захисник не брав участі у слідчих діях, то це не повинно виступати перешкодою для ознайомлення з новими матеріалами. З новими матеріалами захисник вправі ознайомлюватися по мірі їх поступлення, а не тільки після завершення досудового розслідування» [7, 9].

Отже, аналіз чинного КПК та КПК 1960 р. дає змогу дійти позитивного висновку, щодо необхідності усунення часового обмеження для ознайомлення з матеріалами досудового розслідування захиснику та підозрюваному, але існує і прогалина в ч. 1 ст. 221 КПК, де не зазначені випадки, коли саме ознайомлення з

матеріалами кримінального провадження до його завершення на цій стадії може зашкодити досудовому розслідуванню. Ці випадки необхідно зазначити законодавцю (наприклад: інформація, що стане відомою учасникам кримінального

провадження може зашкодити здоров'ю чи життю потерпілого чи його родичам тощо) або це призведе до знехтування слідчим правом на відмову у ознайомлення з матеріалами досудового розслідування підозрюваного та його захисника.

СПИСОК ЛІТЕРАТУРИ:

1. *Фомин М. А.* Сторона защиты в уголовном процессе (досудебное производство) / М. А. Фомин. – М. : Юрлитинформ, 2004. – 236 с.
2. *Кримінальний процесуальний кодекс України* : чинне законодавство зі змінами та доповненнями станом на 12 травня 2014 р. : (ОФІЦ. ТЕКСТ). – К. : ПАЛИВОДА А.В., 2014. – 328 с. – (Кодекси України). – ISBN 978–966–437–303–3.
3. *Лань А. Ю.* Защитник – субъект доказывания в уголовном производстве / А. Ю. Лань // Науковий вісник Дніпровського Державного університету внутрішніх справ. – 2013. – № 4. – С. 400–407.
4. *Лобойко А. М.* Кримінально-процесуальне право : навч. посібник / А. М. Лобойко. – К. : Істина, 2013. – 523 с.
5. *Кримінальний процесуальний кодекс України.* Науково-практичний коментар : у 2 т. / О. М. Бандурка, Є. М. Блажівський, Є. П. Бурдоль [та ін.] ; за ред. В. Я. Тація. – Х. : Право, 2014. – ISBN 978–966–458–410–1.
Т. 1 : Кримінальний процесуальний кодекс України. Науково-практичний коментар. – 2014. – 768 с. – ISBN 978–966–458–411–8.
6. *Тертишник В. М.* Науково-практичний коментар до Кримінального процесуального кодексу України / В. М. Тертишник. – К. : А.С.К., 2007. – 1056 с. – (Нормативні документи та коментарі). – ISBN 966–8291–15–8.
7. *Стецовский Ю. И.* Уголовно-процессуальная деятельность защитника / Ю. И. Стецовский. – М. : Юридическая литература, 1982. – 173 с. – ISBN 5–7975–00056–5.

Стаття надійшла до редакції: 16.04.2015.

Рекомендовано кафедрою кримінального процесу та криміналістики

FEATURES OF THE PROCESS OF SUBMITTING THE PRELIMINARY INVESTIGATION TO REVIEW THE CRIMINAL PROCEEDINGS TO REVIEW THE PARTIES TO COMPLETION

Lukyanets O.

Abstract: in article highlights the main aspects of familiarization with the materials of the parties pre-trial investigation until its completion. To ensure full protection of the accused in a criminal trial lawyer should be familiar with all the evidence brought by the prosecution contained in the file to build the line to protect the defendant and rebuttal charged.

As practice shows, the prosecution in most cases, victims and lawyers refuse to provide materials for review of pre-trial investigation to its conclusion or provide only a minimum of

documents on the ground that the said article PDAs Ukraine does not contain a specific list of what should be given.

In our opinion, this position the investigation violates and infringes on the rights and opportunities of the defense and proves that the rule PDAs Ukraine indicates only list what materials may not be available to the parties for review – does not find understanding in law enforcement.

In this case, use jurisprudence, namely, «the courts mostly satisfy complaints lawyers alone but must define what is to be provided for your reference and may not actually specify the content of the article 221 Code of Ukraine».

Keywords: advocate (lawyer), investigator, prosecutor and pre-trial investigation, study the pre-trial investigation until its completion, the discovery of materials other side.



**ОСОБЕННОСТИ ПРОЦЕССА ПРЕДОСТАВЛЕНИЯ МАТЕРИАЛОВ
ПРЕДВАРИТЕЛЬНОГО СЛЕДСТВИЯ ДЛЯ ОЗНАКОМЛЕНИЯ СТОРОНАМ
УГОЛОВНОГО СУДОПРОИЗВОДСТВА ДО ЕГО ОКОНЧАНИЯ.**

Лукьянец А. А.

Резюме: В статье освещены основные аспекты ознакомления сторон с материалами предварительного следствия до его окончания, которое выступает гарантией защиты интересов сторон уголовного судопроизводства, и является одновременно и средством проверки объективности и всесторонности проведения предварительного следствия.

Ключевые слова: защитник (адвокат), следователь, прокурор, предварительное следствие, ознакомление с материалами предварительного следствия до его окончания, ознакомление с материалами уголовного дела.

АЛЬТЕРНАТИВИ ЗАОЧНОМУ ПРОВАДЖЕННЮ (IN ABSENTIA): НА ДОСВІДІ НІМЕЧЧИНИ

УДК 343.13

**В. О. Попелюшко**

*доктор юридичних наук, професор, директор
Інституту права ім. І. Малиновського
Національного університету «Острозька
академія», Національний університет
«Острозька академія»*

Проаналізовано положення кримінального
процесуального права Німеччини щодо
провадження стосовно відсутніх осіб як
альтернативи провадженню in absentia.

Ключові слова: Німеччина,
заочне провадження, провадження
стосовно відсутніх осіб.



THE ALTERNATIVES TO PROCEEDING BY DEFAULT (IN
ABSENTIA): BASED ON THE EXPERIENCE OF GERMANY

Popeliushko V. O.

Received: 16 Apr 2015.

Інститут кримінального провадження у відсутності обвинуваченого (in absentia) на землях Німеччини був запозичений із процесуального права Древнього Риму.

В Римі часів республіки кожному громадянину належало право звільнитися від покарання добровільним залишенням батьківщини. У таких випадках суд визначав aquae et ignis interdicto (заборону користуватися водою і вогнем). В імператорську епоху право добровільного залишення зникає, неявка до суду стає розглядатися як непокіра владі, суд видає проти непокірного едикт про виклик, майно його піддається забороні, яка призводить до конфіскації, якщо неявка затягувалася на тривалий час. Якщо підсудний опісля з'являвся, то про його винуватість відкривався процес по суті, конфіскація ж залишилася в силі. Але у справах маловажливих поступово запроваджується заочне провадження по суті.

Древнє німецьке право запозичило із римського імператорського права норму щодо явки до суду, визнавши явку безумовним громадянським обов'язком, при порушенні якого наступало безправ'я. Вимагалось лише дотримання формальних умов виклику – його трикратності, з вказівкою імені того, кого викликали, назви

злочину, здійснення виклику в публічному місці і особистого очікування обвинувачем викликаного на цьому місці упродовж трьох днів до заходу сонця. Якщо при виконанні цих умов обвинувачений на виклик не з'являвся, то обвинувачу видавалась королівська грамота, майно обвинуваченого конфісковувалося, а сам він оголошувався безправним. Особливого оскарження такого вироку про безправ'я не допускалося, але протягом певного строку (рік і день) оголошений безправним міг особисто з'явитися в суд, і тоді справа щодо нього розглядалась по суті. Якщо ж у цей строк він не з'являвся, то вважався таким, що зізнався, суд оголошував його засудженим і вирок передавався королю [1, 489–490].

В XIV–XV ст.ст. заочне провадження практикувалося в Німеччині й в т. з. «фемічних судах» (Femgericht). Якщо обвинувачений ухилявся від отримання повістки явитися в суд, вона прибивалася до дверей його житла або до дверей церкви. При його неявиці вирок міг бути постановлений заочно [2, 269].

За часів чинності Кароліни (1532 р.), як плоду переробленого італійськими глосаторами і коментаторами юстиніанівського процесуального права, правила заочного провадження пом'якшуються. Кароліна уже надає заочно засудженому право з'явитися в суд з доказами своєї невинуватості у будь-який час, а конфіскацію замінює на віддачу майна його найближчим спадкоємцем [1, 491].

Ця тенденція негативного ставлення німецького права до заочного провадження проявляє себе і в подальшій його історії. Імперський КПК Німеччини 1877 р. в його первісній редакції допускав заочне провадження лише у маловажливих справах, у яких покарання зводилося до грошових стягнень. Правда, за часів фашистського режиму сфера заочного провадження була розширена, зокрема,

з прийняттям закону «Про звичних злочинців» (1933 р.), яким вперше було запроваджено провадження про заходи безпеки і який широко використовувався у фашистській Німеччині, в тому числі через заочний судовий розгляд, для терористичної розправи з противниками нацистського режиму [3, 113].

КПК ФРН в чинній нині редакції за загальним правилом визнає участь підсудного в судовому засіданні обов'язковою. Вважається, що особиста його присутність сприяє формуванню у суду безпосереднього враження від особи підсудного, його виступу, заяв, а також служить дослідженню істинних обставин справи [5, 220]. Порушення даної вимоги є абсолютною підставою касаційного оскарження вироку [4, 101].

Проти відсутнього підсудного, зазначається у § 230 КПК ФРН, основний судовий розгляд не проводиться. Якщо неявка підсудного не викликана поважними причинами, стосовно нього приймається рішення про привід або виноситься постанова про арешт [6]. Суд завжди вправі розпорядитися про особисту явку підсудного та примусити його до явки шляхом винесення постанови про привід або постанови про попереднє ув'язнення (§ 236 КПК ФРН).

Підсудний, що з'явився, не має права покидати судовий розгляд. Головуючий може застосувати необхідні заходи, щоб попередити відлучення підсудного; на час перерви судового розгляду він може також розпорядитися про тримання підсудного під вартою (§ 231 абз. 1 КПК ФРН).

Закон передбачає декілька різновидів основного судового розгляду *in absentia*: 1) у випадках, коли підсудний покидає судовий розгляд або не з'являється на продовження відкладеного основного судового розгляду (§ 231 абз. 2 КПК ФРН); 2) коли підсудний навмисно вводить себе

в стан процесуальної недієздатності і таким чином навмисно перешкоджає належному проведенню чи продовженню судового розгляду в його присутності, при умові, що він ще не був допитаний по суті обвинувачення, хоча після відкриття основного судового розгляду мав таку можливість (§ 231a КПК ФРН); 3) у випадку видалення підсудного із зали судового засідання у попереднє ув'язнення із-за неналежної його поведінки (§ 177 Закону про судову систему, § 131b КПК ФРН); 4) у разі необхідності забезпечення інтересів правосуддя через врахування інтересів інших підсудних, свідків, а також інтересів самого підсудного при допиті даних осіб (§ 247 КПК ФРН); 5) у випадку звільнення підсудного за його клопотанням від явки на основний судовий розгляд (§ 233 КПК ФРН); 6) коли основний судовий розгляд проводиться стосовно декількох підсудних, але окремі судові засідання не стосуються того чи іншого підсудного (§ 231c КПК ФРН); 7) у разі використання підсудним права брати участь в основному судовому розгляді (§ 232 КПК ФРН).

В усіх наведених випадках заочного судового розгляду в тому обсязі, в якому основний судовий розгляд може проводитися у відсутності підсудного, він вправі доручити своє представництво в суді захиснику, видавши йому для цього письмове доручення, а якщо захисник у нього є – дати на це згоду. Якщо ж захист здійснювався за призначенням, згоди на це підсудного не вимагається (§§ 234, 234a КПК ФРН).

Наведений перелік різновидів заочного провадження в кримінальному судочинстві ФРН є виключним. Усі вони, по-перше, стосуються загалом проваджень у справах щодо діянь невеликого ступеня суспільної небезпеки, здебільшого кримінальних проступків (§ 12 КК ФРН), і очікуване покарання у яких не пов'язане з позбавлення волі, а по-друге, в усіх випадках такого заочного

провадження підсудний є, він умисно не ухиляється від суду і у будь-який момент може бути викликаний чи допущений судом до основного судового розгляду.

При цьому слід мати на увазі, що в кримінальному процесі Німеччини мають місце ще два види кримінальних проваджень, які допускають можливість основного судового розгляду у відсутність підсудного: сумарне провадження щодо кримінальних проступків (§§ 407–412 КПК ФРН) і т. з. пришвидшене провадження (§§ 417–420 КПК ФРН), які традиційно не відносяться до проваджень *in absentia*.

В усіх інших справах і в усіх інших випадках, а саме, коли обвинувачений (підсудний) ухиляється від слідства чи суду перебуванням за кордоном, незалежно від того, вирішується чи не вирішується питання про його видачу іноземною державою, а також у справах, у яких місце перебування його невідоме, провадження *in absentia* законом не передбачене. Такі випадки у німецькому праві розглядаються як тимчасові переборні процесуальні перешкоди, для подолання яких в КПК ФРН передбачене окреме провадження як альтернатива *in absentia*, зокрема, «спеціальному досудовому розслідуванню» та «спеціальному судовому провадженню» по-українськи (глава 24¹ ст. 323 КПК України) – «провадження стосовно відсутніх осіб» (книга друга, розділ VIII, §§ 276–295 КПК ФРН). Воно здійснюється відносно окремо від основного судового провадження. Його завданням закон називає забезпечення доказів на випадок майбутньої явки відсутнього обвинуваченого (§ 285 КПК ФРН). Проте із закону витікає й інше завдання, а саме, спонукання обвинуваченого до явки в суд шляхом, з одного боку, тимчасової конфіскації його майна (§§ 290–293 КПК ФРН), а з іншого боку, шляхом застосування заохочувального

заходу у вигляді гарантії недоторканності (§ 295 КПК ФРН).

Закон дає визначення тимчасово відсутньої особи. Обвинувачений вважається відсутнім, якщо місце його перебування невідоме або якщо він перебуває за кордоном і його доставка в суд, якому підсудний розгляд його справи, є нездійсненою або несумірною (§ 276 КПК ФРН). За відсутнього обвинуваченого (підсудного) у таких випадках може діяти захисник, а його родичі допускаються в якості представників навіть без доручення (§ 286 КПК ФРН).

На стадії досудового розслідування до пред'явлення публічного обвинувачення, яким є момент передачі прокуратурою обвинувального висновку до суду (§ 170 абз. 1 КПК ФРН), у разі відсутності обвинуваченого з вищенаведених причин прокуратурі надано право тимчасово закрити провадження, але лише після того, як фактичні обставини справи досліджені, наскільки це можливо, і докази процесуально забезпечені, наскільки це необхідно (§ 154f КПК ФРН).

Після пред'явлення публічного обвинувачення суд *ex officio* зобов'язаний перевірити наявність процесуальних передумов процесу. У випадку встановлення тимчасової процесуальної перешкоди, якою є відсутність обвинуваченого з указаних вище причин, суд вправі на підставі § 205 КПК ФРН прийняти рішення про тимчасове закриття (призупинення) судового розгляду.

При цьому, якщо місце перебування обвинуваченого відоме, суддя суду, якому підсудна справа, відкриває «провадження стосовно відсутньої особи», надсилає відсутньому відповідне сповіщення про хід судочинства, проти якого обвинувачений пред'являти претензій не вправі (§ 287 КПК ФРН). Якщо ж проти відсутнього порушено публічне обвинувачення,

а місце перебування його невідоме, суддя, відкривши відповідне провадження, здійснює так звану вимогу явки шляхом сповіщення в одному або кількох публічних засобах масової інформації (в газетах, по радіо, телебаченню, або навіть шляхом спроби вступити в контакт з відсутнім через інші придатні для цього засоби [7, 286]) з вимогою з'явитися в суд або вказати місце свого перебування (§ 288 КПК ФРН).

Коли ж відсутність підсудного з'ясовується лише після відкриття основного судового провадження, суд приймає рішення про його призупинення (§ 205 КПК ФРН), але з метою процесуального забезпечення доказів, через уповноваженого суддю суду, що проводить судовий розгляд, або за його запитом через уповноваженого суддю іншого суду (одночасно з порушенням «провадження стосовно відсутньої особи»), здійснює їх необхідне дослідження (§ 289 КПК ФРН, § 157 Закону про судову систему).

В усіх випадках, за винятком тих, коли за поставлене у вину відсутній особі злочинне діяння передбачене покарання у виді позбавлення волі на строк до шести місяців або грошовий штраф розміром до ста вісімдесяти денних ставок, якщо проти відсутнього обвинуваченого існують підозри, які виправдовували б винесення постанови про переднє ув'язнення, постановою (ухвалою) суду може бути призначена тимчасова конфіскація його майна, що знаходиться в сфері дії КПК ФРН (§ 290 КПК).

Метою тимчасової конфіскації майна є примушення відсутнього обвинуваченого до явки в суд шляхом вилучення у нього майна та фінансових засобів і забезпечення таким чином основного судового розгляду. Цей захід може бути застосований незалежно від можливості видачі обвинуваченого іноземною державою чи відмови обвинуваченого від повернення

в Німеччину навіть у разі втрати майна. Однак вона не може бути застосована, якщо забезпечення присутності обвинуваченого не може бути досягнуто шляхом застосування даного заходу. Прикладом цьому може бути відсутність із-за незалежних від обвинуваченого причин (хвороби, утримання проти його волі тощо). Мета даного заходу не може бути досягнута також, якщо вартість майна настільки незначна, що його конфіскація не може спонукати обвинуваченого до явки [7, 287].

Постанова (ухвала) про тимчасову конфіскацію майна обнародується у Федеральному віснику та, на розсуд суду, публікується іншим належним способом. З моменту першого обнародування в Федеральному віснику обвинувачений втрачає право розпоряджатися конфіскованим майном шляхом укладення угод (§§ 291, 292 абз. 1 КПК ФРН).

Постанова (ухвала) про призначення тимчасової конфіскації майна доводиться до відома того відомства, якому підвідомча установа піклування над вилученим майном присутніх осіб. Це відомство й встановлює піклування над тимчасово конфіскованим майном (§ 292 абз. 2 КПК ФРН).

Тимчасова конфіскація скасовується, коли підстави для неї перестають існувати. Скасування обнародується у той же спосіб, що й застосування. При цьому робиться розпорядження про видалення постанови (ухвали) з Федерального вісника (§ 293 КПК ФРН).

Окрім спеціальної конфіскації майна в межах провадження стосовно відсутніх осіб суд згідно з § 295 КПК має право

видати відсутньому обвинуваченому письмову гарантію недоторканності, яка може пов'язуватися з виконанням певних умов. Така гарантія забезпечує звільнення від попереднього ув'язнення як запобіжного заходу, однак лише стосовно того злочинного діяння, у зв'язку з яким вона була надана. Гарантія втрачає свою дію у разі винесення обвинувального вироку з призначенням покарання у виді позбавлення волі або якщо обвинувачений вчиняє приготування до втечі або якщо він не виконує умов, від виконання яких залежало надання йому гарантії недоторканності [8, 442].

Отже, заочне провадження в кримінальному процесі Німеччини має місце лише щодо діянь невеликого ступеня суспільної небезпеки і тільки щодо підсудних, які не ухиляються від суду. На відміну від деяких інших держав, до яких належить й Україна, щодо інших кримінальних діянь, включаючи тяжкі й особливо тяжкі, альтернативою провадження *in absentia* тут є спеціальне провадження стосовно обвинувачених (підсудних), які ухиляються від явки до слідства і суду та місцезнаходження яких невідоме. Воно не є провадженням по суті обвинувачення (справи) і жодним чином не зачіпає питань про винуватість чи невинуватість обвинуваченого (підсудного), а являє собою дієвий правовий механізм забезпечення явки відсутнього до суду та забезпечення доказів для суду у випадку явки. Оскільки таке провадження виключає саму можливість порушення процесуальних прав, якими обвинувачений (підсудний) наділений в основному судовому розгляді, цим, як на мене, позитивним досвідом Німеччини варто було б скористатися.

СПИСОК ЛІТЕРАТУРИ:

1. *Фойницкий И. Я.* Курс уголовного судопроизводства : Т. II. – Санкт-Петербург : Альфа, 1996.
2. *Чельцов-Бебутов М. А.* Курс уголовно-процессуального права: очерки по истории суда и уголовного процесса в рабовладельческих, феодальных и буржуазных государствах. – Санкт-Петербург., 1995.
3. *Филлимонов Б. А.* Уголовный процесс ФРГ / Б. А. Филлимонов. – М., 1974.
4. *Габриэль Розэ.* Введение в немецкое уголовно-процессуальное право : учебное пособие / [науч. перевод: Анна Килина, Юлия Степанова]. – Красноярск, 2001.
5. *Бойльке Вернер.* Уголовно-процессуальное право ФРГ : учебник / Вернер Бойльке ; пер. с нем. Я. М. Плошкиной ; под ред. А. В. Майоровой. – 6-е изд., с доп. и изм. – Красноярск, 2004.
6. *Strafprozeßordnung (StPO)* [Электронный ресурс]. – Режим доступа : <http://www.gesetze-im-internet.de/bundesrecht/stpo/gesamt.pdf>
7. *Павел Головенков / Наталья Спица.* Уголовно-процессуальный кодекс Федеративной Республики Германия – *Strafprozessordnung (StPO)* – научно-практический комментарий и перевод текста закона со вступительной статьей профессора Уве Хельманна «Введение в уголовно-процессуальное право ФРГ». – Universitätsverlag Postdam, 2012.
8. *Гуценко К. Ф.* Уголовный процесс западных государств / К. Ф. Гуценко, А. В. Головкин, Б. А. Филимонов. – М. : Зерцало-М, 2001.

Стаття надійшла до редакції: 16.04.2015.

Рекомендовано кафедрою кримінального процесу та криміналістики

**THE ALTERNATIVES TO PROCEEDING BY DEFAULT (IN ABSENTIA):
BASED ON THE EXPERIENCE OF GERMANY**

Popeliushko V. O.

Abstract: The genesis of proceeding by default in the criminal justice of Germany which originates from Ancient Rome, its imperial period, is demonstrated in the article. The tendency of a negative attitude of German criminal procedural law to proceeding in absentia is shown.

The effective criminal procedural law of Germany knows two types of criminal proceeding by default. The first type, which has seven kinds, refers to minor offences, the punishment for which does not provide for the loss of liberty and where the defendant does not evade justice. The second type refers to all criminal indictable offences, including felony and treason, and is applied to the individuals who evade investigation and justice, and whose location is unknown.

Such type of proceeding is called 'proceeding concerning absentees'. Its tasks are to provide evidence and encourage an absent defendant to appear in court by temporary seizure of his/her property, and to apply such incentive as a guarantee of immunity, mainly by ensuring that preliminary imprisonment will not be applied to an absentee as a preventive measure.

During such proceeding a charge (case) is not being heard on the merits. The question of guilt or innocence of an absent defendant is not raised, so the infringement of procedural rights vested on the defendant during the main court hearing is excluded.

The proceeding concerning absentees according to the Criminal Procedural Code of Germany is an alternative to proceeding by default (in absentia) in that way as it is applied in some states of the world, including Ukraine. Such proceeding showed itself from the positive side as an effective legal mechanism of ensuring that an absent defendant will appear in court. So we should borrow the experience of Germany in this matter.

Keywords: Germany, proceeding by default, proceeding concerning absentees.



**АЛЬТЕРНАТИВЫ ЗАОЧНОМУ ПРОИЗВОДСТВУ
(IN ABSENTIA): НА ОПЫТЕ ГЕРМАНИИ**

Попелюшко В. А.

Резюме: Проанализировано положения уголовно-процессуального права Германии относительно производства об отсутствующих лицах как альтернатива производству in absentia.

Ключевые слова: Германия, заочное производство, производство относительно отсутствующих лиц.

ЗАКІНЧЕННЯ ДОСУДОВОГО РОЗСЛІДУВАННЯ

УДК 343



Г. І. Сисоєнко

*кандидат юридичних наук, доцент Академії
адвокатури України, Академія адвокатури України*

Метою дослідження є з'ясування відповідності окремих загальних положень закінчення досудового розслідування закріпленим в них положенням, співвідношення завершення і закінчення досудового розслідування в історичному аспекті, починаючи з моменту прийняття кримінально-процесуального кодексу України 1922 р. і закінчуючи чинним законодавством. Узагальнені результати дали підстави запропонувати пропозиції стосовно необхідності внесення відповідних змін і доповнень до чинного кримінального процесуального кодексу України, які будуть сприяти посиленню захисту законних прав і інтересів учасників кримінального провадження на стадії досудового розслідування.

Ключові слова: *досудове розслідування, завершення, надання доступу, закінчення, форми закінчення, процесуальне рішення.*



TERMINATION OF PRE-TRIAL INVESTIGATION

Sysoienko H. I.

Received: 16 Apr 2015.

В теорії кримінального процесу момент закінчення досудового розслідування завжди був пов'язаний з виконанням вимог закону по встановленню обставин, які підлягають доказуванню (предмета доказування) у кримінальному провадженні. Перевіривши всі можливі версії, всебічно, повно й неупереджено дослідивши всі обставини кримінального правопорушення, керуючись законом, оцінюючи кожний доказ з точки зору належності, допустимості і достовірності, у їх сукупності, і визнавши їх достатніми та взаємопов'язаними слідчий може прийти до висновку про можливість прийняття одного з передбачених законом кінцевого рішення за результатами досудового розслідування у кримінальному провадженні.

Так, в главі 17 Закінчення попереднього слідства КПК УСРР 1922 р. (в подальшому – КПК 1922 р.), у ст. 211 було встановлено: «Признав предварительное следствие законченным, следователь объявляет об этом обвиняемому и, в случае его о том просьбы, предъявляет ему все производство по делу, а также обязан спросить обвиняемого, чем он желает дополнить следствие»^{*}. В подальшому, якщо обвинувачений вказував на обставини, які мали значення для справи і не були раніше досліджені, слідчий був зобов'язаний відповідним чином доповнити попереднє слідство (ст. 212 КПК

^{*}Нами навмисно не було зроблено переклад тексту даної статті на українську мову, щоб більш чітко передати її зміст.

1922 р.). Після з'ясування вказаних обставин і доповнення слідства, а у випадку відсутності такого доповнення, безпосередньо після допиту обвинуваченого або пред'явлення йому матеріалів справи, слідчий приступав до складення обвинувального висновку (ст. 213 КПК 1922 р.). Згідно ст. 214 КПК 1922 р. обвинувальний висновок складався із двох частин – описової та резолютивної.

Положення ст. 213 КПК 1922 р. чітко вказують на те, де бере початок негативна слідча практика пред'явлення особи обвинувачення в остаточній редакції практично в один день з пред'явленням їй матеріалів. Аналогічна практика продовжувала мати місце більше як у 20 процентах вивчених кримінальних справах в період завершення дії кримінально-процесуального кодексу 1960 р., і продовжує мати місце сьогодні. Такий порядок не заборонений законом, але здебільшого це використовується стороною обвинувачення для обмеження сторони захисту у часі на якісну підготовку до захисту від висунутого обвинувачення і фактично порушує право особи на повноцінний захист своїх законних прав [1, 133].

Кримінально-процесуальний кодекс УРСР 1927 р. (в подальшому – КПК 1927 р.) у ст. 199 майже дослівно повторив положення ст. 210 КПК 1922 р., оскільки глава кодексу про докази не передбачала переліку обставин, які підлягають доказуванню (предмета доказування), то слідчий мав право направити кримінальну справу до суду тільки після того, як ним були встановлені слідуючі обставини: особа обвинуваченого, її вік, судимість, соціальне походження і соціальне положення, подія злочину, місце, час і спосіб вчинення злочину, мотив злочину, а також обставини, які є підставами для відання обвинуваченого суду. Тобто коли будуть встановлені обставини, які на даний час ввійшли до предмету доказування у кримінальному провадженні [2, 163].

В послідовних кодексах ця стаття була замінені загальним положенням у відповідності до якого, вирішення питання про можливість направлення справи до суду було пов'язано із моментом визнання зібраних доказів достатніми для складання обвинувального висновку (ст. 218 КПК 1960 р., в подальшому – КПК 1960 р., та ст. 290 КПК 2012 р., в подальшому – КПК).

Визнавши попереднє слідство по справі, яка підлягала на думку слідчого направленню до суду з обвинувальним висновком, слідчий оголошував про це обвинуваченому і, у випадку його про те клопотання, надавав йому всі матеріали кримінальної справи (ст. 200 КПК 1927 р.). Після чого слідчий був зобов'язаний з'ясувати у обвинуваченого чим він бажає доповнити слідство. Також, після оголошення про закінчення попереднього слідства, слідчий був зобов'язаний роз'яснити обвинуваченому його право на ознайомлення з матеріалами попереднього слідства, про що робилась відмітка в протоколі. Як бачимо, на відміну від положення ст. 211 КПК 1922 р., момент закінчення попереднього слідства за ст. 200 КПК 1927 р. був пов'язаний з обов'язком слідчого роз'яснити обвинуваченому його право на ознайомлення з усіма матеріалами попереднього слідства. У випадку надходження від обвинуваченого відповідного клопотання про доповнення слідства, слідчий був зобов'язаний відповідним чином відреагувати на нього. В коментарі до даної статті було вказано, що слідчий зобов'язаний задовольнити клопотання обвинуваченого про доповнення попереднього слідства, але тільки у випадку, якщо розслідування обставин, вказаних обвинуваченим, має суттєве значення для справи. Тоді як в ст. 201 КПК 1927 р. мова йшла тільки про те, що у разі відмови слідчого у провадженні додатково слідства за клопотанням обвинуваченого, слідчий був зобов'язаний скласти

про це постанову, а в разі проведення додаткового слідства, якщо визнавав це за необхідне, надати такі матеріали обвинуваченому для ознайомлення. Право вирішувати чи мають вказані у клопотанні обставини суттєве значення чи ні належало слідчому, що має місце і за чинним КПК, тоді як слідчий повинен керуватись виключно інтересами всебічного, повного і неупередженого дослідження всіх обставин кримінального провадження і рівнем важливості для справи тих обставин, про розслідування яких заявив клопотання підозрюваний чи його захисник. На сьогоднішній день право підозрюваного на заявлення клопотання під час ознайомлення з матеріалами кримінального провадження включено до ст. 42 КПК, та до глави, яка передбачає право особи на оскарження рішень, дій чи бездіяльності органів досудового розслідування чи прокурора під час досудового розслідування. В ст. 290 КПК, яка регулює процесуальний порядок надання доступу до матеріалів досудового розслідування не має жодної вказівки на таке право підозрюваного і здебільшого розглядається стороною обвинувачення, як можливість сторони захисту робити копії або відображення матеріалів. Пам'ятка про процесуальні права та обов'язки, яку отримують станом на 2015 р. підозрювані у всіх слідчих підрозділах України, після повідомлення їм про підозру, не містять детальної інформації про їх права на етапі завершення досудового розслідування, що потребує внесення відповідних змін до тексту ст. 42 та ст. 290 КПК.

Певний інтерес викликають положення ст. 202 КПК 1927 р. (майже аналогічне положення було закріплено в ст. 213 КПК 1922 р.), в якій було вказано, що після доповнення слідства, а у випадку відсутності необхідності в такому доповненні, безпосередньо після закінчення слідства або після надання обвинуваченому слідчих матеріалів, слідчий складає

обвинувальний висновок. Строк на складення обвинувального висновку встановлено не було. В коментарі до даної статті було вказано, що цей строк, в залежності від обсягу слідчих матеріалів і складності справи, визначається слідчим. Все це мало під собою законне підґрунтя, оскільки попереднє слідство повинно було бути закінчено протягом двох місяців з дня повідомлення обвинуваченому постанови про притягнення його як обвинуваченого (майже аналогічне положення закріплено п. 2 ч. 1 ст. 219 КПК 2012 р.). У разі неможливості закінчити попереднє слідство протягом двох місяців, слідчий повідомляв окружному прокурору про причини, які спонукали до такої затримки. Подальше продовження попереднього слідства, на певний строк, було віднесено до компетенції окружного прокурора, в залежності від складності справи (ст. 113 КПК 1927 р.).

Три десятиліття застосування кримінально-процесуального кодексу 1927 р., на момент прийняття КПК 1960 р. дозволило врахувати напрацювання практиків і вчених, пов'язаних із закінченням попереднього слідства, та внести відповідні зміни і доповнення. Було визначено послідовність ознайомлення всіх учасників кримінального процесу з матеріалами справ, їх права на етапі закінчення слідства, порядок розв'язання клопотань, заявлених при ознайомленні з матеріалами справи, порядок пред'явлення додаткових матеріалів. Слідство у кримінальних справах повинно було бути закінчено протягом двох місяців. В цей строк включався час з моменту порушення справи до направлення її прокурору з обвинувальним висновком чи постановою про передачу справи до суду для розгляду питання про застосування примусових заходів медичного характеру або до закриття чи зупинення провадження в справі (ст. 120 КПК 1960 р.).

Положення ч. 1 ст. 120 КПК 1960 р. згідно якого час ознайомлення

обвинуваченого та його захисника з матеріалами кримінальної справи при обчисленні строку досудового слідства не враховувався проіснувало тривалий час, а потім було виключено і залишилось положення ч. 7 ст. 218 КПК, відповідно до якого у разі зволікання при ознайомленні з матеріалами справи обвинуваченим чи його захисником, слідчий за погодженням з прокурором або прокурор мали право внести до суду за місцем провадження слідства подання, яке суддя розглядав і своєю постановою міг визначити строк, протягом якого обвинувачений і його захисник повинні були ознайомитись з матеріалами справи та заявити клопотання. Після закінчення цього строку обвинувачений і його захисник вважались ознайомленими з матеріалами справи. Майже аналогічне положення отримало відображення в ч. 10 ст. 290 КПК.

Юридичним закріпленням, визначення моменту закінчення досудового слідства, слід вважати положення п. 4 постанови Пленуму Верховного Суду України № 6 від 4 червня 2010 р., згідно якого «моментом закінчення досудового слідства слід вважати складання протоколу про оголошення обвинуваченому про закінчення слідства і пред'явлення йому матеріалів справи» [3, 253]. І тому позиція окремих вчених стосовного того, що моментом закінчення досудового слідства слід вважати складання відповідного процесуального документа про це – обвинувального висновку або постанови про закриття справи чи постанови про направлення справи до суду для вирішення питання про застосування примусових заходів медичного характеру, не відповідає дійсності, оскільки мова у ст. 212 КПК 1960 р. йде про форму закінчення, а не про момент закінчення досудового слідства [4, 179; 5, 12].

Таким чином, у трьох попередніх кримінально-процесуальних кодексах

України момент закінчення досудового слідства (попереднього слідства) був фактично пов'язаний із складанням протоколу повідомлення обвинуваченому про закінчення слідства і пред'явлення йому матеріалів справи. Підстави для цього були передбачені в законі по різному, але фактичний їх зміст повинен був відображати наявність у розпорядженні слідчого достатніх доказів, які давали йому підстави в послідовному перейти до складання обвинувального висновку по справі чи іншого кінцевого процесуального рішення.

На відміну від попередніх новий кримінальний процесуальний кодекс розділив момент прийняття кінцевого рішення у кримінальному провадженні за результатами проведеного досудового розслідування на два взаємопов'язані етапи, це завершення і закінчення досудового розслідування. Використання двох різних за значенням термінів, які тісно пов'язані але відображають різні за значенням і обсягом проведення процесуальних дій етапи досудового розслідування призводить до невірності їх використання і тлумачення у кримінальному провадженні.

На даний час в КПК стосовно визначення моменту закінчення досудового розслідування у кримінальному провадженні існує декілька положень, які по різному його відображають, так в ч. 4 ст. 110 КПК наголошується, що обвинувальний акт є процесуальним рішенням, яким прокурор висуває обвинувачення у вчиненні кримінального правопорушення і яким завершується досудове розслідування, а у п. 2 ч. 1 ст. 219 КПК вказано, що досудове розслідування повинно бути закінчено протягом двох місяців з дня повідомлення особі про підозру. Одночасно в ч. 2 ст. 283 КПК, яка розміщена в главі 24, закінчення досудового розслідування, встановлено обов'язок прокурора у найкоротший строк після повідомлення особі про підозру здійснити одну з таких дій:

- 1) закрити кримінальне провадження;
- 2) звернутись до суду з клопотання про звільнення особи від кримінальної відповідальності;
- 3) звернутись до суду з обвинувальним актом, клопотанням про застосування примусових заходів медичного або виховного характеру.

Разом з тим, визнавши зібрані під час досудового розслідування докази достатніми для складання обвинувального акта, клопотання про застосування примусових заходів медичного або виховного характеру прокурор або слідчий за його дорученням зобов'язаний повідомити підозрюваному, його захиснику, законному представнику та захиснику особи, стосовно якої передбачається застосування примусових заходів медичного чи виховного характеру, про завершення досудового розслідування та надання доступу до матеріалів досудового розслідування (ч. 1 ст. 290 КПК). Все майже так, як було у відповідних статтях КПК 1922, 1927 і 1960 рр., але там мова йшла про закінчення слідства, а не про завершення.

Вказуючи на можливість продовження строку досудового розслідування у кримінальному провадженні законодавець вказує на одну із підстав, коли це може бути зроблено – якщо внаслідок складності провадження його неможливо закінчити у зазначений в законі строк (ст. 294 КПК).

Таке вільне використання законодавцем у перерахованих статтях КПК термінів «завершення» і «закінчення» не відповідає тим змістовним навантаженням які в них вкладені, оскільки:

- завершення досудового розслідування пов'язано із моментом надання всім зацікавленим учасникам кримінального провадження доступу до матеріалів досудового розслідування, можливість робити копії або відображення матеріалів, подавати

докази, заявляти клопотання про провадження процесуальних дій, про забезпечення безпеки щодо себе, членів своєї сім'ї, близьких родичів, майна, житла тощо. Фактично остання можливість в рамках кримінального провадження на стадії досудового розслідування дослідити ті питання, які на їх думку могли залишитись поза увагою органів слідства. Всі ці дії на цьому етапі можуть призвести до прийняття зовсім протилежного кінцевого процесуального рішення, ніж це планувалось. Складення протоколу про надання доступу до матеріалів досудового розслідування, підтвердження протилежній стороні факту надання доступу до матеріалів із зазначенням найменування таких матеріалів, а також підтвердження одне одній відсутності додаткових матеріалів є свідчення завершення досудового розслідування;

- закінчення досудового розслідування є наступним після завершення етапом стадії досудового розслідування, оскільки сторони вже ознайомились з матеріалами кримінального провадження, надали докази, заявили клопотання, отримали на них відповідь, в повній мірі використали надане їм законом право на свій захист, а зібрані під час слідства докази, а також отримані на попередньому етапі повинні спонукати слідчого, прокурора прийняти остаточне рішення про закінчення досудового розслідування у визначеній в законі формі (якщо рішення про завершення досудового розслідування у формі складання обвинувального акта приймається слідчим після того, як він визнає, що зібрані ним під час слідства докази є достатніми для цього, то не поодинокі випадки, коли на етапі завершення досудового розслідування з'ясовуються обставини, які призводять до зміни рішення про форму закінчення досудового розслідування і кримінальне провадження закривається), та ознайомлення зацікавлених учасників кримінального провадження із цим процесуальним рішенням.

Все викладене дає підстави стверджувати, що моментом завершення досудового розслідування у формі складання обвинувального акта, обвинувального акта з підписаною угодою про примирення або клопотання про застосування примусових заходів медичного або виховного характеру, а також у випадках звільнення особи від кримінальної відповідальності (при прийнятті цього рішення в законі не передбачено обов'язок слідчого, прокурора ознайомити усіх зацікавлених осіб з матеріалами кримінального провадження, що доцільно було б передбачити в ст. 221 КПК, в частині третій), слід вважати ненадання доступу до матеріалів досудового розслідування, а складання протоколу за результатами надання такого доступу, тобто ознайомлення з такими матеріалами, результатами розгляду заявлених клопотань, відкриття додаткових матеріалів [4, 8].

Моментом закінчення досудового розслідування є поєднання двох дій, які свідчать про це, перше – винесення одного з таких процесуальних рішень, які перераховані в ч. 2 ст. 283 КПК:

- 1) закриття кримінального провадження;
- 2) звернення до суду з клопотанням про звільнення особи від кримінальної відповідальності;
- 3) звернення до суду з обвинувальним актом;
- 4) клопотання про застосування примусових заходів медичного або виховного характеру,

а також згідно ч. 1 ст. 474 КПК звернення до суду з обвинувальним актом з підписаною угодою про примирення;

друге – внесення відомостей про це до Єдиного реєстру досудових розслідувань.

Спірним, на нашу думку, є положення ч. 2 ст. 283 КПК стосовно зобов'язання

прокурора у найкоротший строк після повідомлення особі про підозру прийняти одне із процесуальних рішень, які визначені в законі, як форми закінчення досудового розслідування. Перше, що викликає заперечення, це посилання на зобов'язання прокурора прийняти таке рішення у найкоротший строк. Не на підставі аналізу зібраних доказів і переконання, що вони є достатніми для прийняття відповідного рішення, а після повідомлення особі про підозру. Цим фактично обмежується право особи на захист, оскільки особа, якій повідомлено про підозру не завжди може адекватно реагувати на це і вжити дієві заходи захисту.

Як вже було вказано, згідно п. 2 ч. 1 ст. 219 КПК досудове розслідування повинно бути закінчено протягом двох місяців з дня повідомлення особі про підозру у вчиненні злочину. До моменту повідомлення про підозру і початку досудового розслідування, з моменту внесення заяви, повідомлення про вчинення кримінального правопорушення до ЄРДР, органи досудового розслідування мають необмежений ніякими строками час (це може бути місяць, півроку, рік і більше) для отримання (збирання) доказів або перевірки вже отриманих доказів. Дійшовши висновку про наявність достатніх доказів для підозри особи у вчиненні кримінального правопорушення прокурор або слідчий за погодженням з прокурором складає письмове повідомлення про підозру. За КПК 1960 р., на тих же підставах – досить доказів (ст. 131) приймалось рішення про притягнення особи як обвинуваченого, але все це відбувалось у рамках строку – два місяці. Письмове повідомлення про підозру у вчиненні кримінального правопорушення вручається в день його складання слідчим або прокурором. З цього моменту і починається відлік двох місяців – строку досудового розслідування. Говорити про те, що підстави визнання наявності достатніх доказів для

повідомлення особі про підозру і прийняття рішення про закінчення досудового розслідування є аналогічними не має ніяких підстав, оскільки це суперечить загальним положенням доказового права.

Що таке «найкоротший строк»? Це один із так званих строків-термінів, коли законодавець вказує на те, що виконання певних дій або прийняття процесуальних рішень обмежується часом здійснення, одночасно вказуючи на необхідність звернення особливої уваги на їх дотримання і виконання слідчим чи прокурором. Одночасно є всі підстави говорити, що найкоротший строк – це п'ять днів, оскільки згідно положення ч. 2 ст. 297 КПК, коли у разі відмови у продовженні строку досудового розслідування, прокурор, який здійснює нагляд за додержанням законів під час проведення цього досудового розслідування, зобов'язаний (майже аналогічно як і після повідомлення особі про підозру) протягом п'яти днів здійснити одну з дій, передбачених ч. 2 ст. 283 КПК, тобто прийняти процесуальне рішення про закінчення досудового розслідування. Чому про закінчення, а не про завершення, залишається незрозумілим, оскільки на момент звернення до прокурора із клопотанням про продовження строку досудового розслідування наявна ситуація, коли не має підстав говорити що під час досудового розслідування зібрані достатні докази для прийняття кінцевого процесуального рішення у справі.

Визначивши в законі, що досудове розслідування повинно бути закінчено протягом двох місяців з дня повідомлення особі про підозру у вчиненні злочину (аналогічне положення було закріплено в ст. 113 КПК 1927 р.), законодавець залишив поза увагою строк на складання кінцевого процесуального рішення. Складання обвинувального акта у складних кримінальних провадженнях, які характеризуються великою кількістю підозрюваних,

та вчинених ними кримінальних правопорушень, займає значну кількість часу, що ніяким чином не сприяє дотриманню розумних строків. У КПК 1960 р. в двохмісячний строк досудового слідства включався час з моменту порушення справи до направлення її прокурору з обвинувальним висновком чи постановою про передачу справи до суду для розгляду питання про застосування примусових заходів медичного характеру або до закриття чи зупинення провадження в справі (ст. 120). В контексті визначення строку на складання кінцевого процесуального рішення цікавим є коментар до ст. 202 КПК 1927 р., коли цей строк, в залежності від обсягу слідчих матеріалів і складності справи, визначався слідчим. Про прийняте рішення слідчий повідомляв окружного прокурора, до компетенції якого було віднесено подальше продовження цього строку. З метою усунення прогалин чинного кримінального процесуального законодавства, перелік загальних положень закінчення досудового розслідування, визначених ст. 283 КПК, варто доповнити положенням, відповідно до якого час складання кінцевого процесуального рішення за результатами досудового розслідування включається у двохмісячний строк, введений законом на досудове розслідування, з моменту повідомлення особі про підозру або визначається, у разі наявності для того підстав, слідчим за погодженням з прокурором.

Видається доцільним внести відповідні зміни до відповідних статей кримінального процесуального кодексу, у яких іде мова про завершення або закінчення досудового розслідування, що буде сприяти однозначному їх тлумаченню. Цього потребує ч. 4 ст. 110 КПК, в якій термін «завершується» необхідно замінити на термін «закінчується».

Відповідно до п. 5 ст. 3 КПК визначено, що досудове розслідування – стадія

кримінального провадження, яка починається з моменту внесення відомостей про кримінальне правопорушення до Єдиного реєстру досудових розслідувань і закінчується закриттям кримінального провадження або направленням до суду обвинувального акту, клопотання про застосування примусових заходів медичного або виховного характеру, клопотання про звільнення особи від кримінальної відповідальності. Це положення потребує доповнення, оскільки відсутня друга складова, яка свідчить про закінчення досудового розслідування – згідно ч. 3 ст. 283 КПК відомості про закінчення досудового розслідування вносяться прокурором до Єдиного реєстру досудових розслідувань, що у поєднанні із прийнятим кінцевим процесуальним рішенням на стадії досудового розслідування, є свідченням того, що досудове розслідування закінчено.

Також існує необхідність доповнити ч. 2 ст. 283 КПК положенням, відповідного до якого прокурор зобов'язаний прийняти кінцеве процесуальне рішення у кримінальному провадженні не після повідомлення особі про підозру і не на підставі цього, а тільки після того, як прийде до висновку, що зібрані під час досудового розслідування докази є достатніми для прийняття такого рішення.

Оскільки після прийняття кінцевого рішення під час досудового розслідування про закінчення досудового розслідування у формі закриття кримінального провадження або звернення до суду з клопотанням про звільнення особи від кримінальної відповідальності, закон не передбачає етапу завершення досудового розслідування та надання доступу до матеріалів досудового розслідування зацікавленим особам, включити в ч. 1 ст. 290 КПК у переліку кінцевих процесуальних рішень – закриття кримінального провадження і звернення до суду з клопотанням про звільнення особи від кримінальної відповідальності, що є підставою для повідомлення відповідних осіб про завершення досудового розслідування та надання доступу до матеріалів досудового розслідування.

Внесення відповідних змін і доповнень надасть можливість на стадії досудового розслідування чітко визначити момент його завершення і закінчення, підстави для прийняття кінцевого процесуального рішення, окреслити перелік процесуальних повноважень учасників кримінального провадження при ознайомленні з матеріалами (при наданні доступу до матеріалів), визначити час, який буде відведено на підготовку відповідного кінцевого процесуального рішення у кримінальному провадженні.

СПИСОК ЛІТЕРАТУРИ:

1. *Татаров О. Ю.* Закінчення досудового розслідування складанням обвинувального акта: проблеми та шляхи їх розв'язання / О. Ю. Татаров // Науковий вісник НАВС. – 2012. – № 2. – С. 124–134.
2. *Шаргей М. Е.* Уголовно-процессуальный кодекс УССР 1927 года : текст и постатейный комментарий / М. Е. Шаргей // НКЮУ УССР. – Харьков, 1928. – С. 957.
3. *Постанова Пленуму Верховного Суду України № 6 від 4 червня 2010 р.* / Судова практика Верховного Суду України : офіц.вид. // Верхов. Суд України. – К. : Ін Юре, 2012 – С. 438.

4. *Торбас О. О.* Момент закінчення досудового розслідування: аналіз соціологічного дослідження серед працівників правоохоронних органів / О. О. Торбас // Проблемні питання застосування КПК України в сучасних умовах : матеріали круглого столу до 80-річчя професора А. Я. Дубинського. – К., 2014. – С. 206.
5. *Торбас О. О.* Форми закінчення досудового розслідування за кримінальним процесуальним кодексом України 2012 р. : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.09 / О. О. Торбас. – Одеса, 2015. – С. 19.

Стаття надійшла до редакції: 16.04.2015.

Рекомендовано кафедрою кримінального процесу та криміналістики

TERMINATION OF PRE-TRIAL INVESTIGATION

Sysoienko H. I.

Abstract: The article deals with differentiating relevant general provisions in connection with termination of pre-trial investigation. It also specifies the investigation of between completion and termination of pre-trial investigation with the focus on a historical aspect, i. e. from the adoption of the 1922 Criminal Procedural Code of Ukraine to the law in effect.

Based on the research, respective advice I recommendations are proposed to amend and modify certain legislative norms in connection with effective criminal procedural law in Ukraine. The above may well contribute to the strengthened protection of constitutional rights and interests of participants in criminal proceedings at the pre-trial stage.

Keywords: pre-trial investigation, completion, termination, access granted, termination forms, procedural decision.



ОКОНЧАНИЕ ДОСУДЕБНОГО РАССЛЕДОВАНИЯ

Сысоенко Г. И.

Резюме: В статье рассмотрены теоретические и практические вопросы, связанные с заключительным этапом досудебного производства, анализом и оформлением результатов расследования, обеспечение прав участников уголовного судопроизводства и принятием следователем итоговых решений по уголовному делу.

Ключевые слова: досудебное производство, завершение, ознакомление с материалами, окончание, формы окончания, процессуальное решение.

КРИМІНАЛЬНА ПРОЦЕСУАЛЬНА ДІЯЛЬНІСТЬ НАЦІОНАЛЬНОГО АНТИКОРУПЦІЙНОГО БЮРО УКРАЇНИ

УДК 343

Л. Д. УДАЛОВА

*доктор юридичних наук, професор,
заслужений діяч науки і техніки України,
начальник кафедри кримінального процесу,
Національна академія внутрішніх справ*

1 2 лютого 2015 р. парламент прийняв Закон України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо забезпечення діяльності Національного антикорупційного бюро України та Національного агентства з питань запобігання корупції» [1]. Цим Законом внесені зміни до низки законодавчих актів, у тому числі і до Кримінального процесуального кодексу України (далі – КПК).

Метою цієї статті є розгляд деяких нових положень КПК, що регулюють діяльність Національного антикорупційного бюро України (далі – НАБУ), а також проблемних питань їх застосування.

У п. 2 ч. 1 ст. 38 КПК йдеться про новий орган досудового розслідування, яким є підрозділ детективів, підрозділ внутрішнього контролю НАБУ.

Підслідність детективів НАБУ визначена у ч. 5 ст. 216 КПК. Вони здійснюють досудове розслідування злочинів, передбачених ст.ст. 191, 206², 209, 210, 211, 354 (стосовно працівників юридичних осіб публічного права), 364, 368, 368², 369, 369², 410 Кримінального кодексу України, якщо наявна хоча б одна з таких умов:

1) злочин вчинено:

- Президентом України, повноваження якого припинено, народним депутатом України,

Досліджено питання про внесення змін до кримінального процесуального законодавства щодо діяльності Національного антикорупційного бюро України.

Ключові слова: *детективи, підслідність, попередній арешт, моніторинг банківських рахунків.*



CRIMINAL PROCEEDING ACTIVITY OF NATIONAL
ANTY-CORRUPTION BUREAU OF UKRAINE

Udalova L. D.

Received: 16 Apr 2015.

Прем'єр-міністром України, членом Кабінету Міністрів України, першим заступником та заступником міністра, Головою Національного банку України, його першим заступником та заступником, членом Ради Національного банку України, Секретарем Ради національної безпеки і оборони України, його першим заступником та заступником;

- державним службовцем, посада якого віднесена до першої та другої категорії посад, особою, посада якої прирівняна до першої та другої категорії посад державної служби;
- депутатом Верховної Ради Автономної Республіки Крим, депутатом обласної ради, міської ради міст Києва та Севастополя, посадовою особою місцевого самоврядування, посаду якого віднесено до першої та другої категорії посад;
- суддею Конституційного Суду України, суддею суду загальної юрисдикції, народним засідателем або присяжним (під час виконання ними цих функцій), Головою, членами, дисциплінарними інспекторами Вищої кваліфікаційної комісії суддів України, Головою, заступником Голови, секретарем секції Вищої ради юстиції, іншим членом Вищої ради юстиції;
- Генеральним прокурором України, його заступником, помічником Генерального прокурора України, прокурором Генеральної прокуратури України, слідчим Генеральної прокуратури України, керівником структурного підрозділу Генеральної прокуратури України, прокурором Автономної Республіки Крим, міст Києва і Севастополя, області та його заступником, керівником структурного підрозділу прокуратури Автономної Республіки Крим, міст Києва і Севастополя, області;
- особою вищого начальницького складу органів внутрішніх справ, державної кримінально-виконавчої служби, органів та підрозділів цивільного захисту,

посадовою особою митної служби, якій присвоєно спеціальне звання державного радника податкової та митної справи III рангу і вище, посадовою особою органів державної податкової служби, якій присвоєно спеціальне звання державного радника податкової та митної справи III рангу і вище;

- військовослужбовцем вищого офіцерського складу Збройних Сил України, Служби безпеки України, Державної прикордонної служби України, Державної спеціальної служби транспорту, Національної гвардії України та інших військових формувань, утворених відповідно до законів України;
- керівником суб'єкта великого підприємства, у статутному капіталі якого частка державної або комунальної власності перевищує 50 відсотків;

2) розмір предмета злочину або завданої ним шкоди в п'ятсот і більше разів перевищує розмір мінімальної заробітної плати, встановленої законом на час вчинення злочину (якщо злочин вчинено службовою особою державного органу, правоохоронного органу, військового формування, органу місцевого самоврядування, суб'єкта господарювання, у статутному капіталі якого є частка державної або комунальної власності);

3) злочини, передбачені ст. 369, ч. 1 ст. 369² Кримінального кодексу України, вчинених щодо службової особи, визначеної у ч. 4 ст. 18 цього Кодексу або в пункті 1 цієї частини.

Прокурор, який здійснює нагляд за досудовими розслідуваннями, які проводяться детективами НАБУ, своєю постановою може віднести кримінальне провадження у злочинах, передбачених абзацом 1 ч. 5 ст. 216 КПК, до підслідності цих детективів, якщо відповідним злочином було заподіяно або могло бути заподіяно тяжкі наслідки охоронюваним

законом свободам та інтересів фізичної або юридичної особи, а також державним чи суспільним інтересам. Під тяжкими наслідками слід розуміти заподіяння шкоди життєво важливим інтересам суспільства та держави, зокрема державному суверенітету, територіальній цілісності України, реалізації конституційних прав, свобод і обов'язків трьох і більше осіб.

Детективи НАБУ з метою попередження, виявлення, припинення та розкриття кримінальних правопорушень, які віднесені ст. 216 КПК до його підслідності, за рішенням Директора цього бюро та за погодженням із прокурором Спеціалізованої антикорупційної прокуратури, можуть також розслідувати кримінальні правопорушення, які віднесені до підслідності інших органів.

Також регламентовано питання про підслідність детективів підрозділу внутрішнього контролю НАБУ. У останньому абзаці ч. 5 ст. 216 КПК вказано, що ці детективи розслідують злочини, передбачені ст.ст. 354, 364–370 Кримінального кодексу України, які були вчинені службовою особою цього бюро (крім Директора НАБУ, його першого заступника та заступника).

Якщо ця службова особа вчинила інші кримінальні правопорушення, відповідно до абзацу 2 ч. 4 ст. 216 КПК їх розслідування повинні здійснювати слідчі органів державного бюро розслідувань.

Необхідно звернути увагу на те, що крім здійснення досудового розслідування, детективи НАБУ також уповноваженні проводити оперативно-розшукову діяльність. Про це зазначено у абзаці 3 ч. 1 ст. 10 Закону України від 14 жовтня 2014 р. «Про Національне антикорупційне бюро України» [2], абзаці 11 ч. 1 ст. 5 Закону України від 18 лютого 1992 р. «Про оперативно-розшукову діяльність» [3].

Виникає запитання, чому законодавець саме таким чином визначив повноваження цих детективів. Відповідь на нього міститься у пояснювальній записці до законопроекту № 1660 від 27 грудня 2014 р. «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо забезпечення діяльності Національного антикорупційного бюро України та Національного агентства з питань запобігання корупції» [4].

Вказано, що з урахуванням досвіду держав, які досягли успіхів у декриміналізації суспільства та подолання системної корупції, пропонується нова форма організації оперативно-розшукових заходів та досудового слідства, яка передбачає за рахунок об'єднання слідчих та оперативних підрозділів створити підрозділ детективів у складі НАБУ, наділити таких детективів повноваженнями зі здійснення як оперативно-розшукових заходів на підставі оперативно-розшукових справ, так і гласних та негласних слідчих (розшукових) дій під час кримінального провадження. Це дозволить розширити обізнаність суб'єктів боротьби з корупцією, які зможуть найбільш ефективно та об'єктивно використовувати отриману інформацію для встановлення даних про кримінальне правопорушення, збирання доказів участі в ньому конкретних осіб та процесуального закріплення фактичних даних щодо обставин злочинної діяльності. Водночас така форма сприятиме мінімізації ризиків витоку інформації щодо осіб, які підозрюються в корупції, та запланованих чи здійснюваних відносно них заходів.

Потрібно зазначити, що фахівці Головного юридичного управління Апарату Верховної Ради України висловили зауваження до цього законопроекту щодо надання детективам НАБУ повноваження здійснювати як оперативно-розшукові заходи, так і досудове розслідування [5].

Відмічалось, що такі законодавчі новели не відповідають загальній концепції

порядку досудового розслідування, зокрема, проведення слідчих (розшукових) дій та негласних слідчих (розшукових) дій покладено на слідчого (ст. 40 КПК), а оперативні підрозділи (ст. 41 КПК) позбавлені повноважень виконувати будь-які дії без письмового доручення слідчого або прокурора. Таке розмежування функцій між службовими особами, які здійснюють досудове розслідування (слідчими) та особами, які виконують їх доручення в частині проведення негласних слідчих (розшукових) дій (працівники оперативних підрозділів), існує в усіх правоохоронних органах, які мають в своєму складі як органи досудового розслідування, так і оперативні підрозділи. Така «спеціалізація» співробітників цих органів викликана істотними відмінностями у цілях, формах, методах і засобах роботи при виконанні кожної із цих функцій.

Однак законодавець не врахував це зауваження, з чим не можна погодитися. Наділення детективів НАБУ повноваженнями зі здійснення як оперативно-розшукових заходів, так і досудового розслідування, не відповідає концепції порядку проведення цього розслідування.

Ще під час обговорення вказаного законопроекту деякі практики слушно відмічали, що виконання обох цих функцій одними і тими ж посадовими особами неминуче призведе до зменшення якості в роботі детективів, зокрема, для тих, хто прийшов до НАБУ із оперативних підрозділів – в частині проведення слідчих (розшукових) дій, складання документів досудового розслідування, обґрунтування прийняття процесуальних рішень, охорони прав і свобод учасників кримінального провадження [6].

Вважаємо, що замість підрозділу детективів у складі цього бюро потрібно окремо створити слідчий та оперативний підрозділи. Пропонуємо визначити у п. 2

ч. 1 ст. 38 КПК, що органом досудового розслідування є слідчий підрозділ НАБУ, та замінити слово «детективи» словом «слідчі» у статтях цього Кодексу.

КПК доповнено новою ст. 269¹, яка надає можливість у кримінальних провадженнях, віднесених до підслідності НАБУ, здійснювати за ухвалою слідчого судді моніторинг банківських рахунків.

Його сутність полягає у тому, що за ухвалою слідчого судді про моніторинг банківських рахунків банк зобов'язаний надавати НАБУ в поточному режимі інформацію про операції, що здійснюються на одному або декількох банківських рахунках. Ця інформація повинна доводитися до відома даного бюро до виконання відповідної операції, а у разі неможливості – негайно після її виконання (ч. 2, 3 ст. 269¹ КПК).

Порядок прийняття рішення про моніторинг банківських рахунків визначений у ч. 1 ст. 269¹ КПК. За наявності обґрунтованої підозри, що особа здійснює злочинні дії з використанням банківського рахунку, або з метою розшуку чи ідентифікації майна, що підлягає конфіскації або спеціальній конфіскації, у кримінальних провадженнях, віднесених до підслідності НАБУ, прокурор може звернутися до слідчого судді в порядку, передбаченому ст.ст. 246, 248, 249 КПК, для винесення ухвали про моніторинг банківських рахунків.

Відповідно до цієї норми, прокурор має скласти клопотання про моніторинг банківських рахунків, у якому зазначаються: 1) найменування кримінального провадження та його реєстраційний номер; 2) короткий виклад обставин злочину, у зв'язку з розслідуванням якого подається клопотання; 3) правова кваліфікація злочину із зазначенням статті (частини статті) Кримінального кодексу України; 4) відомості про особу, щодо якої

необхідно провести моніторинг банківського рахунку; 5) обставини, що дають підстави підозрювати особу у вчиненні злочину, підслідного НАБУ; 6) обґрунтування строку проведення цього моніторингу; 7) обґрунтування неможливості отримання відомостей про здійснення особою злочинних дій з використанням банківського рахунку в інший спосіб; 8) обґрунтування можливості отримання від час моніторингу банківського рахунку доказів, які самостійно або в сукупності з іншими доказами можуть мати суттєве значення для з'ясування обставин злочину або встановлення осіб, які його вчинили. До клопотання прокурора повинен бути доданий витяг з Єдиного реєстру досудових розслідувань щодо кримінального провадження.

Слідчий суддя постановляє ухвалу про моніторинг банківського рахунку, якщо прокурор доведе наявність достатніх підстав вважати, що: 1) вчинено тяжкий або особливо тяжкий злочин; 2) під час здійснення цього моніторингу можуть бути отримані докази, які самостійно або в сукупності з іншими доказами матимуть суттєве значення для з'ясування обставин злочину або встановлення осіб, які вчинили злочин, майна, що підлягає конфіскації або спеціальній конфіскації.

Ухвала слідчого судді про моніторинг банківських рахунків повинна відповідати загальним вимогам до судових рішень, передбачених КПК, а також містити відомості про: 1) прокурора, який звернувся з клопотанням; 2) злочин, у зв'язку із досудовим розслідуванням якого постановляється ухвала; 3) особу, щодо якої необхідно провести цей моніторинг; 4) строк дії ухвали.

Крім того, відповідно до абзацу 2 ч. 2 ст. 269¹ КПК, слідчий суддя в ухвалі про моніторинг банківських рахунків має повідомити керівника банківської установи про обов'язок нерозголошення інформації

про проведення цієї дії і про відповідну кримінальну відповідальність.

Строк дії ухвали слідчого судді про моніторинг банківських рахунків не може перевищувати два місяці. Якщо прокурор вважає, що проведення цієї дії слід продовжити, він має право звернутися до слідчого судді з клопотанням про постановлення ухвали згідно з вимогами ст. 248 КПК. Крім відомостей, зазначених у цій статті, прокурор повинен надати додаткові відомості, які дають підстави для продовження вказаного моніторингу.

Загальний строк, протягом якого у кримінальному провадженні може тривати проведення моніторингу банківських рахунків, не може перевищувати максимальні строки досудового розслідування, передбачені ст. 219 КПК. У разі, якщо така дія проводиться з метою встановлення місцезнаходження особи, яка переховується від органів досудового розслідування чи суду, та оголошена в розшук, вона може тривати до встановлення місцезнаходження розшукуваної особи.

Законодавцем змінено порядок накладення арешту на майно або кошти на рахунках фізичних або юридичних осіб у фінансових установах. У абзацах 2 та 3 ч. 2 ст. 170 КПК зазначено, що у невідкладних випадках і виключно з метою збереження речових доказів або забезпечення можливої конфіскації майна у кримінальному провадженні щодо тяжкого чи особливо тяжкого злочину за рішенням Директора НАБУ (або його заступника), погодженого з прокурором, може бути накладено попередній арешт на майно або кошти на рахунках фізичних або юридичних осіб у фінансових установах. Такі заходи застосовуються строком до 48 годин. Невідкладно після прийняття такого рішення, але не пізніше ніж протягом 24 годин, прокурор повинен звернутися до слідчого судді із клопотанням про арешт.

Якщо у визначений термін прокурор не звернеться до слідчого судді із клопотанням про арешт майна або якщо в задоволенні такого клопотання було відмовлено, попередній арешт на майно або кошти вважається скасованим, а вилучене майно або кошти негайно повертаються особі.

Редакція абзаців 2 та 3 ч. 2 ст. 170 КПК викликає заперечення. Прийняття Директором НАБУ (або його заступником), за погодженням з прокурором, рішення про накладення попереднього арешту на майно або кошти на рахунках фізичних або юридичних осіб у фінансових установах, не узгоджується з порядком, визначеним Конституцією України та КПК, відповідно до якого обмеження конституційних прав особи під час провадження досудового розслідування здійснюється виключно за судовим рішенням.

Під час застосування попереднього арешту на майно або кошти відбувається тимчасове обмеження конституційного права особи на приватну власність. Тому, на наш погляд, слід позбавити Директора НАБУ (його заступника) повноваження приймати рішення, за погодженням з прокурором, про накладення цього арешту. Пропонуємо виключити абзаци 2 і 3 з ч. 2 ст. 170 КПК.

Законодавець доповнив пунктом 3 ч. 1 ст. 208 КПК, у якому йдеться про нову підставу для затримання особи за підозрою у вчиненні злочину. Якщо є обґрунтовані підстави вважати, що можлива втеча з метою ухилення від кримінальної відповідальності особи, підозрюваної у вчиненні тяжкого або особливо тяжкого корупційного злочину, віднесеного законом до підслідності НАБУ, уповноважена службова особа має право затримати її без ухвали слідчого судді.

Уявляється, що регулювання даного питання має бути іншим. Проведення затримання особи без судового рішення є допустимим лише у випадках, якщо: особу застали під час вчинення корупційного злочину або замаху на його вчинення; якщо безпосередньо після його вчинення очевидець, або сукупність ознак на тілі, одязі чи місці події вказують на те, що саме ця особа щойно вчинила такий злочин.

Якщо є підстави вважати, що можлива втеча з метою ухилення від кримінальної відповідальності особи, підозрюваної у вчиненні тяжкого або особливо тяжкого корупційного злочину, уповноважена службова особа має проводити затримання виключно на підставі ухвали слідчого судді про дозвіл на затримання.

СПИСОК ЛІТЕРАТУРИ:

1. *Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо забезпечення діяльності Національного антикорупційного бюро України та Національного агентства з питань запобігання корупції*: Закон України від 12 лютого 2015 р. // *Голос України*. – 4 березня 2015. – № 39.
2. *Про Національне антикорупційне бюро України*: Закон України від 14 жовтня 2014 р. // *Відомості Верховної Ради України*. – 2014. – № 47. – Ст. 2051.
3. *Про оперативно-розшукову діяльність*: Закон України від 18 лютого 1992 р. // *Відомості Верховної Ради України*. – 1992. – № 22. – Ст. 303.
4. *Пояснювальна записка до законопроекту № 1660 від 27 грудня 2014 р. «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо забезпечення діяльності*

Національного антикорупційного бюро України та Національного агентства з питань запобігання корупції» [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=53224

5. *Зауваження Головного* юридичного управління Апарату Верховної Ради України до проекту Закону «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо забезпечення діяльності Національного антикорупційного бюро України та Національного агентства з питань запобігання корупції» [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=53755

6. *Токарев Г.* Окремі зауваження до законопроекту №1660 від 27.12.2014 р. [Електронний ресурс] / Г. Токарев. – Режим доступу : <http://www.khpg.org/index.php?do=print&id=1419881689>

Стаття надійшла до редакції: 10.04.2015.

Рекомендовано кафедрою кримінального процесу та криміналістики

CRIMINAL PROCEEDING ACTIVITY OF NATIONAL ANTY-CORRUPTION BUREAU OF UKRAINE

Udalova L. D.

Abstract: The question of amendments to the criminal procedure law on the activities of the National Anti-Corruption Bureau of Ukraine.

Keywords: detective, jurisdiction, provisional arrest, monitoring of bank accounts.



УГОЛОВНАЯ ПРОЦЕССУАЛЬНАЯ ДЕЯТЕЛЬНОСТЬ НАЦИОНАЛЬНОГО АНТИКОРРУПЦИОННОГО БЮРО УКРАИНЫ

Удалова Л. Д.

Резюме: Исследован вопрос о внесении изменений в уголовное процессуальное законодательство о деятельности Национального антикоррупционного бюро Украины.

Ключевые слова: детективы, подследственность, предварительный арест, мониторинг банковских счетов.

ТЕРИТОРІАЛЬНІСТЬ ЯК ПРИНЦИП ПОБУДОВИ СИСТЕМИ СУДІВ ЗАГАЛЬНОЇ ЮРИСДИКЦІЇ: НОВІ ПІДХОДИ ДО РЕАЛІЗАЦІЇ

УДК 347.97/.99

В. В. СЕРДЮК

*доктор юридичних наук, професор, Вищий
спеціалізований суд України з розгляду
цивільних і кримінальних справ*

У статті шляхом аналізу стану реалізації принципу територіальності у побудові системи судів загальної юрисдикції обґрунтовується пропозиція утворення місцевих та апеляційних судових округів, організація яких не пов'язувалася б із адміністративно-територіальним поділом України.

Ключові слова: *принцип, територіальність, суд, місцевий судовий округ, апеляційний судовий округ, юрисдикція.*



TERRITORIALITY AS THE FOUNDATION OF THE
COURTS OF GENERAL JURISDICTION: NEW
APPROACHES TO IMPLEMENTATION

Serdiuk V.

Received: 16 Apr 2015.

Конституція України визначає два основоположних принципи, на яких ґрунтується побудова системи судів загальної юрисдикції, – територіальність і спеціалізація. Вказані принципи є різноплановими, оскільки регулюють сутнісно різні підходи до організації судів. Якщо брати до уваги і принцип інстанційності, який можливо відслідкувати шляхом системного тлумачення норм статей 125 і 129 Конституції України та з урахуванням його законодавчого визначення, то комплексно їх реалізація спрямована на оптимальну організацію судової системи.

Саме виходячи з наведеного, на нашу думку, принцип територіальності характеризує побудову системи судів загальної юрисдикції в контексті мережевого поширення судової юрисдикції на всю територію держави. Щодо принципу спеціалізації, то він вказує на можливість побудови системи судів із використанням відповідних критеріїв – галузевого (створення підсистем спеціалізованих судів), суб'єктного (створення судів у справах неповнолітніх, військових судів), внутрішньої спеціалізації суддів у межах одного окремо взятого суду. У свою чергу принцип інстанційності дає змогу організувати судові інстанції, кожна з яких має відповідний обсяг повноважень щодо вирішення спору по суті

та перегляду судового рішення в порядку, передбаченому процесуальним законом.

У такому розумінні принцип територіальності можливо розглядати як розгалуженість нижчих ланок судів загальної юрисдикції (місцевих та апеляційних), реалізація якого на нормативному рівні забезпечує територіальне розмежування юрисдикції однорідних судів та виокремлює судові округи. Тобто кожен місцевий (апеляційний) суд має свою територіальну юрисдикцію. Загалом у літературі дослідники констатують про побудову системи судів загальної юрисдикції за принципом територіальності, виходячи з потреби її організації на підставі адміністративно-територіального поділу, встановленого ст. 133 Конституції України. Водночас, ми вважаємо, що територіальна побудова судових органів повинна здійснюватися в інший спосіб, зокрема шляхом утворення судових округів з метою використання переваг наближення судів до населення.

Жорстка прив'язка організації судових органів до адміністративно-територіального поділу стала домінантною із 30-років ХХ ст., коли в Україні було запроваджено дворівневу систему управління (район-область). Разом із тим, досвід вітчизняного судового будівництва доводить, що не завжди адміністративно-територіальна складова мала превалюючий характер. Так, для прикладу можливо навести організацію військових місцевих та апеляційних судів, побудова яких ніколи не базувалася на адміністративно-територіальному устрої. Вказані суди утворювалися відповідними указами Президента України, виходячи з територіального розташування військових гарнізонів. Такі суди територіально розміщувалися в обласних центрах, але тільки у тих, у яких була дислокована відповідна кількість військових формувань.

Зазначений підхід став наслідком розуміння законодавцем специфіки

їх діяльності, пов'язаної з реалізацією суб'єктного критерію спеціалізації, яка не ґрунтувалася на адміністративно-територіальному поділі. Тому в утворенні військових місцевих судів застосовувався принцип їх організації відповідно до кількості військових формувань та військовослужбовців на тій чи іншій території (району, області, міста, кількох областей). На наш погляд, територіальна побудова вказаних судів вбачалася раціональною і такою, що ґрунтувалася фактично на створенні військового судового округу. Таким же шляхом були організовані військові апеляційні суди, хоча необхідно додати, що міста їх розташування співпадали з містами дислокації штабів відповідних оперативних командувань та штабу ВМС України.

Адміністративно-територіальні одиниці так званого загального призначення утворюються у всіх країнах, які мають внутрішній поділ (наприклад, землі у ФРН, області у Болгарії, департаменти у Франції тощо), де діють органи загальної адміністрації. Поряд із цим на відповідних територіях функціонують утворення спеціального призначення, в яких діють спеціалізовані державні органи. Такими утвореннями є судові округи, на території яких розташовані та здійснюють правосуддя судові органи.

Для прикладу наведемо основні моменти територіальної організації судової системи Італії. У Конституції Італійської Республіки від 22 грудня 1947 р. багато уваги приділено судовому процесу, але щодо судоустрою, то стаття 108 Конституції прямо говорить, що положення про судоустрій встановлюється законодавством [1, 123]. Конституційною основою для організації судової системи Італії є глава IV Конституції Італійської республіки – «Магістратура». Нормативним актом, що безпосередньо регулює організацію системи судів звичайної юрисдикції в Італії, є «Уложення про судоустрій», яке

було схвалено Королівським декретом від 30 січня 1941 р.

Правосуддя в галузі цивільної та кримінальної юрисдикції (звичайна юрисдикція) здійснюється мировими суддями, преторами, трибуналами, апеляційними судами та Верховним касаційним судом. Юрисдикція органів адміністративної юстиції, спеціалізованих відділень при судах звичайної юрисдикції регулюється окремими законами.

У загальному уявленні судова система Італії – ієрархічно-багаторівнева й організована за функціональним принципом проходження судових справ у стадіях правового аналізу спірних правовідносин – перша, апеляційна та касаційна інстанції. Крім того, безпосередньо перша інстанція фактично має кілька рівнів, залежно від значущості правовідносин, що стали предметом судового розгляду. Першою ланкою в усій судовій ієрархії звичайної юрисдикції є мирові суди (мирових суддів – близько 10 тис.), які створюються у кожній комуні (комуна – найнижча ланка у системі адміністративно-територіального устрою Італії). Суттєво, що це єдиний випадок, коли межі судового округу збігаються з межами адміністративно-територіальної одиниці в Італії. У комунах, що мають поділ на селища, фракції або квартали, можуть бути створені місцеві суди, яким делегується компетенція ще менша, ніж у мирових судів.

Друга ланка судової системи, до якої належать професійні судді, – це претурії (близько 1 тис.). Їх юрисдикція поширюється на територію преторського округу, межі якого не збігаються з адміністративно-територіальним поділом Італії. У їх складі можуть утворюватися самостійні відділення за галузевою спеціалізацією щодо розгляду кримінальних, трудових, цивільних справ, а інколи – відділення для розгляду апеляційних скарг на рішення мирових суддів.

Наступна і найвища ланка в ієрархії судів першої інстанції – трибунали (близько 160). Вони діють у відповідних адміністративних центрах трибунального округу. У трибуналах розглядаються у першій інстанції всі кримінальні, трудові, соціальні та цивільні справи, що не належать до компетенції претурій. Відповідно до законодавства у трибуналах в обов'язковому порядку утворюються кримінальне та цивільне відділення, може бути утворене відділення, до компетенції якого належатиме розгляд індивідуальних трудових та соціальних конфліктів, а також можуть бути утворені за необхідності окремо апеляційні відділення. Крім того, як самостійні суди по одному в кожному апеляційному судовому окрузі при апеляційному суді або його місцевому відділенні, діють трибунали у справах неповнолітніх.

Другий рівень судової системи – це апеляційні суди, які розташовані в адміністративних центрах апеляційних судових округів (їх 23, хоча областей в Італії 20), в яких розглядаються переважно скарги, що подаються в порядку апеляції на рішення трибуналів, схвалених у першій інстанції у кримінальних і цивільних справах. Крім того, можуть бути створені місцеві відділення апеляційного суду в провінціях або комунах, які здійснюють свою юрисдикцію в межах їх територіальної компетенції.

Слід зазначити, що в Італії суд присяжних хоча й належить за призначенням до цієї ж гілки судової влади, але автономно від викладеної ієрархії судів загальної юрисдикції існує система судів присяжних. Судові округи для таких судів створюються в межах апеляційного округу (94 округи). До компетенції цих судів належать справи, що стосуються найбільш тяжких кримінальних злочинів. В Італії, на відміну від інших країн, створені окремі апеляційні судові органи для суду присяжних (їх функціонує 34).

Верховний касаційний суд (місце розташування – Рим) є верховним органом правосуддя у системі судів загальної юрисдикції. Юрисдикція цього суду поширюється на всю територію Італії. Верховний касаційний суд має три відділення з кримінальних справ і три відділення з цивільних справ, які переглядають у касаційному порядку судові рішення, що були схвалені судами першої та апеляційної інстанції.

Система органів адміністративної юстиції Італії є дворівневою і, в основному, дублює досвід Франції. На першому рівні організації адміністративної юстиції утворено 20 адміністративних трибуналів (по одному у кожній області). Вони є органами адміністративної юстиції першої інстанції, що розглядають скарги на постанови і дії органів виконавчої влади. На другому рівні діє Державна рада Італії, яка є правомочною щодо законності актів Уряду і міністерств та функціонує у цій сфері як суд першої інстанції, а також розглядає скарги на рішення обласних адміністративних трибуналів як суд касаційної інстанції. Крім того, Рахункова палата здійснює судову юрисдикцію у питаннях публічної звітності щодо використання бюджетних коштів або з інших питань, вказаних у законі [2, 4–10].

Отже, історичний і сучасний міжнародний досвід дає підстави для наукового обґрунтування іншого напрямку побудови системи судів загальної юрисдикції за принципом територіальності та організації на його основі судових органів поза межами адміністративно-територіальних одиниць. На нашу думку, фундаментом реалізації такого підходу має стати організація місцевих та апеляційних судових округів.

Для вирішення завдання як саме повинні бути побудовані судові органи за територіальним принципом є потреба визначити критерії такої організації судів. На наш погляд, окреслення критеріїв дасть змогу запропонувати нову схему

територіальної організації судів загальної юрисдикції, що має на меті обґрунтування утворення місцевих та апеляційних судових округів. Зокрема одним із критеріїв утворення місцевих судових округів можливо визначити необхідність неспівпадання території такого округу із встановленим адміністративно-територіальним поділом на районному рівні. Це матиме наслідком обмеження впливу органів виконавчої влади та інших посадових осіб на місцях на суди, по-новому здійснити оцінку застосування принципу територіальності щодо місцевих судових органів та сприймати його як захід, спрямований на виважену децентралізацію судової влади.

Іншим критерієм щодо утворення місцевих судових округів вбачається кількісний показник населення у містах та прилеглих до них районах (населених пунктах). Об'єднанням районних та міських судів відповідними указами Президента України було започатковано створення міськрайонних судів як місцевих. Тому у такий спосіб фактично було запроваджено утворення місцевих судових округів, до яких увійшли два суди місцевого рівня разом із територіями, на які поширювалася їх юрисдикція (як правило, одне місто та один район).

Але проблема утворення місцевих судових округів є глибшою, оскільки торкається доступності судових послуг, що надаються населенню. На наш погляд, для вирішення цього завдання необхідним є утворення судових округів місцевого рівня, які повинні замінити такі установи у вітчизняному судоустрої як районні, міські, районні у містах та міськрайонні суди, оскільки різниця у кількості населення, вказує на те, що використання цього критерію є обмеженим. І навіть екстенсивне збільшення посад суддів у відповідних судах місцевого рівня в повній мірі не вирішує ситуацію. Наведене вказує на нерациональність територіальної

побудови судів у контексті районного поділу, що негативно впливає на територіальну доступність населення до відповідного суду.

У сенсі застосування принципу територіальності місцеві господарські суди, як правонаступники арбітражних судів, організаційно беруть свій початок від органів державного арбітражу. Тому в основу територіальної організації місцевих господарських судів було закладено уже актуалізований у даній статті принцип: одна область (або прирівняна до неї адміністративно-територіальна одиниця) – один суд. Оцінюючи наведене, необхідно звернути увагу на те, що територіальне розташування місцевих судових органів господарської юрисдикції вбачається нераціональним і для цього існує кілька причин. Перша: територіальні показники адміністративно-територіальних одиниць є різними, що безперечно впливає на територіальну доступність місцевого господарського суду для осіб, які потребують судового захисту. Друга: можливість місцевої влади обласного рівня впливати на результати здійснення правосуддя місцевим судом. І третя: питання про територіальну організацію господарських судів на початковому етапі повинно визначатися економічним районуванням або іншими критеріями, на підставі яких повинні встановлюватися їх територіальні межі. Але й визначення меж економічного районування є наслідком регіонального аналізу на рівні адміністративно-територіальних одиниць, зокрема областей.

Регламентація процесуальних засад вирішення публічно-правових спорів закріплена в КАС України, відповідно до якого побудована система адміністративних судів, що на перших двох рівнях складається з місцевих (окружних) та апеляційних адміністративних судів. Але організація адміністративних судів є також недосконалою. Зокрема у спеціальній

літературі зазначається, що при побудові цієї структури не реалізована ідея створення адміністративних судів в округах як територіальних одиниць, які б не збігалися з існуючим територіальним поділом України, що сприяло б їхньому захисту від втручання інших державних органів [3, 152]. Отже, територіальна організація окружних адміністративних судів, до якої застосовано принцип одна область (Автономна Республіка Крим, міста Київ і Севастополь) – один суд, є калькою місцевих господарських судів.

Серед науковців також висловлюється позиція про те, що, незважаючи на вказівку судоустрійного закону про створення судових округів для місцевих адміністративних судів, що логічно передбачає виокремлення певних спеціальних територій, на які поширюється юрисдикція відповідних судів і які не мусять бути тотожними адміністративно-територіальним одиницям, було послідовно реалізовано ідею відповідності останніх судовим округам [4, 78].

Однак у ч. 3 ст. 21 Закону України «Про судоустрій і статус суддів», визначено, що місцевими адміністративними судами є, зокрема, окружні адміністративні суди. Важливо, що поняття «судовий округ» не є тотожним поняттю «адміністративно-територіальна одиниця», оскільки сутність першого полягає в організації на певній території суду (судів), територіальна юрисдикція якого не збігається з адміністративно-територіальним поділом, встановленим у державі. Щодо другого, то тут пріоритетом є конституційно визначений адміністративно-територіальний устрій, у результаті якого утворюються адміністративно-територіальні одиниці. Крім того, адміністративно-територіальний поділ, як уже зазначалося, передбачає утворення органів управління загального характеру, а спеціальне утворення – судовий округ

– окреслює територіальну компетенцію судів, які вправі здійснювати судочинство на цій території.

Ідея територіальної юрисдикції судів відповідно до адміністративно-територіального поділу бере початок із радянських часів. На сьогодні такий підхід є характерним для сучасних тоталітарних соціалістичних держав, окремих постсоціалістичних країн, де суди утворюються за дворівневим принципом. Виходячи з цього, наприклад професор В. Є. Чіркін говорить про те, що такий підхід робить судову систему більш чіткою, позбавляє надмірних ускладнень [5, 335].

Ми вважаємо, що необхідність та зручність організації місцевих судових органів за адміністративно-територіальним поділом цим і вичерпується. Тому в контексті цієї дискусії визначальним є вирішення питання про утворення судових округів, які вказували б на територіальну компетенцію судів. Водночас важливою проблемою вбачається уникнення повного дублювання територіальної судової організації, яка юридично і фактично співпадає з адміністративно-територіальним поділом у співвідношенні із незалежністю судді. Це продукує ризики створення передумов залежності судів від органів місцевої адміністрації, а у столиці – і від центральних органів виконавчої влади. Яскравим прикладом цього є радянський досвід обрання суддів народних судів районними радами, а обласних – обласними радами, що дає підстави стверджувати про підзвітність і підконтрольність перших.

Країни європейської демократії у питанні територіальної організації судових органів застосовують інші підходи, які зводяться до утворення відповідних судових округів (дільниць). Наприклад, Швеція має досвід поширення територіальної юрисдикції судів першої інстанції на судові дільниці, межі і кількість

яких, а також чисельність суддів визначаються залежно від чисельності населення [6, 341]. До того ж можливість утворення судових округів має й історичну традицію, близьку до України, оскільки у Російській імперії за часів проведення судових реформ XIX ст. на території кількох повітів утворювалися окружні суди з урахуванням кількості населення та судового навантаження.

Сучасна вітчизняна юридична наука має окремі напрацювання у питанні утворення судових округів, що відображено, зокрема у працях В. І. Шишкіна, який із посиланням на зарубіжний досвід принцип територіальності тлумачить не як адміністративну, а географічну ознаку. На його думку, відокремленість юрисдикції суду від адміністративно-територіального поділу дає змогу зменшити можливості впливу органів виконавчої влади, органів місцевого самоврядування на суди і стає передумовою їх незалежності [7, 4].

На нашу думку, для утворення судових округів необхідно виходити з таких найбільш загальних відправних точок.

1. Поділ місцевих судів на районні, районні у містах, міськрайонні та міські, а також місцеві господарські й місцеві адміністративні (окружні) з одного боку вказує на їх організацію відповідно до адміністративно-територіального поділу, а з другого – їх віддаленість створює прецедент хронічної плутанини заінтересованої особи між юрисдикціями та впливає на реальну можливість отримати судовий захист.

2. Перспективна організація місцевих судових округів може мати вплив на підвідомчість і підслідність справ, які зараз належать до компетенції органів прокуратури, міліції, Служби безпеки України, податкової міліції тощо. Вказані органи, як правило, утворені відповідно до адміністративно-територіального поділу, а територія місцевого судового округу від такого

критерію не залежить. Наведене підлягає врахуванню у нормах процесуального законодавства.

3. Організаційне забезпечення судів може і надалі здійснюватися територіальними органами Державної судової адміністрації України, оскільки поширення юрисдикції місцевого судового округу на декілька районів не є визначальним у сенсі здійснення функцій забезпечення та не тягне відповідних змін у функціональному навантаженні цих органів.

4. Реалізацію питання про утворення місцевих судових округів необхідно передати на розсуд парламенту, до компетенції якого належить утілення основних засад адміністративно-територіального устрою. У такий спосіб Верховна Рада України могла б реалізувати утворення судових округів шляхом внесення змін і доповнень до чинного законодавства про судоустрій.

5. Основоположним є питання утворення місцевих судових округів з урахуванням критерію чисельності населення на базі одномандатних виборчих округів (варіативно), що обумовлює можливість поділу території держави на відповідні судові округи. Невідповідність меж судових округів із межами адміністративно-територіальних одиниць є запорукою доступності правосуддя та зміцнення незалежності судів.

6. З утворенням місцевих судових округів мінімізується, а то й практично усувається проблема впливу на суд із боку місцевих органів влади, оскільки такий вплив розсіюється, а його зменшення підтримується міжнародними інституціями в аспекті унеможливлення впливу на суд чи втручання в його діяльність.

7. Радянські стереотипи централізації державної влади, в тому числі і судової, шляхом побудови судів на основі адміністративно-територіального устрою негативно впливають на вирішення питання

щодо територіальної бази для утворення судового округу (в нашому випадку – одномандатного виборчого). Тому юрисдикцію місцевого судового округу логічно поширити на територію декількох районів, а за необхідності – і прилеглих населених пунктів інших районів із приблизно однаковою кількістю мешканців. Такий підхід обумовлює утворення окружних судів як судів першої інстанції та потребу унесення змін і доповнень до Закону України «Про судоустрій і статус суддів».

Утворення апеляційних судових округів, межі яких не співпадали б із адміністративно-територіальним поділом, також потребує чіткості в реалізації обраних критеріїв. Виходячи з тих із них, які можуть бути застосовані для утворення місцевих судових округів, на першому етапі раціональним убачається утворення декількох апеляційних округів у межах однієї або декількох адміністративно-територіальних одиниць (областей) з урахуванням чисельності населення та судового навантаження.

Саме такий підхід частково застосовано у побудові апеляційних господарських та адміністративних судів, територіальна юрисдикція яких поширена на декілька адміністративно-територіальних одиниць, та абсолютно було проігноровано законодавцем щодо апеляційних судів Автономної Республіки Крим, областей, міст Києва і Севастополя до набрання чинності Законом України «Про забезпечення права на справедливий суд» від 12 лютого 2015 року. Зокрема у діючій редакції ст. 26 Закону України «Про судоустрій і статус суддів» зазначено про те, що апеляційними судами з розгляду цивільних і кримінальних справ, а також справ про адміністративні правопорушення є апеляційні суди, які утворюються відповідно до указу Президента України в апеляційних округах.

Утворення апеляційного судового округу із центром на територіях відповідних адміністративно-територіальних одиниць дає змогу уникнути впливу інтересів місцевої влади на результати перегляду рішень у тих чи інших справах. Тому як компромісний варіант при комплексному підході можливо запропонувати, щоб відповідні апеляційні округи створювалися і

на території декількох областей, і на території однієї області. Хоча такий підхід ми вважаємо перехідним заходом реформування, оскільки перспективно необхідним є утворення апеляційних судових округів, меж яких не відповідали б адміністративно-територіальному поділу, з подальшим утворенням апеляційних судів із новими межами їх територіальної юрисдикції.

СПИСОК ЛІТЕРАТУРИ:

1. *Конституции государств Европы* : в 3 т. / [под общ. ред. Л. А. Окунькова]. – Т. 2 : М. : Изд-во НОРМА, 2001. – 840 с. – С. 123.
2. *Куїнтавалле Д.* Система судоустрою Італії / Д. Куїнтавалле // Збірник Міністерства юстиції України. – 2009. – № 2. – С. 4–10.
3. *Кузьменко О. В.* Адміністративна юстиція в Україні : навч. посіб. / О. В. Кузьменко. – К. : Атіка, 2007. – 416 с.
4. *Овчаренко О. М.* Доступність правосуддя та гарантії його реалізації : монографія / О. М. Овчаренко. – Харків : Право. – 304 с.
5. *Чиркин В. Е.* Государствование : учебник. – 2-е изд., испр. и доп. / В. Е. Чиркин. – М. : Юристъ, 2003. – 447 с.
6. *Исаев М. А.* Механизм государственной власти в странах Скандинавии / М. А. Исаев. – М. : Городец, 2004. – 400 с.
7. *Шишкін В. І.* Концепція судової реформи (та додаткові матеріали) / В. І. Шишкін. – К. : Українська правнича фундація, 1994. – 55 с.

Стаття надійшла до редакції: 16.04.2015.

Рекомендовано кафедрою кримінального процесу та криміналістики

TERRITORIALITY AS FORMATION THE COURT SYSTEM OF GENERAL JURISDICTION: NEW NEW APPROACHES TO IMPLEMENTATION

Serdiuk V.

Abstract: The principle of territoriality is considered as branching of lower level courts of general jurisdiction (local and appeal courts), the realization of which on normative level provides territorial differentiation of jurisdiction of similar courts and outlines judicial circuits. It is stated that building of the system of general jurisdiction courts under the principle of territoriality appears from the necessity of its organization on the basis of administrative and territorial division established by the article 133 of the Constitution of Ukraine. At the same time, territorial building of judicial bodies must be held in another manner, particularly, by means of establishing local and appeal judicial circuits in order to use advantages of approaching courts to people.

To establish judicial circuits it is necessary to proceed from the following starting points: 1) division of local courts into district courts, district courts in cities, city-district and city

courts, as well as local commercial and local administrative (circuit) courts, on one hand indicates on their organization according to administrative and territorial division, on the other hand – their remoteness forms precedent of chronic confusion of an interested person between jurisdictions and influences on a real possibility to get judicial protection; 2) the future organization of local judicial circuits may have impact on the jurisdiction and competence of cases, which now pertain to the competence of the bodies of public prosecution, the Ministry of Internal Affairs, the Security Service of Ukraine etc. The noted bodies are usually formed according to administrative and territorial division. The territory of local judicial circuit does not depend on such a criterion. The abovementioned should be taken into account in the norms of procedural legislation; 3) organizational support of courts can be performed by territorial bodies of the State Judicial Administration of Ukraine, since the distribution of jurisdiction of local judicial circuit on some districts is not a determinative one in the sense of fulfillment of support functions and does not lead to corresponding changes in the functional workload of these bodies; 4) the realization of issue on the formation of local judicial circuits must be considered by the Parliament, since its competence covers implementation of basic provision of administrative and territorial system. In such a manner, the Verkhovna Rada of Ukraine would be able to realize the formation of judicial circuits by means of making amendments and supplements to the current legislation on the judiciary; 5) the main issue is represented by the establishment of local judicial bodies taking into account the criterion of the amount of population on the basis of single member electoral districts (variatively) that leads to the possibility of the division of the state territory into corresponding judicial circuits. Mismatch of circuits' borderlines with borderlines of administrative and territorial units is the guarantee of access to justice and strengthening of courts' independence; 6) due to the establishment of local judicial circuits, the problem of local authorities' impact on court either becomes minimal, or completely disappears, since such impact loses its power and its reduction is supported by international institutions in the aspect of the prevention of impact on court or the interference into its activity; 7) the stereotypes of judicial power centralization by means of courts formation on the basis of administrative and territorial system have negative impact on the solution of the issues concerning territorial basis for establishment of judicial circuit. Therefore, it would be appropriate to widen the jurisdiction of a local judicial body on the territory of some districts, and if it is necessary – on the territory of the nearest inhabited localities of other districts with approximately equal amount of inhabitants. The jurisdiction of appeal judicial circuits should be extended on the territory of some local judicial circuits within one oblast, as well as within some oblasts (if necessary).

Keywords: principle, territoriality, the court, the local judicial district, appellate judicial district, jurisdiction.



ТЕРРИТОРИАЛЬНОСТЬ КАК ПРИНЦИП ПОСТРОЕНИЯ СИСТЕМЫ СУДОВ ОБЩЕЙ ЮРИСДИКЦИИ: НОВЫЕ ПОДХОДЫ К РЕАЛИЗАЦИИ

Сердюк В.

Резюме: В статье путем анализа состояния реализации принципа территориальности в построении системы судов общей юрисдикции обосновывается предложение образовании местных и апелляционных судебных округов, организация которых не связывалась бы с административно-территориальным делением Украины.

Ключевые слова: принцип, территориальность, суд, местный судебный округ, апелляционный судебный округ, юрисдикция.

ОСОБЛИВОСТІ УЧАСТІ ЗАХИСНИКА У ПРОВЕДЕННІ ПРОЦЕСУАЛЬНИХ ДІЙ НА СТАДІЇ ДОСУДОВОГО РОЗСЛІДУВАННЯ

УДК 343

**Я. О. Куц***адвокат, Голова Адвокатського
об'єднання «А.ДВА.КА», Адвокатське
об'єднання «А.ДВА.КА»*

У статті досліджуються випадки участі захисника під час проведення слідчих (розшукових) дій та негласних слідчих (розшукових) дій, які здійснюються задля отримання інформації з її носіїв (осіб, речей, документів тощо). Автором акцентується увага на дотриманні принципу змагальності та рівності участі слідчого та захисника під час проведення слідчих (розшукових) дій, задля розгляду кримінального провадження об'єктивно та в межах закону.

Ключові слова: *слідчі (розшукові) дії, негласні слідчі (розшукові) дії, захисник, слідчий суддя, кримінальне правопорушення.*



FEATURES PARTICIPATION OF DEFENDERS IN LEGAL
PROCEEDINGS UNDER PRELIMINARY INVESTIGATION STAGE

Kuts Y.

Received: 16 Apr 2015.

Постановка проблеми. З реалізацією норм нового Кримінального процесуального кодексу України (далі – КПК) висвітлено ряд проблемних питань пов'язаних з реалізацією права захисника на стадії досудового розслідування під час участі у процесуальних діях.

У переліку процесуальних дій термін «слідчі (розшукові) дії» вживається понад 180 разів. У Руській Правді взагалі не було такого терміна, вживався термін «гоніння сліду», який у всіх слов'янських країнах означав «переслідувати злочинця» з метою спіймати його – «йти за слідом», «збирати сліди злочину» тощо.

У Статуті кримінального судочинства (далі – Статуту) 1864 р. термін «слідчі дії» вживається багато разів в сенсі засобів виявлення та фіксування слідів злочину. Наприклад, в ст. 292 Статуту зазначалося: «коли у випадках, визначених законом, виявиться необхідним допитати обвинувачених або свідків або провести іншу *слідчу дію* поза дільницею, де виникло слідство, то виконання цих дій покладається на того слідчого, в дільниці якого вони повинні бути проведені» [1, 287–288].

У КПК УРСР 1927 р. до переліку слідчих дії були включені: огляд, освідування, обшук, виїмка, допит свідків і експертів, пред'явлення обвинувачення, допит обвинуваченого.

Не вніс ясності у розуміння поняття слідчих дій і КПК України 1960 р.

Через це вчені вкладали різний зміст в цей термін:

- усі дії слідчого (О. М. Ларін, І. М. Лузгін);
- вид пізнавальної діяльності слідчого (І. Є. Биховський);
- збирання доказів (С. А. Шейфер);
- дії із одержання (збирання) доказів (Г. С. Казінян, А. Б. Соловйов);
- засіб одержання і перевірки доказів (О. П. Рижаков) [2, 312].

Проблеми участі захисника на досудовому розслідуванні вивчали М. О. Баєв, Д. М. Мірковець, О. В. Баганець, Ю. Ю. Бражнік, В. А. Колесник, В. Г. Уваров, Є. Д. Скулиш, А. Ф. Волобуєв, В. І. Сліпченко, В. М. Тертишник, О. Є. Діденко та ін.

Метою статті є дослідження проведення процесуальних дій слідчим з залученням до їх проведення захисника.

Виклад основного матеріалу. Слідчий, прокурор вживає належних заходів для забезпечення присутності під час проведення слідчої (розшукової) дії осіб, чий права та законні інтереси можуть бути обмежені або порушені (ч. 3 ст. 223 КПК). Ця норма закону в цілому стосується захисника, який завжди має відігравати важливу роль під час провадження слідчих (розшукових) дій, до яких його залучають, оскільки з одного боку він надає під час проведення таких дій правову допомогу підзахисному, а з іншого – забезпечує додержання вимог закону щодо порядку проведення слідчої (розшукової) дії та підвищує ефективність її результатів, оскільки його активність, кваліфікація юриста і досвід здатні впливати і на поведінку слідчого, який проводить слідчу (розшукову) дію, а конструктивні

зауваження, клопотання, пропозиції – на методику і тактику її проведення, а відтак – і на її результати.

До слідчих (розшукових) дій відносять:

- допит (ст. 224 КПК);
- очна ставка (ч. 9 ст. 224 КПК);
- пред'явлення для впізнання: особи (ст. 228 КПК), речей (ст. 229 КПК України), трупа (ст. 230 КПК);
- допит, впізнання у режимі відеоконференції (ст. 232 КПК);
- обшук (ст. 234 КПК);
- огляд (ст. 237 КПК);
- огляд трупа (ст. 238 КПК), огляд пов'язаний з ексгумацією (ст. 239 КПК);
- слідчий експеримент (ст. 240 КПК);
- освідування особи (ст. 241 КПК);
- призначення експертизи (ст. 242 КПК).

Новітньою в чинному кримінальному процесуальному законодавстві в порівнянні з попереднім є ст. 232 КПК, в якій зазначається, що допит осіб, впізнання осіб чи речей під час досудового розслідування можуть бути проведені у режимі відеоконференції при трансляції з іншого приміщення (так зване дистанційне досудове розслідування) у випадках: неможливості безпосередньої участі певних осіб у досудовому провадженні за станом здоров'я або з інших поважних причин; необхідності забезпечення безпеки осіб; проведення допиту малолітнього або неповнолітнього свідка, потерпілого; необхідності вжиття таких заходів для забезпечення оперативності досудового розслідування; наявності інших підстав, визначених слідчим, прокурором, слідчим суддею достатніми [3].

Ця норма забезпечує проведення **слідчих (розшукових) дій, не зважаючи на факти, які можуть їм перешкоджати**

(хвороба особи, яка не загрожує її життю тощо) та безпеку особи потерпілого під час їх проведення. Хоча на практиці не так часто застосовується, оскільки мають місце випадки порушення вимог законодавства, що призводить в подальшому до неможливості використання результатів даних дій як доказів в кримінальному провадженні.

Захисник повинен звертати увагу на додержання вимог закону щодо підстав, умов і порядку проведення слідчої (розшукової) дії, зокрема, кола її учасників і додержання вимог, яким вони повинні відповідати за віком, статтю, кваліфікацією; до фіксації перебігу і результатів слідчої (розшукової) дії технічними засобами тощо. Основною його метою на початковому етапі будь-якої слідчої (розшукової) дії роз'яснити підзахисному сутність і значення проведення цієї дії, визначення позиції захисту під час її проведення, забезпечення участі в ній осіб, які не мають упередженого негативного ставлення до підозрюваного, а якщо такі є, усунути чи замінити їх на інших не можливо в силу специфіки слідчої (розшукової) дії та їх правового становища (потерпілий, свідок, інший підозрюваний) – звести до мінімуму їх негативне ставлення через налагодження з ними відкритого і дозволеного особистого психологічного контакту, так само як і зі слідчим та їх захисниками, якщо такі також приймають участь у слідчій (розшуковій) дії. Формальним керівником слідчої (розшукової) дії завжди є слідчий, який її проводить і якого закон наділяє відповідними повноваженнями як самостійного владного суб'єкта кримінально-процесуальної діяльності (ст. 40 КПК). Проте, неформальне лідерство існує у будь-якій спільній праці, якою є діяльність учасників кожної слідчої (розшукової) дії. Воно в основному залежить від загального соціального (життєвого) і професійного досвіду, від знань і вмінь особи. Цим і має користуватися захисник, з тим, щоб

не претендуючи на лідерство, а навпаки, підкреслюючи провідну роль слідчого, все ж таки перейняти ініціативу у визначенні питань, які потрібно з'ясувати під час проведення слідчої (розшукової) дії, у послідовності їх з'ясування, виборі засобів і прийомів, які будуть для цього використані. Головне, щоб це максимально сприяло захисту підозрюваного [4, 383–384].

У відповідності до п. 1 ч. 2 ст. 65 КПК, захисник у кримінальному провадженні не може бути допитаний як свідок про обставини, які стали йому відомі у зв'язку з виконанням функції захисника.

На нашу думку, якщо є сумніви, що під час слідчої (розшукової) дії можуть бути некоректно зафіксований її хід чи спотворена інформація, одержана під час її проведення, а також, коли для з'ясування обставин справи необхідно використання точних просторових і часових характеристик події злочину, зокрема, під час відтворення обставин та обстановки події, захисник повинен заявляє клопотання про використання фото-, аудіо- чи відеозапис під час проведення слідчої (розшукової) дії.

Тому, необхідно доповнити п. 6 ст. 223 КПК: «... Захиснику надається право використовувати під час проведення слідчих (розшукових) дій фото-, аудіо-, відеотехніку, якщо особа, яку він захищає, не заперечує проти цього».

Відповідно ч. 2 ст. 101 КПК, кожна сторона кримінального провадження має право надати суду висновок експерта, який ґрунтується на його наукових, технічних або інших спеціальних знаннях.

Згідно ч. 1 ст. 243 КПК, сторона обвинувачення може залучити експерта за наявності підстав для проведення експертизи, у тому числі за клопотанням сторони захисту чи потерпілого [3].

За наявності відмови слідчого, прокурора в задоволенні клопотання сторони

захисту про залучення експерта особа, що заявила відповідне клопотання, має право звернутися до слідчого судді з відповідним клопотанням, в якому зазначається: короткий виклад обставин кримінального правопорушення, у зв'язку з яким подається клопотання; правова кваліфікація кримінального правопорушення із зазначенням статті (частини статті) КПК; виклад обставин, якими обґрунтовуються доводи клопотання; експерт, якого необхідно залучити, або експертна установа, якій необхідно доручити проведення експертизи; вид експертного дослідження, що необхідно провести, та перелік запитань, які необхідно поставити перед експертом [5, 625]. Це в значній мірі усуває суб'єктивний момент з боку сторони обвинувачення у прийнятті рішення про відмову у задоволенні відповідного клопотання з боку сторони захисту.

На нашу думку, в КПК необхідно внести доповнення щодо спілкування слідчого з захисником, оскільки жодна стаття чинного законодавства не передбачає такого. Можливо необхідно встановити певні рамки для сторони обвинувачення в спілкуванні зі стороною захисту, щоб забезпечити принцип рівності учасників процесу під час здійснення слідчої (розшукової) дії.

Доповнити ст. 46 КПК п. 8 такого змісту:

«Слідчий зобов'язаний не порушувати права захисника та підозрюваного під час проведення слідчої (розшукової) дії, передбачені ст. 56 КПК. Забезпечити аудіо-, відеофіксацію (а також у протоколі) спілкування із захисником як рівноправним учасником досудового розслідування. Захиснику також надається право фіксувати на власну аудіо-, відеотехніку проведення слідчої (розшукової) дії».

На відміну від слідчих (розшукових) дій негласні слідчі (розшукові) дії

проводяться виключно з дозволу суду за клопотанням сторони кримінального провадження (сторони захисту, прокурора чи слідчого). На підставі якого слідчий суддя постановляє ухвалу.

Тлумачний словник С. Ожегова розкриває поняття «негласний» як щось не відоме іншим, не явне, таємне [6, 323]. Сам термін «негласний» не був звичним і прийнятним для ідеології кримінального процесу 1960 р. і в ньому не вживався. Навпаки, кримінальний процес асоціювався з принципом гласності й відкритості. «Негласну діяльність» регулював Закон України «Про оперативно-розшукову діяльність».

Нині законодавець під негласними слідчими (розшуковими) діями розуміє різновид слідчих (розшукових) дій, відомості про факт і методи проведення яких не підлягають розголошенню, за винятком випадків, передбачених ст. 246 КПК [3].

Глава 21 КПК визначає негласні слідчі (розшукові) дії, які проводяться на підставі ухвали слідчого судді – зокрема, якщо під час його проведення можна встановити обставини, які мають значення для кримінального провадження. Це аудіо-, відеоконтроль особи (ст. 260 КПК), зняття інформації з електронних інформаційних систем (ст. 264 КПК), негласне отримання зразків, необхідних для порівняльного дослідження (ст. 274 КПК) тощо [7, 258].

Слід зазначити, що існує заборона проведення деяких негласних слідчих (розшукових) дій стосовно захисника, а саме: втручання у приватне спілкування захисника, священнослужителя з підозрюваним, обвинуваченим, засудженим, виправданим (ч. 5 ст. 258 КПК).

Слідчий має понад дев'ять прав (передбачених ч. 2 ст. 40 КПК), не враховуючи слідчих (розшукових) дій та негласних слідчих (розшукових) дій, а захисник

тільки має право участі в слідчих (розшукових) діях, що провадиться за участі підозрюваного, а фактичних прав на захист, окрім роз'яснень, всього чотири:

- збирати і подавати слідчому, прокурору, слідчому судді докази (п. 8 ч. 3 ст. 42 КПК);
- заявляти клопотання про проведення процесуальних дій, про забезпечення безпеки щодо себе, членів своєї сім'ї, близьких родичів, майна, житла тощо (п. 12 ч. 3 ст. 42 КПК);
- заявляти відводи (п. 13 ч. 3 ст. 42 КПК);
- збирати і подавати суду докази (п. 2 ч. 4 ст. 42 КПК).

Відповідно до ч. 2 ст. 84 КПК, процесуальними джерелами доказів є показання, речові докази, документи, висновки експертів.

Згідно ч. 1 ст. 86 КПК, доказ визнається допустимим, якщо він отриманий у порядку, встановленому КПК.

На підставі ч. 1 ст. 89 КПК, суд вирішує питання допустимості доказів під час їх оцінки в нарадчій кімнаті під час ухвалення судового рішення.

На практиці, як правило, слідчі відмовляють в долученні тих чи інших доказів до матеріалів провадження, чим фактично порушують вимоги цієї частини КПК.

На підставі ч. 2, 3 ст. 93 КПК, сторона обвинувачення здійснює збирання доказів шляхом проведення слідчих (розшукових) дій та негласних слідчих (розшукових) дій,

витребування та отримання від органів державної влади, органів місцевого самоврядування, підприємств, установ та організацій, службових та фізичних осіб речей, документів, відомостей, висновків експертів, висновків ревізій та актів перевірок, проведення інших процесуальних дій, передбачених КПК.

Сторона захисту, потерпілий, представник юридичної особи, щодо якої здійснюється провадження, здійснює збирання доказів шляхом витребування та отримання від органів державної влади, органів місцевого самоврядування, підприємств, установ, організацій, службових та фізичних осіб речей, копій документів, відомостей, висновків експертів, висновків ревізій, актів перевірок; ініціювання проведення слідчих (розшукових) дій, негласних слідчих (розшукових) дій шляхом подання клопотання в порядку ст. 220 КПК [3].

Отже, ст. 220 КПК надає таке право виключно стороні захисту. Тим самим, ось такий ланцюг, вказує на просту можливість зловживання з боку сторони обвинувачення, так як менталітет органів внутрішніх справ, Служби безпеки України та прокуратури не змінився; вони працюють неефективно, дрібно, не професійно і виключно з обвинувальним нахилом. Нажаль, Держава, не відкриваючи можливостей до реальної змагальності процесу, знищує правову систему, адже сторона обвинувачення не зростає над собою в режимі чистої конкуренції, а лише завмирає в зародку і живе виключно в режимі плану.

СПИСОК ЛІТЕРАТУРИ:

1. *Історія держави і права України* : у 2 т. : підруч. для студ. юрид. спеціальностей вищ. навч. закл. / [за ред.: В. Я. Тацій, А. Й. Рогожин, В. Д. Гончаренко] ; Акад. прав. наук України, Нац. юрид. акад. України ім. Ярослава Мудрого. – К. : Ін Юре, 2003. – Т. 1. – 656 с.

2. *Історія держави і права України* : підручник / П. П. Захарченко. – К. : Атіка, 2005. – 368 с. – ISBN 966–326–072–5.
3. *Кримінальний процесуальний кодекс України* : чинне законодавство зі змінами та доповненнями станом на 12 травня 2014 р. : (ОФІЦ. ТЕКСТ). – К. : ПАЛИВОДА А.В., 2014. – 328 с. – (Кодекси України). – ISBN 978–966–437–303–3.
4. *Адвокатський іспит: підготовчий курс* : навч. пос. / [за заг. ред. О. В. Баулін, В. І. Лебідь, П. С. Матвеев, М. А. Пожидаєва]. – К. : Правова єдність, 2013. – 736 с. – ISBN: 978–617–566–204–5.
5. *Кримінальний процесуальний кодекс України*. Науково-практичний коментар : у 2 т. / О. М. Бандурка, Є. М. Блажівський, Є. П. Бурдоль [та ін.] ; за ред. В. Я. Тація. – Х. : Право, 2014. – ISBN 978–966–458–410–1.
Т. 1: Кримінальний процесуальний кодекс України. Науково-практичний коментар. – 2014. – 768 с. – ISBN 978–966–458–411–8.
6. *Ожегов С.* Словарь русского языка [19-е изд.] / С. Ожегов. – М. : Рус. яз., 1987. – 750 с.
7. *Лобойко М. Л.* Кримінальний процес : навч. посіб. / М. Л. Лобойко. – К. : Істина, 2013. – 547 с. – ISBN 978–617–673–109–2.

Стаття надійшла до редакції: 16.04.2015.

Рекомендовано кафедрою кримінального процесу та криміналістики

FEATURES PARTICIPATION OF DEFENDERS IN LEGAL PROCEEDINGS UNDER PRELIMINARY INVESTIGATION STAGE

Kuts Ya.

Abstract: This article investigates cases of a defender during the investigation (search) operations and covert investigation (search) action, undertaken to obtain information from its carrier by investigating verbal communication with the suspect, witness; also carried fixation of investigative action handwritten (or by printing on paper), diagrams, drawings. In case of violation of the rights of the victim or the suspect during the investigation action immediately after the defender has the right to file a complaint against the illegal actions of the investigator or the investigating abuse their rights in court, the prosecutor's office to facts that were known to the investigating illegal means were not used as evidence to prove the guilt of the defendant.

During these actions following tasks: receiving input data; test available in the proceedings; clarification, specification, additions to existing business information; installation contradictions in the testimonies of the same person (different persons and previously questioned on one and the issues); fixing the collected information; identify and expose falsehood; identification and identification; test investigative leads.

It should be noted that during the investigation proceedings are not allowed their members to physical or mental violence and other illegal methods; during investigative actions prohibited condescending to people who take part in them, it is forbidden acts dangerous to life and health of their members. Investigators actions related to obtaining evidence from the suspect, accused, victim should not take much to turn into a mockery of interrogation. In Ukrainian legislation century 224 CPC provides that questioning can not continue without interruption for more than two hours, but in general – more than eight hours a day. This rule sformulovano in art. 24 UN Resolution 3452 "On the rules of protection of all persons

subjected to any form of detention and retention tyuremyomu” (adopted in December 1975. XXX Session of the UN), according to which no one arrested shall be subjected to prolonged interrogations. The above listed situations should closely monitor the defendant’s defender that in case of detection – stop and prevent their further occurrence.

Keywords: investigative (detective) actions, covert investigative (detective) action, defender, investigating judge, criminal offense.



ОСОБЕННОСТИ УЧАСТИЯ ЗАЩИТНИКА В ПРОВЕДЕНИИ ПРОЦЕССУАЛЬНЫХ ДЕЙСТВИЙ НА СТАДИИ ДОСУДЕБНОГО РАССЛЕДОВАНИЯ

Куц Я. А.

Резюме: В статье исследуются случаи участия защитника при проведении следственных (розыскных) действий и негласных следственных (розыскных) действий, которые осуществляются для получения информации от ее носителей (людей, вещей, документов и т.п.). Автором акцентируется внимание на соблюдении принципа состязательности и равенства участия следователя и защитника во время проведения следственных действий для рассмотрения уголовного производства объективно и в рамках закона.

Ключевые слова: следственные (розыскные) действия, негласные следственные (розыскные) действия, защитник, следственный судья, уголовное преступление.

ОКРЕМІ ПРОЦЕСУАЛЬНІ ПИТАННЯ СУДОВОГО КОНТРОЛЮ ЗА ДОТРИМАННЯМ ПРАВ ЛЮДИНИ В КРИМІНАЛЬНОМУ СУДОЧИНСТВІ

УДК 343.95



К. В. Легких

*кандидат юридичних наук, доцент кафедри
кримінального процесу та криміналістики,
Академія адвокатури України*

Проаналізовано наявні в Кримінальному процесуальному кодексі України правові процедури, покликані забезпечити дотримання прав людини, яка тримається під вартою. Визначено, що ч. 1 ст. 206 КПК України, яка визначає повноваження слідчих суддів щодо контролю дотримання прав людини в кримінальному провадженні, не містить в собі формалізованої процедури розгляду заяв, спрямованих на відновлення порушених прав людини (яка тримається під вартою). Запропоновано власне вирішення вказаної проблеми шляхом застосування аналогії в кримінальному процесі.

Ключові слова: *кримінальне провадження, захист прав людини, захист як доктрина, аналогія кримінального процесуального закону.*



INDIVIDUAL PROCEDURAL MATTERS OF JUDICIAL
CONTROL OVER OBSERVANCE OF HUMAN
RIGHTS IN CRIMINAL PROCEEDINGS

Legkykh K.

Received: 16 Apr 2015.

Кримінальний процесуальний кодекс України (далі – КПК) визначає, що завданням кримінального провадження є захист особи, суспільства та держави від кримінальних правопорушень, охорона прав, свобод та законних інтересів учасників кримінального провадження, а також забезпечення швидкого, повного та неупередженого розслідування і судового розгляду з тим, щоб кожний, хто вчинив кримінальне правопорушення, був притягнутий до відповідальності в міру своєї вини, жоден невинуватий не був обвинувачений або засуджений, жодна особа не була піддана необґрунтованому процесуальному примусу і щоб до кожного учасника кримінального провадження була застосована належна правова процедура [1, 1].

В. Г. Гончаренко, посилаючись на думку Жозефа Жубера, визначав, що ніщо не є законним, якщо воно суперечить розуму [2, 7]. На думку видатного вченого, в даному висловлюванні міститься мудра настанова справедливого регулювання відносин у суспільстві, причому праву відводиться роль етико-моралістичного регулятора, а закону – нормативно імперативного [3, 93].

Поєднуючи визначення, надані в ст. 3 КПК та висловлену В. Г. Гончаренком думку, вважаємо, що

всі правові процедури, які передбачені кримінальним процесуальним законом, мають на меті насамперед захист всіх без виключення учасників кримінального провадження (у різних формах та у різному обсязі). При цьому такий захист надається учасникам кримінального провадження, в першу чергу, в зв'язку з їх універсальним статусом – людини, і лише потім – в розрізі процесуального статусу учасника кримінального провадження.

В. О. Попелюшко визначав функцію захисту як породжений кримінальним переслідуванням та здійснюваний у відповідності з законом і виражений у формі правових відносин вид (частина, компонент, напрям) діяльності при провадженні у кримінальній справі, що реалізується суб'єктами захисту і спрямований на повне чи часткове спростування обвинувачення, реабілітацію невинного, пом'якшення відповідальності та покарання винного, охорону прав та законних інтересів підозрюваного, обвинуваченого, підзахисного, засудженого і виправданого [4, 13].

Проте таке визначення можна охарактеризувати як професійний захист (якщо в ньому бере участь захисник) або самозахист конкретної особи від кримінального переслідування. Захист як соціально-правовий канон або соціальна доктрина [5, 5] завжди включає в себе збереження прав і свобод учасників кримінального провадження, з огляду на необхідність дотримання загальноновизнаних прав і свобод людини, незважаючи на законність та обґрунтованість кримінального переслідування.

Законодавець, визначаючи завдання кримінального провадження, передбачив певні види судового контролю та окреслив коло суб'єктів, які реалізують функцію судового контролю. Суб'єктами судового контролю є слідчі судді. Аналізуючи зміст КПК, приходимо до висновку, що запровадження в кримінальне судочинство

інституту слідчих суддів зумовлено наступними причинами: 1) суб'єкти судового контролю не повинні відноситися до сторін кримінального провадження та не повинні мати власного процесуального інтересу; 2) такий контроль має бути швидким, ефективним та доступним для учасників кримінального провадження; 3) такий контроль повинен провадитися з дотриманням принципів кримінального судочинства, в тому числі він повинен включати всі елементи «права на справедливий суд»; 3) рішення, ухвалене в результаті такого контролю має бути обов'язковим до виконання; 4) зацікавленим особам має бути надано право на оскарження такого рішення (не у всіх випадках).

На жаль, КПК не містить окремої глави, яка б регламентувала діяльність слідчого судді, визначала б його права, обов'язки та функції в кримінальному судочинстві. «Розкидані» в кодексі норми, які містять посилання на можливість судового контролю за досудовим розслідуванням зі сторони слідчого судді, дозволяють виокремити функції слідчого судді: 1) судовий контроль за досудовим розслідуванням (власне, питання оскарження дій слідчого та прокурора, у випадках, прямо передбачених ст. 303 КПК); 2) судовий контроль в сфері дотримання прав і свобод людини в стадії досудового розслідування (питання застосування приводу, накладення грошового стягнення, тимчасового обмеження в користуванні правом, відсторонення від посади, тимчасового вилучення і арешту майна, застосування запобіжних заходів тощо); 3) сприяння сторонам в збиранні доказів, зокрема при застосуванні ст.ст. 225, 245 КПК (іноді в науковій літературі така функція визначається як депонування слідчим суддею доказів).

Проте окремою специфічною функцією слідчого судді необхідно визнати загальні

обов'язки слідчого судді щодо захисту прав людини (як це визначено в ст. 206 КПК).

Аналізуючи вказану норму, можемо зробити висновок про те, що законодавець діяльність слідчого судді в царині дотримання прав людини поділяє на три групи: 1) питання законності тримання особи під вартою; 2) питання захисту від застосування до особи насильства під час затримання та/або тримання під вартою; 3) загальні питання дотримання прав людини. Зупинимось на аналізі третьої групи.

Як визначає ч. 1 ст. 206 КПК, кожен слідчий суддя суду, в межах територіальної юрисдикції якого знаходиться особа, яка тримається під вартою, має право постановити ухвалу, якою зобов'язати будь-який орган державної влади чи службову особу забезпечити додержання прав такої особи. Так як дана норма не є бланкетною та не відсилає нас до переліку прав, які можуть бути захищені в межах реалізації такої функції слідчого судді, презумюємо, що даною нормою охоплюються будь-які права людини, визначені як національним законодавством (Конституція України), так і міжнародним договором, згода на обов'язковість якого надана Верховною Радою України (Конвенція з захисту прав людини і основоположних свобод – далі – Конвенція) [6, 1; 7, 2].

Ця думка кореспондується з вимогами ст. 9 КПК, відповідно до яких кримінальне процесуальне законодавство України застосовується з урахуванням практики Європейського суду з прав людини.

На національному рівні до прав, що можуть бути захищені в межах застосування ст. 206 КПК, можна віднести, зокрема, права людини, визначені в Конституції України [7, 2]: заборона дискримінації, право на життя, заборона катувань, право на повагу до приватного та сімейного життя, право на охорону

здоров'я, медичну допомогу та медичне страхування та ін. Зауважимо, що даний перелік прав не є вичерпним. Конвенція також захищає вищезазначені права людини. Цінність прецедентної практики Європейського суду з прав людини (далі – ЄСПЛ) полягає в тому, що конкретне право, гарантоване Конвенцією, розкривається в рішеннях ЄСПЛ з наступних точок зору: 1) обсяг гарантованого права; 2) випадки обмеження права; 3) законність та необхідність обмеження права; 4) допустимість обмеження права. Аналіз рішень ЄСПЛ дозволяє моделювати конкретну ситуацію, в межах якої було встановлено порушення гарантованого Конвенцією права (або відсутність порушення) та порівнювати таку модель з процесуальною ситуацією особи, яка можливо потребує захисту із застосуванням ст. 206 КПК.

Окрім того, що висновки, викладені в рішеннях ЄСПЛ, є нормою права [10, 1], необхідно також враховувати і те, що Конвенція (а отже і практика її застосування ЄСПЛ) є гнучкими інструментами захисту порушеного права. Це означає, що з часом обсяг гарантованого права може змінюватися; захист, передбачений тією чи іншою нормою Конвенції, на певному історичному етапі може включити в себе суспільні відносини, які раніше не відносилися до сфери застосування того чи іншого права.

На жаль, аналіз судової практики свідчить про те, що ст. 206 КПК майже не застосовується учасниками провадження. Окремі випадки розгляду скарг в порядку ст. 206 КПК стосуються питань незаконності затримання осіб. Загальні рекомендації щодо застосування ст. 206 КПК містяться в звіті до українського Уряду за підсумками візиту в Україну, здійсненого Європейським комітетом з попередження тортур і нелюдського або принижуючого гідність поводження чи покарання

(ЄКПТ) у період з 9–21 жовтня 2013 року [8, 2] та в листі Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ «Про деякі питання порядку застосування запобіжних заходів під час досудового розслідування та судового провадження відповідно до Кримінального процесуального кодексу України» [9, 3]. Проте, ці рекомендації не визначають як саме має застосовуватися ч. 1 ст. 206 КПК. Отже, з теоретичної та практичної точки зору існує необхідність застосування аналогії в кримінальному судочинстві. Така думка випливає й з аналізу ч. 6 ст. 9 КПК, яка передбачає, що у випадках, коли положення цього Кодексу не регулюють або неоднозначно регулюють питання кримінального провадження, застосовуються загальні засади кримінального провадження, визначені частиною першою ст. 7 цього Кодексу.

Формально ст. 206 КПК віднесена до глави 18, яка має назву «Запобіжні заходи, затримання особи». Виходячи зі змісту ст. 177 КПК, метою застосування запобіжного заходу є забезпечення виконання підозрюваним, обвинуваченим покладених на нього процесуальних обов'язків, запобігання спробам перешкоджати стороні обвинувачення в досягненні цілей кримінального провадження та перешкоджання вчиненню іншого правопорушення (або продовженню кримінального правопорушення). Звичайно, одним із запобіжних заходів є тримання особи під вартою. Таким чином, введення ст. 206 КПК в дану главу, на думку автора, є намаганням законодавця досягти рівноваги між обмеженням державою певних прав та свобод людини (з метою досягнення цілей кримінального провадження) та адекватністю, необхідністю, доцільністю такого втручання (обмеження прав). Іншими словами, у випадку, якщо все ж таки запобіжний захід у вигляді тримання під вартою застосований законно та вмотивовано, частина перша ст. 206 КПК покликана

забезпечити дотримання прав і свобод особи, яка тримається під вартою. Отже, пошук норм для застосування аналогії зосередимо саме на главі 18 КПК.

З аналізу ст.ст. 184, 200, 201 КПК вбачається можливість подання клопотання в порядку ч. 1 ст. 206 КПК слідчим, прокурором, підозрюваним, обвинуваченим, захисником.

Враховуючи різноманітність ситуацій, щодо яких може виникнути необхідність застосування ч. 1 ст. 206 КПК, в клопотанні має бути чітко визначено, яке саме право (або права) особи порушено, в чому полягає таке порушення, які дії можуть бути вчинені для відновлення порушеного права та/або для недопущення порушення такого права. На думку автора, прохальна частина клопотання має містити вимоги особи, яка звертається до суду, подібні до тих, які можуть бути визначені при зверненні до слідчого судді в порядку ст.ст. 303, 307 КПК: 1) зобов'язання припинити дію; 2) зобов'язання вчинити певну дію.

При цьому аналіз вказаних норм дає можливість сформулювати загальні вимоги до документів, які додаються до такого клопотання: 1) копії матеріалів, якими особа, яка подає клопотання, обґрунтовує доводи клопотання; 2) перелік свідків, спеціалістів, інших осіб яких особа, яка подає клопотання, вважає за необхідне допитати під час розгляду клопотання, із зазначенням відомостей, які вони можуть надати, та обґрунтування значення цих відомостей для вирішення питання; 3) підтвердження того, що протилежній стороні кримінального провадження та державному органу, під контролем якого знаходиться особа, яка потребує захисту, надіслана копія клопотання та копії матеріалів, що обґрунтовують клопотання (вважаємо, що така вимога не повинна бути обов'язковою для особи, яка утримується під вартою).

На думку автора, судові засідання за такою скаргою має проводитись за участі заявника, прокурора, представника органу, під контролем якої утримується особа (Міністерство внутрішніх справ або Державна пенітенціарна служба України). Доцільним є також залучення спеціаліста у відповідній галузі, в порядку ст. 71 КПК.

Судове рішення має містити в собі вказівку слідчого судді про дії, які необхідно вчинити уповноваженим особам для дотримання прав особи, яка утримується під вартою. В кожному конкретному випадку такий перелік дій має визначатися з урахуванням специфіки ситуації та об'єктивних потреб такої особи. У випадках, коли в клопотанні ставиться питання про те, що уповноважені особи мають утриматися від вчинення певних дій, слідчий суддя має розглянути таке клопотання та винести рішення, яким зобов'язати відповідних осіб утриматися від вчинення певних дій відносно особи, яка утримується під вартою.

Застосовуючи ч. 1 ст. 206 КПК у випадках, коли судовий захист утримуваній під вартою особі потрібний невідкладно, заявник може на початку клопотання зазначити, що розгляд даного клопотання потрібно провести невідкладно, так як зволікання можуть привести до непоправних наслідків. На жаль, строк розгляду

такого клопотання та порядок розгляду КПК не регулює. На думку автора, в разі надходження такого клопотання, слідчий суддя повинен провести його невідкладно, з урахуванням специфіки кожної конкретної ситуації. При цьому процесуальні аспекти розгляду такого клопотання (склад учасників, час проведення розгляду та інше) мають бути дотримані в тій мірі, в якій вони (першочергово) необхідні з огляду на наслідки, до яких може призвести зволікання. Складно не погодитись, що якщо в клопотанні в порядку ст. 206 КПК ставиться питання про небезпеку життю і здоров'ю особи, яка утримується під вартою, для розгляду такого клопотання достатньо буде участі заявника такого клопотання, документів, які підтверджують викладені в клопотанні обставини та 24 годин часу (а у невідкладних випадках – 2–4 години від моменту надходження такого клопотання).

Таким чином, правова процедура, передбачена ст. 206 КПК, може бути застосована з урахуванням пропозицій, викладених в даній статті, що дозволить ефективно захищати права людини в кримінальному судочинстві. Питання екстраполяції таких пропозицій на регулювання відносин, до яких залучені засуджених, виправданих, є предметом подальшого наукового пошуку.

СПИСОК ЛІТЕРАТУРИ:

1. *Кримінальний процесуальний кодекс України* : Закон України від 13 квітня 2012 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/4651-17>
2. *Гончаренко В. Г.* Засади верховенства права та законності кримінального провадження в плані здійснення захисту / В. Г. Гончаренко // Вісник Академії адвокатури України. – К. : ВЦ ААУ, 2013. – Число 3 (28). – С. 4–10.
3. *Гончаренко В. Г.* Захист прав учасників кримінального провадження як соціально-правовий канон / В. Г. Гончаренко // Вісник Академії адвокатури України. – К. : ВЦ ААУ, 2014. – Число 3 (31). – С. 92 – 95.

4. *Попелюшко В. О.* Функція захисту в кримінальному судочинстві України : автореф. дис. ... д-ра юрид. наук / В. О. Попелюшко. – Острог : Вид-во Нац. Ун-ту «Острозька академія», 2009. – 27 с.
5. *Гончаренко В. Г.* Захист як соціальна доктрина / В. Г. Гончаренко, С. В. Гончаренко // Вісник академії адвокатури України. – К. : ВІД ААУ, 2012. – Число 1 (23).
6. *Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод*, 1950 рік. Ратифіковано ВРУ (закон) 17.07.97 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/995_004
7. *Конституція України* : прийнята на п'ятій сесії Верховної Ради України 28 червня 1996 р. – К. : Преса України, 2009. – 80 с.
8. *Звіт до українського Уряду за підсумками візиту в Україну, здійсненого Європейським комітетом з попередження тортур і нелюдського або принижуючого гідність поводження чи покарання (ЄКПТ) у період з 9–21 жовтня 2013 р.* [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://search.ligazakon.ua/l_doc2.nsf/link1/MU14035.html
9. *Про деякі питання порядку застосування запобіжних заходів під час досудового розслідування та судового провадження відповідно до Кримінального процесуального кодексу України* [Електронний ресурс] // Лист Вишого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ 04.04.2013 р. № 511–550/0/4–13. – Режим доступу : <http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/v0511740-13>
10. *Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини* : Закон України від 23 лютого 2006 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/3477-15>

Стаття надійшла до редакції: 16.04.2015.

Рекомендовано кафедрою кримінального процесу та криміналістики

INDIVIDUAL PROCEDURAL MATTERS OF JUDICIAL CONTROL OVER OBSERVANCE OF HUMAN RIGHTS IN CRIMINAL PROCEEDINGS

Legkykh K.

Abstract: Criminal Proceeding Code of Ukraine specifies that the task of the criminal proceedings is to protect individuals, society and the state of criminal offenses, protection of rights, freedoms and legitimate interests of the criminal proceedings and ensure prompt, full and impartial investigation and trial of so that everyone who has committed a criminal offense was prosecuted as guilty, no innocent was not charged or convicted, no one had been subjected to unwarranted procedural coercion and that each participant of criminal proceedings was applied due process. Therefore, all legal procedures under the criminal procedural law, primarily aimed at the protection of any and all participants in criminal proceedings (in various forms and to varying degrees). Protection provided by the participants of the criminal proceedings, primarily due to their universal status – a human being and then – in the context of the procedural status of participants in criminal proceedings.

Defense can be named as a universal protection doctrine or social and legal canon. Establishing inherent value of human being, we should clearly recognized that the rights and freedoms of human being and his or her comprehensive protection are the sacred duty of state and society. CPC consist the procedure which has its own goal – to protect the human rights of persons staying in custody. According to article 206, para 1, each investigating judge of

the court within the territorial jurisdiction of which the person in custody is entitled decide obligation any public authority or officer to ensure observance of the rights of the person. But there is no procedure clarified in this clause, which can be used to protect human rights of arrested person. Resume of this essay is that participants of criminal proceeding can use the analogy of other clauses of CPC to meet their goal – protect the human rights of arrested person. The conclusions of this essay can be used by prosecutors, attorneys at law (defenders in criminal proceeding) and investigating judges.

Keywords: criminal proceeding, human rights protection, protection doctrine, analogy of criminal proceeding law.



ОТДЕЛЬНЫЕ ПРОЦЕССУАЛЬНЫЕ ВОПРОСЫ СУДЕБНОГО КОНТРОЛЯ ЗА СОБЛЮДЕНИЕМ ПРАВ ЧЕЛОВЕКА В УГОЛОВНОМ СУДОПРОИЗВОДСТВЕ

Легких К. В.

Резюме: Произведен анализ правовых процедур, предусмотренных Уголовным процессуальным кодексом Украины, направленных на обеспечение соблюдения прав человека, содержащегося под стражей. Определено, что ч. 1 ст. 206 УПК Украины, которая определяет полномочия следственных судей в части контроля соблюдения прав таких лиц, не содержит в себе формализованной процедуры рассмотрения заявлений, направленных на восстановление нарушенных прав лиц, содержащихся под стражей. Предложено авторское решение данной проблемы, путем применения аналогии в уголовном процессе.

Ключевые слова: уголовное производство, защита прав человека, защита как доктрина, аналогия уголовного процессуального закона.

ТЕОРЕТИЧНІ ЗАСАДИ СУДОВОЇ РЕФОРМИ: ОКРЕМІ АСПЕКТИ

УДК 347.97/.99



О. З. ХОТИНСЬКА-НОР

кандидат юридичних наук, доцент, Вищий спеціалізований суд України з розгляду цивільних і кримінальних справ

У статті проаналізовано існуючі у вітчизняній та зарубіжній доктрині підходи до поняття реформи як форми суспільних змін та викладено авторський погляд на теоретичні основи, яким повинен відповідати процес реформування у сфері судової влади. Оперуючи здобутками наук соціології, філософії, менеджменту формулюються вимоги, яким повинна відповідати судова реформа, як то: прогресивність, прогнозованість, цілеспрямованість, наукова обґрунтованість, гнучкість, мотивованість, змістовність, послідовність, незворотність; крім того, судова реформа має бути інформаційно забезпечена, економічно доцільна, соціально виправдана та політично скоординована.

Ключові слова: *судова реформа, теорія судової реформи, судова система, судова влада.*



SOME CONSIDERATIONS FOR A
THEORY OF JUDICIAL REFORM

Khotynska-Nor O. Z.

Received: 16 Apr 2015.

Протягом усього часу існування України як незалежної держави, що розвивається під гаслом «побудови правової держави», судова влада та судова система країни перебувають у стані перманентного реформування. У сучасному суспільстві реформи визнаються найкращим шляхом прогресивного розвитку. Однак, сьогодні можна констатувати, що кроки, здійсненні на шляху досягнення якісних змін у сфері судового захисту прав та інтересів громадян, є непослідовними, багато в чому хаотичними та необґрунтованими. Відтак судова реформа не лише не досягає задекларованої мети, а й загрожує обернутися протилежними цілями.

Попри значну кількість наукових праць, в яких йдеться про судову реформу, здебільшого увага авторів зосереджується на практичних аспектах реалізації тих чи інших законодавчих кроків, або ж коментуванні здійснених заходів. В той час як глибокої теоретичної розробки потребують питання методології та формування цілісної доктрини реформування у сфері судової влади. Лише такий підхід може забезпечити успіх реформ у досягненні поставлених цілей. Як слушно зазначає С. Ю. Обрусна, особливості та перебіг здійснення реформи відображають певний рівень як загальнотеоретичної правової думки, так і стан концептуальних та доктринальних розробок цієї проблеми в юридичній науці; тому важливо, щоб

реформаторський процес розглядався як значуща наукова проблема [8].

Зауважимо, що саме у дисертації С. Ю. Обрусної на здобуття наукового ступеня доктора юридичних наук на тему «Адміністративно-правові засади реформування судової системи України» опосередковано, акцентуючи увагу на управлінській діяльності у сфері реформування судової системи, аналізуються питання формулювання понять «судова реформа», «системна судова реформа», визначаються етапи її проведення [9].

У свою чергу А. М. Москич, праці якої, безумовно, заслуговують на увагу, розглядає процес реформування судової системи з точки зору характеру змін та їх напрямків, виділяючи способи реформування судової системи [7].

Міркування вказаних науковців досить органічно поєднуються та у сукупності з думками таких знаних учених як В. Д. Бринцев, В. Г. Гончаренко, Ю. М. Грошевий, В. В. Долежан, В. Т. Малярченко, І. В. Назаров, В. Т. Нор, Д. М. Притика, В. В. Сердюк та інші, праці яких взято за основу нашої статті, можуть розглядатись як теоретико-методологічні основи судової реформи, однак потребують узагальнення та подальшого розвитку.

Метою цієї публікації є узагальнення сучасних теоретичних поглядів на сутність реформ як форми суспільних змін та вироблення на цій основі визначальних характеристик, яким повинна відповідати судова реформа в державі.

Вивчення реформування як явища та процесу у сфері судової влади має свої особливості, пов'язані з дослідженням спільних рис, характерних для всіх реформ, зокрема: логіки, передумов, закономірностей перебігу та обмежень переростання в процеси з наслідками, протилежними цілям реформування.

Енциклопедична література здебільшого дає усталене визначення терміну «реформа», опираючись на його латинське або ж французьке походження (фр. *reformе*, від лат. *reformare* – перетворювати, поліпшувати), як процесу кардинальних, часто тривалих за часом перетворень відповідних сторін суспільного життя, державно-правових інститутів, окремих структур тощо; реформи, як правило, модернізують і змінюють форму та зміст відповідних суспільних відносин, не порушуючи при цьому їхніх принципових засад [19, 303]. Формально реформа – нововведення будь-якого змісту, однак реформою зазвичай називають більш-менш прогресивне перетворення [1, 597].

Російський професор Марк Рац «реформами» називає суспільно значимі перетворення, по-перше, спрямовані на ті чи інші системи життя і діяльності (а не на об'єкти); по-друге, пов'язані з необхідністю оновлення цих систем, приведенням їх у відповідність з умовами, що змінюються, зі зміненним діяльнісним контекстом; по-третє, проводяться більш-менш продумано та планомірно – так, щоб не порушувати функціонування систем життєдіяльності, що склалися [14].

З точки зору соціології, реформи – це різновид соціальних змін, який означає перетворення певної сфери суспільного життя або всієї соціальної системи; вони передбачають поступові еволюційні зміни соціальних інститутів, сфер життєдіяльності, соціальної системи загалом; вони, як правило, ініціюються «згори» (законодавчі акти) і спрямовані на вдосконалення системи без її якісних змін [16, 171]. Ці особливості реформи як різновиду соціальних змін відрізняють її від революції (швидкі, радикальні зміни, які є руйнівними для певної системи), модернізації (прогресивні соціальні зміни, в результаті яких соціальна система поліпшує параметри свого функціонування) та кризи (цим

поняттям позначають перехідний етап соціальної системи, що передбачає радикальні зміни для розв'язання гострих соціальних потреб).

З цієї позиції, слід зауважити, що ретроспективний аналіз наслідків запроваджуваних новачій у сфері вітчизняної судової влади свідчить, що досить часто реформою іменувались зміни цілковито іншого характеру. Наприклад, зміни у судовій системі, зумовлені прийняттям Закону України від 7 липня 2010 року «Про судоустрій і статус суддів», дають підстави говорити про модернізацію у сфері судової влади, але не про етап судової реформи чи, тим паче, нову реформу.

Крім того, ми не поділяємо думку Л. М. Москвич, яка стверджує, що характер змін будь-якого об'єкта, в тому числі й судової системи держави, як ознака процесу реформування, може бути радикальний, тобто революційний, і еволюційний, заснований на вдосконаленні його діяльності [7]. Коли мова йде про реформу, місця революційним змінам немає. Щоправда бувають випадки, коли реформи в суспільстві відбуваються надто повільно і поверхово. В такому разі бажання прискорити перетворення, надати їм певний динамізм революційності породжує зміни, що поєднують риси реформ та революцій. Ю. Сурмін і М. Туленков позначають такий тип змін поняттям «докорінна реформа», вказуючи на його суперечливість, оскільки він відповідає випадку відсутності різкого поділу між двома протилежними формами суспільного розвитку [17, 113–114]. У свою чергу В. Лексін та А. Швецов, досліджуючи питання реформ, роблять висновок про суспільну шкідливість та безперспективність поєднання форм і технологій реформ і революцій (проведення реформ революційними методами), оскільки такі зміни багато в чому супроводжуються тими ж самими негативними

суспільними явищами, що й революції (наси́льство, тоталітарний спосіб впровадження, гостре політичне протистояння, аномально висока ціна змін тощо) [6, 16–17].

Як у будь-якій соціальній системі у судовій системі процеси реформування повинні відповідати певним принципам (постулатам), а саме: мети, ціни, засобів, стабільності, альтернатив, відповідальності та правових гарантій [10].

Принцип мети: кожна цивілізована реформа має своєю метою добробут і прогрес суспільства. У цьому контексті говорити, що реформи націлені на побудову ринкового господарства або соціалістичного суспільства, означає не сказати головного – як будуть жити люди в умовах тієї чи тієї моделі країни. Отже, реформаторські дії є лише засобом, який завжди є вторинним відносно мети. А власне мета відома, це – народний добробут.

Принцип засобів: досягнення найбільш благої мети не може обійтися без використання болючих засобів. Але цивілізований шлях проведення реформи передбачає, що про них потрібно говорити заздалегідь. І понад те – намагатися захистити суспільство від їх впливу. Всі засоби перерахувати навряд чи можливо, але ті з них (і особливо соціально спрямовані), без яких реформи не відбудуться, необхідно закріпити на законодавчому рівні та вивести із зони політичних провокацій у зону конструктивних дій.

Принцип стабільності: жодна реформа не повинна стимулювати кризу чи вести суспільство від поганого до доброго через жахливе.

Принцип ціни: кожен реформатор мусить визначити ціну, яку суспільство має заплатити за зміни. Ціна реформи – це кількісне вираження тих граничних навантажень на суспільство, про які потрібно відкрито заявити і за межі яких не можна

переступати. Фактично йдеться про суспільні гарантії того, що впроваджувані реформи досягнуть своєї мети, не перевищивши ціни над результатами.

Принцип альтернатив: щоб реформа стала незворотною, на кожному її кроці потрібно передбачити альтернативні рішення, і у випадку необхідності слід застосовувати резервні механізми зміни тактики, тимчасові відступи тощо. Реформа має бути гнучкою.

Принцип відповідальності: ті, кому суспільство довіряє проведення реформи (від депутатів різних рівнів і до Президента), а також ті, кого воно наймає для проведення реформи (адміністрації різних рівнів та уряд), повинні особисто відповідати за узгодження задекларованих цілей, ціни реформаторства і реальних параметрів життя суспільства.

Принцип правових гарантій: кожен крок реформи потребує законодавчого та правового підкріплення. І жодне з прийнятих рішень не повинно мати зворотної сили. Ось чому необхідно заздалегідь уявляти не тільки зміст, а й технологію проведення реформи.

Як соціальний інститут судова система є продуктом людської діяльності та змінюється під її впливом. Однак, як і будь-який свідомо спроектований інститут, вона ніколи не функціонує відповідно до проекту, що обумовлено невідомими наслідками, які неминуче мають місце при цілеспрямованому конструюванні інститутів. Так відбувається тому, що створення нових інститутів впливає на інші інститути та членів суспільства і викликає в них складні реакції та зворотну взаємодію.

У контексті зазначеного варто згадати раціональну філософію Карла Поппера, який зауважив, що завдання науки полягає у тому, щоб передбачити, наскільки це можливо, наслідки наших дій. Будь-яка спланована зміна це експеримент, що

прирощує наші знання. Однак найбільш інформативні такі експерименти, які проводять поетапну зміну соціальних інститутів. Адже тільки так ми можемо з'ясувати, як вписати одні соціальні інститути в рамки, які задаються іншими соціальними інститутами, і влаштувати так, щоб вони служили нашим намірам. Тільки у такому сенсі ми можемо робити помилки та вчитись на них, без ризику того, що наслідки тяжкого положення справ відіб'ють у нас бажання наступних реформ [11, 205–206].

Викладене дозволяє сформулювати тезу про те, що судова реформа повинна відповідати таким характеристикам як прогресивність, прогнозованість, цілеспрямованість, наукова обґрунтованість, гнучкість, мотивованість, змістовність, послідовність, незворотність. Крім того, судова реформа має бути інформаційно забезпечена, економічно доцільна, соціально виправдана та політично скоординована.

Судова реформа повинна бути затребуваною суспільством. Відтак постає питання щодо причин, які спонукають до неї, та ініціативи її проведення.

Знову звертаючись до основ соціології, зауважимо, що зміни у будь-якій соціальній системі відбуваються, у першу чергу, на основі важливих відкриттів і нововведень, тобто інновацій. Під цим поняттям розуміють комплексний процес створення, поширення та використання нового практичного засобу (нововведення) для задоволення людських потреб, а також пов'язані з цим нововведенням зміни в соціальному середовищі [16, 173].

Судова система завжди буде віддзеркаленням того суспільства, в якому вона функціонує. Тому разом із суспільством вона повинна реагувати на нововведення різного роду: науково-технічного, організаційно-управлінського, економічного, соціального, сприймати та засвоювати їх.

Це забезпечить її динамічність та упередить можливі регресивні явища.

Прикладом того як судова система реагує на науково-технічний прогрес є запровадження автоматизованої системи документообігу в судах, функціонування електронного реєстру судових рішень, можливість проведення судових засідань в режимі відеоконференції, наявність офіційних сайтів судових органів тощо. Всі ці заходи є результатом фактичного використання новітніх технологій і їх законодавчого закріплення у сфері судової влади, що неминуче в інформаційному суспільстві. Як зазначає Н. В. Кушакова-Костицька, унаслідок такої саморегуляції суспільства, коли інформатизація, автоматизація, віртуалізація процесів є невід'ємною складовою всіх сфер життєдіяльності, уже нині можна казати про певні позитивні рухи і в напрямку судової реформи, а саме: підвищення відкритості та доступності судочинства, загальної ефективності та прискорення всіх судових процедур, ускладнення корумпованості та інших негативних явищ, що викликають обурення і формують правовий нігілізм у населення протягом десятиліть [5].

Однак, вказані нововведення у більшій мірі є чинниками модернізації судової системи, оскільки завдяки їм поліпшуються параметри її функціонування: судова система стає більш доступною, відкритою, зрозумілою, ефективною.

Щоб вести мову про необхідність реформування судової системи суспільні процеси повинні носити глобальний характер. Інакше кажучи, існуюча судова система повинна бути неспроможною задовольняти потребу суспільства. Саме такі обставини мали місце у 90-х роках, коли у державі відбулася зміна політичного режиму, типу економіки, почав розвиватись інститут приватної власності тощо. Це потребувало масштабних змін у правовій інфраструктурі. Необхідно

було створити незалежну та деполітизовану судову систему, вільну від державного контролю, здатну бути оплотом здобутих політичних та громадянських прав. Наріжним каменем того часу була незалежність судової влади.

Сьогодні причиною, що зумовлює необхідність подальшого реформування у сфері судової влади, здебільшого називають високий рівень недовіри громадян, який протягом останнього десятиріччя має тенденцію до зниження. Однак, перш ніж братись за реформи, слід з'ясувати, що лежить в основі цієї недовіри, адже, зважаючи на специфіку судової діяльності, у більшості випадків одна із сторін залишається незадоволеною її результатом, а отже – судовою системою. За даними соціологічних досліджень перше місце серед причин недовіри громадян до судової системи посідає корумпованість суддів [13]. Тому зусилля слід прикладати у напрямку подолання цього явища у суддівській спільноті. Ще одним вагомим фактором є потреба вивчити громадську думку щодо судової системи у порівнянні з іншими державними інститутами, як то парламент, уряд, президент. Це дасть уявлення про стан правової системи держави у цілому та дозволить зробити висновки про необхідність системних реформ, що потребуватиме іншого формату безпосередньо судової реформи.

В Україні судову реформу прийнято розглядати як складову правової реформи, яка, за визначенням О. І. Ющика, по суті справи зводиться до зміни функціонування державного апарату, диференціація функцій якого виявляється об'єктивною основою видової класифікації правових реформ [20, 396].

Концептуальне уявлення про правову реформу було запроваджено у науковий і політико-правовий обіг вченими Інституту законодавства Верховної Ради України, які в 1997 році за дорученням парламенту

розробили Загальну концепцію державно-правової реформи в Україні [12].

Загальне поняття правової реформи, відображаючи її суттєві визначення, без яких вказане явище не існує, зводиться до того, що будь-яка правова реформа завжди є особливим управлінським рішенням, розпочинається панівною елітою (верховною державною владою) внаслідок об'єктивної зміни умов функціонування державного апарату та викликаного цією зміною порушення єдності державної влади; це змушує верховну владу відновлювати вказану єдність, породжує її заінтересованість у зміні існуючого режиму законності та прагнення до встановлення іншого режиму, який реалізується в діяльності, спрямованій на реорганізацію державного апарату, у виконанні зазначеного владного рішення [21, 69–70].

Дане визначення містить підстави для досить важливих висновків:

1. Судова реформа як складова правової реформи держави – це, перш за все, управлінське рішення, а тому повинно відповідати ряду загальних вимог. Такими в теорії менеджменту прийнято вважати всебічну обґрунтованість, своєчасність, повноту змісту, повноважність та погоджуваність [15, 96–97; 2, 110–115].

Всебічна обґрунтованість означає необхідність прийняття рішення на основі максимально повної та достовірної інформації. Але цього не достатньо. Необхідно зробити аналіз ресурсного забезпечення, науково-технічних можливостей, цільових функцій розвитку, економічних та соціальних перспектив системи. Всебічна обґрунтованість рішення вимагає пошуку нових форм і шляхів обробки інформації.

Своєчасність передбачає, що прийняте управлінське рішення не повинно відставати або випереджати потреби і задачі соціальної системи. Передчасно прийняте рішення не знаходить підґрунтя для

реалізації, а сприяє розвитку негативних тенденцій. Запізнілі рішення поглиблюють негативні тенденції.

Повнота змісту передбачає, що рішення повинно охоплювати весь управлінський об'єкт, всі сфери його діяльності, напрямки розвитку. В загальній формі управлінське рішення повинно охоплювати: ціль функціонування і розвитку системи; засоби і ресурси, які використовуються для досягнення цієї цілі; строки виконання; порядок взаємодії між структурними одиницями і виконавцями; організації виконання робіт на всіх етапах реалізації рішення.

Повноважність означає суворе дотримання суб'єктом управління тих прав і повноважень, якими він наділений. Повинна бути збалансованість прав і відповідальності кожного органа.

Погоджуваність з прийнятими раніше рішеннями означає спадкоємність розвитку.

В. М. Колпаков із вищенаведених вимог виокремлює лише своєчасність та обґрунтованість, акцентуючи увагу натомість на таких вимогах як:

- наявність механізму реалізації;
- оптимальність;
- можливість бути реалізованим (забезпеченість відповідними ресурсами, як-то управлінськими, матеріальними, людськими, правовими тощо);
- гнучкість (можливість зміни, корекції рішення за зміни умов, ситуації);
- можливість верифікації та контролю;
- зрозумілість за формою [4].

Невідповідність реформи окресленим вимогам зводить нанівець усі зусилля в напрямку позитивних змін та отримання якісних результатів у будь-якій сфері, перетворюючи реформу на реформаторство.

Останнє, за визначенням доктора юридичних наук, професора В. Г. Гончаренка, являє собою імітацію реформування, безсистемно торкається окремих моментів інститутів і процедур та в кінцевому рахунку приводить до деяких несуттєвих кількісних змін, утворюючи хаотичність діяльності об'єктів реформування і, як правило, погіршуючи її [3].

2. Судова реформа завжди здійснюється під проводом державної влади. Тому саме заінтересованість державної влади (правлячої еліти) є вихідним моментом у її проведенні.

Відтак, актуальними для нас є твердження О. І. Ющика про те, що умови функціонування державного апарату як суб'єкта державного управління суспільством в різні епохи у різних державах неоднакові, тому і заінтересованість верховної влади в його реформуванні об'єктивно змінюється від випадкової, поверхової, зовнішньої, формальної до стійкої, глибокої, внутрішньої, змістовної, такої, що має місце незалежно від того, чи береться та наскільки енергійно верховна державна влада за здійснення реформи. У цьому об'єктивному моменті слід найперше шукати пояснення успішності чи невдачі розпочатої реформи, відповідності проголошеної цілі її фактичному результату. Звідси випливає й протилежне: чим менш визначеною є необхідність перетворень в існуючому режимі, тим нижчим у правлячої верхівки виявляється інтерес до перетворень, тим більше домінує в її діяльності об'єктивна заінтересованість у збереженні свого владного становища, яке закріплюється існуючим режимом законності [20, 390–391].

Саме історія вітчизняної судової реформи сучасної доби яскраво демонструє вищезазначене. Кожна політична сила, яка в той чи інший період приходила до влади в Україні анонсувала реформи в сфері судової влади, наголошуючи на необхідності змін в судовій системі, що

існувала при попередниках. Це свідчить про відсутність в Україні реальної незалежності судової влади та стійке бажання правлячої верхівки управляти нею, кожен раз моделюючи вигідну та зручну їй судову систему під лозунгом необхідності чергових реформ.

Також слід зазначити, що саме заінтересованість державної влади як головного суб'єкта судової реформи зумовлює відносно неї низку закономірностей, які прип'яманні загалом політичній реформі :

1) Політична реформа неможлива без наслідків, небажаних з точки зору цілей, поставлених реформаторами.

Завжди мають місце розбіжності між задекларованою метою та реальними результатами, а також протиріччя між інтересами реформаторів та частини суспільства, яка задоволена становищем, що існувало до початку реформи. Саме тому політична реформа цілеспрямована, але не телеологічна.

Необхідна рефлексія реформаторської політики зі сторони реформаторів, їх постійна готовність до небажаних і непередбачуваних ситуацій.

2) Неможливо проводити політичну реформу, не зміцнюючи тим самим опозиційні сили, які зростають пропорційно масштабу самої реформи.

Політична реформа а рїогї не може не мати супротивників, оскільки завжди є прихильники збереження існуючої системи. Чим масштабніша реформа, тим більший супротив вона викликати. Помилки реформаторів (а вони неминучі) ведуть до збільшення потенціалу противників реформи.

Відтак, усвідомлення наведених міркувань вимагає наявності в процесі реформування судової системи компромісів, що дозволить «пом'якшити» небажані наслідки та знайти оптимальний шлях необхідних змін.

У підсумку слід зазначити, що розглянуті в рамках цієї публікації теоретичні засади, на яких повинна ґрунтуватись судова реформа, є запорукою її успіху та слугуватимуть предметом наших подальших досліджень.

СПИСОК ЛІТЕРАТУРИ:

1. *Большой юридический словарь* / [под ред. А. Я. Сухарева, В. Д. Зорькина, В. Е. Крутских]. – М. : Инфра-М, 1997. – VI. – 790 с.
2. *Державне управління* : навч. посіб. / А. Ф. Мельник, О. Ю. Оболенський, А. Ю. Васіна, Л. Ю. Гордієнко ; під ред. А. Ф. Мельник. – 2-ге. вид., випр. і доп. – К. : Знання, 2004. – 342 с.
3. *Гончаренко В. Г.* Реформи і реформаторство / В. Г. Гончаренко // Адвокат. – № 8. – 2014. – С. 5–8.
4. *Колпаков В.* Как мы принимаем решения? / В. Колпаков // Персонал. – 2002. – № 8. – С. 54–61.
5. *Кушакова-Костицька Н. В.* Електронне правосуддя: українські реалії та зарубіжний досвід / Н. В. Кушакова-Костицька // Юридичний часопис Національної академії внутрішніх справ. – № 1. – 2013. – С. 103–109.
6. *Лексин В. Н.* Общая теория реформ. Контуры и система исследования / В. Н. Лексин, А. Н. Швецов // Теория и практика организации проведения реформ : сб. трудов / [ред. В. Н. Лексин]. – М. : УРСС, 1995. – С. 6–51.
7. *Москвич Л. М.* Методологічні засади судової реформи в Україні [Електронний ресурс] // Проблеми законності : акад. зб. наук. пр. / [відп. ред. В. Я. Тацій]. – Х. : Нац. ун-т «ЮАУ ім. Я. Мудрого», 2011. – Вип. 117. – Режим доступу : nauka.jur-academy.kharkov.ua/index.php?option=com_content&task=view&id=263&Itemid=210&lang=uk
8. *Обрусна С. Ю.* Теорія судової реформи: окремі міркування [Електронний ресурс] / С. Ю. Обрусна. – Режим доступу : http://legalactivity.com.ua/index.php?option=com_content&view=article&id=461%3A040313-21&catid=65%3A6-0313&Itemid=80&lang=ru
9. *Обрусна С. Ю.* Адміністративно-правові засади реформування судової системи України : автореф. дис. ... д-ра юрид. наук : 12.00.07 / С. Ю. Обрусна ; Харк. нац. ун-т внутр. справ. – Х., 2011. – 35 с.
10. *Осипов Г. В.* Социальное мифотворчество и социальная практика / Г. В. Осипов. – М. : Норма, 2000. – 543 с.
11. *Поптер К.* Открытое общество и его враги : Том 1 : Чары Платона [пер. с англ. ; под ред. В. Н. Садовского]. – М. : Феникс ; Международный фонд «Культурная инициатива», 1992. – 448 с.
12. *Проект Загальної концепції державно-правової реформи в Україні*, схвалений на засіданні Вченої ради Інституту законодавства Верховної Ради України 19 червня 1997 року [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <https://www.google.com.ua/url?sa=t&rc=t&j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=0CB0QFjAA&url=http%3A%2F%2Fw1.c1.rada.gov.ua%2Fpls%2Fzweb2%2Fwebproc34%3Fid%3D%26pf3511%3D>

23573%26pf35401%3D66353&ei=6KYnVacGh_dS1raDgAU&usg=AFQjCNFJmTzDO248EbgAkcdGkMm8WtHWHw

13. *Проект USAID «Справедливе правосуддя»* [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.fair.org.ua/content/library_doc/Aug_16_2012_DMV_Interview_Tonis_TV_for_Web2.pdf
14. *Проект «Теория реформ»* [Електронний ресурс] / [проф. Марк Ратц]. – Режим доступу : <http://futureisrael.h1.ru/Ratz/Introduction-1.htm>
15. *Рульєв В. А.* Менеджмент : навч. посіб. / В. А. Рульєв, С. О. Гуткевич. – К. : Центр учбової літератури, 2011. – 312 с.
16. *Соціологія* : підручник / [за ред. В. Г. Городяненка]. – К. : Академія, 2008. – 544 с.
17. *Сурмин Ю. П.* Теория социальных технологий : учеб. пособие / Ю. П. Сурмин, Н. В. Туленков. – К. : МАУП, 2004. – 608 с.
18. *Тузов М. А.* Очерки классической политической философии: Становление теории реформы как альтернативы революции : учебное пособие / М. А. Тузов. – Казань : Казанский университет, 2011. – 150 с.
19. *Юридична енциклопедія* : в 6 т. / [редкол.: Ю. С. Шемшученко (голова редкол.) та ін.]. – К. : Укр. енцикл., 1998. – Т. 5 : П–С. – 2003. – 736 с.
20. *Ющик О. І.* Теоретичні основи законодавчого процесу : монографія / О. І. Ющик. – К. : Парламентське вид-во, 2004. – 519 с.
21. *Ющик О. І.* Правова реформа: загальне поняття, проблеми здійснення в Україні / О. І. Ющик. – К. : Ін-т законодавства Верховної Ради України, 1997. – 190 с.

Стаття надійшла до редакції: 16.04.2015.

Рекомендовано кафедрою кримінального процесу та криміналістики

SOME CONSIDERATIONS FOR A THEORY OF JUDICIAL REFORM

Khotynska-Nor O. Z.

Abstract: The article analyzes existing domestic and foreign doctrine approaches to the concept of the reform as a form of social changes that is most useful for the development of the modern society.

It states that there is a need to develop deeply the theoretical questions of the methodology and determination of the coherent doctrine of a judicial reform.

Based on the achievements of sociology, philosophy, political science, and management, the judicial reform is required to be progressive, predictable, dedicated, scientifically valid, flexible, motivating, consistent, insightful, and irreversible. The author also concludes that judicial reform should be secure (from the information point of view), economically feasible, socially justified, and politically coordinated. The judicial reform could be successful only if these principles would be met.

The author also makes a strong focus on the background of the judicial reform because such reform should be required primarily for society, and analyzes the judicial reform as a part of the legal reform in the country. The latter makes it possible to identify two factors that determine the aspects of the judicial reform: (1) the judicial reform is a management decision, and therefore must meet several general requirements (justification, completeness

in term of content, endowments, timeliness, and adjustability); (2) the judicial reform shall be always carried out under the leadership of the government, so it has a number of common characteristics with the political reform (the political reform is impossible without the adverse effects in terms of the objectives set by its reformers, the political reform cannot a priori be without opponents, as there are always advocates of an existing system).

In the end, the author outlines the prospects of her further research in this direction.

Keywords: judicial reform, judicial reform theory, judiciary, judicial authorities.



ТЕОРЕТИЧЕСКИЕ ОСНОВЫ СУДЕБНОЙ РЕФОРМЫ: ОТДЕЛЬНЫЕ АСПЕКТЫ

Хотинская-Нор О. З.

Резюме: В статье предложено анализ существующих в отечественной и зарубежной науке взглядов на понятие реформы, в том числе судебной, а также изложена авторская позиция относительно теоретических основ, которым должен отвечать процесс реформирования судебной системы. Опираясь на основы социологии, философии, менеджмента формулируются такие требования, которым должна отвечать судебная реформа, как: прогрессивность, прогнозируемость, целенаправленность, научная обоснованность, гибкость, мотивированность, содержательность, последовательность, необратимость; кроме того, судебная реформа должна быть информационно обеспеченна, экономически целесообразна, социально оправданна и политически скоординирована.

Ключевые слова: судебная реформа, теория судебной реформы, судебная система, судебная власть.

СТРАТЕГІЯ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ПРАВОВОЇ ДОПОМОГИ АДВОКАТОМ В КРИМІНАЛЬНОМУ ПРОВАДЖЕННІ

УДК 343

Н. В. ХМЕЛЕВСЬКА

*кандидат юридичних наук, адвокат, доцент
кафедри кримінального права та процесу,
Хмельницький університет управління та права*

Досягнення змістового та якісного покращення забезпечення правової допомоги, надання її адвокатом як змісту діяльності останнього в кримінальному провадженні передбачає виявлення ефективних підходів і засобів її організації та здійснення.

Система способів і методів, спрямованих на досягнення найближчих цілей, складає юридичну тактику, а скерованих на досягнення головних, фундаментальних цілей – юридичну стратегію [9, 622].

Саме за допомогою юридичної стратегії, починаючи з ідеального (формального) передбачення результату, юридична діяльність закінчується одержанням фактичного результату. Залежно від ступеня збігу фактичного та формального результату вирішується питання про те, чи досяг суб'єкт поставленої мети, наскільки ефективні були його дії, використані способи та засоби. Результат юридичної діяльності виражається в прийнятому рішенні або здійсненій юридично значущій дії, що закріплюються у відповідному правовому документі (правотворчому, правозастосовному тощо).

У статті визначена стратегія забезпечення правової допомоги адвокатом у кримінальному провадженні. Вказані типи стратегії і розроблена Карта стратегічного маневрування у формуванні стратегії забезпечення правової допомоги адвокатом у сфері захисту, що допоможе поліпшити якість правової допомоги.

Ключові слова: *правова допомога, стратегія захисту, позиція у справі, стратегічне маневрування.*



THE STRATEGY OF PROVIDING LEGAL AID
LAWYER IN CRIMINAL PROCEEDINGS

Hmelevska N. V.

Received: 16 Apr 2015.

Значний вплив на дослідження зазначеної проблеми здійснили науковці Т. В. Варфоломеєва, І. Ю. Гловацький, В. Г. Гончаренко, С. В. Гончаренко, Я. П. Зейкан, В. О. Попеляшко, В. М. Савицький, О. Д. Святоцький, Д. П. Фіолевський, М. Є. Шумило, О. Г. Яновська та інші.

Термін «стратегія» – давньогрецького походження, за своїм первісним значенням пов'язаний з організацією військових масштабних операцій [3].

Зокрема, в юридичній літературі відсутні безпосередні визначення стратегій щодо окремих напрямів права. Під стратегією забезпечення правової допомоги під час здійснення адвокатом захисту розуміємо встановлення довготривалої мети, широкої програми дій, завдань, загальної довготривалої лінії поведінки адвоката, основних напрямів його діяльності, науково обґрунтованого розвитку реальних подій і явищ щодо надання чітко окресленої правової допомоги клієнту. Стратегія спрямована на повноцінне та якісне забезпечення чітко окресленої правової допомоги, що надається адвокатом, її об'єктом є вироблення головної мети, програм на певному етапі правової допомоги, шляхів та способів її досягнення, окреслює основну ланку, головний напрям у процесі правової допомоги щодо захисту.

У вітчизняному правовому полі формується система підпорядкованих за рівнями та взаємозалежних стратегій, якими є:

- загальна стратегія забезпечення правової допомоги, яка будується на нормативно-правових актах, що регламентують та гарантують правову допомогу в державі, окреслюють межі за способами її надання (безоплатна, оплатна);
- стратегії забезпечення правової допомоги за сферами її надання (стратегія захисту у наданні правової допомоги, стратегія представництва у наданні правової допомоги, стратегія надання інших видів правової допомоги) щодо відповідних галузей права в межах загальної, де враховуються особливості належності правової допомоги до певних видів та напрямів права (кримінального, адміністративного, цивільного, господарського тощо);

- індивідуальні стратегії надання та забезпечення правової допомоги адвокатами, що ґрунтуються на попередніх та враховують безпосередній зміст, сутність, належність та умови надання правової допомоги адвокатами набувачам правової допомоги (клієнтам).

Стратегії забезпечення правової допомоги, поряд із теоретичними основами, потребують розробки прикладних аспектів їх застосування та практичного спрямування у діяльності адвоката.

На підставі узагальнення висвітлення проблеми у юридичній літературі [4, 158; 7; 8], розглянемо види позицій у стратегії забезпечення правової допомоги адвокатом у кримінальному провадженні та надамо їх коротку характеристику.

1. Позиція невинуватості. Вказана позиція означає, що підзахисний не визнає себе винним ні в одній із злочинних дій, в яких він підозрюється (обвинувачується). Юридична конструкція даної позиції може виражатися у відсутності складу злочину, відсутності події злочину, недоведеній належності до здійснення злочину, доведеній неналежності до здійснення злочину. Відстоювання позиції супроводжується активними діями адвоката, які мають характер законної протидії кримінальному переслідуванню його підзахисного за усім обсягом звинувачення.

2. Позиція часткової вини. Така позиція може бути зайнята стороною захисту як за повного, так і за часткового визнання підзахисним своєї вини. Юридична конструкція вказаної позиції може виражатися в обсягу обвинувачення (наприклад, кількості епізодів злочинної діяльності), оспоренні правильності кваліфікації дій, оспоренні юридично значимих фактів. Відстоювання позиції супроводжується активними діями адвоката, які мають характер законної протидії кримінальному переслідуванню його підзахисного у

напрямах, за якими вина підзахисним не визнається.

3. Позиція повної винуватості. Така позиція обирається у випадку, коли всі версії щодо невинуватості або часткової винуватості стороною захисту були перевірені, оцінені та не підтверджені, а визнання підзахисним своєї вини та правильності кваліфікації не викликає сумніву. Юридична конструкція вказаної позиції може виражатися як у повній згоді з пред'явленим обвинуваченням, так і в оспоренні обтяжуючих обставин, оспоренні наявності в особи корисних мотивів, хуліганських мотивів, прямих намірів, форми вини тощо, встановлення та доказування наявності пом'якшуючих та виключних обставин, оцінки даних про особистість обвинувачуваного, оцінки поведінки та особистості потерпілого, підготовки до розгляду кримінальної справи в «особливому порядку», в тому числі і через перекваліфікацію злочинних дій підзахисного. Підтримання позиції полягає в активних діях адвоката, які мають характер аналізу ситуації, спростування чи нейтралізації обтяжуючих обставин, пошуку пом'якшуючих обставин, прикладення зусиль для процесуального закріплення останніх та використання в інтересах свого підзахисного.

4. Позиція мовчання. Вказана позиція характеризується тим, що підзахисний ніяким способом не виражає свого відношення до підозри та обвинувачення, не бере участі ні в яких слідчих діях та відмовляється від надання показань на підставі ст. 63 Конституції України. Така позиція може бути як проміжною у випадках, коли у сторони захисту відсутні необхідні дані для обґрунтованого прийняття однієї з трьох вище описаних позицій, так і мати характер постійної.

Е. Ю. Львова вказує, що оцінка тієї чи іншої позиції повинна здійснюватися за наступними параметрами: переконливість (непереконливість); логічність

(нелогічність); послідовність (не послідовність); суперечливість (не суперечливість); відповідність здоровому глузду (невідповідність здоровому глузду); відповідність доказам (невідповідність доказам) [5].

Крім того, при формуванні позиції захисту у групових справах слід дотримуватися ще одного основоположного принципу адвокатури – не створювати «колізій», тобто протиріч між учасниками групової справи.

Зокрема, своєрідна систематизації схем захисту, вироблених практикою, здійснена Я. П. Зейканом, в якій ним виділено [6, 202–213]:

- захист за принципом «від закону – до справи», щодо схеми якого захисник здійснює глибокий аналіз правової норми, з'ясовує особливості складу злочину й виявляє відповідність кваліфікації вчиненого правовій нормі, з'ясовує причинно-наслідкові зв'язки, форму вини, мотиви;
- захист «від критики обвинувачення до виправдання», за схемою якого захисник, на основі виявлення, оцінки та систематизації, критикує припущені слідством істотні та принципові помилки, що може привести до позитивного результату захисту;
- захист «на показаннях і критичній оцінці», схема якого передбачає пошук захисних можливостей шляхом критичної, але об'єктивної оцінки обставин справи, за якою питання факту події вже не оспорується, а громадська думка про підсудних є вже сформованою як негативна і більшість учасників судового засідання вважають вину таких осіб очевидною.

Наведена систематизація приваблює чітким практичним спрямуванням, оскільки супроводжується описом прикладів конкретних справ.

Такими можуть бути наступні типи стратегій забезпечення правової допомоги у сфері захисту:

1. Стратегії забезпечення правової допомоги у сфері захисту, яким надамо умовну назву «Стратегії повного виправдання», або стратегії забезпечення правової допомоги у сфері захисту першого типу. Вся діяльність адвоката направлена на повне виправдання клієнта, який не визнає себе винним у повному обсязі пред'явленого звинувачення. Така стратегія може розроблятися та здійснюватися лише в тому випадку, коли не тільки сам клієнт, але й адвокат-захисник переконані в повній невинуватості та відсутності доказів, що підтверджують подію злочину, адміністративного порушення, інших подій, що потребують захисту, склад вказаних подій, а також в наявності інших обставин, які є основою для закриття справи.

2. Стратегії забезпечення правової допомоги у сфері захисту, які символічно названі «Стратегії часткового виправдання», або стратегії забезпечення правової допомоги у сфері захисту другого типу. Вся діяльність адвоката направлена на виправдання підзахисного за окремими епізодами діяльності, що викликала необхідність захисту (злочину, адміністративного порушення, інших подій, що потребують захисту) та пошук пом'якшуючих обставин за епізодами, які визнаються клієнтом.

3. Стратегії забезпечення правової допомоги у сфері захисту за умовною назвою «Стратегії пом'якшення вини», або стратегії забезпечення правової допомоги у сфері захисту третього типу. Вся діяльність адвоката направлена на пошук обставин, що пом'якшують вину за епізодами діяльності, що викликала необхідність захисту (злочину, адміністративного порушення, інших подій, що потребують захисту), які повністю признаються клієнтом.

4. Стратегії забезпечення правової допомоги у сфері захисту, що отримали

умовну назву «Стратегія замовчування», або стратегії забезпечення правової допомоги у сфері захисту четвертого типу. Наявність та використання стратегій вказаного типу викликане вже згадуваними умовами, коли підзахисний відмовляється відповідати на питання щодо справи, за якою виникла потреба у захисті, відмовляється брати участь в інших діях. Діяльність адвоката направлена на пошук даних для обґрунтованого сприйняття та переходу до однієї з трьох описаних типів стратегій, або дотримуватися вказаної стратегії (за виключенням випадків самообмови).

Перший тип стратегій захисту досить часто зустрічається в адвокатській практиці, однак достатньо низький рівень його ефективності загальновідомий. Науковці вбачають причину останнього скоріше не у тому, що адвокатом обрана невідповідна стратегія захисту через своє недобросовісне відношення чи через незнання та за інших причин, які повністю залежать від захисника. Проблема полягає в необхідності дотримання адвокатом вимог, висунутих у ЗУ «Про адвокатуру та адвокатську діяльність», згідно з яким адвокату забороняється використовувати свої права всупереч правам, свободам та інтересам клієнта; займати у справі позицію всупереч волі клієнта, крім випадків, коли адвокат впевнений у самообмові клієнта. Тому, не дивлячись на зрозумілість для адвоката безперспективності даної стратегічної лінії захисту, він не може перейти на іншу, більш привабливу та результативну.

Однак перший тип стратегій захисту може бути ефективно використаний адвокатом у наступних випадках:

1) адвокат бачить реальні підстави для закриття кримінального провадження;

2) має місце введення підзахисного в оману (самому чи іншими) в суттєвих обставинах справи, коли здійснене ним

визнання своєї вини містить юридичну помилку.

Слід відмітити, що вказана стратегічна лінія вимагає великої напруги, сил та засобів, проте все-таки обмежена не бажанням впертої боротьби за отримання та оцінку доказів, а намаганням переконати сторону обвинувачення в наявності підстав для закриття провадження.

Другий тип стратегій захисту – основний, який найчастіше використовується під час захисту в багатьох категоріях справ. Вказаний тип стратегій захисту може бути обраний за наявності наступних обставин:

1) клієнт визнає не весь обсяг пред'явленої підозри. Це може стосуватися його участі в окремих епізодах діяльності, що викликала потребу в захисті (він визнає не всі епізоди здійсненого діяння); він не визнає наявності в його діях кваліфікаційних обставин (наприклад, здійснення злочину групою); він заперечує причинний зв'язок між здійсненим діянням та наслідками, що наступили (смерті потерпілого з необережності чи інших тяжких наслідків);

2) клієнт не визнає розміру шкоди, заподіяної злочином. Особливо це стосується розміру матеріального відшкодування моральної шкоди, причиненої злочином, коли поведінка потерпілого мала віктимний характер;

3) клієнт вимагає відповідної оцінки віктимної поведінки потерпілого, розглядаючи її як додаткову підставу для звільнення його від відповідальності. В такій ситуації адвокат має попередити підзахисного про те, що провокуюча поведінка потерпілого та можливі мотиви цього вимагають встановлення, і значна роль в цьому належатиме захисту;

4) клієнт вимагає правильної юридичної оцінки його дій, виражає свою незгоду із кваліфікацією;

5) клієнт оспорує наявність в його діях обтяжуючих обставин, вказує на виключні та пом'якшуючі обставини.

Коли захисник приймає розглядуваний тип стратегії з початку здійснення захисту, він налаштовується на ретельне опрацювання кожної обставини, що входить в предмет доказування даного виду злочину.

Третій тип стратегій захисту може бути використаний за обставин, коли клієнт повністю визнає свою вину: під час визнання його підозрюваним; в інший час, оскільки він міг зробити це і раніше, висловивши своє визнання в заяві про свій злочин чи інших документах. В такій ситуації стратегія захисту має бути спрямована на пошук та закріплення виключних і пом'якшуючих вину обставин; на позитивну мотивацію здійсненого діяння. Адвокату слід оцінювати матеріали, що характеризують як особу підзахисного, так і особу потерпілого; матеріали, які характеризують поведінку клієнта на етапі підготовки, здійснення та приховування злочину.

Третій тип стратегій захисту надає досить обмежене поле дії для адвоката-захисника. Однак вказаний тип стратегій починає зустрічатися частіше через відносно низьку правову грамотність населення, проте не слід виключати можливість його заміни на інший під впливом так званих «нововиявлених обставин».

Наявність та використання четвертого типу стратегій забезпечення правової допомоги у сфері захисту викликане вже згадуваними умовами, коли клієнт відмовляється відповідати на питання щодо справи, у якій виникла потреба у захисті, відмовляється брати участь в інших діях.

Співставивши можливі позиції клієнта, позиції у справі, стратегії надання правової допомоги у сфері захисту, що їм відповідають, вкажемо схеми реалізації останньої відповідно до розробленої

Карта стратегічного маневрування у формуванні стратегії забезпечення правової допомоги адвокатом в сфері захисту

Позиція клієнта	Позиція по справі	Юридична конструкція позиції	Відстоювання позиції адвокатом	Тип стратегії захисту	Обставини по справі	Результат стратегічного маневрування
Цілковите заперечення вини	Позиція невинуватості	Відсутність складу злочину, відсутність події злочину, недоведеність причетності до здійснення злочину	Доведення відсутності складу злочину, події злочину, не причетності до злочину	1. Стратегія повного виправдання	1.1. Клієнт залишається на обраній позиції	Стратегія 1
					1.2. Адвокат бачить реальні підстави для закриття провадження у справі	
					1.3. Виявлено введення клієнта в оману (самим чи іншими) в суттєвих обставинах справи, коли здійснене ним визнання своєї вини містить юридичну помилку	
					1.4. Клієнт готовий до зміни позиції	Стратегія 2 або 3
Часткове визнання вини	Позиція часткового визнання вини	Обсяг обвинувачення, оспорення правильності кваліфікації дій, оспорення юридично значимих фактів	Оспорення обсягу обвинувачення, юридичної кваліфікації, юридично значимих фактів	2. Стратегія часткового виправдання	2.1. Клієнт визнає не весь обсяг пред'явленої підозри.	Стратегія 2
					2.2. Клієнт не визнає розміру шкоди, спричиненої злочинном	Стратегія 2
					2.3. Клієнт вимагає відповідної оцінки віктимної поведінки потерпілого як підстави для звільнення від відповідальності	Стратегія 2
					2.4. Клієнт вимагає правильної юридичної оцінки його дій, виражає свою незгоду із кваліфікацією	Стратегія 2
					2.5. Клієнт оспорує наявність в його діях обтяжуючих обставин, вказує на пом'якшуючі обставини	Стратегія 2
					2.6. Клієнт готовий до зміни позиції	Стратегія 1 або 3
Повне визнання вини	Позиція розкаяння	Повна згода з пред'явленим обвинуваченням	Аналіз ситуації, спростування чи нейтралізації обтяжуючих обставин, пошуку пом'якшуючих обставин	3. Стратегія пом'якшення вини	3.1. Клієнт повністю визнає свою вину під час визнання його підозрюваним	Стратегія 3
					3.2. Клієнт повністю визнає свою вину на підставі її визнання в заяві про заочин	Стратегія 3
					3.3. Клієнт готовий до зміни позиції	Стратегія 1 або 2
Відмова давати показання	Позиція мовчання	Відмова від дачі показів на оснві ст. 63 Конституції України	Пошук даних для обґрунтованого сприйняття та переходу до однієї з трьох описаних типів стратегій або дотримання вказаної стратегії	4. Стратегія замовчування	4.1. Клієнт повністю відмовляється від дачі показів	Стратегія 4
					4.2. Виявлена самообмова клієнта	Стратегія 1
					4.3. Клієнт готовий до зміни позиції	Стратегія 1 або 2 або 3

«Карти стратегічного маневрування у формуванні стратегії забезпечення правової допомоги адвокатом в сфері захисту». Розроблена карта призначена для використання адвокатом з метою досягнення позиції у справі захисту шляхом використання відповідного типу стратегії захисту.

Відправним елементом карти є позиція клієнта. Адже визначення схеми захисту, якої повинен дотримуватись адвокат, значною мірою залежить від ставлення підзахисного до обвинувачення, а саме: цілковите заперечення вини, часткове чи повне визнання своєї вини, або відмова давати показання. Саме від цього залежатиме характер і обсяг усієї правозахисної діяльності адвоката.

Як бачимо, у запропонованій схемі формування стратегії забезпечення правової допомоги у сфері захисту рекомендовано переважно дотримуватись відповідності вибору позиції захисту та стратегії захисту ставленню підзахисного до обвинувачення.

Виключною є ситуація, коли обвинувачений визнає себе винним, а адвокат-захисник в результаті ретельного вивчення всіх матеріалів кримінального

провадження, бесід з обвинуваченим, участі в судовому слідстві приходить до висновку, що його підзахисний невинний, обмовляє себе і насправді злочину він не вчиняв, але в силу якихось особистих мотивів або ж бере на себе чийсь вину або ж взагалі видумав сам факт вчинення злочину. У такому випадку доцільно дослухатися до думки Т. В. Варфоломеевої та Б. В. Русанова щодо необхідності зайняти самостійну позицію адвокатом, який вправі і зобов'язаний відстоювати невинуватість обвинуваченого, якщо у нього є підстави вважати, що його підзахисний себе обмовляє [2, 30].

Отже, у «Карті стратегічного маневрування у формуванні стратегії забезпечення правової допомоги адвокатом в сфері захисту» позиція клієнта визначає позицію у справі, досягнення якої, в свою чергу, пропонується здійснювати розробкою та втіленням стратегії забезпечення правової допомоги в кримінальному провадженні. Остання, за наявності відповідних обставин залишаючись постійною, може змінюватися виключно з метою покращення якості надання правової допомоги адвокатом.

СПИСОК ЛІТЕРАТУРИ:

1. *Бойков А. Д.* Роль защитника в предупреждении преступлений / А. Д. Бойков. – М. : Юридическая литература, 1978. – 176 с.
2. *Варфоломеева Т. В.* Советская адвокатура: задачи и формы деятельности / Т. В. Варфоломеева, Б. В. Русанов. – К. : Вища школа, 1983. – 43 с.
3. *Великий тлумачний словник сучасної української мови* / [уклад, і голов. ред. В. Т. Бусел]. – К. : Перун, 2005. – 1728 с.
4. *Гловацький І. Ю.* Діяльність адвоката-захисника в кримінальному процесі / І. Ю. Гловацький. – К. : Атіка, 2003. – 351 с.
5. *Защита по уголовному делу* : [пособие для адвокатов] / [под ред. Е. Ю. Львовой]. – М. : Юристь, 1999. – 216 с.
6. *Зейкан Я. П.* Захист у кримінальній справі / Я. П. Зейкан. – К. : КНТ, 2006. – 600 с.

7. *Конин В. В.* Тактика и истина в судебном разбирательстве [Электронный ресурс] / В. В. Конин // Воронежские криминалистические чтения : сб. науч. трудов [под ред. О.Я. Баева]. – Вып. 6. – Воронеж : Изд-во Воронеж. гос. ун-та, 2005. – Режим доступа : <http://kalinovskiy-k.narod.ru/b/st/konin2005.htm>
8. *Конин В. В.* Тактика профессиональной защиты подсудимого в суде первой инстанции : автореф. дис... канд. юрид. наук : 12.00.09 / В. В. Конин ; Калининградский государственный ун-т. – Калининград, 2003. – 21 с.
9. *Теорія держави і права.* Академічний курс : [підручник] / [за ред. О. В. Зайчука, Н. М. Оніщенко]. – К. : Юрінком Інтер, – 2006. – 688 с.

Стаття надійшла до редакції: 16.04.2015.

Рекомендовано кафедрою кримінального процесу та криміналістики

THE STRATEGY OF PROVIDING LEGAL AID LAWYER IN CRIMINAL PROCEEDINGS

Hmelevska N. V.

Abstract: The lawyer's strategy of legal assistance in criminal proceedings is defined in the article. The types of strategy are indicated and developed a map of strategic maneuvering while making a strategy of a legal assistance by a lawyer in the area of defense, which will help to improve the quality of legal assistance.

Keywords: legal assistance, protection strategy, the position in the case, strategic maneuvering.



СТРАТЕГИЯ ОБЕСПЕЧЕНИЯ ПРАВОВОЙ ПОМОЩИ АДВОКАТОМ В УГОЛОВНОМ ПРОИЗВОДСТВЕ

Хмелевская Н. В.

Резюме: В статье определена стратегия обеспечения правовой помощи адвокатом в уголовном производстве. Указаны типы стратегии и разработана Карта стратегического маневрирования в формировании стратегии обеспечения правовой помощи адвокатом в сфере защиты, что поможет улучшить качество правовой помощи.

Ключевые слова: правовая помощь, стратегия защиты, позиция по делу, стратегическое маневрирование.

КОНЦЕПТУАЛЬНІ ОСНОВИ РОЗВИТКУ КРИМІНАЛІСТИКИ

УДК 343.98(075.8)

**П. Д. Біленчук,***кандидат юридичних наук,
доцент кафедри правосуддя
юридичного факультету, Київський
національний університет
імені Тараса Шевченка***А. А. Ярмолюк***керівник науково-дослідного
центру системних досліджень,
Інтелектуальний форум
«Єдина Європа»*

Сучасний етап розвитку світової цивілізації характеризується системними трансформаційними змінами, оскільки він обумовлений епохою глобалізації. Сьогодні наука криміналістика посідає особливе чільне місце в пізнанні юридично значимих фактів, подій і явищ сучасного світу. Водночас історіографію, джерелознавство, сучасний стан і шляхи пріоритетного розвитку криміналістики найбільш перспективно системно розглянути крізь призму трьохвимірного світобачення: по-перше, проаналізувати криміналістику як науку, по-друге, сформулювати криміналістику як навчальну дисципліну і, по-третє, висвітлити криміналістику як сферу практичної діяльності: експертної, слідчої, судової, правоохоронної, правозахисної.

Ключові слова: *криміналістика, наука, навчальна дисципліна, сфера практичної діяльності, грид-технології.*



CONCEPTUAL BASES OF CRIMINALISTICS DEVELOPMENT

Bilenchuk P. D., Yarmolyuk A. A.

Received: 16 Apr 2015.

Постановка й обґрунтування актуальності проблеми. Сьогодні майже неможливо уявити ефективну стратегію, мистецтво, організацію і тактику запобігання, протидії, розслідування злочинів, пізнання та доказування юридично значимих фактів без використання криміналістичних знань, навиків і вмінь.

Аналіз досліджень і публікацій. Протягом багатьох років дослідженню криміналістики приділяли увагу такі провідні вчені: Р. С. Белкін, В. І. Бояров, В. К. Весельський, В. Г. Гончаренко, Г. Гросс, В. О. Коновалова, В. П. Колмаков, І. І. Котюк, Г. А. Матусовський, М. В. Салтевський, М. Я. Сегай, В. В. Тищенко, В. Ю. Шепітько та інші. Однак, і нині майже неможливо уявити ефективну стратегію, мистецтво, організацію і тактику запобігання, протидії, розслідування злочинів, пізнання та доказування юридично значимих фактів без використання криміналістичних знань, навиків і вмінь.

Метою даної статті є обґрунтування потреб подальшого наукового дослідження криміналістики з позиції того, що вона суттєво переросла сферу розслідування злочинів і кримінального судочинства в цілому; виокремлення її окремих новітніх напрямів

і формування самостійних наукових дисциплін та розробки і впровадження в освітняську, наукову та практичну діяльність новітніх автоматизованих систем, ноозасобів, грид-технологій та електронних мультимедійних освітніх комплексів.

Завданням статті є аналіз криміналістики у тривимірному просторі та визначення її наукової, освітнянської та практичної сутності.

Виклад основного матеріалу дослідження. I. Криміналістика як наука. Основні засади поняття науки криміналістики вперше сформулював австрійський вчений – Ганс Гросс в 1892 р. на основі узагальнення тогочасної правової бази, наукових розробок, досвіду судової практики ряду країн Європи з континентальною системою права [9, 16–18].

Пізніше Ганс Гросс більш чітко визначив у своїй фундаментальній праці «Керівництво для судових слідчих як система криміналістики» (1898 р.) предмет науки криміналістики так: криміналістика по суті починається там... де встановлюють... як саме вчинено злочин. Як досліджувати способи вчинення злочинів і розкривати ці злочини, які бувають мотиви вчинення злочину, з якою метою – про все це не розповідає ні кримінальне право, ні процес. Усе це становить предмет криміналістики і особливої її частини: кримінальної психології [4, 7].

Фактично в цій праці були систематизовані накопичені на той час у світі знання про засоби пізнання, доказування, розслідування, які використовуються в правосудді і судочинстві. Практично це перша наукова праця у світовій юриспруденції, в якій були системно узагальнені засоби і методи пізнання, доказування, розслідування, які використовувались на той час у сфері кримінального провадження.

В зв'язку з вищевикладеним, І. І. Котюк підкреслює, що у науковій праці «Керів-

ництво для судових слідчих як система криміналістики» Г. Гросс уперше об'єднав в єдине ціле всі відомі на той час науково-технічні прийоми розслідування злочинів і наукові засади тактики проведення слідчих дій [5, 6].

Таким чином, фактично вперше визначення предмета науки криміналістики було сформульовано Г. Гроссом ще понад сто років тому.

Водночас, слід зазначити, що ще і сьогодні в світі не існує єдиного поняття та визначення сутності предмету науки криміналістики. На різних континентах вчені в предмет дослідження науки криміналістики включають не тільки багато розділів науки поліцейського права, науки кримінального права, науки кримінально-процесуального права, але й детективознавства, сискології, теорії оперативно-розшукової діяльності, кримінології, кримінальної психології, фізики, хімії, біології, кібернетики, інформатики та інших наук.

На думку В. Я. Колдіна класичним зразком безсистемних моделей науки криміналістики є сучасна криміналістика США [6, 15–17]. Вірогідно це тому, що вона, як вважає американський дослідник Р. М. Перкінс, бере свій початок від системи поліцейської науки, яка представляє собою конгломерат відомостей кримінального права, кримінального процесу, криміналістики і правил професійної діяльності поліцейського [8, 15–16].

Дійсно в різних державах світу є своє бачення сутності науки криміналістики.

Так, наприклад, в Великій Британії та США поряд з терміном «криміналістика» використовується «поліцейська техніка», «поліцейська лабораторія», або «судова наука». У Німеччині використовується термін «поліцейська наука» та «природничо-наукова криміналістика».

Очевидно, що формування предмета науки криміналістики має певний історичний аспект, суть якого до цього часу становить дискусійну проблему.

Водночас, вважаємо, що поява науки криміналістики була зумовлена потребами самого життя, оскільки необхідність запобігання, протидії і розслідування фактів вчинення злочинних посягань була завжди.

Це обумовлено ще і тим, що в ряді країн Європи, зокрема у Франції, а також у країнах англосаксонської системи права (Великій Британії, США) на той час був накопичений певний досвід використання наукових знань в процесі розслідування, а тому в основу формування сутності поняття криміналістики покладені вчення французького антрополога А. Бертільона – засновника системи реєстрації злочинів з допомогою методів антропології, який вважав, що криміналістика винятково є «поліцейською наукою» [10, 12].

В Україні теж є різні погляди щодо визначення сутності предмету науки криміналістики.

На думку В. Г. Гончаренка криміналістика істотно переросла сферу розслідування злочинів і кримінального судочинства в цілому. Цей процес, як показує діалектико-логічний та екстраполяційний аналізи, безумовно, є закономірним, і можна без всяких застережень сказати, що сучасна криміналістика стала своєрідним і єдиним науковим утворенням, через яке природничо-наукові та технічні досягнення світового суспільства трансформуються і використовуються для встановлення юридично значущих фактів у найрізноманітніших галузях науки і практичної діяльності, вже давно і стабільно виходячи за межі боротьби з правопорушеннями, кримінального судочинства, і все більше предметно поширюється на всі суспільні відносини, що

потребують конкретного ситуаційного правового регулювання [3, 655].

Ю. М. Чорноус зазначає, що діяльність із розслідування, як і власне феномен злочинної діяльності – є головними предметами пізнання криміналістики. Сьогодні спостерігається розширення меж предмету науки криміналістики, пізнання й інших видів правозастосовної практики [11, 45].

Все це свідчить, що на окремих етапах становлення та розвитку науки криміналістики в різних країнах світу простежується виокремлення окремих її новітніх напрямів – судове експертознавство, судове пізнання, судове безпекознавство, або у формуванні самостійних наукових дисциплін – судової медицини, судової психіатрії, судової психології, судової токсикології, судової хімії, судової фармакології, судової екології.

Нинішній етап інформатизації українського суспільства, забезпечивши доступ усіх категорій потенційних користувачів до інформаційних ресурсів, створення умов для інформаційного виробництва – доступного самовираження громадян в інформаційній сфері, що є істотним кроком у розвитку демократизації, потребує зростаючої ефективності використання наявних у національних фондах інформаційних ресурсів і новоствореної інформації в інтересах національного розвитку [7, 6].

Все це свідчить про те, що автоматизація, комп'ютеризація, інформатизація суспільного життя зумовлює створення якісно нового напрямку криміналістичної науки – «електронної криміналістики». Слідча і судова практика уже сьогодні потребують проведення спеціальних обстежень новітньої цифрової, електронної, телекомунікаційної техніки – цілої системи мобільного зв'язку, мобільних телефонів, смартфонів, планшетів, ноутбуків та субноутбуків, електронних онлайн-засобів, електронних веб-проектів,

системи відеоспостереження, сервісів всесвітньої мережі інтернет і їх відповідного програмного забезпечення.

Це обумовлено тим, що сьогодні з'явилися зовсім нові способи вчинення злочинів: кіберзлочинність, злочинність у сфері високих інформаційних технологій тощо.

В повсякденний побут ввійшли також і такі нові терміни як «звукові, запахові, електронні і геномні сліди», «електронний підпис», «електронний документ». Вочевидь практика потребує розробки нових засобів і методів їх виявлення, порядку їх збирання і дослідження.

Водночас у сучасному вигляді криміналістична наука являє собою цілісну систему наукових знань, що має слугувати цілям: а) пізнання, доказування, розслідування юридично значущих фактів; б) запобігання та протидії злочинним проявам; в) забезпеченню встановлення істини в конституційному, цивільному, господарському, адміністративному і кримінальному судочинстві.

Очевидним є той факт, що тисячолітній досвід накопичення наукового знання призвело до того, що сьогодні наука криміналістика уже переросла свій власний потенціал і вийшла за межі «поліцейської техніки», «поліцейської лабораторії», «поліцейської науки», «науки про розслідування злочинів» [12, 48], «науки про закономірності механізму вчинення кримінального правопорушення, технічні засоби, тактичні прийоми і методи виявлення фактичних даних про його сліди».

Узагальнений досвід практики і наукових досліджень [13, 98–177] свідчить, що сьогодні засоби, методи та прийоми криміналістики успішно використовуються для встановлення юридично значущих фактів у найрізноманітніших галузях освіти, науки і практичної діяльності [2, 481–494].

Тому очевидно, що предметом науки криміналістики сьогодні виступають закономірності, що характеризують утворення, виявлення, оцінку юридично значущих фактів, які досліджуються загальнофілософськими, загальнонауковими, конкретно науковими, так і спеціальними засобами, методами, технологіями в процесі пізнання та доказування і використовуються в окремих видах судочинства з метою забезпечення верховенства права, законності та справедливості. Сьогодні все більше стає важливим здійснення актуальних наукових досліджень у галузі широкомасштабних (глобальних) обчислень, тому вчені все частіше розробляють проміжне програмне забезпечення (middleware), бібліотеки та інструментальні засоби, що дозволяють спільно використовувати територіально розподілені ресурси як єдину потужну платформу. Такий підхід до обчислень відомий останнім часом як обчислення Grid. Саме Grid системи дозволяють здійснювати безпечне та скоординоване спільне використання ресурсів в освіті, науці і практиці. Таким чином, сучасний стан інформаційних відкриттів дозволяє виявляти кореляційні залежності, наприклад, між елементами криміналістичної характеристики певної категорії злочинів із допомогою застосування математичної обробки репрезентативної вибірки кримінальних проваджень. Отже, майбутнє науки криміналістики – це її подальший активний розвиток, зміна кордонів та сфер впливу, а також виникнення нових сучасних напрямів, розробки і впровадження в освітянську, наукову та практичну діяльність новітніх автоматизованих систем, ноозасобів і грід-технологій.

II. Криміналістика як навчальна дисципліна. Криміналістика як навчальна дисципліна має вагоме значення для підготовки висококваліфікованих фахівців у найрізноманітніших галузях правничої освіти, юридичної науки, сфери правосуддя, судочинства, правопорядку,

правоохоронної та правозахисної діяльності.

Як навчальна дисципліна вона сприяє забезпеченню суспільних потреб щодо гарантування безпеки людини, суспільства, держави від різного роду загроз і залежить від освітніх стандартів та окреслених завдань підготовки відповідних кадрів (слідчих, експертів, оперативних працівників, прокурорів, адвокатів, правозахисників, суддів тощо), також від виду та ресурсного інноваційного забезпечення навчального закладу (центр, факультет, академія, інститут, університет).

Тому очевидно, що формування новітніх підходів до розвитку, удосконалення, модернізації та реформування викладання криміналістики на сучасному етапі в Україні з позицій Лісабонської стратегії та принципів Болонського процесу, рекомендацій Педагогічної Конституції Європи обов'язково має базуватися на використанні можливостей сучасних навчальних нооасобів, грид-технологій і електронних мультимедійних освітніх комплексів.

А це означає, що новий погляд на предмет, систему і завдання науки криміналістики відображає головні світові тенденції новітнього часу, обумовленого епохою глобалізації.

III. Криміналістика як сфера практичної діяльності. Криміналістика як система наукових знань – це юридична наука, яка покликана об'єктивно і справедливо забезпечити розв'язання праксеологічних завдань у сфері правосуддя, судочинства, правоохоронної та правозахисної діяльності з метою гарантування безпеки людини, суспільства, держави від різного роду загроз, ризиків і небезпек [1, 3].

Дана система криміналістичних знань дозволяє найкоротшим шляхом вирішувати завдання і знаходити відповіді на сформульовану ще давніми римськими

юристами семичленну формулу: Qbis?, Quid?, Ubi?, Quibus auxiliis?, Cur?, Quomodo?, Quando? – Хто?, Що?, Де?, З чією допомогою?, Для чого?, Яким чином?, Коли?

Криміналістика як сфера практичної діяльності своїми засобами, методами і технологіями сприяє ефективному забезпеченню запобігання, протидії, розслідування правопорушень, кримінальних проступків і злочинів.

Зміни, які відбуваються в епоху глобалізації обумовлюють необхідність системного криміналістичного забезпечення діяльності органів юстиції, правосуддя, судочинства та правозахисних організацій з метою запобігання правопорушенням, відновлювання справедливості та забезпечення реалізації конституційних прав і обов'язків людини та громадянина на засадах верховенства права, законності і об'єктивності.

Висновки та перспективи подальших досліджень: 1) нині майже неможливо уявити ефективну стратегію, мистецтво, організацію і тактику запобігання, протидії, розслідування злочинів без впровадження в діяльність органів правосуддя, судочинства, правопорядку новітніх здобутків криміналістичної науки; 2) об'єктивне пізнання та доказування юридично значущих фактів, подій і явищ можливе тільки на основі використання як традиційних, так і сучасних криміналістичних знань, навиків і вмінь; 3) інтернет, BEEZONE – засоби, ноометодики і грид-технології створюють безпрецедентні умови та можливості для розширення онлайн-навчання, системних наукових досліджень, швидкої обробки інтегративної юридично значущої інформації; 4) сьогодні нами проводяться комплексні наукові дослідження, спрямовані на розвиток дистанційної віртуальної онлайн-освіти. У зв'язку з цим проводиться розробка і впровадження в освітянську,

наукову та практичну діяльність таких творчих проєктів: а) ведеться розробка і забезпечується формування нових юридичних спеціалізацій, нових навчальних дисциплін, нових курсів та спецкурсів, заняття по яких планується проводити з використанням засобів дистанційного віртуального онлайн-навчання; б) в 2002–2014 навчальних роках здійснили розробку, провели пілотажне дослідження та організували експериментальну апробацію у навчальному процесі юридичного і економічного факультетів та Інституту журналістики Київського національного університету імені Тараса Шевченка і Навчально-наукового інституту підготовки слідчих і криміналістів реальних можливостей використання новітньої методики «V3 – Юлій Цезар», «Сократ» і практикуму просторового сприйняття інформації за допомогою багаторівневих планіметричних схем для вдосконалення організації проведення навчальних занять з курсу «Правознавство», «Суд і правоохоронні органи», «Права людини», «Основи матеріального права», «Криміналістика», «Теорія судового пізнання», «Судова експертологія»; 5) підготовлена концепція інноваційного трансформаційного розвитку в галузі теорії і практики сучасного наукового забезпечення правосуддя, судочинства, правопорядку, яка базується на основі використання сучасних досягнень науки криміналістики, судової психофізіології, судової експертології, теорії оперативно-розшукового пізнання, а також використанні в навчальному процесі розроблених нами

таких мультимедійних навчальних відеофільмів та програмних продуктів: а) «Електронний мультимедійний підручник «Криміналістика»; б) «Автоматизована комп'ютерна система «Слідчий Аналітик» (АКССА), Версія 1.0; в) відеофільми «Ганс Гросс – визначний діяч світової криміналістики», «Генезис криміналістичної думки», «Перехват», «Заручник»; 6) використання інтернет-засобів і грид-технологій зумовлює революційний прорив в системі юридичної і криміналістичної освіти, оскільки надають системі дистанційної освіти багато нових дидактичних інструментів. Тому головною метою підвищення якості криміналістичної освіти, науки і практики є відкриття нових можливостей для наукової, дослідницької, конструкторської діяльності та навчання, а також надання високоякісних освітніх послуг сучасними закладами освіти, студентам та фахівцям, освітнього простору, а також сприяння розвитку нових стратегій освіти, електронного та дистанційного навчання за допомогою новітніх інформаційних та телекомунікаційних інтерактивних технологій в системі вищої криміналістичної освіти України; 7) вважаємо, що упровадження нових ноозасобів, інтерактивних методик і грид-технологій в освітній процес і наукову діяльність юридичних вузів, з урахуванням особливостей сучасного стану технологій навчання і виховання, є необхідною умовою для подальшого розвитку інституту юридичної освіти, правничої науки, слідчої, експертної і судової практики в Україні.

СПИСОК ЛІТЕРАТУРИ:

1. Біленчук П. Д. Наукове забезпечення діяльності судової влади, правосуддя і судочинства в Україні / П. Д. Біленчук // Організаційно-правові засади забезпечення діяльності судової влади, правосуддя і судочинства в Україні : матеріали круглого столу (23 вересня 2014 р., м. Київ). – К. : Київський національний університет імені Тараса Шевченка, 2014. – С. 3.

2. Біленчук П. Д. Криміналістика. Кредитно-модульний курс : підручник / П. Д. Біленчук, Г. С. Семаков ; за ред. П. Д. Біленчука. – 4-те вид. змін., доповн. і доопр. – К. : Дакор, 2014. – 520 с.
3. Гончаренко В. Г. Право і криміналістика / В. Г. Гончаренко // Криміналістика. Вибране. – К. : 2011. – 791 с.
4. Гросс Г. Руководство для судебных следователей как система криминалистики / Г. Гросс. – Новое изд. перепеч. с изд. 1908 г. – М. : ЛексЭст, 2002. – 1088 с.
5. Котюк І. І. Теорія судового пізнання : монографія / І. І. Котюк. – К. : Київський університет, 2006. – 435 с.
6. Криминалистика: информационные технологии доказывания : учебник для вузов / [под ред. В. Я. Колдина]. – М. : Зерцало, 2007. – 752 с.
7. Національний інформаційний комплекс і його роль у глобальному інформаційному просторі : монографія / О. С. Онищенко, В. М. Горючий, В. І. Попик [та ін.] : НАН України, Нац. б-ка України ім. Вернадського. – К. : 2014. – С. 6.
8. Perkins R. M. Elements of Polis Science Chicado, 1942. p. 15–16.
9. *Technika kriminalistyczna*. Pod redakcja Włodzimierza Kedzierskiego. Tom 1. – Szcztyno, 2002. – 216 с.
10. Чисників В. М. Основоположник «наукової поліції» / В. М. Чисників // Юридичний вісник України. – 2008. – № 16. – 19–25 квітня. – С. 12.
11. Чорноус Ю. М. Криміналістика як навчальна дисципліна / Ю. М. Чорноус // Актуальні питання теорії і практики криміналістичної науки : матеріали Всеукраїнської наук.-практ. конференції (Київ, 25 січня 2015 р.) // Національна академія внутрішніх справ. – К. : Гельветика, 2015. – С. 44–47.
12. Шепітько В. Ю. Тенденції криміналістики в умовах глобалізації сучасного світу / В. Ю. Шепітько // Актуальні питання теорії і практики криміналістичної науки : матеріали Всеукраїнської наук.-практ. конференції (Київ, 23 січня 2015 р.) – К. : Гельветика, 2015. – С. 48–50.
13. Юрчишин В. М. Процесуальні функції прокурора у досудовій стадії кримінального провадження: поняття, призначення, система : навч. посіб. / В. М. Юрчишин. – Чернівці : Технодрук, 2014. – 276 с.

Стаття надійшла до редакції: 16.04.2015.

Рекомендовано кафедрою кримінального процесу та криміналістики

CONCEPTUAL BASES OF CRIMINALISTICS DEVELOPMENT

Bilenchuk P. D., Yarmolyuk A. A.

Abstract: The current stage of development of the world civilization is characterized by systematic transformational changes because this stage is caused by the era of globalization. Clearly, the development of criminalistics in the third millennium is governed by the globalization processes, and hence, by permanent desire of science to expand the scope of objects under investigation and of possibilities of their perception by the means of modern nootools,

interactive methods and grid technologies. Today criminalistics as a science has a prominent place in the perception of juridically significant facts, events and phenomena of the modern world. At the same time, historiography, source criticism, current stage and the ways of priority development of criminalistics are considered in the most perspective systematic approach through the prism of tridimensional world outlook: the first, to analyze the criminalistics as a science; the second, to determine criminalistics as a taught course (discipline); and the third, to highlight the criminalistics as a field of practice – expert, investigative, judicial, law enforcement and human rights.

Keywords: criminalistics, a science, a taught course, a field of practice, Grid Technologies.



КОНЦЕПТУАЛЬНЫЕ ОСНОВЫ РАЗВИТИЯ КРИМИНАЛИСТИКИ

Біленчук П. Д., Ярмолюк А. А.

Резюме: Современный этап развития мировой цивилизации характеризуется системными трансформационными изменениями, поскольку он обусловлен эпохой глобализации. Очевидно, что развитие криминалистики в третьем тысячелетии обусловлено глобализационными процессами, а значит постоянным стремлением науки к расширению объема исследуемых объектов и возможности их познания с помощью современных ноосредств, интерактивных методов и грид-технологий. Сегодня наука криминалистика занимает особое почетное место в познании юридически значимых фактов, событий и явлений современного мира. В то же время историографию, источниковедение, современное состояние и пути приоритетного развития криминалистики наиболее перспективно системно рассмотреть сквозь призму трехмерного мировоззрения: во-первых, проанализировать криминалистику как науку, во-вторых, сформулировать криминалистику как учебную дисциплину и, в-третьих, осветить криминалистику как сферу практической деятельности: экспертной, следственной, судебной, правоохранительной, правозащитной.

Ключевые слова: криминалистика, наука, учебная дисциплина, сфера практической деятельности, грид-технологии.

КРИМІНАЛІСТИЧНА КЛАСИФІКАЦІЯ КРИМІНАЛЬНО-КАРАНИХ ПРОЯВІВ ЕКСТРЕМІЗМУ

УДК 343.102

**В. І. Бояров***кандидат юридичних наук, доцент,
Академія адвокатури України*

Досліджуються окремі питання визначення груп злочинів, які є кримінально-караним проявом екстремістських дій. Обґрунтовуються підстави (за особою потерпілого; мотивом і ціллю, способом вчинення та ін.) поєднання їх в одній групі правопорушень, які можуть охоплюватися однієї (базовою) криміналістичною методикою.

Ключові слова: екстремізм, криміналістична методика, криміналістична класифікація.



CRIMINALISTIC CLASSIFICATION OF CRIMINALLY
LIABLE EXTREMISM MANIFESTATIONS

Boyarov V. I.

Received: 16 Apr 2015.

Для побудови криміналістичної методики розслідування окремих груп (видів) злочинів (правопорушень), треба визначити криміналістичну характеристику цих злочинів, а передусім цьому визначення кримінологічної та кримінально-правової характеристик. Перша, як відомо, представляє собою систему відомостей про генезис окремої групи (виду) злочинів, причини й умови їх вчинення, частоту повторюваності, а також їх класифікація за різними підставами (вік, освіта, професія, злочинних досвід тощо). Кримінально-правова характеристика розкриває правовий характер кримінально-караного діяння, вказує на відмінні ознаки окремих складів злочинів, від інших та деякі інші ознаки [1, 262].

Розробка загальнотеоретичних концептуальних питань методики розслідування окремих видів злочинів, завжди пов'язана з кримінально-правовою класифікацією. Ще Ганс Гросс, визначаючи природу криміналістики, її зміст, розглядав криміналістику як напрям, що є допоміжним до кримінального права [2, С.IX]. Так, І. М. Якимов розглядав створення окремих методик саме за елементами складу злочину (об'єктивна сторона та об'єкт): зокрема, злочини проти особи, злочини майнові; крадіжка чужого майна, пошкодження чужого майна та ін. [3]. До цього часу традиційно криміналістичні класифікації

будуються відповідно до складу злочину, підтверджуючі тісний зв'язок криміналістики та кримінального права.

Але для формування відповідної криміналістичної методики (окремої чи базової) треба визначити групу злочинів, які передбачені КК України, в тому числі у різних статтях, які належать до різних розділів КК України, але при цьому мають такі спільні ознаки, які поєднують їх в одну велику групу злочинів, розслідування яких може бути охоплено однією (базовою) криміналістичною методикою розслідування.

З пропозицією відмовитись від класифікації злочинів в криміналістичній методиці за кримінально-правовою характеристикою та виходити тільки з криміналістичних характеристик: головним чином за способом вчинення злочину, застосованими зброєю і засобами та механізмом формування доказів в 1971 р. звернулися О. М. Васильєв та М. П. Яблоков [4, 425; 5, 740]. В подальшому, питання криміналістичної класифікації злочинів у своїх працях розглядали І. О. Возгрін, І. Ф. Герасимов, О. М. Колісниченко, В. О. Образцов, А. Д. Трубочев та ін.

Зокрема, І. Ф. Герасимов, визначаючи важливе значення кримінально-правової характеристики (родової та видової), які використовуються криміналістикою як принцип розробки (формування) окремих криміналістичних методик, посиляється на наявність інших класифікацій, які надають можливість «...виявити деякі інші закономірності і характеристики, важливі для розкриття злочинів...». До них він справедливо відносить такі класифікації: за способом вчинення злочину, за ступенем приховування і маскування злочину, за злочинним досвідом особи та класифікацією злочинів за місцем їх вчинення [6, 166–167].

Пропонуються також інші класифікації, які здійснюються на основі більш

широкого кола підстав і критеріїв, наприклад: залежно від входження окремого вчиненого правопорушення до системи злочинної діяльності; за системою дій, спрямованих на приховування слідів правопорушення; за особливостями особи потерпілого; специфіки об'єкту і предмету посягання; за мотивами і ціллю; за місцем вчинення і таке ін. [7, 32–33].

Поширеність в останні часи злочинів, які є кримінально-караним проявом екстремізму (за відсутності такого складу злочину, як екстремізм з чинному КК України) вимагає, у разі формування відповідної (базової) криміналістичної методики, знайти в групі злочинів, які передбачені різними статтями КК відповідні спільні ознаки, які поєднують їх в одну велику спільну групу злочинів, які є проявом екстремізму. Саме це є **метою** статті.

Процеси глобалізації, які є характерними для країн колишнього СРСР призвели до негативних змін і тенденцій в міжгрупових соціальних відносинах. Наприклад, глобальна економічна криза загрожує світовому співтовариству розповсюдженням расизму та ксенофобії, ескалацією нетолерантності, в тому числі антисемітизму, ісламофобії, збудженню ненависті [8].

Ці, та деякі інші фактори призводять до збільшення в світі кількості злочинів, які є проявами екстремізму, в тому числі й в Україні, де багато соціальних груп, які поділяються між собою за національною, расовою або навіть регіональною належністю, а також за релігійними, політичними та іншими ідеологічними ознаками.

Поява та поширення такої групи кримінальних правопорушень, які є кримінально-караними проявами екстремізму та потреба у формуванні відповідної криміналістичної методики, викликає необхідність у визначенні криміналістичної

класифікації правопорушень, які можна віднести до екстремістських, визначити елементи, що їх пов'язують та дає підстави для віднесення їх до однієї класифікаційної групи, яку може охопити базова криміналістична методика.

В теорії кримінального права та кримінології проблеми протидії екстремізму досліджувалися такими науковцями, як Д. І. Амінов, Ю. М. Антонян, С. С. Борисов, В. А. Бурковська, А. І. Долгова, В. П. Ємельянов, Н. Ф. Кузнєцова, В. В. Лунєєв, В. П. Тихий та ін.

Залежно від цільової спрямованості і суб'єктної діяльності екстремізм представляють у трьох традиційних формах: політичний, національний і релігійний. Політичний екстремізм трактується як насильницькі дії, спрямовані на зміну політичного устрою або державної політики. Національний екстремізм розглядається як намагання політичних суб'єктів, громадських організацій і окремих громадян утверджувати всілякими засобами домінування інтересів нації або етносу, до яких вони належать, на шкоду міжнаціональній єдності, аж до порушення прав та свобод людини і громадянина за ознакою приналежності до національної групи або етносу. Релігійний екстремізм інтерпретується як нетерпимість до інших конфесій або утвердження переваг представників однієї з конфесій [9, 9–10].

Зокрема, під злочинами екстремістської спрямованості розуміють кримінально-карані діяння, вчинені з мотивів ненависті, а також з метою збудження ненависті або ворожнечі за ознаками раси, національності (етнічної належності), відношення до релігії [10, 13]. Інколи ці злочини іменують узагальненими термінами – «расизм», «націоналізм» та «ксенофобія». Останній термін визначає страх або ненависть до будь-кого або будь-чого незнайомого («несхожого на нас»...), невизначеного, сприйняття чужого (від

грецького «ксенос» – чужий і «фобос» – страх).

Треба зазначити, що крім сучасного поняття екстремізму, дослідники цього явища зустрічаються з багатьма видами екстремізму. В науковій літературі, зокрема, згадуються такі види екстремізму, як політичний, релігійно-політичний, релігійно-ідеологічний, ідеологічний, релігійний, релігійно-кримінальний, ісламський, національний, національно-етнічний, насильницький, расово-етнічний молодіжний, груповий, соціально-економічний, побутовий, екологічний, регіональний, психопатичний, спортивний та ін. (всього більше 20) [11, 100–101].

Наприклад, 19 лютого 2015 р. Генеральний секретар ООН заявив про готовність ООН працювати над створенням плану дій по боротьбі з *насильницьким екстремізмом* [12].

Але якщо йдеться про злочини, передбачені у КК України, то до екстремістських можна віднести наступні групи злочинів: 1) кримінально-карані діяння, які посягають на основи та безпеку політичного устрою (ст.ст. 109, 110, 111, 110², 113 КК України); (2) злочини терористичного характеру (ст.ст. 112, 258, 258¹, 258², 258³, 258⁴, 258⁵, 260, 261, 278, 442, 443, 444 КК України) та (3) злочини (екстремістської спрямованості), які вчиняються з мотивів ненависті або ворожнечі стосовно осіб, які належать до певної етнічної, расової, релігійної, політичної та іншої соціальної групи (п. 14 ч. 2 ст. 115, ч. 2 ст. 121, ч. 2 ст. 122, ч. 2 ст. 126, ч. 2 ст. 127, ч. 2 ст. 129, ст. 161 та ст. 300 КК України). При цьому перелік злочинів, наведений до кожної запропонованої групи не є вичерпним (зокрема, це можуть бути масові заворушення (ст. 294 КК), пов'язані, наприклад, з насильницьким виселенням мігрантів (представників «некорінного населення»), членів інших соціальних груп,

вчинення стосовно них інших насильницьких дій; вчинення насильницьких дій на ґрунті проповідування деструктивних ідеологій чи виконання релігійних обрядів (ст. 181 КК); завідомо неправдиве повідомлення про загрозу безпеці громадян, знищення або пошкодження об'єктів власності, коли таке повідомлення стосується лише конкретної групи осіб, які об'єднані спільною національною, релігійною, політичною ознакою або належністю до якоїсь однієї соціальної групи та ін. (ст. 259 КК), вандалізм та ін.).

Хоча в чинному КК України відсутні злочини, в диспозиціях яких було б пряме згадування екстремізму, але передбачені злочини, які вчиняються на підґрунті ненависті та нетерпимості або злочини терористичної спрямованості. Треба зазначити, що в інших країнах цьому питанню приділяється значно більше уваги. Так, наприклад, в КК РФ присутні такі склади злочину, як «Організація екстремістського співтовариства» (ст. 282.1 КК), що передбачає відповідальність за створення або участь у такому формуванні (ст. 282.2 та ін.). При цьому у примітку 2 до цієї статті зазначено, що до злочинів екстремістської спрямованості відносяться злочини, вчинені з мотивів політичної, ідеологічної, расової, національної чи релігійної ненависті чи ворожнечі або з мотивів ненависті чи ворожнечі відносно будь-якої соціальної групи, передбачені відповідними статтями Особливої частини КК РФ.

Треба зазначити, що хоча сам термін «екстремізм» в чинному КК України відсутній, але 16 січня 2014 р. була зроблена спроба доповнення Кодексу статтею 110¹ «Екстремістська діяльність»^{*}. У примітку до цієї статті було надано визначення екстремістських матеріалів, які, зокрема, «...

закликають, обґрунтовують чи виправдовують необхідність розпалювання соціальної, расової, національної, етнічної, мовної чи релігійної ворожнечі та ненависті, здійснення масових заворушень, порушення громадського порядку, хуліганських дій та актів вандалізму з мотивів соціальної, расової, національної, етнічної, мовної чи релігійної ворожнечі та ненависті, порушення прав, свобод і законних інтересів осіб, у тому числі пряме чи непряме обмеження прав або встановлення прямих чи непрямих привілеїв людини і громадянина за ознаками раси, кольору шкіри, політичних, релігійних та інших переконань, статі, етнічного та соціального походження, майнового стану, місця проживання, за мовними або іншими ознаками, пропаганду виключності, переваги чи неповноцінності людини (соціальної групи) за ознакою її соціальної, расової, національної, етнічної, мовної, релігійної належності або ставлення до релігії».

Якщо йдеться про кримінально-правову характеристику цих злочинів, то їх об'єктом виступають суспільні відносини, які забезпечують терпимість, толерантність між різними соціальними групами та їх представниками, незалежно від їх расової чи національної належності, відношення до релігії, належності до якоїсь соціальної групи чи до певної ідеології або напряду у політиці. Основною ознакою, яка розмежовує злочини екстремістської спрямованості і терористичні види діяльності є об'єкт: якщо під час вчинення злочинів екстремістської спрямованості є посягання на основи конституційного устрою держави, то під час вчинення злочинів терористичного характеру – посягання на основи громадської безпеки [10, 13]). Екстремізм і тероризм співвідносяться між собою наступним чином: екстремізм передбачає переконання у «правоті» положень певної екстремістської ідеології і готовність до дій, а тероризм – це стратегія перетворення у

^{*} Виключена на підставі Закону України № 767-VII від 23.02.2014 р.

дійсність положень такої ідеології з використанням терору [13, 8].

Об'єктивна сторона характеризується активною формою поведінки винуватих і, для більшості злочинів – це матеріальні склади, де наслідками виступає смерть людини або спричинення шкоди здоров'ю різного ступеня тяжкості, фізичних або психічних страждань, пошкодження або знищення певних предметів; заклики до вчинення таких насильницьких дій. При цьому зазначені дії заздалегідь підготовлені і сплановані, можуть носити демонстративний характер який передбачає приховування участі у вчиненні злочинів конкретних осіб (маски-балаклави, наприклад), але не приховується мотив вчинених дій та причетність до злочину конкретної злочинної групи, екстремістського формування.

Суб'єктивна сторона цих правопорушень характеризується умисною формою вини і наявністю специфічних спонукань – ненависті або ворожнечі стосовно представників соціальних груп, які поділяються між собою за відповідними ознаками (певна політична, ідеологічна, расова, національна, релігійна або інша ознака). Вчинення конкретного правопорушення є частиною системи злочинної діяльності, яка охоплюється єдиним умислом у зв'язку із сприйняттям її учасниками відповідної спільної екстремістської ідеології (ця ідеологія є системою соціально-політичних світоглядних уявлень, основу якої складають ідеї нетерпимості до фундаментальних демократичних цінностей і принципам демократії, як формі суспільно-політичного устрою і політичного режиму, а також ворожнечі до конституційного устрою демократичної правової держави [11, 100]).

Стосовно суб'єкта цих злочинів, то він визначається як загальний суб'єкт злочину.

Таким чином, аналіз змісту зазначених складів злочинів у КК України дає підстави для висновку, що ці різні за складом злочини, наведені у різних розділах КК, поєднуються;

- наявністю спільної мотивації, відповідної ідеологічної складової, яка призводить до об'єднання окремих осіб, які екстремістські налаштовані, до тимчасового або довготривалого формування (екстремістського співтовариства з певною цільовою спрямованістю), яке переважно має ознаки організованого, оскільки ідеологія екстремізму заперечує інакомислення, жорстко утверджує власну систему політичних, ідеологічних, релігійних поглядів і від своїх прибічників ідеологи таких формувань вимагають сліпої покори і виконання всіх наказів та інструкцій;

- дії, винуватих осіб переважно мають насильницький характер, або вигляд закликів до вчинення таких дій, шляхом, наприклад, розповсюдження ідеології ненависті; заздалегідь підготовлені і сплановані, носять демонстративний характер який передбачає приховування участі у вчиненні злочинів конкретних осіб (шляхом маскування зовнішнього вигляду особи, наприклад, за допомогою масок), але при цьому не приховується мотив вчинених дій та причетність до злочину конкретної злочинної групи, екстремістського формування і є частиною системи злочинної діяльності, яка охоплюється єдиним умислом;

- об'єктом посягання, якщо йдеться про людину, є особи, які належать до певної соціальної групи, раси, нації, є представниками певного регіону країни (некорінним мешканцем), або є інвалідами, особами нетрадиційної сексуальної орієнтації та ін. При цьому така жертва обирається не як особистість, а як представник саме конкретної соціальної групи.

Саме це дає підстави для висновку про необхідність створення (базової) криміналістичної методики розслідування злочинів, які є кримінально-караним проявом екстремізму, що дозволить успішно розслідувати злочини зазначеної категорії.

СПИСОК ЛІТЕРАТУРИ:

1. *Лук'янчиков Б. Є.* Побудова характеристик злочину / Б. Є. Лук'янчиков, Є. Д. Лук'янчиков // Матеріали II Міжнародної науково-практичної конференції «Маліновські читання», м. Острог, 15–16 листопада 2013 року. – Острог : Видавництво Національного університету «Острозька академія», 2013. – С. 262–266.
2. *Гросс Г.* Руководство для судебных следователей, как система криминалистики / Г Гросс. – Новое изд. перепеч. с изд. 1908 г. – М. : ЛексЭст, 2002. – 1088с.
3. *Якимов И. Н.* Практическое руководство к расследованию преступлений / И. Н. Якимов. – М., 1924. – Ч. III.
4. *Криминалистика* / [под ред. А. М. Васильева, Н. П. Яблокова]. – М. : МГУ, 1971. – 562 с.
5. *Белкин Р. С.* Курс криминалистики : учеб. пособие для вузов / Р. С. Белкин. – 3-е изд., дополненное. – М. : ЮНИТИ-ДАН ; Закон и право, 2002. – 837 с.
6. *Герасимов И. Ф.* Некоторые проблемы раскрытия преступлений / И. Ф. Герасимов. – Свердловск : Урал. гос. ун-т, 1975. – С. 151–168.
7. *Головин А. Ю.* Базовые криминалистические классификации преступлений / А. Ю. Головин // Известия Тульского государственного университета. Экономические и юридические науки. – Выпуск 2. – Часть II. – Тула : Издательство ТулГУ, 2013. – С. 31–40.
8. *Выступление Генерального секретаря ООН Пак Ги Мун* на конференции по проблемам расизма // Российская газета. – 2009. – 3 июля.
9. *Фридинский С. Н.* Противодействие экстремистской деятельности (экстремизму) в России: социально-правовое и криминологическое исследование : автореф. дисс. ... доктора юрид. наук : специальность 12.00.08 / С. Н. Фридинский. – М., 2011. – 42 с.
10. *Борисов С. С.* Преступления экстремистской направленности: проблемы законодательства и правоприменения : автореф. дисс. ... д-ра юрид. наук : специальность 12.00.08 / С. С. Борисов. – М., 2012. – 45 с.
11. *Сергун Е. П.* Соотношение понятий «вид экстремизма» и «форма экстремизма». / Е. П. Сергун // Правовая культура. Научный журнал. – 2013. – № 1. – С. 99–105.
12. *Генсек: «ООН намерена создать в 2015 году план по борьбе с экстремизмом»* [Электронный ресурс]. – Режим доступа : Ria.ru/world/20150219/1048666/35.html
13. *Сергун Е. П.* Экстремизм в российском уголовном праве : автореф. дисс. ... канд. юрид. наук : специальность 12.00.08 / Е. П. Сергун. – Тамбов, 2009. – 24 с.

Стаття надійшла до редакції: 16.04.2015.

Рекомендовано кафедрою кримінального процесу та криміналістики

CRIMINALISTIC CLASSIFICATION OF CRIMINALLY LIABLE EXTREMISM MANIFESTATIONS

Boyarov V. I.

Abstract: Some issues of crimes' determination are analysed in this article, provided by the CC of Ukraine, which are manifestation of extremism and behind some general signs they can be united in one group of crimes, its investigation is covered by one (basic) criminalistic technique of investigation: crimes of an extremist orientation; crimes which encroach on the bases and security of a political system of the state; and also crimes of a terrorist nature.

The concept "crime of an extremist orientation", types and traditional forms of extremism, the terrorist activity and as they correspond with each other are considered.

The bases of merger of the specified crimes' groups in one big group are proved on the following grounds: on victim's identity (the victim is chosen not as the specific personality, but as the representative of a certain social group); on existence of specific purposes and motives connected with existence of the corresponding ideological component in activity of participants of extremist formations); by a way of commission of crime (group actions of violent character), in the specific ways of their concealment (the open demonstration of crime motives by concrete extremist formation, but with concealment of the particular person's identity), etc.

Keywords: extremism, criminalistic method, criminalistic classification, crime investigation.



КРИМИНАЛИСТИЧЕСКАЯ КЛАССИФИКАЦИЯ УГОЛОВНО-НАКАЗУЕМЫХ ПРОЯВЛЕНИЙ ЭКСТРЕМИЗМА

Бояров В. И.

Резюме: Рассмотрены некоторые вопросы определения групп преступлений, которые являются уголовно-наказуемым проявлением экстремистских действий. Обосновываются основания (личность потерпевшего, мотив и цель, способ совершения и др.) объединения групп преступлений в одну большую группу, которая может охватываться одной (базовой) криминалистической методикой.

Ключевые слова: экстремизм, криминалистическая методика, криминалистическая классификация.

ОСОБЛИВОСТІ ВИЗНАЧЕННЯ ОКРЕМИХ МАТЕРІАЛЬНИХ ОБ'ЄКТІВ, ВИЛУЧЕНИХ В РЕЗУЛЬТАТІ ПРОВЕДЕННЯ НЕГЛАСНИХ СЛІДЧИХ (РОЗШУКОВИХ) ДІЙ, ЯК РЕЧОВИХ ДОКАЗІВ У КРИМІНАЛЬНОМУ ПРОВАДЖЕННІ

УДК 343.14



Р. М. ШЕХАВЦОВ,

*кандидат юридичних наук,
доцент, Львівський державний
університет внутрішніх справ*



С. С. КУДІНОВ

*кандидат юридичних наук,
доцент, директор науково-
організаційного центру, Національна
академія СБ України*

У статті, на підставі аналізу вітчизняного законодавства, спеціальної літератури з кримінального процесу, криміналістики та слідчо-судової практики, розкриті особливості визначення окремих матеріальних об'єктів, що вилучаються під час негласних слідчих (розшукових) дій, як речових доказів.

Ключові слова: доказ, речовий доказ, слідча (розшукова) дія, негласна слідча (розшукова) дія.



FEATURES OF THE DEFINITION OF SOME MATERIAL OBJECTS SEIZED AS A RESULT OF UNDERCOVER INVESTIGATION (SEARCH) ACTIONS AS PHYSICAL EVIDENCE IN CRIMINAL PROCEEDINGS

Shehavtsov R., Kydinov S.

Received: 16 Apr 2015.

Постановка проблеми. До матеріальних об'єктів, що отримуються під час проведення негласних слідчих (розшукових) дій, та їх використання у кримінальному провадженні в слідчо-судовій практиці неоднозначне відношення. Слід погодитися з не безпідставними застереженнями з боку окремих науковців щодо не достатньо обачливого кроку з боку законодавця, який прирівняв результати негласних слідчих (розшукових) дій до слідчих (розшукових) дій, не дивлячись на те, що процесуальні форми отримання доказів під час проведення одних та других різняться між собою. Через це, в умовах наших реалій, створюються загрози зловживань під час проведення негласних слідчих (розшукових) дій, здійснення яких носить негласний, скритий характер [1, 210–211; 2, 214].

Аналіз останніх досліджень і публікацій. На сьогодні, завдяки численним публікаціям

О. А. Білічак, В. І. Галагана, В. О. Глушкова, О. Ф. Долженкова, О. В. Капліної, Н. С. Карпова, І. І. Когутича, О. І. Козаченка, В. А. Колесника, Є. Д. Лук'янчикова, Д. Й. Никифорчука, М. А. Погорецького, Д. Б. Сергеевої, Л. Д. Удалової, В. Ю. Шепітька, М. Є. Шумила та багатьох інших вчених-юристів теорія кримінального процесу збагатилася науковими узагальненнями чинного законодавства та практики використання негласних слідчих (розшукових) дій як засобів збирання доказів та загальних питань використання їх результатів у кримінальному провадженні.

Виділення невіршених раніше частин загальної проблеми. Однак, сучасні потреби слідчої та судової практики в аспекті підвищення її ефективності вимагають інтенсивної та поглибленої розробки окремих питань отримання доказів, зокрема, речових доказів, під час проведення конкретних негласних слідчих (розшукових) дій, їх допустимості для доказування у кримінальному провадженні.

Метою статті є визначення, на підставі аналізу чинного вітчизняного та зарубіжного законодавства, спеціальної літератури та слідчо-судової практики, особливостей визначення окремих матеріальних об'єктів, вилучених в результаті проведення негласних слідчих (розшукових) дій, як речових доказів у кримінальному провадженні.

Виклад основного матеріалу. За КПК України 2012 року відбулося масштабне, вельми значуще для кримінального провадження розширення засобів збирання речових доказів за рахунок негласних слідчих (розшукових) дій, передбачених главою 21 КПК України.

Аналіз чинного КПК України та його правозастосовної практики показує наявність низки проблемних питань у визнанні речовими доказами окремих

матеріальних об'єктів. Одним зі складових процесуальної форми формування речових доказів у кримінальному провадженні, відповідно до положень ст. 100 КПК України, є їх отримання двома способами – шляхом надання стороні кримінального провадження або вилучення слідчим, прокурором, з подальшим оглядом, фотографуванням та докладним описанням в протоколі огляду. Під час слідчих (розшукових) та негласних слідчих (розшукових) дій матеріальні об'єкти вилучаються, тобто забираються в примусовому порядку. На можливість вилучення речей і документів під час обшуку, огляду, огляду трупа, пов'язаного з екстумацією прямо вказується у відповідних нормах КПК України (ч. 7 ст. 236, ч. 7 ст. 237, ч. 6 ст. 239). Негласною слідчою (розшуковою) дією, під час якої законодавець дозволяє вилучати матеріальні об'єкти для їх подальшого використання у кримінальному провадженні є огляд і виїмка кореспонденції (ст. 262 КПК України), які здійснюються в наслідок накладення арешту на неї (ч. 3 ст. 261 КПК України). Про можливість вилучення йде мова й стосовно виявлених зразків для дослідження під час обстеження публічно недоступних місць, житла чи іншого володіння особи (п. 3 ч. 1 ст. 267 КПК України). Однак, на відміну від кореспонденції (листів усіх видів, бандеролей, посилок, поштових контейнерів, переказів, телеграм, інших матеріальних носіїв передання інформації між особами) зразки для дослідження не є матеріальними об'єктами, що можуть бути визнані речовими доказами по кримінальному провадженню, через те що вони є частиною матеріального об'єкту, яка виступає лише засобом встановлення зв'язку цього об'єкту з подією кримінального правопорушення чи іншими обставинами, які підлягають доказуванню по кримінальному провадженню.

Під час обстеження публічно недоступних місць, житла чи іншого володіння

особи можуть виготовлятися копії чи зразки з виявлених та зафіксованих технічними засобами (фотографування, відеозапису, матеріального копіювання, сканування тощо) речей і документів, що мають значення для їх досудового розслідування (п. 2 ч. 1 ст. 267 КПК України). Однак, законодавець не дає прямих вказівок на те, що ці матеріальні об'єкти можуть бути вилучені. За логікою законодавця такої вказівки й не треба, тому що відповідно до п. 1 ч. 2 ст. 105 та ст. 252 КПК України спеціально виготовлені копії, зразки об'єктів, речей і документів є додатками до протоколу негласної слідчої (розшукової). Згідно ж з п. 3 ч. 2 ст. 99 та ч. 2 ст. 84 КПК України складені в порядку, передбаченому цим Кодексом, протоколи процесуальних дій та додатки до них, а також носії інформації, на яких за допомогою технічних засобів зафіксовано процесуальні дії є документами, які є самостійними від речових доказів джерелами доказів. У зв'язку з наведеними вище положеннями п. 1 ч. 2 ст. 105 КПК України виникає питання, а чи можуть під час обстеження публічно недоступних місць, житла чи іншого володіння особи виготовлятися копії зі слідів кримінального правопорушення або братися від них зразки? Чим визнавати слід, наприклад, пальця руки, – об'єктом чи річчю, з якої із застосуванням відповідних техніко-криміналістичних засобів робиться копія? Якщо об'єктом, то в такому разі копії зі слідів робити не можна, тому що така можливість не передбачена у п. 2 ч. 1 ст. 267 КПК України, а якщо річчю, то навпаки. У кримінальному процесуальному законодавстві не має визначення речі. За ст. 179 ЦК України річчю є предмет матеріального світу, щодо якого можуть виникати цивільні права та обов'язки. Статті 177 та 190 ЦК України уточнюють, що до речей відносяться гроші та цінні папери, інше майно, майнові права та обов'язки, результати робіт,

послуги, результати інтелектуальної, творчої діяльності, інформація, а також інші матеріальні та нематеріальні блага. На нашу думку, по-перше, таке визначення поняття речі в контексті розмаїття проявів речей як об'єктів цивільних прав не може бути в повній мірі прийнятним для використання у практиці кримінального провадження, зокрема, через те, що до його об'єму не можуть входити сліди кримінального правопорушення, а, по-друге, якщо звернутися до визначення речі в філософії як певного предмету матеріальної дійсності, який має відносну незалежність та стійкість існування, в умовах того, що річ як категорія в філософії перестала активно використовуватися з початку 19-го сторіччя, а замість неї запроваджені категорії об'єкт та предмет, ми прийдемо до того, що в п. 1 ч. 2 ст. 105 КПК використовується два терміни – об'єкти та речі, які за змістом у загальному розумінні є подібними. Як вихід з цієї ситуації вбачається виключення з п. 1 ч. 2 ст. 105 КПК України терміну «об'єктів» та внесення змін та доповнень до ч. 1 ст. 3 КПК України: «речі – це матеріальні об'єкти, які пов'язані з подією кримінального правопорушення або мають інше значення для кримінального провадження». Така кримінальна процесуальна дефініція речі з одного боку охопить все розмаїття матеріальних об'єктів від різного роду слідів кримінального правопорушення, знярядь та засобів його вчинення, тощо, до тих, що є предметом цивільних правовідносин та виступали як предмет злочинного посягання, або можуть підлягати спеціальній конфіскації.

Виникає також питання щодо визнання речовими доказами чи додатками до протоколів негласних слідчих (розшукових) дій носіїв інформації, отриманої під час проведення аудіо-, відеоконтролю особи (ст. 260 КПК України), зняття інформації з транспортних телекомунікаційних мереж (ст. 263 КПК України), зняття

інформації з електронних інформаційних систем (ст. 264 КПК України), спостереження за особою, річчю або місцем (ст. 269 КПК України), аудіо-, відеоконтролю місця (ст. 270 КПК України), контролю за вчиненням злочину (ст. 271 КПК України), шляхом застосування відповідних технічних засобів спостереження, відбору та фіксації змісту інформації. На практиці, виходячи з особливостей проведення перелічених негласних слідчих (розшукових) дій технічні носії інформації, на яких зафіксовані їх результати, визначаються за п. 3 або 4 ч. 2 ст. 105 КПК України, в залежності від форми фіксування інформації, як додатки до відповідних протоколів. КПК України не містить чітких вимог до змісту аудіо-, відеозаписів процесуальних дій. Частина 3 ст. 105 КПК України визначає, що додатки до протоколів повинні бути належним чином виготовлені, упаковані з метою надійного збереження, а також засвідчені підписами слідчого, прокурора, спеціаліста, інших осіб, які брали участь у виготовленні та/або вилученні таких додатків. Криміналістичні рекомендації, що були сформовані на підставі багаторічної слідчої та судової практики, вказують на неприпустимість вибіркового фіксування ходу та порядку проведення процесуальних дій [3, 45–46]. Під час проведення негласних слідчих (розшукових) дій аудіо-, відеозапису від їх початку до завершення не ведеться через необхідність забезпечення негласного характеру їх проведення, збереження в таємниці відомостей про осіб, які приймають в них участь. Аудіо-, відеофіксуванню підлягають тільки безпосередньо самі результати аудіо-, відеоконтролю особи, місця, спостереження за особою, річчю або місцем, контролю за вчиненням злочину тощо. Тому в слідчій та судовій практиці є випадки коди аудіо-, відеозаписи, отримані під час проведення цих негласних слідчих (розшукових) дій, не сприймаються як ті, що відображають хід та порядок їх проведення, та

переводяться із розряду додатків до протоколів, про які йде мова у п. 3 ч. 2 ст. 105 КПК України, до речових доказів по кримінальному провадженню. Таким чином відбувається своєрідне подвоєння доказів по кримінальному провадженню, коли серед джерел доказів фігурує окремо протокол негласної слідчої (розшукової) дії, у якому вказано, що до нього додається аудіо-, відеозапис, отриманий під час її проведення, при чому, без цього додатку зміст такого протоколу як об'єктивний не сприймається, та окремо цей же самий аудіо-, відеозапис – як речовий доказ [див., наприклад: 4]. Теж саме стосується й фіксування на носії комп'ютерної інформації результатів зняття інформації з транспортних телекомунікаційних мереж, електронних інформаційних систем. Слід зазначити, що у слідчо-судовій практиці такі аудіо-, відеозаписи не завжди визнаються речовими доказами, а вірно визначаються як додатки до відповідного протоколу негласної слідчої (розшукової) дії [див., наприклад: 5].

Висновки. Узагальнюючи наведемо:

1. Речі, документи, що вилучені під час проведення негласних слідчих (розшукових) дій, можуть бути визнані речовими доказами у кримінальному провадженні (ч. 1 ст. 256 КПК України). Умовами визнання їх речовими доказами є: 1) отримання в порядку, встановленому КПК України (ч. 1 ст. 86 КПК України), фактичних даних із процесуальних джерел, вказаних у ч. 2 ст. 84 КПК України, що ці матеріальні об'єкти були знаряддям вчинення кримінального правопорушення, зберегли на собі його сліди або містять інші відомості, які можуть бути використані як доказ факту чи обставин, що встановлюються під час кримінального провадження, в тому числі предмети, що були об'єктом кримінально протиправних дій, гроші, цінності та інші речі, набуті кримінально протиправним шляхом

або отримані юридичною особою внаслідок вчинення кримінального правопорушення (ст.ст. 91, 98 КПК України); 2) отримання матеріальних об'єктів та фіксування їх індивідуальних ознак у протоколі негласної слідчої (розшукової) дії та додатку до нього в порядку, встановленому КПК України (ч. 2 ст. 84, ч. 1 ст. 86 КПК України); 3) проведення перевірки походження, зв'язку з подією кримінального правопорушення та достовірності матеріальних об'єктів шляхом проведення інших слідчих (розшукових) та негласних слідчих (розшукових) дій відповідно до вимог КПК України (ст. 94 КПК України); 4) розсекречення конкретних матеріальних носіїв інформації щодо проведення негласної слідчої (розшукової) дії, а за неможливості їх розсекречення надання допуску до них учасникам кримінального провадження в порядку, встановленому чинним законодавством.

2. Для вдосконалення правозастосовної практики, виключення неоднозначного розуміння положень окремих статей КПК України, що стосуються одночасного використання двох термінів, що є по суті синонімами, пропонуємо виключити з п. 1 ч. 2 ст. 105 КПК України термін «об'єктів» та внести зміни та доповнення до ч. 1 ст. 3 КПК України, змінивши відповідну подальшу нумерацію пунктів: «16) речі – це матеріальні об'єкти, які

пов'язані з подією кримінального правопорушення або мають інше значення для кримінального провадження». Така кримінальна процесуальна дефініція речі з одного боку охопить все розмаїття матеріальних об'єктів від різного роду слідів кримінального правопорушення, знарядь та засобів його вчинення, тощо, до тих, що є предметом цивільних правовідносин та виступали як предмет злочинного посягання, або можуть підлягати спеціальній конфіскації.

3. Носії інформації, отриманої під час проведення аудіо-, відеоконтролю особи (ст. 260 КПК України), зняття інформації з транспортних телекомунікаційних мереж (ст. 263 КПК України), зняття інформації з електронних інформаційних систем (ст. 264 КПК України), спостереження за особою, річчю або місцем (ст. 269 КПК України), аудіо-, відеоконтролю місця (ст. 270 КПК України), контролю за вчиненням злочину (ст. 271 КПК України), шляхом застосування відповідних технічних засобів спостереження, відбору та фіксації змісту інформації, є додатками до протоколів даних негласних слідчих (розшукових) дій відповідно до положень п. 3, 4 ч. 2 ст. 105 КПК України. Визнавати їх речовими доказами, виходячи з положень чинного КПК України, є не вірним.

СПИСОК ЛІТЕРАТУРИ:

1. *Шумило М. Є.* Докази досудового і судового провадження в КПК України : співвідношення та їх функціональне призначення / М. Є. Шумило // *Право України*. – 2013. – № 11. – С. 206–213.
2. *Сергєєва Д.* Проблемні аспекти використання результатів зняття інформації з транспортних телекомунікаційних мереж як доказів у кримінальному провадженні / Д. Сергєєва // *Право України*. – 2014. – № 11. – С. 209–218.
3. *Сокиран М. Ф.* Процесуальні і тактичні питання використання звуко-, відеозапису в кримінальному судочинстві України : дис... канд. юрид. наук : 12.00.09 / М. Ф. Сокиран. – К., 2008. – 204 с.

4. Вирок Макарівського районного суду Київської області по кримінальному провадженню № 12013100010000104 від 15.04.2013 [Електронний документ]. – Режим доступу : <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/38673525>

5. Вирок Автозаводського районного суду м. Кременчука Полтавської області по кримінальному провадженню за № 12013180090000674 від 26.04.2013 року [Електронний документ]. – Режим доступу : <http://reyestr.court.gov.ua/Review/37688517>

Стаття надійшла до редакції: 16.04.2015.

Рекомендовано кафедрою кримінального процесу та криміналістики

FEATURES OF THE DEFINITION OF SOME MATERIAL OBJECTS SEIZED AS A RESULT OF UNDERCOVER INVESTIGATION (SEARCH) ACTIONS AS PHYSICAL EVIDENCE IN CRIMINAL PROCEEDINGS

Shehavitsov R., Kydinov S.

Abstract: In the article on the basis of analysis of the provisions of the Criminal Procedure Code of the Ukraine, 2012, proved the possibility of collecting material objects, which can be considered as physical evidence, during the undercover investigation (search) action. Found not uniform use in the Code of Criminal Procedure 2012 terms “object” and “thing” that in the absence of legal definitions may have a negative impact on the recognition of material objects, seized during the undercover investigation (search) acts, as physical evidence. On this basis formulated the proposals for amending the Code of Criminal Procedure of the Ukraine by excluding from the item 1 part 2 Article 105 the Term “objects”, and adding part 1 Article 3 of the Criminal Procedure Code the Definition of the Term “thing”. Defined undercover investigation (search) actions as a result of which may be sized the material objects in the original, copies and samples for comparative study. Justified, on the basis of the provisions of Articles 84, 98, 105, 252, 256 of the Code of Criminal Procedure, incorrect recognition of copies of material objects and samples for comparative analysis as physical evidences. Revealed the features of forming a pre-identified (labeled) and fake (imitation) means as physical evidences by describing the stages of this process. As a result, formulated conditions for the recognition of material objects, seized during the undercover investigation (search) actions, as physical evidences.

Keywords: Evidence, physical evidence, investigative (search) action, undercover investigative (search) action.



ОСОБЕННОСТИ ПРИЗНАНИЯ ОТДЕЛЬНЫХ МАТЕРИАЛЬНЫХ ОБЪЕКТОВ, ИЗЪЯТЫХ В РЕЗУЛЬТАТЕ ПРОВЕДЕНИЯ НЕГЛАСНЫХ СЛЕДСТВЕННЫХ (РОЗЫСКНЫХ) ДЕЙСТВИЙ, В КАЧЕСТВЕ ВЕЩЕСТВЕННЫХ ДОКАЗАТЕЛЬСТВ В УГОЛОВНОМ ПРОИЗВОДСТВЕ

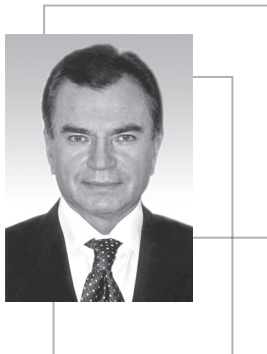
Шехавцов Р. Н., Кудинев С. С.

Резюме: В статье, на основе анализа отечественного законодательства, специальной литературы по уголовному процессу, криминалистике и следственно-судебной практики, определены условия признания вещественными доказательствами материальных объектов, изымаемых в ходе негласных следственных (розыскных) действий.

Ключевые слова: доказательство, вещественное доказательство, следственное (розыскное) действие, негласное следственное (розыскное) действие.

ПОЛІЦІЙНА І КРИМІНАЛЬНО-ПРОЦЕСУАЛЬНА ДІЯЛЬНІСТЬ: НА СТИКУ МИНУЛОГО ТА СУЧАСНОГО

УДК 343



М. Є. Шумило

доктор юридичних наук, професор, Київський національний університет імені Тараса Шевченка

Кримінальний процес не може ефективно функціонувати без системних узгоджень з іншими суб'єктами кримінальної юстиції.

Насамперед, це стосується взаємин з органами кримінальної юстиції, оскільки поліція завжди брала участь в розслідуванні злочинів: традиційно на теренах України кримінально-поліційна діяльність передувала процесуальному розслідуванню. При цьому межі повноважень поліції були або надто широкими, або надто обмеженими, що призводило до порушення прав і свобод людини або неефективності розслідування. У радянський період права сформувалися різновид такої діяльності – оперативно-розшукова діяльність, що призвело до невинуватого дублювання поліційної і кримінально-процесуальної діяльності. З прийняттям КПК 2012 р. ця проблема усунена лише частково. Автором задекларовано пропозиції по реформуванню досудового розслідування відповідно до європейської традиції.

Ключові слова: *кримінально-процесуальна діяльність; оперативно-розшукова діяльність; поліційна діяльність.*



POLICE AND CRIMINAL-PROCEDURE ACTIVITY:
AT THE TURN OF PAST AND FUTURE

Shumylo M.

Received: 16 Apr 2015.

Сучасне вивчення наукових джерел з кримінального процесу свідчить, що автори в основному досліджують його «внутрішні проблеми». До числа таких, приміром, можна віднести розмежування функцій обвинувачення, захисту і вирішення справи по суті, принципи кримінального процесу, судового контролю, доказового права, заходів забезпечення кримінального провадження і таке інше. Однак кримінальне судочинство не може ефективно функціонувати без системних узгоджень з іншими суб'єктами органів кримінальної юстиції. Насамперед, це стосується взаємин з органами кримінальної поліції. У рамках сучасної і минулої конструкціями остання брала участь у розслідуванні злочинів. Щоправда, межі її повноважень в різні історичні періоди були або занадто широкими або надто обмеженими. Як свідчить історія судочинства такі крайності завжди призводили до порушення прав і свобод людини та необґрунтованого кримінального переслідування або ж неефективного розслідування. Це залежало від типів і видів кримінального процесу і політичного режиму в державі. Минуле показує, що у стосунках кримінальної поліції і юстиції завжди було чимало проблем. Існують вони і на сьогодні в питаннях розподілу повноважень,

* Автор має на увазі підрозділи, що здійснюють оперативно-розшукову діяльність.

розмежування предметів діяльності та дублювання, використання результатів поліційної діяльності в доказуванні і таке інше.

Аналіз наукових і нормативних матеріалів свідчить про те, що вони навіть модифікованому вигляді мають елементи минулого, зумовлені певними правовими традиціями. Відтак для науково-обґрунтованого розв'язання сучасних проблем не треба обмежуватися лише їх теперішнім станом, але й варто також знати їхню генезу. Так, відповідно до Зводу законів Російської імперії 1857 року слідство являлося першою стадією кримінального судочинства. До його завдань відносилося виявлення злочину, пом'якшувальних і обтяжувальних винуватин. Воно поділялося на попереднє і формальне і проводилося міською і повітовою поліцією. Попереднє слідство здійснювалося з метою встановлення факту злочину і особи, що його скоїла, і то в більшості випадків усно без дотримання процесуальної форми і строків. Самі бо отримані матеріали не мали доказового значення для суду.

Початок слідства чітко законом не встановлювався. Тому право поліції розслідувати злочини за розсудом призводило до зловживань. За свідченням Н. Гартунга «...надання поліції повноважень на проведення слідства гнітило суспільство і перетворювало її на страхопуд. Поліція може все...» [1].

Тогочасне попереднє слідство за словами М. Є. Салтикова-Щедріна характеризувалося свавіллям слідчих, незаконними арештами, недотриманням елементарних громадянських прав, використанням поліцейських нишпорок в провокаційних цілях, знущаннями, фальсифікаціями юридичних документів, махлярством, вимаганням зізнання у скоєнні злочину, незаконними обшуками, вимаганнями хабара, таємним підслуховуванням [2].

Панівна на той час формальна теорія доказів і безмежне свавілля поліції приводило до засудження невинуватих.

Друга стадія – формальне слідство було спрямоване на те, щоб поставити особу в становище обвинуваченого і остаточно вирішити, чи варто призначати їй покарання. На відміну від попереднього слідства воно проводилося у встановленій процесуальній формі. Зізнання обвинуваченого вважалося царицею доказів, тому його отримання досягалося катуваннями, тортурами, поміщенням особи в особливі камери. Це призводило до збільшення кількості невинно засуджених [3, 18–19]. Захист здійснювався депутатами – особами, обраними від певних верств населення. До їхнього обов'язку входив нагляд за правильністю проведення слідства. Але вони, як правило, були безправними, тому не могли належним чином контролювати дії поліції. Їхня роль зводилася до механічного підпису документів. Практично формальне слідство було повторенням попереднього, а думка про їх розподіл вважалася безпідставною і штучною. Суди не довіряли поліційним слідчим, котрі зчаста порушували встановлені законом форми.

Істотні зміни в структурі розслідування відбулися після Указу імператора Олександра II від 8 червня 1860 року. Цим актом був запроваджений інститут судових слідчих. Водночас поліція позбавлялася функції розслідування в повному обсязі. У зв'язку з цим у іменному Високого його Імператорської величності указі від 8 червня 1860 року урядовому Сенату вказувалося, що, бажаючи дати поліції більше можливостей для успішного виконання обов'язків для забезпечення порядку і спокою громадян і чітко визначити коло їх обов'язків і дій, вирішили за благо відокремити проведення слідства від поліції. Мотивація такого рішення пояснювалася потребою надати

поліції більше можливостей для забезпечення порядку і спокою громадян, а також чіткого визначення її обов'язків і дій [4]. Це не означало, що поліція не мала ніякого відношення до встановлення факту вчинення злочинів чи проступків, чи повністю була байдужою в їх розслідуванні. У статті 249 Статуту кримінального судочинства 1864 року зазначалось, що попереднє слідство про злочини і проступки, підсудні окружним судам, проводяться судовими слідчими за сприяння поліції. На неї покладался обов'язок здійснення дізнання. Чіткого визначення його поняття в окремій нормі Указу імператора та в його додатку «Про наказ поліції про проведення дізнання по подіям, що можуть мати ознаки злочинів або проступків» не наводилось.

Водночас аналіз відповідних положень Указу Імператора і ст.ст. 253, 254, 256 Статуту кримінального судочинства дає підстави вважати, що повноваження поліції із дізнання можна поділити на три групи: 1) встановлення факту вчинення злочину або проступку; 2) дії поліції у зв'язку з попереднім розслідуванням до вступу судового слідчого в справу, а також на виконання його доручень; 3) розслідування поліцією малозначущих проступків і злочинів, що підлягали судово-поліцейському розгляду. Згідно з п. 3 «Наказу поліції про проведення дізнання з подій, що можуть мати ознаки злочину чи проступку» дізнання полягало в збиранні відомостей, доконечних для пересвідчення в тому, чи була певна подія злочином чи проступком. У разі сумнівів у наявності ознак злочину чи проступку поліція перевіряла такі дані шляхом дізнання. Як зазначалося у ст. 254 Статуту кримінального судочинства воно проводилося шляхом розшуків, словесних розпитувань, негласних спостережень, проте без обшуків та виїмів. Крім того, відповідно до ст. 256, 257 Статуту кримінального судочинства

на поліцію покладался обов'язок збереження слідів вчиненого злочину і вживати заходів на недопущення ухилення підозрюваного від слідства. В такому випадку йшлося про переслідування у невідкладних випадках «по гарячим слідам» без дозволу судового слідчого. Із цього можна зробити висновок про те, що поліція до встановлення факту вчинення злочину чи проступку діяла виключно як адміністративний орган. У випадках встановлення факту вчинення злочину і в невідкладних ситуаціях до прибуття судового слідчого їй надавалось право здійснювати огляди, освідкування, обшуки, виїмання. Поліція також була вправі проводити формальні допити свідків, підозрюваних, якщо існувала загроза їх смерті до прибуття судового слідчого. Таким чином поліцейська діяльність із розслідування злочинів мала обмеження і здійснювалася на початкових етапах і тільки в разі відсутності слідчих та можливої втрати слідів вчиненого злочину. Варто відзначити, що органи дізнання посідали підпорядковане положення щодо судового слідчого. Поліція практично виконувала роль помічників у судового слідчого. Останній же мав право перевіряти, відміняти дії поліції, давати їй доручення на виконання розшукових дій. Законні вимоги судового слідчого повинні були виконуватися поліцією негайно.

У цьому зв'язку важливо визначити функціональне призначення органів поліції у взаєминах із судовим слідчим. Зрозуміло, що останній був позбавлений можливості вести розшукову роботу, негайно реагувати на факти підготовки і вчинення злочинів та їх попереджувати і припиняти. Водночас поліція шляхом розшуків встановлювала джерела відомостей про злочин і особу, що його вчинила. Тому судовий слідчий мав діяти впевнено, збирати докази, давати юридичну оцінку діям обвинуваченого. Як зазначається в наукових джерелах того часу «... дізнання має на меті підготувати матеріал

для слідства, визначити шлях, за яким він має йти, дати опору для слідчого в подальшому розкритті істини, та довідавшись про злочин, добуваючи дані про підозру відомої особи, дізнання повинно збирати дані, які полегшують роботу слідчого, наприклад, хто з осіб може бути допитаний як свідок...» [5].

Законодавство Російської імперії з 1864 по 1917 роки розвивалося за правовими традиціями тогочасних західноєвропейських країн. Дана концепція передбачала чіткий розподіл функцій поліції, прокуратури і суду. Після подій 1917 року дана конструкція практично була зруйнована.

Нова влада намагалася побудувати роботу правоохоронних органів на інших організаційно-правових принципах. Тому все те, що було напрацьоване в законодавчому плані про роль і місце поліції у розслідуванні злочинів істотно змінилося, і в першу чергу з ідеологічних мотивів. Як стверджує М. А. Погорецький на першому етапі формування нової правової системи влада відмовлялася від організаційної структури, форми і методів діяльності кримінальної і політичної поліції, вважаючи це «реакційним рудиментом царського режиму» [6]. Аналіз тогочасного законодавства і практики діяльності органів безпеки і внутрішніх справ свідчить, що у функціональному призначенні поліцейської складової у структурі попереднього розслідування відбулися істотні зміни. Так в органах безпеки з 1920 по 1938 року інститут попереднього слідства був скасований – слідчі і розшукові функції виконувалися оперативними працівниками.

Намагання поєднати процесуальне розслідування і поліційну роботу були і в органах міліції. У квітні 1920 року Колегія НКВС РРФСР ухвалила визнати потребу злиття кримінального розшуку і слідства. Проте третій Всеросійський з'їзд діячів радянської юстиції у червні 1920 року не

підтримав ідею створення єдиного слідчо-розшукового апарату [7]. Це не означало, що результати розшукової діяльності не використовувалися у розслідуванні. Прикметно, що ні в КПК 1922, 1927 років нічого не говорилося про розшукову діяльність. Водночас у відповідних статтях цих кодексів зазначалось, що органами дізнання являються органи кримінального розшуку чи органи ДПУ.

Як слушно зазначає М. А. Погорецький, факт розшукової діяльності по суті приховувався від суспільства, хоча вона формально відігравала важливу роль у розслідуванні злочинів [6]. Після прийняття Основ кримінального судочинства Союзу РСР і союзних республік у 1958 році почалася поступова легалізація кримінально-поліційної діяльності у розслідуванні злочинів.

У ст. 103 КПК України 1960 року уже вказувалося, що на органи дізнання покладался обов'язок вживати необхідних оперативно-розшукових заходів з метою виявлення ознак злочинів і осіб, що їх скоїли. Починаючи з 12 червня 1990 року почалися більш активно створюватися законодавчі передумови для поєднання можливостей оперативно-розшукової і слідчої діяльності у розслідуванні злочинів. Приміром, у ч. 2 ст. 29 Основ кримінального судочинства Союзу РСР були внесені доповнення, згідно з якими на органи дізнання покладалося «вжиття необхідних оперативно-розшукових заходів, у тому числі з використанням відеозапису, кіно-фотозйомки та звукозапису, з метою виявлення злочину й осіб, які його вчинили...».

З набуттям Україною незалежності і запровадженням демократичного політичного режиму виникла потреба в нормувати поліційну діяльність органів (МВС, СБУ та інших) і встановити контроль за законністю їх дій. 18 лютого 1992 року Верховна Рада України ухвалила Закон «Про

оперативно-розшукову діяльність». У ст. 1 цього Закону прямо вказувалося, що завданням оперативно-розшукової діяльності є пошук і фіксація фактичних даних про протиправні діяння окремих осіб та груп, відповідальність за які передбачена кримінальним кодексом України ... з метою припинення правопорушень і в інтересах кримінального судочинства. В числі підстав для проведення оперативно-розшукової діяльності у ст. 6 Закону вказувалися ті, які безпосередньо пов'язані з кримінально-процесуальною діяльністю. Так, підлягала перевірці за допомогою оперативно-розшукових заходів інформація про злочини, що готуються або вчинені невстановленими особами, осіб, які готуються або вчинили злочин, осіб, які переховуються від органів розслідування, суду або ухиляються від відбування покарання. Ст. 10 цього Закону прямо вказувала на використання матеріалів оперативно-розшукової діяльності у кримінальному процесі, зокрема для порушення кримінальної справи та отримання доказів.

У 2001 році у ч. 3 ст. 66 КПК України внесено доповнення про надання доручень підрозділам, які здійснюють оперативно-розшукову діяльність проводити оперативно-розшукові заходи чи використати засоби для отримання фактичних даних, які можуть бути доказами у кримінальній справі.

У цьому ж році у ст. 65 КПК України (поняття доказів) доповнюється положенням про те, що протоколи з відповідними додатками, складеними уповноваженими органами за результатами оперативно-розшукових заходів, є видами доказів.

Все це, на нашу думку, свідчить про органічний взаємозв'язок поліційної (зокрема, оперативно-розшукової) і кримінально-процесуальної діяльності. Зміст Закону «Про оперативно-розшукову діяльність» регулював в широкому

розумінні таємне розслідування злочинів, що передувало попередньому розслідуванню, передбаченого КПК України 1960 року. Незважаючи на єдину природу поліційної і кримінально-процесуальної діяльності та їх штучну розмежованість, у наукових джерелах активно проводилася ідея, що це два самостійних види державної діяльності, які здійснюються у різних правових режимах, тягнуть за собою неоднорідні юридичні наслідки. Тому їх об'єднання шкідливо для інтересів законності. Дійсно між ними є відмінності, але більше було і є спільного. Це до певної міри призвело до невинновданого дублювання їх функцій в системі кримінальної юстиції. Єдність цих двох видів діяльності підтверджувалась практикою, а саме створенням оперативно-слідчих груп та розробкою теорії взаємодії між оперативно-розшуковими підрозділами та слідчими.

Іншими словами, практичне застосування положень Закону «Про оперативно-розшукову діяльність» КПК по суті підказувало про потребу об'єднати ці взаємопов'язані види юридичної діяльності. Такий підхід забезпечував адекватну і ефективну реакцію органів держави на факти вчинення злочинів, збирання доказів і швидкість розслідування. Життєздатність даної конструкції підтверджується й усім досвідом поліції європейських країн.

Аналіз законодавства про поліцію країн Європейського Союзу свідчить про те, головним призначенням поліції є підтримка публічного спокою, забезпечення права і порядку в суспільстві, захист і дотримання основоположних прав і свобод, закріплених в Європейській Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод. До числа основних повноважень поліції з закони також відносить: запобігання та подолання злочинності, виявлення злочинів. Тому вона є одним із чотирьох компонентів

кримінальної юстиції, до якої входять також входять прокуратура, суди та пенітенціарна система. Повноваження цих відомств чітко розмежовані, незважаючи на їх взаємозв'язок. Такий рівень організованості передбачає їх кооперацію, гармонійність у взаємодії, коли кожна ланка виконує специфічну роль і несе відповідальність за визначену долю загальнокорисного результату. Цим самим забезпечується високоефективне виконання покладених законом функцій кожним із суб'єктів системи органів кримінальної юстиції.

У країнах де діяльність поліції знаходиться під контролем прокуратури чи слідчого судді така співпраця має розумну межу. При цьому їхня діяльність не повинна дублюватися. Дана ідея була покладена в основу розмежування поліційної (оперативно-розшукової) і кримінально-процесуальної діяльності при підготовці проекту КПК України 2012 року. Це позитивно було оцінено експертами Ради Європи, які у своєму висновку від 2 листопада 2011 року [8] вказали «Проект КПК України відійшов від громіздського із чисельними повторами триступеневого кримінального процесу радянського типу. Він відкидає концепцію «дівання» приптаннну колишній моделі, де ця стадія передувала впливаючи на офіційне досудове розслідування». Але не так сталося, як гадалося. «Реформатори» прагнули зберегти та модифікувати радянську систему намагаючись до її основи пристосувати окремі елементи демократичного спрямування шляхом накладання європейських стандартів на радянську модель органів кримінальної юстиції [9].

Так, у зв'язку з прийняттям Верховною Радою України 13 квітня 2012 року Кримінального процесуального кодексу України одночасно були внесені окремі зміни до Закону України «Про оперативно-розшукову діяльність». Це була перша

серйозна спроба розмежувати предмет поліційної (оперативно-розшукової) і кримінальної процесуальної діяльності. Конча потреба їхнього суміщення обумовлювалася тим, що підставою для кримінального провадження відповідно до ч. 1 ст. 2 КПК України могло виявленні з будь-якого джерела обставин, що можуть свідчити про вчинення кримінальних правопорушень, а також включення до структури досудового розслідування поліційної складової (негласних слідчих розшукових дій) (ст.ст. 246–275 КПК України).

Таким чином відбулося часткове об'єднання поліційної та кримінальної процесуальної діяльності. Це передбачає перевірку первинних даних про можливий злочин в сфері кримінального провадження під контролем кримінального процесуального закону з дотриманням його форм і гарантій.

Згідно з попереднім законодавством такі дії проводилися в сфері оперативно-розшукової діяльності та у порядку так званої дослідчої перевірки передбаченої ст.ст. 94–100 КПК України 1960 року

Отже, новий КПК України 2012 року встановив порядок, згідно з яким діяння, що можуть свідчити про вчинення кримінального правопорушення віднесені до предмету кримінально-процесуальної діяльності. Інакше кажучи те, що раніше відносилось до поліційної (оперативно-розшукової) діяльності включено в структуру досудового розслідування.

Водночас аналіз чинного Закону України «Про оперативно-розшукову діяльність» та відповідних положень КПК України свідчить про те, що остаточного розмежування цих видів діяльності, на жаль, так і не відбулося.

Так, в ст. 6 Закону України «Про оперативно-розшукову діяльність» вказується, що підставами для проведення оперативно-розшукової діяльності є:

1) наявність достатньої інформації, одержаної в установленому законом порядку, що потребує перевірки за допомогою оперативно-розшукових заходів і засобів про злочини, що готуються, а також осіб, які готують вчинення злочинів

У відповідності до ч. 1 ст. 14 Кримінального кодексу України готування до злочину – це діяння, за які передбачена кримінальна відповідальність. Кваліфікація готування до злочину здійснюється за статтею Особливої частини КК України, яка передбачає відповідальність за той злочин, до якого винна особа готувалася, та за ч. 1 ст. 14 Кримінального Кодексу України [10].

Слід взяти до уваги й те, що у випадках передбачених законом про кримінальну відповідальність готування до конкретного правопорушення може визнаватися самостійним складом іншого закінченого злочину.

Як правильно зазначають автори Науково-практичного коментаря до Кримінального кодексу України, системне об'єднання положень ст.ст. 13–14 і ч. 1 ст. 17 дає можливість визначити видову юридичну конструкцію складу готування до злочинів [11].

Таким чином, не викликає сумнівів те, що предметом діяльності поліційних (оперативно-розшукових) підрозділів є діяння, які можуть бути кваліфіковані, як злочини. Намагаючись хоча б частково уникнути дублювання в поліційній і кримінально-процесуальній діяльності, законодавець у ч. 4 ст. 7 Закону України «Про оперативно-розшукову діяльність» вимагає у випадку виявлення ознак злочину оперативними підрозділами негайно направляти матеріали до відповідного органу досудового розслідування. Винятком з цього загального правила є ситуації, коли виникає потреба закінчити проведення оперативно-розшукових заходів із

тим, що виключити негативний вплив на даліше кримінальне провадження. Незважаючи на це, законодавець зобов'язує оперативно-розшуковий підрозділ повідомляти орган досудового розслідування та прокурора про факт виявлення діяння з ознаками злочинів. Дана корекція законодавства в принципі започаткувала об'єднання цих двох видів діяльності, але кардинально не вирішила дану проблему.

Аналіз положень ч. 1 ст. 6 і ч. 4 ст. 7 Закону України «Про оперативно-розшукову діяльність» свідчить про те, що «перевірка достатньої інформації про злочини, що готуються і осіб, які готують вчинення злочинів» та виявлення ознак злочину оперативними підрозділами практично за своїм змістом нічим не відрізняються. Предметом діяльності і в першому, і другому випадку є діяння з ознаками складу злочину. Семантика слів «перевіряти» і «виявлення» є певним цьому свідченням. Так, згідно з Великим тлумачним словником сучасної української мови слово «перевіряти» означає з'ясовувати правильність, точність чого-небудь; переконуватися в наявності або відсутності кого, чого-небудь; робити аналіз для виявлення наявності якого-небудь складника, елементу, або для з'ясування якості чогось [12].

Слово «виявляти» означає шукаючи, знаходити, перевіrivши що-небудь – встановлювати якійсь факт. Фахівці, гадаємо, погодяться з тим, що висновку про існування діяння про злочини, що готуються, чи осіб, які готують вчинення злочину та виявленню ознак злочину завжди передують комплекс заходів із перевірки такої інформації. В широкому сенсі це є фактично розслідування, в ході якого збирається, перевіряється і оцінюються відомості про можливий факт вчинення злочину і особи яка його скоїла.

Стаття 8 Закону України «Про оперативно-розшукову діяльність» дає широкий перелік розшукових і

оперативно-розшукових заходів, які можуть бути використані в досягненні вищезазначених цілей. В число таких заходів включені негласні слідчі (розшукові) дії передбачені ст.ст. 267, 272, 260, 261, 262, 263, 264, 265, 268, 269, 270, 273, 275 Кримінального процесуального кодексу України. Крім цього, в Законі України «Про оперативно-розшукову діяльність» (ст. 8) наголошується, на тому, що прийняття рішення про проведення оперативно-розшукових заходів, їх проведення і інші питання з урахуванням певних особливостей регулюються положеннями глави 21 Кримінального процесуального кодексу України. Принциповим є також і те, що встановлення особи, яка скоїла злочин чинним Законом України «Про оперативно-розшукову діяльність» нормативно вилучено із повноважень оперативно-розшукових підрозділів.

Так, із змісту ч. 1 п. 1 ст. 7 Закону України «Про оперативно-розшукову діяльність» слова «виявлення, припинення і розкриття» замінено словами «виявлення і припинення», у п. 5 цієї ж статті слова «з метою швидкого і повного попередження виявлення та припинення злочинів» замінено словами «з метою швидкого і повного попередження, виявлення та припинення злочинів». Цим самим законодавець визначив функціональне призначення оперативно-розшукової (поліційної) діяльності у структурі органів кримінальної юстиції.

Це узгоджується з континентального європейською практикою, у якій розслідування поділяється на загальне та спеціальне, де загальне спрямоване на невідкладне дослідження події та обставин злочину, а спеціальне має на меті виявити підозрюваного та з'ясувати його вину у вчиненні злочину [13, 60].

Вилучення з тексту Закону України «Про оперативно-розшукову діяльність» словосполучення «розкриття злочину»

свідчить про те, на оперативно-розшукові підрозділи фактично покладено загальне розслідування, а спеціальне – на органи досудового розслідування.

На наш погляд така конструкція є не логічною і навіть суперечливою. З одного боку, в КПК України включено частину поліційної діяльності, а з іншої – збережено, як окремий вид, практично в повному обсязі оперативно-розшукову діяльність. Порівняльний аналіз відповідних положень КПК і Закону України «Про оперативно-розшукову діяльність» свідчить, що отримані дані про можливий злочин поетапно підлягають перевірці як в сфері поліційної (оперативно-розшукової), так і в кримінальний процесуальний діяльності.

Як показано вище, предмет відання діяння з ознаками складу злочину є спільним для цих видів діяльності. Їхні повноваження в частині поліцейської складової також практично співпадають. Все це свідчить про наявність дублювання у роботі кримінально-поліційних (оперативно-розшукових) і слідчих підрозділів, що тягне за собою проблеми управлінського характеру а в кінцевому результаті негативно впливає на ефективність розслідування.

На нашу думку, така конструкція елементів системи органів кримінальної юстиції – результат концептуальних деформацій, що залишилися в спадок від попередніх і радянських часів.

У зв'язку з цим, правильно стверджує М. І. Сірий «...система розслідування має вірно відображати сутність соціальних відносин, що складаються під час встановлення фактів вчинення злочинів, виявлення всіх його ознак, збирання доказів та визнання особою винуватою» [13, 59].

Зростання «професійності» у вчиненні злочинів і підготовці злочинів, застосування новітніх досягнень

науково-технічного прогресу в злочинних цілях вимагає адекватної, економічно обґрунтованої відповіді від держави. Тому на сьогодні є застарілою і неефективною історично сформована концепція *окремого* поліцейського і процесуального розслідування. Їх треба об'єднувати заради спільної мети. У зв'язку з цим слід подолати концептуальні деформації, сформовані в інших історичних умовах і тепер не відповідають сучасним потребам науки, законодавства і практики. Ігнорування цього чинника спричинить те, що реформи будуть мати «фасадний» характер і лише накопичувати існуючі проблеми. Тому правильно стверджує Л. В. Головка, що «перш за все треба реформувати те, що було історично деформовано по незалежним від сучасного законодавця причинам» [14].

Подальше удосконалення структури органів кримінальної юстиції повинно виходити з того, що розслідування злочинів є по своїй природі виключно поліційною діяльністю незалежно від відомчої належності. При цьому робота поліції має поділятися до злочину і після його вчинення. У першому випадку вона діє як адміністративна поліція з підтримання громадського порядку. У другому – як кримінальна поліція. Факти злочинної діяльності можуть стати відомими поліції у таких випадках: 1) при виконанні функції підтримання громадського порядку (адміністративна поліція); 2) отримання скарги від потерпілого або повідомлення інших осіб про злочин; 3) діючи на підставі вказівки прокурора.

Згідно з європейськими традиціями поліції надається право при безпосередньому виявленні особи, яка вчинила злочин затримувати її на декілька годин. Вона позбавлена права самостійного розслідування і правової оцінки діянь підозрюваного. Збирання доказів поліцією відбувається з дотриманням гарантій

законності та умов правомірності тимчасового обмеження конституційних прав громадян. Ключову роль в ході поліцейського розслідування відіграє прокурор, який є керівником даного виду діяльності і надає зібраним поліцією доказів правову оцінку, розпочинає кримінальне переслідування, приймає рішення про рух провадження, здійснює нагляд за законністю розслідування, керує цим процесом та клопоче перед судом щодо вирішення питання про винуватість чи закриття кримінального провадження. Слідчий суддя в процесі такого розслідування здійснює контроль за законністю застосування примусових заходів і правомірного обмеження прав особи при збиранні доказів. На наш погляд, така конструкція досудового розслідування має усунути дублювання в діяльності теперішніх поліцейських і слідчих підрозділів і сприятиме ефективнішому розслідуванню злочину.

Таке розслідування можна називати по-різному: 1) поліцейське дізнання; 2) досудове розслідування; 3) поліцейське розслідування. Але її суть залишається незмінною – це передовсім поліційна діяльність, яка має починатися з моменту виявлення поліцією діяння з ознаками злочину. Вона може включати гласні і негласні способи збирання джерел майбутніх доказів. Суб'єкти такої діяльності можуть бути офіцери розслідування.

У такий спосіб зникне штучне розмежування поліційної (оперативно-розшукової) та кримінально-процесуальної діяльності.

Пропозиції щодо реструктуризації вітчизняного досудового розслідування обґрунтовувалися у наукових джерелах. Наприклад, В. П. Гмирко у 2010 році звернув увагу на коопераційний характер підготовчого провадження, у якому кожен «носіє діяльності» покликаний виконувати конкретну функцію у межах власного технологічного статусу. Він зазначав,

що відповідно до вимог діяльнійшої методології, кожен суб'єкт діяльності повинен зайняти своє функціональне місце за схемою «керівник», «організатор», «виконавець». Функція «керівника» розслідування має полягати в оперативному управлінському забезпеченні діяльності «організатора» та «виконавця». Він повинен бути своєрідним «процесуальним директором», якому підпорядковано підрозділ кримінальної поліції. До його функцій також відноситься нагляд за додержанням законів, здійснення процесуального керівництва, розгляд та вирішення скарг на дії підлеглих. «Організатором» повинен бути відповідальний офіцер поліції, який очолює роботу спеціалізованої групи поліції, що здійснює розслідування з певної правореlevantної події. Звісно, що він несе персональну

відповідальність за своєчасність, законність і ефективність розслідування. На «організатора» покладається основний тягар організації та здійснення розслідування. «Виконавці» – це вишколені офіцери поліції, що входять до складу груп (бригад), які безпосередньо вчиняють дії з розслідування в межах закону, повноважень і завдань, визначених «організатором» [15, 242–248].

Такі учасники кримінального провадження як співробітник оперативного підрозділу, слідчий органу досудового розслідування, керівник органу досудового розслідування мають бути об'єднані у єдиний орган досудового розслідування – поліцію. Оперативно-розшукова діяльність, як рудимент радянської правової системи має посісти належне місце в Кримінальному процесуальному кодексі.

СПИСОК ВАІТЕРАТУРИ:

1. *Гартунг Н.* История уголовного судопроизводства и судоустройства Франции, Англии, Германии и России, приуроченная к университетскому курсу / Н. Гартунг. – СПб : Типография Э. Арнольда, 1868 г. – С. 63.
2. *Салтыков-Щедрин М. Е.* Сочинения. Четвертое издание. – СПб : Издание А. Ф. Маркса, 1900. – Т. 1. – С. 21–143, 411–413, 586–651.
3. *Гессен И. В.* Судебная реформа / Великие реформы 60-х гг. в их прошлом и настоящем / [под ред. И. В. Гессена и А. И. Каминка]. – СПб : Типолитограф. Ф. Вайсберга и П. Гершунина, 1905. – С. 18–19.
4. *Лифанова Л. Г.* Краткий исторический очерк о расследовании преступлений в дореволюционной России / Л. Г. Лифанова, Б. Б. Степанов. – М. : Илекса, 2006. – С. 40.
5. *Квачевский А. А.* Об уголовном преследовании, дознании и предварительном исследовании преступлений по судебным уставам 1864 года. Часть II / А. А. Квачевский. – СПб : Тип. Ф. С. Сушинского, 1866–1870. – С. 75.
6. *Погорецький М. А.* Функціональне призначення оперативно-розшукової діяльності у кримінальному процесі / М. А. Погорецький. – Харків : Арсіс, 2007. – С. 38.
7. *Портнов В. П.* Процессуальные формы дознания в первые годы Советской власти, 1917–1920 гг. / В. П. Портнов // Правоведение. – 1969. – № 2. – С. 102 – 108.
8. *Висновок щодо проекту кримінального процесуального кодексу України.* – Страсбург : [Б. в.], 2011. – С. 12.

9. *Сірий М. І.* Реформи правоохоронних органів в Європі й Україні / М. І. Сірий // Вісник Верховного Суду України. – 2006. – № 8 (72). – С. 27.
10. *Кримінальне право* України. Загал частина : підручн. для студентів юрид. вузів і фак. / Г. В. Андрусів, П. П. Андрушко, В. В. Бенківський [та ін.] ; за ред. П. С. Матишвського [та ін.]. – К. : Юрінком-Інтер, 1997. – С. 246.
11. *Уголовный кодекс* Украины. Научно-практический комментарий. – 3-е изд. иправл. и доповн. / [отв ред. С. С. Яценко]. – К. : АСК. – 2003.
12. *Великий тлумачний словник* сучасної української мови з додатками і доповненнями / [уклад. в голов. ред. В. Т. Бусел]. – К. ; Ірпінь : Перун, 2005. – С. 903.
13. *Сірий М. І.* Система попереднього розслідування: базові положення / М. І. Сірий // Проблемні питання застосування КПК в сучасних умовах. – К. : НАВСУ, 2014. – С. 60.
14. *Головко А. В.* Реформа полиции в контексте модернизации предварительного производства в российском уголовном процессе [Электронный ресурс] / А. В. Головко // Международная Ассоциация Содействия Правосудию. – Режим доступа : <http://www.uaaj.net/node/484>
15. *Гмирко В. П.* Доказування в кримінальному процесі: діяльнісна парадигма. Теоретичний аналіз. Проблематизація. СМД-репрезентація : монографія / В. П. Гмирко. – Дніпропетровськ : Академія митної служби України, 2010. – С. 242–248.

Стаття надійшла до редакції: 16.04.2015.

Рекомендовано кафедрою кримінального процесу та криміналістики

POLICE AND CRIMINAL-PROCEDURE ACTIVITY: AT THE TURN OF PAST AND FUTURE

Shumylo M.

Abstract: Criminal proceedings without a system of coordination with other actors in the criminal justice system can not function effectively. First of all, it concerns the relationship with the criminal justice system. According to domestic law police always took part in the investigation of crimes. The limits of its powers were too broad or limited. These extremes always lead to violations of human rights or inefficiency of investigation. On the basis of criminal procedure law, concluded that the traditionally in Ukraine police criminal activity preceded procedural investigation. In the Soviet period in law formed its variety – operational search activity. Thus formed a backup of police criminal activity and criminal procedural activity. With the adoption of the Criminal Procedure Code in 2012, this problem eliminated only in part. So declared proposals for reform of pre-trial investigation in accordance with the European tradition.

Keywords: criminal-procedure activity, operational investigations (investigative activities), police activity.



ПОЛИЦЕЙСКАЯ И УГОЛОВНО-ПРОЦЕССУАЛЬНАЯ ДЕЯТЕЛЬНОСТЬ: НА СТЫКЕ ПРОШЛОГО И СОВРЕМЕННОГО

Шумило Н.

Резюме: Уголовный процесс не может эффективно функционировать без системных согласований с другими субъектами уголовной юстиции. Прежде всего, это касается взаимоотношений с органами уголовной юстиции. Согласно отечественному законодательству полиция всегда участвовала в расследовании преступлений. Пределы его полномочий были или слишком широкими, либо слишком ограниченными. Такие крайности всегда приводили к нарушению прав и свобод человека или неэффективности расследования. На основе анализа уголовно-процессуального законодательства сделан вывод о том, что традиционно на территории Украины уголовно-полицейская деятельность предшествовала процессуальному расследованию. В советский период права даже сформировался вид – оперативно-розыскная деятельность. Таким образом возникло неоправданное дублирование полицейского и уголовно-процессуальной деятельности. С принятием УПК 2012 г. данная проблема устранена лишь частично. В связи с этим задекларировано предложения по реформированию досудебного расследования в соответствии с европейской традицией.

Ключевые слова: уголовно-процессуальная деятельность; оперативно-розыскная деятельность; полицейская деятельность.

СУЧАСНІ ТЕНДЕНЦІЇ РОЗВИТКУ КРИМІНАЛІСТИКИ В УМОВАХ РЕАЛІЗАЦІЇ КРИМІНАЛЬНОГО ПРОЦЕСУАЛЬНОГО ЗАКОНОДАВСТВА

УДК 343



В. П. Корж

*доктор юридичних наук, професор, Почесний
працівник Прокуратури України, Харківський
національний університет внутрішніх справ*

У статті визначено тенденції розвитку сучасної науки криміналістики, зв'язок криміналістики з наукою кримінального процесу, доведено ефективність використання криміналістичних рекомендацій у всіх сферах судочинства, проаналізовано положення КПК, які містять псевдонаукові дефініції, новації, юридичні, міжгалузеві колізії та колізії у навчальному процесі; запропоновано способи їх вирішення.

Ключові слова: криміналістика, інтеграція, сфери судочинства, криміналістичні рекомендації, псевдонаукові дефініції, колізії.



MODERN TRENDS CRIMINALISTICS UNDER
IMPLEMENTATION CRIMINAL PROCEDURE LAW

Korzh V. P.

Received: 16 Apr 2015.

У розвитку сучасних юридичних наук визначну роль мають процеси інтеграції і диференціації наукового знання, розширення та поглиблення фундаментальних наук, комплексність наукових досліджень. Криміналістика, як зазначено у юридичній літературі, являє собою єдиний сплав знань синтетичної природи, а не є сукупністю наук, не є комплексною наукою (тому що комплексування включає об'єднання окремих знань) [3, 12–13]. Зміст, сфера застосування і завдання криміналістики, її синтетична природа обумовлюють її методологічні, родові та органічні зв'язки із юридичними, суспільними, природничими і технічними науками та іншими галузями наукового знання. Слід відзначити, що із юридичних наук криміналістика, найбільш тісно пов'язана з науками процесуального права, зокрема з наукою кримінального процесу, особливо із розділами у яких викладено теорію доказів, процедуру проведення слідчих і судових дій. Процесуальні науки визначають межі й умови застосування криміналістичних рекомендацій під час судового дослідження, оцінки та використання доказів, компетенцію учасників процесу у суді при використанні криміналістичних засобів, прийомів, методів. У зв'язку з цим необхідно визнати службову роль криміналістики

як науки, котра забезпечує здійснення правосуддя, і як науку прикладну й практичну. Інтеграція передових наукових досягнень технічних, інших наук в кримінальне, цивільне, адміністративне, господарське судочинство є важливою функцією криміналістики на сучасному етапі її розвитку. Розроблені криміналістичною наукою засоби, прийоми, методи і методики ефективно використовуються у розслідуванні злочинів, судовому розгляді кримінальних справ, інших сферах правозастосовної діяльності. В межах чинного законодавства сторони, суд активно використовують криміналістичні рекомендації для збирання, дослідження, оцінки і використання доказів в ході судового розгляду цивільних, господарських, адміністративних справ. Застосування криміналістичних рекомендацій у всіх сферах судочинства не призводить до появи нових об'єктів, які вивчаються криміналістичною наукою. Об'єктами криміналістики залишаються, з одного боку – злочинність і злочин, а з іншого – досудове розслідування, судовий розгляд, запобігання злочинам.

Безумовно, система кодифікованого законодавства України має важливе значення для ефективної роботи оперативних, слідчих органів, прокуратури та суду. У зв'язку з цим прийняття нового КПК (2012 р.) і стало завершальним етапом кодифікації у сфері кримінальної політики.

Соціальне призначення реформи у сфері кримінального судочинства полягає у тому, що держава повинна відповідати перед людиною за свою діяльність і реально забезпечити процесуальними засобами охорону та захист прав і свобод, законних інтересів людини і громадянина у кримінальному процесі. Варто зазначити, що прийняттю чинного КПК в Україні не передували концептуальні розробки нових процесуальних інститутів,

незалежні наукові дискусії, критичні виступи науковців та практичних працівників щодо доцільності окремих процесуальних новацій. Системний аналіз приписів статей КПК України свідчить про змішування авторами КПК процесуальних інститутів англосаксонського і континентального права та штучне перенесення їх до кримінально-процесуального законодавства України і як результат цього наявність в окремих положеннях цього Кодексу псевдонаукових дефініцій, юридичних колізій, що призводить до грубих порушень законності під час досудового слідства та в суді, погіршенню прав і свобод людини у кримінальному процесі.

У окремих положеннях автори КПК наукове вчення про злочин замінили на псевдонаукові дефініції «кримінальне правопорушення», «кримінальний проступок». Формальна, непродумана, хибна політика можновладців, правове невігластво, політична кон'юнктура авторів КПК та депутатського корпусу руйнують наукові школи, правові інститути у сфері конституційного, кримінального, кримінального процесуального права, криміналістики, кримінології; а також – вітчизняні процесуальні традиції, позитивний досвід роботи оперативних, слідчих органів прокуратури та суду. Це призводить до утворення юридичних колізій у правотворчості та правозастосуванні, міжгалузевих колізій між кримінальним процесуальним і кримінальним правом, кримінальним процесом і криміналістикою.

У зв'язку з цим система кодифікованого законодавства у сфері кримінальної політики не достатньо ефективна. З прийняттям КПК у правовій системі відсутній принцип єдності при розподілі компетенції. Про це свідчить оголошення КПК його авторами і законодавцем «головним кодексом». Так, у ч. 3 ст. 9 КПК зазначено, що «Закони та інші нормативно-правові

акти України, положення яких стосуються кримінального провадження, повинні відповідати цьому Кодексу. При здійсненні кримінального провадження не може застосовуватися закон, який суперечить цьому Кодексу». Так, відповідно до даного припису Кримінальний кодекс України не може застосовуватися при здійсненні кримінального провадження, тому що суперечить положенням КПК про розслідування кримінального правопорушення та постановлення вироку за вчинення кримінального правопорушення. Такий підхід порушує принципи єдності та системності у правовій сфері. Кримінальне процесуальне право є самостійною галуззю, одночасно і частиною всього права в правовій системі держави. Оголошення на законодавчому рівні КПК «головним кодексом» свідчить про грубе ігнорування нормативних приписів Конституції України, Кримінального кодексу, безпідставне порушення предмету правового регулювання науки кримінального права.

Науковий аналіз статей в розділах I, II, III, IV, V, VI, VII КПК України та співвідношення їх із нормами конституційного, кримінального законодавства, іншими законами України, криміналістичними вченнями про спосіб злочину, криміналістичну характеристику злочинів, методику розслідування окремих видів злочинів інші, свідчить про абсолютизацію окремих процесуальних процедур, які зобов'язують слідчого, прокурора розслідувати «кримінальні правопорушення», «кримінальні проступки», а суддів постановити вирок за вчинення «кримінального правопорушення», тобто діяння не передбаченого Кримінальним кодексом України. Так, за приписом ч. 1 ст. 216 КПК України слідчі органів внутрішніх здійснюють досудове розслідування кримінальних правопорушень, передбачених Законом України «Про кримінальну відповідальність». Такого Закону в Україні не існує.

Зазначене свідчить про ігнорування правової аксіоми «не має злочину і не має покарання за нього, якщо не має закону» та грубе вторгнення норм КПК до предмету кримінально-правового регулювання. Підміна кримінально-правового терміну «злочин» і відповідного йому поняття, яке визначено у ст. 11 КК України, на псевдонауковій дефініції «кримінальне правопорушення, кримінальний проступок» суперечить положенням Конституції України, чинного кримінального законодавства, фундаментальним теоретичним положенням науки кримінального права, кримінального процесуального, кримінології, криміналістики, інших юридичних наук.

В юридичній літературі правильно зазначено, що кримінально-процесуальне право має свій предмет правового регулювання. Сутність кримінального процесу полягає в тому, що сукупність процесуальних засобів забезпечує застосування норм кримінального закону.

Вивчення практики свідчить про те, що слідчі, прокурори, судді використовують в процесуальних документах термін «кримінальне правопорушення» і при цьому посилаються на норми Кримінального кодексу України, незважаючи на те, що аналогія в сфері кримінального законодавства не допустима. Деякі слідчі використовують термінологію «кримінальне правопорушення» на початку розслідування, а у повідомленні про підозру – термін «вчинення злочину». Судді у вироках посилаються на вчинення особою кримінального правопорушення, тоді як у резолютивній частині зазначають про визнання особи винуватою у вчиненні злочину, передбаченого конкретною статтею Кримінального кодексу. Таким чином, вимушене застосування слідчими і суддями вказаних псевдонаукової дефініції «кримінальне правопорушення» призводить до

порушення принципів верховенства права і законності у кримінальному процесі, погіршення прав підозрюваного і обвинуваченого, неузгодженості і безпорядку у правозастосовній практиці. Окремі депутати пропонують прийняти Закон «Про відповідальність за кримінальні правопорушення, кримінальні проступки». Цього допускати не можна, тому що протягом 2012–2014 років, особи були вже незаконно засуджені судами за вчинення кримінального правопорушення, тобто за діяння які не визначені у Кримінальному кодексі. Після прийняття такого Закону, вони підлягатимуть виправдуванню, у зв'язку з неправильним застосуванням кримінального закону. Варто погодитися з точкою зору В. Г. Гончаренко про те, що вищою соціальною цінністю в суспільстві є здійснення правосуддя в інтересах людини і в межах моралі. Тому влада будь-якого рівня, яка порушує права і свободи людини діє аморально, поступово втрачає свою легітимність разом з актами, які вона приймає [2, 34].

Вважаємо, що способами усунення зазначених юридичних і міжгалузевих колізій є внесення змін до окремих положень КПК, у яких необхідно викласти термін матеріального закону – «злочин» та вилучити терміни «кримінальне правопорушення», «кримінальний проступок».

Наукою криміналістикою розроблено рекомендації щодо застосування тактичних прийомів під час допиту підозрюваного, обвинуваченого, які десятки років ефективно використовували слідчі у практичній діяльності. Чинний КПК не передбачає процесуальний порядок допиту підозрюваного, обвинуваченого. Як свідчить практика реалізації кримінального процесуального законодавства, слідчі проводять допит підозрюваного, за його згодою і за участю захисника, за аналогією визначеної процесуальної процедури допиту підозрюваного у попередньому

КПК (1960 р.). На наш погляд, доцільно унормувати процесуальний порядок допиту підозрюваного, обвинуваченого шляхом внесення доповнення до глави 20 «Слідчі (розшукові) дії», де у відповідних статтях передбачити «Допит підозрюваного», «Допит обвинуваченого».

Вивчення та аналіз окремих положень КПК свідчать про те, що має місце не реформування процесуальної системи, а її – деформування. Так, протягом багатьох років у слідчій практиці ефективно використовувалися криміналістичні рекомендації щодо тактики виїмки. При розслідуванні злочинів економічної спрямованості документи є основним джерелом інформації про злочин, важливим доказом про спосіб злочину, його виконавців, інші обставини. У чинному КПК не передбачено проведення виїмки як самостійної слідчої дії. Слід відзначити, що за приписом ч. 5 ст. 237 КПК при проведенні огляду дозволяється вилучення речей і документів, які мають значення для розслідування. Правові підстави, процесуальний порядок, наслідки огляду і виїмки різні. Чинним законодавством не визначений процесуальний порядок виїмки матеріальних носіїв, оригіналів первинних бухгалтерських та фінансово-господарських документів, комп'ютерної інформації, програм тощо. Це негативно впливає на слідчу практику, значно ускладнює виявлення і розслідування економічних та інших злочинів, призводить до формалізації слідчого огляду і не уможливає вилучення оригіналів первинних бухгалтерських документів, або документів, що містять банківську таємницю. У зв'язку з цим, доцільно внести доповнення до глави 20 «Слідчі (розшукові) дії», де у відповідних статтях передбачити «Підстави та порядок проведення виїмки», «Обов'язковість видачі предметів і документів», «Протокол виїмки».

Вважаємо, що основні положення Кримінального процесуального кодексу України повинні відповідати конституційному, кримінальному законодавству, фундаментальним засадам теорії держави і права, і не суперечити теоретичним положенням кримінального процесуального, кримінального права, криміналістики, кримінології, оперативно-розшукової діяльності.

Слід зазначити деякі проблеми, пов'язані із впровадженням КПК у навчальний процес. Навчання у вищих навчальних закладах системи МВС України, у юридичних вузах, на юридичних факультетах здійснюється відповідно навчальних програм. Відповідно до навчальної програми та за змістом курсу кримінального права курсанти і студенти традиційно вивчають поняття, ознаки злочину, його види та покарання за злочин тощо, з курсу криміналістики – вивчають криміналістичні вчення про спосіб злочину, механізм злочину, криміналістичну характеристику злочинів, методику розслідування окремих видів злочинів інші; у курсі кримінології курсанти студенти вивчають причини та умови злочинів, економічну, корисливу злочинність тощо, і тільки у курсі кримінального процесу вони вивчають процедуру розслідування «кримінальних правопорушень». Це свідчить про те, що псевдонаукові дефініції кримінального процесуального законодавства порушили принцип єдиного підходу до навчання майбутніх юристів.

Не можна погодитися з окремими вченими-кон'юнктуристами, котрі в угоду можновладцям, авторам КПК та законодавцю запропонували використовувати у криміналістиці псевдонаукову дефініцію «кримінальні правопорушення». Керівництво кафедри криміналістики і судової медицини та психіатрії Харківського національного університету внутрішніх справ запропонувало назвати «Криміналістичні аспекти розслідування кримінальних

правопорушень» напрямок роботи наукової конференції, а старший викладач цієї кафедри Т. І. Савчук підготувала тези за темою: «Інтернет-сервіси у розслідуванні кримінальних правопорушень» [4, 210, 299]. Такий псевдонауковий підхід свідчить про зраду науці криміналістики.

Наука повинна бути незалежною. Наукова істина повинна визначатися не в держаних структурах, а в незалежних наукових установах. Наука має цінність тоді, коли вона досліджуючи межі можливого виявляє помилки законодавця, пропонує нові підходи, які можуть бути засвоєні правом. Варто погодитися з думкою російського процесуаліста професора С. Александрова, що наука розпочинається там, де вона говорить ні законодавцю і правозастосуванню [1, 6]. На жаль, у сучасній науці кримінально-правового циклу має місце дефіцит нових наукових ідей, низька якість наукових дискусій і досліджень.

Правове невігластво авторів КПК та політична кон'юнктура депутатського корпусу призвели до унормування на законодавчому рівні псевдонаукових дефініцій «кримінальне правопорушення», «кримінальний проступок», інших сумнівних процесуальних новацій в нормах Кримінального процесуального кодексу України. І як результат проблеми реалізації кримінального процесуального законодавства в практичній діяльності, юридичні колізії в правотворчості і правозастосуванні, міжгалузеві колізії між кримінальним процесом і науками кримінально-правового циклу, криміналістики, колізії у навчальному процесі.

Таким чином, кримінально-процесуальне законодавство, як свідчать проблеми його реалізації в діяльності органів досудового розслідування, прокуратури і суду та у навчальному процесі, не відповідає суспільним потребам щодо додержання засад верховенства права та законності, прав і свобод людини і громадянина

у кримінальному процесі. Вирішення цих проблем потребує термінового внесення змін та доповнень до окремих положень КПК України, вилучення термінів «кримінальне правопорушення»,

«кримінальний проступок» та унормування традиційного терміну для наук кримінально-правового циклу і криміналістики «злочин».

СПИСОК ЛІТЕРАТУРИ:

1. *Александров А. С.* Духless русского уголовно-процессуального права / А. С. Александров // Уголовное судопроизводство. – № 1. – 2010. – С. 2–12.
2. *Гончаренко В. Г.* Принцип науковості як методологія юридичного нормотворення / В. Г. Гончаренко // Вісник Академії адвокатури України. – К. : ВЦ ААУ, 2007. – Вип. 3(10). – С. 32–45.
3. *Криминалистика : учебник для вузов* / А. Ф. Волинский, Т. В. Аверьянова, И. Л. Александрова [и др.] ; под ред. проф. А. Ф. Волинского. – М. : Закон и право ; ЮНИТИ-ДАНА, 1999. – 615 с.
4. *Савчук Т. І.* Інтернет-сервіси у розслідуванні кримінальних правопорушень / Т. І. Савчук // Впровадження нового Кримінального процесуального кодексу України в правоохоронну діяльність та навчальний процес: досвід та шляхи удосконалення : мат. наук.-практ. конф., м. Харків, 5 квітня 2013 р. / МВС України ХНУВС. – Х. : ХНУВС, 2013. – С. 299–303.

Стаття надійшла до редакції: 16.04.2015.

Рекомендовано кафедрою кримінального процесу та криміналістики

MODERN TRENDS CRIMINALISTICS UNDER IMPLEMENTATION CRIMINAL PROCEDURE LAW

Korzh V. P.

Abstract: In the article the trends of modern forensic science, criminology relationship with science of criminal proceedings brought forensic recommendations efficiency in all areas of justice, analyzed the provisions of the CPC containing pseudo-definition, innovations, legal, intersectoral conflicts and conflicts in the educational process; proposed their solutions.

Keywords: criminology, integration, judiciary, forensic recommendations pseudo definitions conflict.



СОВРЕМЕННЫЕ ТЕНДЕНЦИИ РАЗВИТИЯ КРИМИНАЛИСТИКИ В УСЛОВИЯХ РЕАЛИЗАЦИИ УГОЛОВНОГО ПРОЦЕССУАЛЬНОГО ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА

Корж В. П.

Резюме: В статье определены тенденции развития современной науки криминалистики, связь криминалистики с наукой уголовного процесса, доказана эффективность использования криминалистических рекомендаций во всех сферах судопроизводства,

проанализированы положения УПК, которые содержат псевдонаучные дефиниции, новации, юридические, межотраслевые коллизии и коллизии в учебном процессе; предложены способы их решения.

Ключевые слова: криминалистика, интеграция, сферы судопроизводства, криминалистические рекомендации, псевдонаучные дефиниции, коллизии.

ОСОБЛИВОСТІ ПРИЗНАЧЕННЯ СУДОВИХ ЕКСПЕРТИЗ СПЕЦІАЛЬНИХ ТЕХНІЧНИХ ЗАСОБІВ НЕГЛАСНОГО ОТРИМАННЯ ІНФОРМАЦІЇ ПРИ РОЗСЛІДУВАННІ ЇХ НЕЗАКОННОГО ПРИДБАННЯ, ЗБУТУ АБО ВИКОРИСТАННЯ

УДК 343.98.068

Д. Д. МАЗУРКОВ*аспірант, Національна академія СБ України
(Науковий керівник доцент С. С. Кудінов)*

Розглянуто особливості призначення судових експертиз спеціальних технічних засобів негласного отримання інформації при розслідуванні їх незаконного придбання, збуту або використання.

Ключеві слова: *призначення, судова експертиза, незаконне придбання, збут або використання, спеціальні технічні засоби.*



THE FEATURES OF THE ASSIGNMENT OF JUDICIAL EXAMINATIONS OF THE SPECIAL TECHNICAL EQUIPMENTS OF SECRET RECEIPT OF INFORMATION IN THE INVESTIGATION OF THEIR ILLEGAL PURCHASE, SALE OR USAGE

Mazurkov D. D.

Received: 5 Mar 2015.

Вступ. Для органів досудового слідства Служби безпеки України (далі СБ України), на сьогодні залишається актуальним питанням призначення судових експертиз спеціальних технічних засобів негласного отримання інформації при розслідуванні їх незаконного придбання, збуту або використання. Оскільки число вказаних злочинів неспинно росте, а до цього часу не вирішені у повній мірі проблемні питання з приводу віднесення окремих предметів до СТЗ, виникає потреба у більш поглибленому вивченні аспектів призначення судових експертиз СТЗ негласного отримання інформації при розслідуванні їх незаконного придбання, збуту або використання.

Постановка завдання. Виходячи з вищевикладеного, метою і завданням статті є дослідження особливостей призначення судових експертиз спеціальних технічних засобів негласного отримання інформації при розслідуванні їх незаконного придбання, збуту або використання.

Виклад основного змісту.

За різноманітності підходів, яких дотримуються різні науковці, принципових розходжень у визначенні сутності судової експертизи немає.

Відмінність полягає лише в ступені повноти виокремлених спеціалістами ознак чи властивостей об'єкта, що призначенні судовій експертизі і мають бути зазначеними у висновку експерта. В кримінально-процесуальній літературі судову експертизу в основному визначають як юридично значущу дію, що здійснюється з дотриманням певних процедур: за спеціальним завданням уповноважених на те органів і осіб в зв'язку з необхідністю використання в кримінальному процесі спеціальних знань; в процесуальній формі; спеціальним суб'єктом – судовим експертом; полягає в дослідженні наданих об'єктів з метою встановлення обставин, що мають значення для справи; з дотриманням правових гарантій, здатних забезпечити доброякісність дослідження, вірогідність його результатів і законні інтереси учасників процесу; що завершується наданням експертного висновку або відмовою від такого [1, 53; 2, 57; 3, 104].

Ознаки судової експертизи широко досліджувалися в процесуальній літературі. Ознаки судової експертизи, що відрізняють її від інших експертиз, й сьогодні досліджуються різними авторами, котрі вказують на відмінності, зміст ознак, називають різні ознаки та перераховують їх в різній послідовності. Наприклад, А. Я. Паліашвілі до самостійних ознак саме судової експертизи відносить: процесуальну форму використання спеціальних знань, процесуальну форму призначення експертизи, процесуальну самостійність й індивідуальну відповідальність судового експерта, безпосереднє дослідження об'єктів експертизи, об'єктивне і всебічне її проведення та процесуальне оформлення результатів [4, 19]. Однак найбільш прийнятною слід вважати точку зору О. О. Ейсмана, який вважав, що експертизу характеризують три головні ознаки: застосування спеціальних знань; дослідження; надання висновку [5, 89]. Ю. К. Орлов називає ознаками судової

експертизи використання спеціальних знань, здійснення дослідження з метою встановлення обставин, що мають значення для справи, спеціальний суб'єкт експертизи, визначену процесуальну форму провадження, оформлення результатів у спеціальному процесуальному документі – висновку експерта [6, 4–5].

Приклади підходів до визначення судової експертизи можна було б продовжити, але сьогодні законодавець в Законі України «Про судову експертизу» сформулював чітко визначене поняття судової експертизи як «дослідження експертом на основі спеціальних знань матеріальних об'єктів, явищ і процесів, які містять інформацію про обставини справи, що перебуває у провадженні органів досудового та судового слідства» (ст. 1 Закону України «Про судову експертизу») [7, 5].

Враховуючи, що СТЗ негласного отримання інформації є хоча й мініатюрною за розмірами, але складною за своєю будовою апаратурою, для визнання їх такими необхідним є підтвердження наявності спеціальних технічних характеристик та пристосованості для негласного застосування для правильного прийняття рішення по кримінальному провадженню, передбаченому ст. 359 КК України. Для кримінальної кваліфікації дій винних осіб обов'язковим є висновок судового експерта стосовно того, чи можна вважати той або інший технічний пристрій саме спеціальним технічним засобом, призначеним для негласного отримання інформації. Без висновку експерта не завжди можливо однозначно встановити й доказати, що технічний пристрій є саме СТЗ негласного отримання інформації, вільний обіг та негласне застосування яких без спеціального на те дозволу заборонені. Це пов'язане з наявністю у цивільному обігу, так званих технічних засобів «подвійного» призначення, котрі, по суті, є звичайними побутовими приладами,

але за певної незначної або більш значної доробки можуть бути використані негласно і приховано від сторонніх осіб як СТЗ. Тобто йдеться про державну експертизу, яка здійснюється уповноваженими державними органами з метою визначення віднесення тих або інших предметів до таких, що заборонені у цивільному обігу і відповідно може бути підставою для їх вилучення, запровадження режиму обмеження їх обігу тощо. Проте таку експертизу необхідно відрізнити від експертиз, які проводяться в межах кримінального провадження, оскільки статус, юридичне значення й інші характеристики таких експертиз тут дещо інші, хоча методи і прийоми, які застосовуються експертами, можуть збігатися. Висновки інших, не судових експертиз СТЗ негласного отримання інформації можна брати до уваги під час оцінки матеріалів досудового розслідування, але не можна розглядати як висновок експерта – джерело доказів у кримінальному провадженні. Такі вимоги до збирання й оцінки матеріалів кримінальних проваджень щодо злочинів досліджуваної нами категорії застосовуються не лише в Україні, а й в інших країнах, де негласне отримання інформації з використанням технічних засобів дозволяється тільки у встановлених законом випадках і уповноваженими на це особами, а порушення встановлених правил тягне за собою кримінальну відповідальність винних осіб.

Так, наприклад, відповідно до Постанови Уряду РФ від 16 квітня 2012 р. № 314 «Про затвердження положення про ліцензування діяльності з виявлення електронних пристроїв, призначених для негласного отримання інформації (за виключенням випадків, коли вказана діяльність здійснюється для забезпечення власних потреб юридичної особи або індивідуального підприємця) до електронного пристрою, призначеного для негласного отримання інформації відноситься:

спеціально виготовлений виріб, який містить електронні компоненти, який впроваджується (закладається або вноситься) в місця ймовірного зняття захищеної акустичної мовленнєвої, візуальної або оброблюваної інформації (в тому числі в огорожені приміщення, їх конструкції, обладнання, предмети інтер'єру, а також в салони транспортних засобів, в технічні пристрої та системи обробки інформації). Також відповідно до переліку спеціальних технічних засобів, призначених (розроблених, пристосованих, запрограмованих) для негласного отримання інформації в процесі здійснення оперативно-розшукової діяльності), затвердженого Постановою Уряду РФ від 1 липня 1996 р. № 770, до даних засобів відносяться: СТЗ для негласного отримання і реєстрації інформації; СТЗ для негласного візуального спостереження й документування; СТЗ для негласного прослуховування телефонних переговорів; СТЗ для негласного перехоплення й реєстрації інформації з технічних каналів зв'язку; СТЗ для негласного контролю поштових повідомлень і відправлень; СТЗ для негласного дослідження предметів і документів; СТЗ для негласного проникнення й обслідування приміщень, транспортних засобів та інших об'єктів; СТЗ для негласного контролю за переміщенням транспортних засобів та інших об'єктів; СТЗ для негласного отримання (зміни, знищення) інформації з технічних засобів її збереження, обробки та передавання; СТЗ для негласної ідентифікації особи.

Виконуючи постанову Уряду РФ № 770, ФСБ Росії розробила «Інструкцію з організації та проведення спеціальної експертизи при ліцензуванні діяльності фізичних та юридичних осіб, не уповноважених на здійснення оперативно-розшукової діяльності» і «Порядок реєстрації та обліку спеціальних технічних засобів» розглядуваної категорії. У відповідності до «Інструкції» (п. 1.4) ліцензії на вказані

в Положенні про ліцензування види діяльності видаються на підставі результатів спеціальної експертизи, котра (п. 1.5.) містить в собі проведення комплексу перевірочних заходів по відношенню до не уповноважених осіб, діяльність котрих пов'язана або буде пов'язаною із спеціальними технічними засобами, призначеними для негласного отримання інформації, на наявність умов, котрі можуть слугувати підставою для видачі або відмови у видачі ліцензії. Така експертиза являє собою значний комплекс взаємопов'язаних заходів. Відповідно до «Інструкції», до таких заходів серед іншого, входить перевірка (п. 2.2, 4. 1.): відомостей про професійну підготовку фахівців, котрі здійснюють або будуть здійснювати заявлені види діяльності, пов'язаної із спеціальними технічними засобами; характеристик заявлених спеціальних технічних засобів, призначених для негласного отримання інформації. При проведенні спеціальної експертизи (п. 2.1.) органи ліцензування можуть залучати кваліфікованих спеціалістів, діяльність котрих пов'язана за родом роботи із спеціальними технічними засобами, призначеними для негласного отримання інформації», або (п. 2.2, ч. 2) можуть надавати додатковій (науково-технічній) експертизі (сертифікації) на базі експертних лабораторій спеціальні технічні засоби, призначені для негласного отримання інформації, несанкціоноване використання котрих може нанести шкоду безпеці Російській Федерації або її громадянам.

Постановою Комітету Державної безпеки Республіки Білорусь від 24 вересня 2012 р. № 46 «Про затвердження Інструкції про порядок проведення експертизи зразків спеціальних технічних засобів, призначених для негласного отримання інформації» була затверджена відповідна Інструкція, яка визначала порядок проведення експертизи зразків спеціальних технічних засобів негласного отримання інформації. В

Інструкції застосовуються такі терміни та їх визначення: «замовник експертизи», «об'єкти експертизи», «зразок товару», «товари», «специфікація товарів», «технічна документація», «експерт» тощо. Так, в Інструкції зазначено, що експертиза – це комплекс заходів з аналізу й оцінки об'єктів експертизи на основі наданих замовниками зразків товарів та (або) документів з метою віднесення об'єктів експертизи до спеціальних технічних засобів, призначених для негласного отримання інформації [8].

У Ліцензійних умовах щодо провадження господарської діяльності з розроблення, виготовлення та торгівлі СТЗ, що затверджені наказом Служби безпеки України від 31 січня 2011 р. № 35 термін «СТЗ» надається у такому значенні: «Спеціальні технічні засоби для зняття інформації з каналів зв'язку, інші засоби негласного отримання інформації (СТЗ) – технічні, програмні засоби, устаткування, апаратура, прилади, пристрої, препарати та інші вироби, призначені (спеціально розроблені, виготовлені, запрограмовані, пристосовані) для негласного отримання інформації» [9].

В Україні дослідження спеціальних технічних засобів проводяться в разі здійснення судових експертиз з питань віднесення певних об'єктів до СТЗ, а також у межах реалізації заходів державного контролю за міжнародними передачами товарів подвійного використання. Судові експертизи (експертні дослідження) проводяться відповідно до базового нормативно-технічного документу – «Загальна методика віднесення об'єктів до спеціальних технічних засобів негласного отримання інформації» (zareestrovano в Мінюсті України 02.03.2011 р. за № 17.0.01), що має гриф обмеження доступу «для службового користування».

Вищезазначена методика визначає загальні принципи проведення експертних

досліджень, встановлює й регламентує порядок застосування методів та процедур проведення експертного дослідження СТЗ. Це дозволяє визначити й обґрунтувати необхідну й достатню сукупність технічних ознак, на підставі яких формулюється висновок експерта щодо віднесення технічного засобу до СТЗ. При проведенні судової експертизи (дослідження) основними критеріями віднесення засобу до СТЗ є технічна придатність та функціональна призначеність цього засобу, які встановлюються на підставі спеціальних знань судового експерта відповідно до вимог та у порядку, визначеному Методикою.

При цьому, до СТЗ відносяться технічні засоби, що можуть бути приховано застосовані для негласного отримання інформації у властивих для вирішення завдань оперативно-розшукової діяльності формах та методах. Поняття «скритність» та «негласне отримання інформації» розуміють у такому значенні: негласне отримання інформації – процес скритного отримання інформації, що здійснюється без відома і згоди суб'єкта інформації. Скритність – можливість конспіративного застосування технічного засобу, яка зумовлена ступенем захисту від виявлення фактів його встановлення та застосування.

Висновок експерта є результатом визначення технічних характеристик, функціональних можливостей та конструктивних особливостей наданого на дослідження технічного засобу, оцінки його якісних характеристик (скритність, негласність доступу до об'єкта інформаційної діяльності, прихованість керування, безвідмовність функціонування у певних умовах застосування), що притаманні певному типу СТЗ, найближчому аналогу до досліджуваного засобу.

Прикладами суттєвих конструктивних ознак, що визначають якісні характеристики певного виду СТЗ, є:

- виконання відео-, аудіозаписуючого пристрою у вигляді звичайного побутового предмета;
- значна мінімізація розмірів відео-, аудіозаписуючого пристрою;
- конструктивна побудова технічного засобу, яка дозволяє здійснювати швидко та скритне розміщення на об'єкті;
- відсутність індикації про режими роботи технічного засобу;
- можливість отримання інформації за межами контрольованої зони об'єкта;
- мінімізація кількості та багатофункціональності елементів керування;
- розмір вхідного отвору для об'єктиву мікротелекамери, який забезпечує можливість його маскуванню;
- маскуванню місцезнаходження акустичного отвору мікрофону, тощо.

На вирішення експерту ставлять такі запитання:

- Чи є у наданого на дослідження предмета ознаки СТЗ, призначеного для негласного отримання інформації. Якщо так, то які?
- Чи працездатний наданий на дослідження предмет?
- Яким способом біло виготовлено наданий на дослідження предмет?
- Який принцип роботи наданого на дослідження предмета?
- Чи може наданий на дослідження предмет використовуватися для негласного отримання інформації?

Так, у м. Запоріжжя було припинено протиправну діяльність іноземного громадянина, який несанкціоновано втручався в роботу банківських систем, негласно отримував інформацію про власників банківських рахунків, дані про

пластикові картки, коди їхніх банківських карток і незаконно отримувач через банкомати кошти з банківських рахунків громадян. Він за допомогою скінінгового обладнання (так званих накладок на банкомати) зчитував дані з платіжних карток. Під час розслідування експерту були поставлені питання щодо того чи відносяться виявлені та вилучені на банкоматах предмети до СТЗ, яка їх функціональне призначення, чи в робочому стані вони знаходилися на час вилучення. Відповідно висновку Українського науково-дослідного інституту спеціальної техніки і судових експертиз СБ України демонтовані з банкоматів і вилучені у громадянина технічні пристрої відносяться до спеціальних технічних засобів негласного отримання інформації з технічних засобів її збереження, обробки і передачі. Їх функціональне призначення – зчитування та запам'ятовування інформації, яка існує на магнітних стрічках банківських платіжних карток і пін-кодів.

ВИСНОВКИ

Експертиза спеціальних технічних засобів негласного отримання інформації, це різновид судової експертизи щодо дослідження технічних засобів (виробів) на предмет їх віднесення до СТЗ, що відповідно до чинного законодавства може здійснюватися виключно державною спеціалізованою експертною науково-дослідною установою СБУ – Українським науково-дослідним інститутом спеціальної техніки та судових експертиз Служби безпеки

України (УНДІСТЕ СБУ). Зважаючи на те, що експертиза СТЗ є різновидом судових експертиз її слід характеризувати за такими головними ознаками: процесуальна форма використання спеціальних знань, процесуальна форма призначення експертизи, процесуальна самостійність й індивідуальна відповідальність судового експерта, безпосереднє дослідження об'єктів експертизи, об'єктивне і всебічне її проведення та оформлення результатів у спеціальному процесуальному документі – висновку експерта.

До конструктивних ознак технічних пристроїв, що досліджуються під час проведення експертизи СТЗ і визначають їх якісні характеристики відносять: виконання відео-, аудіозаписуючого пристрою у вигляді звичайного побутового предмета; значна мінімізація розмірів відео-, аудіозаписуючого пристрою; конструктивна побудова технічного засобу, яка дозволяє здійснювати швидке та скритне розміщення на об'єкті; відсутність індикації про режими роботи технічного засобу; можливість отримання інформації за межами контрольованої зони об'єкта; мінімізація кількості та багатофункціональність елементів керування; розмір вхідного отвору для об'єктиву мікротелекамери, який забезпечує можливість його маскування; маскування місцезнаходження акустичного отвору мікрофону, тощо. Встановлення їх наявності або відсутності і слід враховувати при оцінці висновку експерта за результатами дослідження СТЗ.

СПИСОК ЛІТЕРАТУРИ:

1. *Шуматов Ю. Т.* Использование специальных познаний на предварительном следствии : дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.09 / Ю. Т. Шуматов. – М., 1996. – 174 с.
2. *Експертизи в судовій практиці* : навч.-практ. посібник / [за заг. ред. В. Г. Гончаренка]. – 2-ге вид., перероб. та допов. – К. : Юрінком Інтер, 2010. – 400 с.

3. *Експертизи в судовій практиці* : навч.-практ. посібник / [за заг. ред. В. Г. Гончаренка]. – 2-ге вид., перероб. та допов. – К. : Юрінком Інтер, 2010. – 400 с.
4. *Палиашвили А. Я.* Экспертиза в суде по уголовным делам / А. Я. Палиашвили. – М. : Юрид. лит., 1973. – 144 с.
5. *Эйсман А. А.* Заключение эксперта. Структура и научное обоснование / А. А. Эйсман. – М. : Юридическая литература, 1967. – 152 с.
6. *Орлов Ю. К.* Производство экспертизы в уголовном процессе : учебное пособие / Ю. К. Орлов. – М. : ВЮЗИ, 1982. – 89 с.
7. *Закон України «Про судову експертизу»* від 25.02.1994 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/4038-12>
8. *Инструкция о порядке проведения экспертизы образцов специальных технических средств, предназначенных для негласного получения информации, утвержденная Постановлением Комитета Государственной Безопасности республики Беларусь от 24 сентября 2012 г. № 46* [Электронный ресурс] / Национальный правовой Интернет-портал Республики Беларусь, 10.11.2012 г., 8/26530. – Режим доступа : www.pravo.by/main.aspx?quid
9. *Ліцензійні умови* провадження господарської діяльності з розроблення, виготовлення спеціальних технічних засобів для зняття інформації з каналів зв'язку, інших засобів негласного отримання інформації, торгівлі спеціальними технічними засобами для зняття інформації з каналів зв'язку, іншими засобами негласного отримання інформації, затверджені наказом Центрального управління Служби безпеки України від 31.01.2011 № 35.

Стаття надійшла до редакції: 05.03.2015.

Рекомендовано кафедрою кримінального процесу та криміналістики

THE FEATURES OF THE ASSIGNMENT OF JUDICIAL EXAMINATIONS OF THE SPECIAL TECHNICAL EQUIPMENTS OF SECRET RECEIPT OF INFORMATION IN THE INVESTIGATION OF THEIR ILLEGAL PURCHASE, SALE OR USAGE

Mazurkov D. D.

Abstract: For the organs of pre-trial investigation of Security service of Ukraine (farther SSU), for today it remains a lot of questions in setting judicial examinations of the special technical equipments of secret receipt of information at investigation of their illegal acquisition, sale or use. As a number of the indicated crimes grows unceasingly, and to this time lots of problem questions are not decided in a complete measure concerning attributing the certain objects to special technical equipments of secret receipt of information, there is a requirement in more deep study of aspects of setting judicial examinations for special technical equipments of secret receipt of information at investigation of their illegal acquisition, sale or usage. In this article we will consider the certain features of the assignment of judicial examinations of the special technical equipments of secret receipt of information in the investigation of their illegal purchase, sale or usage, as well as the requirements to the procedure of such assignment, documents, materials and questions that must be asked.

Keywords: assignment, judicial examination, illegal purchase, sale or usage, special technical equipments of secret receipt of information.



**ОСОБЕННОСТИ НАЗНАЧЕНИЯ СУДЕБНЫХ ЭКСПЕРТИЗ
СПЕЦИАЛЬНЫХ ТЕХНИЧЕСКИХ СРЕДСТВ НЕГЛАСНОГО ПОЛУЧЕНИЯ
ИНФОРМАЦИИ ПРИ РАССЛЕДОВАНИИ ИХ НЕЗАКОННОГО
ПРИБРЕТЕНИЯ, СБЫТА ИЛИ ИСПОЛЬЗОВАНИЯ**

Мазурков Д. Д.

Резюме: Рассмотрены особенности назначения судебных экспертиз специальных технических средств негласного получения информации при расследовании их незаконного приобретения, сбыта или использования.

Ключевые слова: назначение, судебная экспертиза, незаконное приобретение, сбыт или использование специальные технические средства.

ПРАВО ПІДОЗРЮВАНОГО, ОБВИНУВАЧЕНОГО НА ЗАХИСТ ШЛЯХОМ ОСКАРЖЕННЯ РІШЕНЬ, ДІЙ ЧИ БЕЗДІЯЛЬНОСТІ ПРОЦЕСУАЛЬНИХ ОСІБ ПІД ЧАС ПОПЕРЕДНЬОГО СЛІДСТВА ЗА КПК УСРР 1922 Р. ТА КПК УРСР 1927 Р.

УДК 343.13

**М. М. Ольховська***аспірант, Академія адвокатури України, адвокат
(Науковий керівник доцент Г. І. Сисоєнко)*

В статті досліджується питання щодо законодавчого врегулювання права підозрюваного, обвинуваченого на скаргу під час попереднього слідства відповідно до норм КПК УСРР 1922 р. та КПК УРСР 1927 р. Проведено науковий аналіз ефективності та дієвості інституту оскарження на стадії попереднього слідства в кримінальному процесі України першої половини XX століття.

Ключові слова: скарга, підозрюваний, обвинувачений, попереднє слідство, слідчий, прокурор, захист.



THE RIGHT OF THE SUSPECT, ACCUSED IN THE PROTECTION OF THE DECISIONS, ACTION OR INACTION OF THOSE PROCEEDINGS DURING THE PRELIMINARY INVESTIGATION BY THE CPC OF USSR 1922 AND CPC OF USSR 1927

Olkhovska M.

Received: 16 Apr 2015.

Історію розвитку кримінального процесу України вивчали в своїх працях Г. В. Федотова, С. М. Зеленський, В. Г. Лукашевич, К. В. Беляєва, О. Ю. Костюченко проте, на нашу думку, поза увагою науковців залишилось детальне дослідження питання щодо права підозрюваного, обвинуваченого на скаргу під час попереднього слідства, яке закріплювалось в Кримінально-процесуальному кодексі УСРР 1922 р. та в Кримінально-процесуальному кодексі УРСР 1927 р. Аналіз формування та розвитку права особи на скаргу в кримінальному процесі на різних етапах історичного розвитку дозволить виявити можливі вади в його правовому регулюванні на нинішньому етапі суспільного розвитку та запропонувати шляхи їх вирішення [3, 106–110].

Історично право на звернення вперше було передбачено законодавством французької революції, його називали правом скарги. З юридичної точки зору право скарги означало, що:

1) саме право скарги є логічним і необхідним доповненням інших матеріальних суб'єктивних прав громадян;

2) кожний громадянин має право не бути жертвою свавільного рішення зі сторони посадових осіб і має право оскаржити їх незаконні дії;

3) означало гарантію, що скаргник не буде переслідуватися.

Зробившись суб'єктивним правом, право скарги дало поштовх до виникнення у XIX столітті у країнах Західної Європи адміністративної юстиції – особливого виду судової діяльності, пов'язаного з захистом прав громадян за його скаргою від необґрунтованих дій адміністрації. В Україні право скарги, як суб'єктивне право, було закріплено у законодавстві в другій половині XIX століття [1]. Статутом кримінального судочинства 1864 р. [5] встановлювалось право особи подавати скарги підчас досудового провадження, серед яких і скарга щодо застосування запобіжного заходу у вигляді взяття під варту. Таким чином, вже наприкінці XIX ст. оскарження набуло ознак окремого інституту кримінального процесу; право на скаргу стало важливим елементом захисту прав та свобод людини, в тому числі і під час досудового розслідування.

Лютнева революція 1917 р. в Російській імперії та процеси державотворення, які спостерігалися в Україні з 1917 р. по 1919 р., не вплинули значним чином на розвиток як кримінального процесу в цілому, так й інституту оскарження зокрема. І лише після утворення СРСР помічаються позитивні зміни в цьому питанні [3].

Перший Кримінально-процесуальний кодекс УСРР (далі – КПК УСРР 1922 р.) був затверджений постановою ВУ ЦВК від 13 вересня 1922 р. «Про введення в дію Кримінально-процесуального кодексу УСРР» та введений в дію 20 листопада 1922 р. КПК УСРР 1922 р. [4]. Важливо

зауважити, погоджуючись з думкою П. Т. Землянського [2, 108], що серед основних недоліків зазначеного кодексу було те, що він не передбачав участі захисника на стадії попереднього слідства. У зв'язку з цим, аналізуючи КПК УСРР 1922 р. щодо законодавчого закріплення в ньому права сторони захисту на оскарження рішень, дій чи бездіяльності процесуальних осіб під час попереднього слідства, необхідно досліджувати право підозрюваного, обвинуваченого на таке оскарження.

Відповідно до ст. 109 КПК УСРР 1922 р. загальний нагляд за провадженням дізнання належав прокуратурі. Подача скарг на дії органів дізнання передбачалась прокурору, який їх і вирішував. При цьому важливо підкреслити, що зазначеною нормою не конкретизувалось, хто саме мав право подавати такі скарги. Згідно ст. 110 КПК УСРР 1922 р. здійснення попереднього слідства було обов'язковим по всім справам, які розглядались революційним трибуналом і народним судом із шістьма засідателями; по усім іншим справам попереднє слідство і окремі слідчі дії проводились за ухвалою суду чи пропозицією прокурора. В разі відмови стороні у здійсненні окремих слідчих дій, судом виносилась вмотивована ухвала із зазначенням причин такої відмови. Зрозуміло, що не проведення попереднього слідства і навіть окремих слідчих дій призводило до неповного встановлення всіх обставин справи, а як наслідок – винесення незаконних судових рішень. Але обвинувачений не мав процесуального права оскаржити до вищої інстанції рішення суду щодо відмови у проведенні попереднього слідства чи окремих слідчих дій, чим захистити свої права та інтереси.

Ми додержуємося думки, що КПК УСРР 1922 р. вніс надзвичайно вагомий позитивний внесок в розвиток і становлення інституту оскарження в кримінальному процесі України, адже в ньому вже

містилась окрема глава XVIII, яка мала назву «Питання оскарження дій слідчого». Важливо підкреслити, що не лише обвинувачений як сторона кримінальної справи, але й поручителі та заставодавці обвинуваченого мали право оскаржити дії слідчого. Скарга подавалась до суду того району, в якому знаходилась камера слідчого, або до того суду, до якого був закріплений слідчий. Скарги на тривалість провадження, недодержання строків пред'явлення обвинувачення, застосування міри запобіжного заходу і незаконні дії слідчого подавались прокурору того району і суду, де слідчий був закріплений. Скарги подавались до суду або прокурору безпосередньо або через слідчого, дії якого оскаржувались. Про отримання скарги слідчий був зобов'язаний видати розписку. Передбачалась як усна, так і письмова форма скарги. Якщо подавалась усна скарга, то вона записувалась відповідно слідчим, прокурором або суддею до протоколу, якій надавався на підпис скаржнику. Для подачі скарги встановлювався строк у сім діб, який обчислювався з того дня, коли скаржнику стала відома дія слідчого, що оскаржується. Процесуальним строком не обмежувалось право щодо подачі скарги на обрання міри запобіжного заходу, на повільність дій і незаконні дії слідчого. З моменту подання скарги і до її вирішення виконання дії слідчого, яка оскаржувалась, не зупинялось. Слідчий був зобов'язаний на протязі 24 годин передати отриману ним скаргу прокурору або до суду разом зі своїми поясненнями. На суд і прокурора покладалась обов'язок розглянути скаргу на протязі трьох діб з моменту її отримання. Під час розгляду скарги суд і прокурор мали право витребувати від слідчого пояснення, якщо такі не були надані раніше. Витребування у слідчого провадження по справі допускалось лише в тих випадках, коли без цього не можливо було вирішити скаргу. Скаржник мав

право дати усні пояснення на суді щодо поданої скарги. Ухвала суду чи постанова прокурора, винесена на підставі розгляду скарги, оголошувалась скаржнику і підлягала невідкладному виконанню. В разі незгоди слідчого чи скаржника з постановою прокурора, вони мали право оскаржити її до суду.

Проаналізувавши норми КПК УСРР 1922 р., можна дійти висновку, що законодавець встановив певною мірою судовий контроль над провадженням попереднього слідства. Суд був уповноважений приймати процесуальні рішення щодо перебігу попереднього слідства, які напряду впливали на права та інтереси обвинуваченого. Разом з тим, обвинувачений не був наділений процесуальним правом оскаржити такі рішення суду. Наприклад, ст. 205 КПК УСРР 1922 р. закріплювала, що суд, визнавши, що обвинувачений під час здійснення злочину, який йому інкримінується, не знаходився в недієздатному стані, повертає справу слідчому для подальшого її руху в загальному порядку. Зазначене рішення суду оскарженню не підлягало. Якщо суд не знаходив підстав для припинення кримінальної справи в зв'язку з недостатністю зібраних по справі доказів для представлення особи, яка була визнана обвинуваченим, перед судом, то суд повертав справу слідчому для подальшого здійснення попереднього слідства із відповідними вказівками. Права на оскарження зазначеного рішення суду до вищої інстанції обвинувачений не мав. В цей же час ст. 208 КПК УСРР 1922 р. наділяла прокурора процесуальним правом на оскарження ухвали суду про припинення кримінальної справи до вищої інстанції, якій належало право судового нагляду відносно суду, який припинив кримінальну справу. На нашу думку, це прямо вказує на наявність обвинувального ухилу попереднього слідства того часу, недодержання в законодавстві принципів рівності та змагальності

сторін, чим істотно порушувались права підозрюваного, обвинуваченого. Ми вважаємо, що однією з головних причин такого дисбалансу процесуальних прав сторін став неналежний рівень розвитку інституту оскарження того часу в кримінальному процесі України.

31 жовтня 1924 р. були прийняті Основи кримінального судочинства СРСР і союзних республік, а 23 жовтня 1925 року – «Положення про судоустрій УРСР». Прийняття цих актів викликало необхідність розробки нового кримінально-процесуального кодексу. Його було затверджено 20 липня 1927 р. Зміст нового Кримінально-процесуального кодексу УРСР 1927 р. (далі – КПК УРСР 1927 р.) [6, 69–197] відображав тенденцію посилення силового тиску держави на суспільство. Було значно розширено права органів дізнання, передана їм частина функцій, які раніше належали лише слідчим органам. Відповідно до ст. 104 КПК УРСР 1927 р. скарги на дії органів дізнання подавались слідчому і ним вирішувались.

На наш погляд, потребує на окрему увагу процесуальна новела того часу, закріплена ст. 182 КПК УРСР 1927 р. В ній зазначалось, що в разі наявності в протоколі обшуку письмових зауважень щодо неправильності дій, які мали місце під час обшуку, копія даного протоколу не пізніше 48 годин направляється слідчим прокурору. Таким чином, законодавець надав право особі, відносно якої проводився обшук, фактично викласти свою скаргу прокурору на незаконні дії слідчого, що мали місце під час обшуку, безпосередньо в протоколі цієї слідчої дії без складання та подачі окремого процесуального документу.

Питання щодо оскарження дій слідчого регулювалось главою 18 КПК УРСР 1927 р. Як і в КПК УСРР 1922 р., в КПК УРСР 1927 р. (ст. 205) закріплювалось

право сторін, а також поручителя і заставодавця за обвинуваченого подавати скарги на дії слідчого. Скарга подавалась прокурору безпосередньо або через слідчого, дії якого оскаржувались. На думку М. Є. Шаргей, зазначена стаття, як і наступні статті КПК УРСР 1927 р., в яких визначались дії прокурора або прокурор зазначався як друга інстанція по відношенню до слідчого, не вказує конкретно якому прокурору подається скарга: окружному прокурору, його помічнику, який прикріплений до окружного суду, чи помічнику, який наглядав за органами слідства. Глава XIII «Положення про судоустрій УРСР» «Про державну прокуратуру» конструє як прокуратуру центральну, так і прокуратуру окружну, як єдиний цілісний апарат, що очолює відповідно Генеральний прокурор і окружний прокурор. В апаратах центральної і окружної прокуратури окремі функції розподілялись між помічниками Генерального і окружного прокурорів в залежності від штатних можливостей і структури апарату за вказівкою відповідно Генерального і окружного прокурорів. Відповідно ст.ст. 101, 106 «Положення про судоустрій УРСР» Генеральний і окружний прокурори виконували всі покладені на прокуратуру функції безпосередньо самі або через підпорядкованих їм помічників. Таким чином, ми погоджуємось із науковим висновком, що законодавець, конструюючи прокуратуру як єдиний централізований апарат, поклав всі обов'язки і всю відповідальність на осіб, які очолюють центральну і окружну прокуратуру, надаючи останнім право під їх відповідальність делегувати свої права помічникам. В окремих випадках, коли законодавець мав на увазі надання визначених прав і покладення визначених обов'язків на інших осіб, він вказував це в законі, як, наприклад, права і обов'язки Старшого помічника Генерального прокурора. В зв'язку з цим у всіх випадках,

де в КПК УРСР 1927 р. згадується прокурор, як друга інстанція, що здійснює певні процесуальні дії – варто передбачати окружного або Генерального прокурора. В даному випадку скарги на дії народних і старших слідчих необхідно було подавати на ім'я окружного прокурора, скарги на дії слідчого по особливо важливим справам – на ім'я Генерального прокурора. Це, звичайно, не виключало можливості окружному і Генеральному прокурорам в порядку розподілу покладених на прокуратуру функцій доручити обов'язок розгляду скарг на своїх помічників [6, 172–174].

Передбачалось, що скарги можуть бути як усні, так і письмові. В разі надходження усної скарги, слідчий чи прокурор повинні записати її до протоколу, який підписувався скаржником. Проте КПК УРСР 1927 р. не передбачав обов'язку слідчого видати скаржнику розписку про отримання скарги на його дії, якщо скарга подавалась через слідчого. На нашу думку, така суттєва прогалина в законодавстві була підставою для процесуальних зловживань з боку слідчого, які порушували права та інтереси обвинуваченого.

Для подачі скарги встановлювався строк у сім діб, починаючи з дня, коли скаржнику стала відома дія слідчого, яка оскаржується. Не обмежувалась процесуальним строком подача скарги на обрання міри запобіжного заходу, на повільність слідчого провадження і на незаконні дії слідчого. Подача скарги не призупиняла оскаржуваної дії слідчого. На протязі 24 годин слідчий був зобов'язаний направити отриману скаргу прокурору разом зі своїми поясненнями. На прокурора покладался обов'язок розглянути скаргу на протязі трьох діб після її отримання. При розгляді скарги прокурор мав право витребувати від слідчого пояснення, якщо вони не подавались до цього. Витребування від слідчого провадження по справі

допускалось лише в тих випадках, коли без цього було неможливо розглянути подану скаргу. Результати вирішення прокурором скарги повідомлялись скаржнику.

Ст. 221 КПК УРСР 1927 р. поклала всі права і обов'язки по припиненню кримінальних справ, по яким проводилось попереднє слідство, на прокуратуру. Також до повноважень прокурора належало вирішення питань щодо призупинення та відновлення попереднього слідства, розгляд скарг на дії слідчого. Таким чином, законодавець в той час наділив прокуратуру повноваженнями щодо вирішення найважливіших питань по справі, підсиливши рівень нагляду і керівництва прокуратури під час попереднього слідства. При цьому обвинувачений був позбавлений процесуального права оскаржувати дії прокурора, які порушували його права та інтереси. Дослідивши норми КПК УРСР 1927 р., ми дійшли висновку, що так само, як в КПК УСРР 1922 р., законодавцем в той час не передбачалось право обвинуваченого оскаржувати рішення та бездіяльність слідчого, прокурора. Більше того, якщо КПК УСРР 1922 р. надавав обвинуваченому право оскаржити до суду постанову прокурора, прийняту за результатами розгляду його скарги на дії слідчого (ст. 224), то норми КПК УРСР 1927 р. такого права не передбачали. Ми вважаємо, що положення КПК УРСР 1927 р. значно збільшили обвинувальний ухил попереднього слідства того часу. Наділивши сторону обвинувачення необмеженими правами щодо вирішення процесуальних питань по справі, законодавець досить формально і, безперечно, недостатньо врегулював право обвинуваченого на захист своїх прав та інтересів шляхом оскарження дій чи рішень процесуальних осіб під час попереднього слідства.

Погоджуємося з висновком, що порядок розгляду скарг громадян, який існував

раніше, суттєво обмежував їх участь у відповідних провадженнях, позбавляв зацікавлених осіб можливості здійснювати контроль за діяльністю посадової особи чи державного органу щодо забезпечення всебічного та неупередженого вирішення звернень [1]. Проте, на нашу думку, не зважаючи на те, що нормами КПК УСРР 1922 р. та КПК УРСР 1927 р. право

підозрюваного, обвинуваченого на оскарження рішень, дій чи бездіяльності процесуальних осіб під час попереднього слідства не було врегульовано в повній мірі, здебільшого носило декларативний характер, але не можна відкидати той важливий аспект, що інститут оскарження в кримінальному процесі України продовжував розвиватись і вдосконалюватись.

СПИСОК ЛІТЕРАТУРИ:

1. *Головне управління юстиції у Хмельницькій області. Історія виникнення звернень громадян та їх вплив на діяльність органів державної влади* [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://justice-km.gov.ua/?dep=page&dep_cug=733&dep_ur=708
2. *Землянский П. Т. Уголовно-процессуальное законодательство в первые годы советской власти (на материалах) / П. Т. Землянский.* – К. : Типография МВД УССР, 1972. – С. 108.
3. *Касумова А. Право особи на скаргу в кримінальному процесі України: етапи формування та розвитку / А. Касумова // Юридична Україна.* – 2013.- № 2.- С. 106–110.
4. *Кримінально-процесуальний кодекс УСРР 1922 р. / ЗУ УСРР.* – 1922. – № 41.
5. *Статут кримінального судочинства 1864 р.* [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://constitutions.ru// archives/ 4992>
6. *Уголовно-процессуальный кодекс УССР 1927 г. : Текст и постатейный комментарий / М. Е. Шаргей.* – Харьков : ЮИ НКЮ УССР, 1928.

Стаття надійшла до редакції: 16.04.2015.

Рекомендовано кафедрою кримінального процесу та криміналістики

THE RIGHT OF THE SUSPECT, ACCUSED IN THE PROTECTION OF THE DECISIONS, ACTION OR INACTION OF THOSE PROCEEDINGS DURING THE PRELIMINARY INVESTIGATION BY THE CPC OF USSR 1922 AND CPC OF USSR 1927

Olkhovska M.

Abstract: The article examines the issue of legislative regulation of the rights of the suspect, accused in a complaint during the preliminary investigation accordance with the CPC of USSR 1922 and CPC of USSR 1927. The scientific analysis of efficiency and effectiveness institute appeals at the stage of preliminary investigation in the criminal trial of USSR the first half of the twentieth century. The presence accusatory bias preliminary investigation of the time, non-observance of the legislation the principles of equality and adversarial than substantially violated the rights of the suspect, the accused. Lawgiver while not supposed right of a suspect, accused to contest decisions and omissions investigator, prosecutor. The CPC USSR 1927 significantly increased accusatory preliminary investigation of the time. Giving the prosecution unlimited rights to address procedural issues in the case, the legislator rather

not formally regulated the defendant's right to protect their rights and interests by appealing against procedural actions or decisions of individuals in the previous investigation. Legislator while the prosecutor gave authority to address critical issues in business, strengthening the level of supervision and guidance prosecution during preliminary investigation. In this case the defendant was deprived of procedural law action against the prosecutor who violated his rights and interests. The procedure for complaints and appeals of citizens that existed before, significantly limiting their participation in the relevant proceedings deprived persons concerned to exercise control over the activities of official or public body to provide comprehensive and impartial resolution of complaints.

Keywords: complaint, suspect, accused, a preliminary investigation, investigator, prosecutor, defense.



**ПРАВО ПОДОЗРЕВАЕМОГО, ОБВИНЯЕМОГО НА ЗАЩИТУ ПУТЕМ ОБЖАЛОВАНИЯ
РЕШЕНИЙ, ДЕЙСТВИЙ ИЛИ БЕЗДЕЙСТВИЙ ПРОЦЕССУАЛЬНЫХ ЛИЦ ВО ВРЕМЯ
ПРЕДВАРИТЕЛЬНОГО СЛЕДСТВИЯ ПО УПК УССР 1922 г. и УПК УССР 1927 г.**

Ольховская М. Н.

Резюме: В статье исследуется вопрос законодательного урегулирования права подозреваемого, обвиняемого на жалобу во время предварительного следствия в соответствии с нормами УПК УССР 1922 г. и УПК УССР 1927 г. Проведен научный анализ эффективности и действенности института обжалования на стадии предварительного следствия в уголовном процессе Украины первой половины XX в.

Ключевые слова: жалоба, подозреваемый, обвиняемый, предварительное следствие, следователь, прокурор, защита.

ЗМАГАЛЬНІСТЬ ТА ОБ'ЄКТИВНА ІСТИНА В КОНТЕКСТІ УЧАСТІ НАРОДУ В СУДОЧИНСТВІ

УДК 343



А. О. Алексеева

*аспірант, помічник-консультант
народного депутата України
(Науковий керівник доцент К. В. Легких)*

Стаття присвячена аналізу співвідношення таких принципів судочинства як змагальність і об'єктивна істина та форм участі народу у здійсненні правосуддя. Зокрема, проаналізовано суть даних принципів і їх вплив на результати судового розгляду.

Ключові слова: *засади судочинства, змагальність, народні засідателі, об'єктивна істина, правосуддя, принципи судочинства, присяжні, судострій.*



COMPETITIVENESS OF COURT PROCEEDINGS AND
THE OBJECTIVE TRUTH IN THE CONTEXT OF PEOPLE'S
PARTICIPATION IN LEGAL PROCEEDINGS

Alieksieieva A.

Received: 16 Apr 2015.

Досліджуючи питання форм участі народу в здійсненні правосуддя, видається доцільним розглянути судовий процес через призму принципів змагальності сторін та об'єктивної істини в контексті їх значимості для судочинства, здійснюваного за участі представників народу.

Конституцією 1996 року основними засадами судочинства Україна визначила: 1) законність; 2) рівність усіх учасників судового процесу перед законом і судом; 3) забезпечення доведеності вини; 4) змагальність сторін та свобода в наданні ними суду своїх доказів і у доведенні перед судом їх переконливості; 5) підтримання державного обвинувачення в суді прокурором; 6) забезпечення обвинуваченому права на захист; 7) гласність судового процесу та його повне фіксування технічними засобами; 8) забезпечення апеляційного та касаційного оскарження рішення суду, крім випадків, встановлених законом; 9) обов'язковість рішень суду [10, ст. 129]. Як зазначають вітчизняні науковці, а саме В. Г. Гончаренко та С. В. Гончаренко, «проголошена і закріплена конституційно рівність у судочинстві за визначенням створює бездоганні умови для реалізації права особи на швидкий та справедливий суд, а в сенсі змагального юридичного доказування торує шлях до безперешкодного встановлення об'єктивної істини у справі» [4, 8].

Також, принцип змагальності закріплюється і розкривається в процесуальному законодавстві, в ст. 22 КПК України.

Відносно об'єктивної істини, то її встановлення не підтверджується жодним з конституційних принципів судочинства. Стаття 31 Конституції України вказує на необхідність «з'ясувати істину», проте в розрізі обмеження окремих прав людини і громадянина. Більш того, процесуальне законодавство також випускає з нормативного закріплення пошук об'єктивної істини.

Закон України «Про забезпечення права на справедливий суд» у частині викладення нової редакції Закону України «Про судоустрій і статус суддів» також окреслює певний перелік принципів, на які опирається, серед яких: незалежність судів, рівноправність учасників судового процесу, законність, гласність і відкритість тощо. Принцип змагальності в даному Законі закріплюється лише в ст. 92, в контексті підстав дисциплінарної відповідальності судді. Натомість, принцип об'єктивної істини, чи необхідність її пошуку в процесі кримінального судочинства взагалі не згадується ні у даному Законі, ні в КПК України [7; 11].

Таким чином, стверджувати, що законодавець належним чином нормативно закріпив одні з основних базисів судочинства – принципи об'єктивної істини та змагальності сторін, помилково.

Тож зважаючи на це, пропонується проаналізувати важливість даних принципів у розрізі здійснення судочинства із залученням представників народу.

Відповідно до особливостей побудови колегій в суді, а також процедури прийняття рішення, можна виділити дві основні моделі суду, які побудовані на спільному судочинстві професійних суддів та народу: англо-американську (суд

присяжних) та континентальну (народні засідателі).

Особливістю розгляду справ за участю суду присяжних є наявність двох різних колегій: професійних суддів і колегії представників народу (суд присяжних). За такого судового процесу, на представників народу покладається завдання винесення рішення про винуватість підсудного [1, 7–8]. З тієї точки зору, що присяжні за класичною англо-американською моделлю є спостерігачами на судовому процесі і їх рішення базується виключно на внутрішньому емоційному сприйнятті того, що відбувається в залі судових засідань, можна припустити, що саме ораторські здібності і переконливість сторін є базою формування рішення суду присяжних. А відтак, саме принцип змагальності є вирішальним для судового провадження, яке включає в себе суд присяжних. Змагальність у судовому процесі вимагає, щоб суб'єкти обвинувачення й захисту, цивільний позивач і цивільний відповідач мали однакову можливість переконати суд, а в даному випадку суд присяжних, у своїй правоті. Оскільки присяжним належить визначальна роль у судовому розгляді, принцип змагальності сприяє в першу чергу всебічному з'ясуванню обставин справи, на підставі чого, керуючись внутрішнім переконанням, суд присяжних і виносить рішення про винуватість чи невинуватість особи. Як справедливо відмічають вітчизняні науковці, кримінальний процес в англо-американській системі судочинства є виключно змагальним і заперечує об'єктивну істину, створюючи міцне підґрунтя для побудови змагального процесу [13, 54].

Принцип змагальності характеризує таку організацію судового процесу, коли функції обвинувачення й захисту, підтримання цивільного позову й заперечення проти нього виконуються суб'єктами, які мають рівні права та обов'язки для відстоювання своїх інтересів. Саме завдяки

принципу змагальності і досягається всесторонність розгляду справ у суді і формування внутрішнього переконання у присяжних суддів. Процесуальна рівність, яка являється ядром даного принципу, в першу чергу відбиває лише рівне право обвинувачення і захисту відстоювати свої інтереси перед судом. Сторона обвинувачення, захисту, а також інші учасники процесу в судовому розгляді користуються рівними правами щодо подання доказів, участі в їх дослідженні та заявленні клопотань [14].

Таким чином, можна прийти до висновку, що для рішення суду, що включає в себе суд присяжних, вирішальну роль відіграє саме принцип змагальності сторін, оскільки, по-перше, ораторські здібності і переконливість сторін в суді аж ніяк не забезпечують істинність висунутих ними тверджень; по-друге, окрім виступів сторін, у присяжних немає практично жодних фактичних доказів, що допомогли б їм сформулювати позбавлене емоційного навантаження рішення у справі, всі докази, відповіді на питання та інше для них доступні в першу чергу в усній формі; по-третє, якщо присяжні вирішать на основі наявної у них інформації, що підсудний не винен, справа автоматично закривається.

Погодитися з такою моделлю судочинства – означає визнати, що кінцеве рішення по кримінальній справі повинно базуватися не на істині, а на вірогідності. Іншими словами, притягнення до кримінальної відповідальності можливе на основі неповної впевненості суду у винуватості особи в здійсненні кримінального правопорушення (злочину). Неважко уявити, до яких наслідків може призвести встановлення такого порядку. Як відмічає А. І. Макаркін, «єдине, чому може служити заперечення об'єктивної істини, це виправдання слідчих і судових помилок» [13, 58].

У зв'язку з цим, можна припустити, що змагальність не повинна бути визначальним принципом судового процесу та погодитись з А.А. Давлетовим, який зазначав, що «сутність кримінального судочинства не зводиться до змагальності. Вона характеризує лише форму (спосіб побудови) судочинства» [6]. Первинним завданням суду є пошук істини для забезпечення права на справедливий суд, що відповідає меті правосуддя та завданням, які має ставити перед собою правова держава. Відповідно до нової редакції Закону України «Про судоустрій і статус суддів», закріпленої Законом України «Про забезпечення права на справедливий суд», метою законодавчого врегулювання процесу судочинства є саме забезпечення права кожного на справедливий суд [7].

Змагальність в першу чергу покликана забезпечити рівні права і обов'язки сторін в суді, сприяти розгляду справи різнобічно і найбільш повно. Крім того, і це не менш важливо, сторона захисту в кримінальному провадженні зовсім не зобов'язана намагатися встановлювати об'єктивну істину у справі, адже вона представляє інтереси свого підзахисного, і її обов'язком є робити дозволеними засобами і способами все, щоб спростувати обвинувачення або принаймні пом'якшити відповідальність клієнта. Як суб'єкт процесуального доказування, адвокат не переймається встановленням об'єктивної істини у справі. У нього може виникнути таке професійне зобов'язання лише у випадках наявності незаперечної доказової бази щодо невинуватості підзахисного або встановленого ним достеменно факту самообмови.

Сторона обвинувачення, а саме прокуратура, та органи розслідування є зацікавленими в досягненні об'єктивної істини в більшій мірі, оскільки від них вимагається вживати всіх передбачених законом заходів для всебічного, повного і об'єктивного

дослідження обставин справи, виявляти як ті обставини, що викривають, так і ті, що виправдовують обвинуваченого, а також обставини, що пом'якшують і обтяжують його відповідальність [4, 9]. Проте це, звичайно, не є гарантією встановлення ними об'єктивної істини.

Таким чином, можна стверджувати, що в даному розрізі, змагальність – виключно інструмент суду, який значною мірою забезпечує об'єктивність у досягненні завдань судочинства.

В той же час, можна припустити, що досягнення об'єктивної істини є беззаперечною умовою справедливості суду, так як саме на її основі має будуватися рішення суду. Постулат про те, що в судовому процесі не встановлюється об'єктивна істина, є вельми спірним. На даний час, у судовому процесі, який має змагальний характер, встановлюється, в першу чергу, доведеність чи недоведеність позовних вимог, що не відповідає завданню суду, задекларованому ст. 2 Закону України «Про судоустрій і статус суддів», а саме забезпеченню кожному права на справедливий суд.

Об'єктивна істина в кримінальному процесі зводиться до наступного: розкриття конкретного злочину; виявлення особи, яка цей злочин вчинила; справедливе покарання саме винуватих осіб; недопущення притягнення до кримінальної відповідальності та засудження невинуватих; забезпечення законності рішень; попередження злочинів; гарантія забезпечення прав та законних інтересів всіх учасників (суб'єктів) в кримінальному процесі. Таким чином, можна стверджувати, що процес досягнення об'єктивної істини в судовому процесі практично тотожний досягненню справедливості правосуддя та абсолютно відповідає завданням кримінального провадження [11, ст. 2].

«Прагнення об'єктивної істини, – стверджує А. І. Макаркін, – є не вимогою

законодавця до кожного з учасників процесу, а, скоріше, непереборною умовою їх діяльності. Будучи впевненими у своїй правоті, кожна зі сторін, не боячись викриття в суді, подає і вивчає докази в ході гласної процедури, бере участь у судовому провадженні веде кримінально-правовий спір, намагаючись обґрунтувати свою позицію. А суд створює необхідні процесуальні умови для всестороннього і повного дослідження доказів сторонами процесу. Саме на встановлення об'єктивної істини направлена діяльність по дослідженню фактичних обставин справи» [13, 55].

Щоб вирок був законним і обґрунтованим, необхідно встановити в точній відповідності всі фактичні обставини вчиненого злочину, винуватість особи, що його вчинила, дати правильну кваліфікацію дій особи, що його вчинила, призначити цій особі справедливе покарання в межах санкції статті Кримінального кодексу з врахуванням характеру і ступеня небезпечності вчиненого злочину, особи винуватого, а також обставин, що пом'якшують чи обтяжують відповідальність. Тому висновок про правильну кваліфікацію злочину і справедливу міру покарання повинен базуватися на правильно досліджених суддями фактах та вірному розумінні законів стосовно конкретної життєвої ситуації [12]. Саме тому закон зобов'язує суддів наводити у вироках мотиви відносно кваліфікації злочину та обраної міри покарання. В кожному такому вирокі, особливо, якщо він буде складений із залученням представників народу, буде виражена воля всього суспільства, визначена державним примусом по відношенню до винуватих осіб [11, ст. 334].

Розглянемо суд в іншій можливій моделі із залученням представників народу. Такою є континентальна модель, основою якої є спільність колегії суддів і

народних засідателів (шеффенів, асизів). Засідателі такої моделі, на відміну від суду присяжних, вирішуючи питання права і факту, мають права схожі з правами професійних суддів, беруть активну участь у дослідженні доказів. Вони беруть участь у здійсненні правосуддя від початку і до винесення рішення, складаючи його у нарадчій кімнаті разом з суддями [1, 7–8]. Саме спільна колегія суддів і народних засідателів здатна реалізувати досягнення об'єктивної істини при розгляді справи. Вирішуючи справи нарівні з професійними суддями, представники народу керуються не лише внутрішнім переконанням, а і реальними фактами та матеріалами справи. Більш того, внутрішнє переконання народних засідателів формується в першу чергу не на емоційному рівні, як у їх колег з суду присяжних, а на свідомому дослідженні фактів справи.

Окрім того, судовий процес за участю народних засідателів не відміняє принцип

змагальності, а навпаки забезпечує повноту і всесторонність розгляду справи, що є беззаперечною умовою досягнення кінцевої цілі – об'єктивної істини, а відтак, – справедливого правосуддя.

Тож, можна припустити, що беручи курс на демократизацію політичного режиму в Україні і фактичного, а не декларативного залучення народу до реалізації влади, необхідно конституційно закріпити досягнення справедливості як мету судочинства, а в кримінально-процесуальному законодавстві – норму, яка б визначала метою кримінально-процесуального доказування досягнення об'єктивної істини. Окрім того, вважається за необхідне переглянути норми процесуального законодавства України, якими роль присяжних зводиться до формальної присутності у залі судових засідань, а форма участі народу у якості народних засідателів – виключається.

СПИСОК ЛІТЕРАТУРИ:

1. Алексеева А. О. Поняття, сутність і форми участі народу у здійсненні правосуддя / А. О. Алексеева // Вісник Академії адвокатури України. – 2014. – № 30. – С. 6–11.
2. Белкин А. Р. Суд присяжных: сомнительные плюсы и несомненные минусы / А. Р. Белкин // Стратегии уголовного судопроизводства : сб. материалов научной конференции к 160-летию дня рождения И.Я. Фойницкого. – М. : РАП, 2008. – С. 31–37.
3. Войнарович А. Б. Участь народу у здійсненні правосуддя у кримінальних справах за законодавством України : дис. ... канд. юрид. наук юридичних наук : 12.00.09 / А. Б. Войнарович. – Львів, 2011. – 203 с.
4. Гончаренко В. Г. Захист як соціальна доктрина / В. Г. Гончаренко, С. В. Гончаренко // Вісник Академії адвокатури України. – К. : ВЦ ААУ, 2012. – Число 1 (23).
5. Гончаренко В. Г. Захист прав учасників кримінального провадження як соціально-правовий канон / В. Г. Гончаренко // Вісник Академії адвокатури України. – К. : ВЦ ААУ, 2014. – Число 3 (31).
6. Давлетов А. А. Составительность в современном уголовном процессе России [Электронный ресурс]. – Режим доступа : <http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:Q-EtFrHC04UJ:crimlib.info/images/6/6e/Davletovsost.docx+&cd=1&hl=ru&ct=clnk&gl=ua&client=opera>

7. *Закон України «Про забезпечення права на справедливий суд»* [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon0.rada.gov.ua/rada/show/192-19>
8. *Закон України «Про судоустрій і статус суддів»* [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon2.rada.gov.ua/rada/show/2453-17>
9. *Зейкан Я. П.* Захист у господарській справі [Електронний ресурс] / Я. П. Зейкан. – Режим доступу : http://e-pidruchniki.com/book/6_Zahist_y_gospodarskii_spravi.html
10. *Конституція України* [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/254к/96-вр>
11. *Кримінальний процесуальний кодекс України* [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/4651-17>
12. *Кучинська О. П.* Чи можливо встановити об'єктивну істину в кримінальному процесі [Електронний ресурс] / О. П. Кучинська. – Режим доступу : <http://www.aau.edu.ua/e-journal/2011-1/11korvpkr.pdf>
13. *Макаркин А. И.* Состязательность на предварительном следствии / А. И. Макаркин ; науч. ред. доктор юрид. наук, профессор В. В. Вандышев. – СПб : Юридический центр Пресс, 2004. – 265 с.
14. *Марочкін І. Є.* Організація судових та правоохоронних органів : підручник для студ. юрид. спеціальностей вищих навч. закладів [Електронний ресурс] / І. Є. Марочкін. – Режим доступу : <http://radnuk.info/pidrychnuku/sydovi-orgonu/502-tuxui/10736-46----.html>
15. *Мухамеджанов Э.* Как работает суд присяжных в США [Электронный ресурс]. – Режим доступа : <http://www.law.edu.ru/doc/document.asp?docID=1236057>
16. *Попелюшко В. О.* Функція захисту в кримінальному судочинстві України : монографія / В. О. Попелюшко. – Острог : Вид-во Нац. Ун-ту «Острозька академія», 2009. – 634 с.
17. *Радутная Н. В.* Суд присяжных (исторические, социальные и правовые аспекты) / Н. В. Радутная. – М., 1991. – 79 с.

Стаття надійшла до редакції: 16.04.2015.

Рекомендовано кафедрою кримінального процесу та криміналістики

COMPETITIVENESS OF COURT PROCEEDINGS AND THE OBJECTIVE TRUTH IN THE CONTEXT OF PEOPLE'S PARTICIPATION IN LEGAL PROCEEDINGS

Aliexsieieva A.

Abstract: Exploring the question of forms of participation of the people in the administration of justice, it seems appropriate to consider the trial through the prism of the adversarial system of the court proceedings and objective truth in the context of their relevance to the proceedings pending with the participation of the people.

The Constitution, the Criminal Procedure Code and the Law of Ukraine "On the Judicial System and Status of Judges" make a slight accent on the principle of adversary and only in certain norms mention the concept of truth. Such goal of the proceedings as the search for objective truth is not mentioned in the law of Ukraine. Nevertheless, these two principles

play a crucial role in the proceedings, carried out with the participation of representatives of the people in the form of trial by jury and people's assessors.

First of all, let us consider the concept of separate board of professional judges and a jury trial. From the point of view in which the jury for the classic Anglo-American model is simply observers in court, whose decision is based solely on emotional perception, we can assume that the rhetoric of the parties are the basis of decision-making by a jury. So, for this model, the court primarily plays the role of pleadings, which reflects the principle of adversary.

For another model of a Court, which is based on the joint panel of professional judges and juries, the principle of adversary guarantees the comprehensive examination of the case, as jurors are not limited by the evidence presented in court, and, therefore, in essence they are closer to search for objective truth.

Keywords: principles of justice, competitiveness of court proceedings, lay judges, objective truth, justice, principles of justice, jury, judiciary.



СОСТЯЗАТЕЛЬНОСТЬ И ОБЪЕКТИВНАЯ ИСТИНА В КОНТЕКСТЕ УЧАСТИЯ НАРОДА В СУДОПРОИЗВОДСТВЕ

Алексеева А. А.

Резюме: Статья посвящена анализу соотношения таких принципов судопроизводства как состязательность и объективная истина и форм участия народа в осуществлении правосудия. В частности, проанализированы суть данных принципов и их влияние на результаты судебного рассмотрения.

Ключевые слова: принципы судопроизводства, состязательность, народные заседатели, объективная истина, правосудие, принципы судопроизводства, присяжные, судоустройство.

ЩОДО ВІДСТОРОНЕННЯ СУДДІ ВІД ПОСАДИ ЗА ЧИННИМ КПК УКРАЇНИ

УДК 343.125

**Р. Д. АРЛАНОВА***аспірантка, Академія адвокатури України
(Науковий керівник доцент В. І. Бояров)*

В статті автор розглядає деякі проблемні питання відсторонення від посади судді. Обґрунтовується, що відсторонення судді від посади за чинним кримінальним процесуальним законодавством Вищою кваліфікаційною комісією суддів України безпідставно усуває суд від процесу ухвалення рішення про застосування зазначеного заходу забезпечення кримінального провадження.

Ключові слова: *суддя, відсторонення від посади.*



ABOUT THE DISMISSAL OF A JUDGE FROM OFFICE UNDER
THE CURRENT CODE OF CRIMINAL PROCEDURE

Arlanova R. D.

Received: 16 Apr 2015.

Відсторонення від посади підозрюваного (обвинуваченого) займає особливе місце серед інших заходів кримінально-процесуального примусу. Це пов'язано з тим, що цей захід обмежує для людини конституційне право кожного на працю (ч. 1 ст. 43 Конституції України) та право громадян на доступ до державної служби (ч. 2 ст. 38 Конституції).

Окремі аспекти застосування цього заходу забезпечення кримінального провадження вивчали вітчизняні та зарубіжні вчені, зокрема Ю. П. Алєнін, О. В. Баулін, В. І. Галаган, Ю. М. Дьомін, А. Я. Дубінський, Ю. М. Грошевий, С. В. Завада, М. М. Михєєнко, Д. О. Савицький, В. І. Фаринник, О. Г. Шило та ін.

Згідно чинного КПК України у процесі провадження у кримінальній справі органи досудового розслідування і суд мають право застосовувати щодо підозрюваних і обвинувачених заходи кримінально-процесуального примусу, серед яких – відсторонення від посади. Відповідно до ст. 154 КПК відсторонення від посади здійснюється щодо підозрюваного, обвинуваченого з метою забезпечення належного порядку кримінального провадження, відшкодування спричиненої злочином шкоди, а також перешкоджання продовженню злочинної діяльності, яка пов'язана безпосередньо з трудовою діяльністю і полягає у тимчасовому недопущенні

особи, яка перебуває у певних службових відносинах з органами державної влади та місцевого самоврядування, підприємствами, установами чи організаціями, до виконання своїх функціональних обов'язків або забороні виконувати роботу, яку підозрюваний (обвинувачений) виконував, або займатися діяльністю, якою він займався.

Саме наявність процесуального статусу підозрюваного, обвинуваченого та перебування особи на посаді є спеціальними умовами відсторонення від посади.

Відсторонення від посади під час кримінального провадження слід відрізнити від позбавлення права обіймати певні посади або здійснювати певну діяльність, що є видом покарання і застосовується за вироком суду до осіб, визнаних винними у вчиненні злочину. За загальним правилом відсторонення від посади застосовується щодо осіб, які підозрюються або обвинувачуються у вчиненні злочину середньої тяжкості, тяжкого чи особливо тяжкого злочину.

Якщо йдеться про державного службовця, то існує декілька шляхів реалізації його відсторонення від виконання своїх службових обов'язків, а саме:

- відсторонення від виконання повноважень за посадою відповідно до Закону України «Про державну службу» [1];
- відсторонення від роботи відповідно до КЗпП;
- відсторонення від посади як підозрюваного, обвинуваченого відповідно до КПК України.

Відповідно до вимог ч. 2 ст. 22 Закону України «Про державну службу» тривалість відсторонення від виконання повноважень за посадою не має перевищувати часу службового розслідування. Час розслідування визначається конкретним рішенням керівника органу. Той факт, що

відсторонення державного службовця не буває поза службовим розслідуванням (яке може проводитись і без відсторонення особи від виконання повноважень), очевидно, має на меті запобігти: продовженню державним службовцем можливої протизаконної діяльності на посаді та його негативному впливу на хід службового розслідування.

Одним з актуальних питань сьогодення є відсторонення від посади суддів, як спеціальної категорії державних службовців, оскільки питання притягнення суддів до відповідальності є важливим та гострим за будь-якого політичного режиму та державного устрою.

Як відомо, в Україні судді відповідають за вчинення злочинів на загальних підставах. Кримінальним кодексом України поряд зі службовими злочинами передбачено також злочини, які можуть бути вчинені суддями як посадовими особами, що здійснюють правосуддя. Склади цих злочинів і покарання за них визначаються КК України у Розділі XVIII «Злочини проти правосуддя». Зокрема, лише суддями може бути вчинений такий злочин як постановлення завідомо неправосудного вироку, рішення, ухвали або постанови [2, 987].

Відповідно до ст. 49 Закону України «Про судоустрій і статус суддів» [3] судді може бути повідомлено про підозру у вчиненні кримінального правопорушення лише Генеральним прокурором України або його заступником (п. 3 ч. 1 ст. 481 КПК України). Підсудність справи щодо обвинувачення судді у вчиненні злочину визначається Головою Верховного Суду України і така справа не може розглядатися тим судом, у якому обвинувачений обіймає чи обіймав посаду судді. Відсторонення судді від посади у зв'язку з притягненням до кримінальної відповідальності здійснюється Вищою кваліфікаційною комісією суддів України (далі – ВККСУ)

на підставі вмотивованого клопотання Генерального прокурора України (ч. 3 ст. 154 КПК України). Таке відсторонення здійснюється ВККСУ на строк не більше двох місяців.

Треба зазначити, що таке виключення суду з процесу ухвалення рішення про відсторонення судді від посади і введення нового суб'єкта – Вищої кваліфікаційної комісії суддів України з боку законодавця є не досить обґрунтованим та логічним. Більш правильним, на нашу думку, є надання права на відсторонення судді Верховному Суду України, до якого з відповідним клопотанням звертається Генеральний прокурор України (а це клопотання, у свою чергу, вже може бути погоджено з ВККСУ).

Зазначену точку зору – щодо обов'язкової участі суду у відстороненні судді від посади, яку ми підтримали, обґрунтовують в своїх наукових працях С. В. Завада [4, 12], В. І. Фаринник, С. В. Гладій та ін.

В. І. Фаринник, зокрема, пропонує відсторонення від посади судді здійснювати слідчим суддею, судом на підставі вмотивованого клопотання Генерального прокурора України за згодою з ВККСУ [5, 166], а С. В. Гладій пропонує створення Дисциплінарного суду України, як єдиного органу, уповноваженого розглядати скарги на дії та бездіяльність суддів. Саме цей суд, у разі його створення, міг би приймати відповідне рішення стосовно судді на підставі клопотання Генерального прокурора [6, 65].

Віднесення прийняття процесуального рішення про застосування заходів процесуального примусу до виключної компетенції суду відповідає європейським стандартам у галузі прав людини. Європейський суд з прав людини у справі «Класс та інші проти Німеччини» (1978 р.) визнав, що принцип верховенства права виходить з того, що втручання

органів виконавчої влади у права окремих осіб повинно перебувати під ефективним контролем, який має забезпечуватися судовою системою [7].

Отже ВККСУ, яка за своїм призначенням повинна лише здійснювати кваліфікаційну атестацію і дисциплінарне провадження, фактично підміняє слідчого суддю, суд і тимчасово обмежує конституційні права особи, покладаючи на себе судовий контроль: розглядає клопотання Генерального прокурора України до якого додаються відповідні матеріали, які дають підстави вважати, що підозрюваний, обвинувачений, перебуваючи на посаді, може негативно вплинути на свідків, протиправно перешкоджатиме кримінальному провадженню; може при цьому допитати свідків (п. 7 ч. 2 ст. 155 КПК). Останнє, за умов відсутності у комісії відповідного статусу (судді) виглядає сумнівним.

ВККСУ, на нашу думку, проводити при цьому суто формальну процедуру перевірки: чи всі документи додані до клопотання, чи відповідає клопотання за формою вимогам чинного КПК та ін.

Наприклад, ВККСУ своїм рішенням відмовила у задоволенні клопотання Генерального прокурора України про відсторонення судді Печерського суду м. Києва В. П. Кицюка від посади у зв'язку із не представленням відомостей щодо вручення В. П. Кицюку повідомлення про підозру [8].

Потребує роз'яснення ще деяких положень чинного КПК України. Наприклад, у п. 3 ч. 1 ст. 481 КПК визначено, що письмове повідомлення про підозру професійному судді здійснюється Генеральним прокурором України або його заступником. Але на практиці виникає запитання: чи повинен Генеральний прокурор або його заступник особисто повідомляти особу (суддю) про підозру або це може зробити прокурор – процесуальний

керівник; чи потрібно керівнику Генеральної прокуратури України бути включеним до складу групи процесуальних керівників у відповідному кримінальному провадженні (з внесенням його даних до ЄРДР), як того вимагає ст. 36 КПК, де зазначено, що прокурор, якій здійснює процесуальне керівництво досудовим розслідуванням,

уповноважений повідомляти про підозру (п. 11 ч. 2 ст. 36 КПК).

Підводячи підсумок, слід зазначити, що чинний КПК України необхідно доповнити положеннями, в яких більш чітко визначити процедуру та механізм відсторонення судді від посади.

СПИСОК ЛІТЕРАТУРИ:

1. *Про державну службу* : Закон України від 16.12.93 р. № 3723-ХІІ // Відомості Верховної Ради України. – 1993. – № 52. – Ст. 490.
2. *Науково-практичний коментар* Кримінального кодексу України. – 4-е вид., доп. і перероблене / [за ред. М. І. Мельника, М. І. Хавронюка]. – К. : Юридична думка, 2007. – 1184 с.
3. *Про судоустрій і статус суддів* : Закон України від 7 липня 2010 р. № 2453-VI // Відомості Верховної Ради України. – 2010. – № 41–42, 43, 44–45. – Ст. 529.
4. *Завада С. В.* відсторонення від посади як захід кримінального-процесуального примусу : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : спеціальність 12.00.09 / С. В. Завада. – К. : НАВС, 2014. – 19 с.
5. *Фаринник В. І.* Відсторонення від посади: кримінальний процесуальний аспект / В. І. Фаринник // Науковий вісник Національного університету ДПС України (економіка, право). – 2014. – № 2(265). – С. 162–171.
6. *Гладій С. В.* Удосконалення суспільного контролю за професійною якістю суддів / С. В. Гладій // Форум права. – 2014. – № 3. – С. 63–68.
7. *Справа «Класс та інші проти Німеччини»* Рада Європи, Європейський суд з прав людини, Міжнародні суди ; Справа, Рішення від 06.09.1978 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/980_093
8. *Рішення Вищої кваліфікаційної комісії суддів України* № 5/6к-15 від 29 січня 2015 р.
9. *Про забезпечення права на справедливий суд*: Закон України від 12.02.2015 р. № 192-VIII // Відомості Верховної Ради України. – 2015. – № 18. – Ст.132.
10. *Дьомін Ю. М.* Відсторонення від посади як один із заходів забезпечення кримінального провадження / Ю. М. Дьомін // Юридичний часопис Національної академії внутрішніх справ. – 2013. – № 1. – С. 232–237.

Стаття надійшла до редакції: 16.04.2015.

Рекомендовано кафедрою кримінального процесу та криміналістики

**ABOUT THE DISMISSAL OF A JUDGE FROM OFFICE UNDER
THE CURRENT CODE OF CRIMINAL PROCEDURE***Arlanova R. D.*

Abstract: The author examines some of the problematic issues dismissal of judges in criminal proceedings. It is proved that the dismissal of a judge under the current criminal procedural law on the basis of a reasoned request of the Prosecutor General of the Higher Qualification Commission of Judges of Ukraine unreasonably removes from the process of the court decision on the application of this measure to ensure criminal proceedings.

The Commission, in its purpose, deals only qualifying certification and disciplinary proceedings against judges. Taking the decision to dismiss a judge, commission, replacing the court, in fact imposes on the judicial control: when considering the application of the Prosecutor General, the Commission not only formally consider such a request for the presence necessary for the removal of materials, but also can examine witnesses. All of this is contrary to European standards – adoption of a procedural decision on the application of coercive procedural measures falls within the exclusive competence of the court. The European Court of Human Rights ruled that the principle of the rule of law based on the fact that the interference of the executive power in human rights should remain under effective judicial control and competence of the court.

Keywords : judge, dismissal.

**ОБ ОТСТРАНЕНИИ СУДЬИ ОТ ДОЛЖНОСТИ ПО ДЕЙСТВУЮЩЕМУ УПК УКРАИНЫ***Арланова Р. Д.*

Резюме: Автор рассматривает некоторые проблемные вопросы отстранения от должности судьи. Обосновывается, что отстранение судьи от должности по действующему уголовному процессуальному законодательству Высшей квалификационной комиссией судей Украины безосновательно устраняет суд от процесса принятия решения о применении указанной меры обеспечения уголовного производства.

Ключевые слова: судья, отстранение от должности.

РОЗВИТОК ЗАХОДІВ ПРОЦЕСУАЛЬНОГО ПРИМУСУ НА ТЕРИТОРІЇ УКРАЇНИ В ІСТОРИЧНОМУ АСПЕКТІ

УДК 343.1



О. М. СІВЕРСЬКИЙ

юрист, здобувач кафедри правосуддя, Київський національний університет імені Тараса Шевченка

У викладеному матеріалі розглядається розвиток заходів примусу у досудовому та судовому провадженні в період середини I тис. до н. е. – до нашого часу на теренах території сучасної України.

Ключові слова: заходи примусу, Київська Русь, Руська правда, процесуальний примус, судейники, заходи кримінального провадження.



THE DEVELOPMENT OF COERCIVE PROCEDURAL MEASURES IN UKRAINE IN HISTORICAL PERSPECTIVE

Siverskyi O.

Received: 16 Apr 2015.

У кримінальних процесуальних кодексах різних країн заходи забезпечення кримінального провадження мають різну назву: «заходи безпеки», «кримінально-правові заходи», «попереджувальні заходи», «інші заходи кримінальної відповідальності», «інші міри процесуального впливу», «заходи виправлення і безпеки», «заходи впливу», «інші заходи», тощо. Для більшого розуміння таких заходів, їх виникнення, вважаємо необхідним розглянути їх розвиток в історичному сенсі на території, яка становить сучасну Україну.

В історичний період – середину I тис. до н. е. – 1832 рік н.е. терміну «заходи кримінально-процесуального примусу» або «запобіжні заходи» не існувало. Вперше було використано термін «запобіжні заходи» у 1832 р. у Зводі законів Російської імперії. З середини I тис. до н. е. до 1832 року н. е. нормативні акти не містили поділу на процесуальні засоби забезпечення досудового та судового провадження і запобіжні заходи.

У VII–III ст. до н. е. на території сучасної Південної та Південно-Східної України, у степових районах Північного Причорномор'я, і частково в Криму перебували скіфські племена, у яких до VII ст. до н. е. склався могутній союз.

Типовим для скіфів була кривава помста. Загалом судовий, в тому числі кримінальний процес

перебував у початковому стані і не відрізнявся від цивільного.

У III ст. до н. е. з послабленням скіфської могутності і до 375 р. н. е. Скіфія перетворилася в Сарматію – збірну назву різних племен. У III ст. н. е. Сарматія перестала існувати внаслідок експансії племен готів. Як і у скіфів, так і у сарматів і готів існувала кривава помста, а судовий процес вівся усно на підставі звичаїв. У 375 р. н. е. на територію України переселилися гуни, які зазнавши кілька поразок від римлян і союзників, невдовзі після смерті короля гунів Атилли у 453 р. н. е. розпалися, після чого вплив перейшов до слов'янських племен антів і склавінів. Для племен, які передували створенню Київської Русі характерна кривава помста, а кримінальні переслідування відбувалися за звичаєвим неписаним правом. З виникненням Київської Русі панівні класи почали пристосовувати звичаї до своїх інтересів, санкціонували та застосовували їх примусово з допомогою державних органів.

Активну участь у житті Північного Причорномор'я та Криму приймали греки, які на початку або в першій половині VI ст. до н. е. заснували декілька міст – Ольвію, Пантікапей, Феодосію, Херсонес та інші міста, які набули статусу полісів, з особливим порядком управління, такому як у Греції.

Судовий процес у цих містах не носив різниці між кримінальним і цивільним процесом, і мав змагальний характер: позивач і відповідач самі захищалися, наводили докази, приводили свідків. Суди використовувалися як інститут забезпечення народного контролю як над посадовими особами, так і над самими законами. Суд обмежувався голосуванням, спершу щодо наявності вини, а потім, якщо її доведено, стосовно винесення вердикту після того, як жодна зі сторін не

запропонувала справедливого, на її думку, рішення.

У 80-х роках V ст. до н. е. відбулося об'єднання міст – полісів у Боспорське царство, яке існувало з 80-х р.р. V ст. до н. е. до III ст. н. е. у цивільному і кримінальному переслідуванні передбачалися слідчі й інші процесуальні дії. Суд здійснювали царські урядовці та адміністратори, а рішення виконували спеціально призначені виконавці. Як санкцію за злочин застосовувалися штрафи, компенсації, виплати, конфіскації, побиття та смерть. Судовий процес також не носив різниці між кримінальним і цивільним процесом.

У 70-х р.р. IV ст. Боспорське царство перестало існувати в результаті навали гунів.

Необхідно зазначити, що в період до створення Київської Русі, починають створюватися перші ознаки застосування заходів забезпечення примусу. Щодо осіб, які скоїли злочин у середині групової общини, на перший план виходила помста з боку рідні всередині общини, або зі сторони іншої общини, а вигнання за межі общини було сильним репресивним заходом. Широко поширеним заходом забезпечення відповідальності, в основному майнової, була родова порука.

У 30-ті роки XII – першій половині XIII ст. на землях Русі діяли збірники норм звичаєвого права яких більше 100 екземплярів з назвою «Руська Правда» [1]. Вона створювалася за часів Ярослава Мудрого, його синів і внука Володимира Всеволодовича Мономаха. У «Руській правді» не існувало детальної регламентації судового процесу, судові дебати велися усно, усним було і рішення. «Руська Правда» згадує про Мечників, про дитячого (судового виконавця), про вірників, які збирали з населення вири і продажу, їх помічників (отроки, метільники), що стягували судові мита, про ябедників [2],

які виступали в якості допоміжних судових органів. За привід відповідача до суду вони отримували окрему плату. Крім стягнень та збору судових мит, вищезазначеним особам доводилося забезпечувати явку в суд позивачів і відповідачів, викликати свідків, забезпечувати безпеку суддів та охороняти порядок при розгляді справ. «Але всі вказівки «Руської Правди» про виклик до суду і про особливих служителів суду, які були в цьому випадку, служать тільки неясними натяками того, що була якась форма виклику до суду і були при суді для цього особливі служителі, але яка це форма була саме, і які права та обов'язки судових служителів, які займаються викликом до суду, того зі статей «Руської Правди» не видно» [3]. Засобом забезпечення явки в суд в цей період 1497–1550 рр. була порука, а взяття під варту як запобіжний захід не застосовувалося. В деяких випадках застосовувалося поміщення обвинуваченого у яму за злочини проти князівської влади.

Необхідно відмітити «Судебники 1497р. [4], і 1550 р. [5]», – нормативно – правовий акт, створений з метою систематизації існуючих норм права, які ґрунтувалися на попередньому законодавстві: «Руській правді», «Статутних грамотах», «Судних грамотах» («Псковська судна грамота», «Новгородська судна грамота»), «Судових рішеннях з окремих питань».

У «Судебниках 1497 і 1550 рр.», на відміну від «Руської правди» застосовувався такий захід процесуального примусу, як віддача за пристава, який полягав у тому, що на людину одягали кайдани і саджали в колоду і поміщали у хлів, сарай, яму, тощо. Це означало, що людина повинна знаходитися у пристава, який був зобов'язаний наглядати за ним, оскільки в той час тюрем не було. В цей період часу одним із заходів кримінально-процесуального примусу була порука. Дана міра

застосовувалася лише по письмовому клопотанню «челобитной», і не з ініціативи державних органів. Поручителі ручалися «головою» за явку обвинуваченого в суд. Якщо при відсутності підозрюваного робився обшук, і людину «облікують», тобто визнають лихим, не схваллять його поведінку, таку особу до суду позбавляли волі, і до нього могла бути застосована порука. У тому випадку, якщо поручителів немає, то обвинувачений «відавався за пристава».

У період перебування українських земель у складі Литовсько-Польської держави особливістю тогочасної правової системи стало відокремлення у самостійну правову галузь процесуального права – процедури судового переслідування винних у вчиненні злочину осіб, яка мала назву «поступок правний». Подальшого розвитку заходи забезпечення судового провадження дістали в результаті впливу правових норм іноземних країн-загарбників.

У період розквіту Козаччини, у зв'язку з ліквідацією польського законодавства, характерним було судове переслідування на підставі усного звичаєвого права, запозиченого у запорожців, та унормованого гетьманами і полковниками. Важливість звичаєвого права підкреслює той факт, що царською грамотою від 27 березня 1654 року надавалося Війську Запорізькому право судитися «у своїх старшин по давнішим правам їх» [6, 94].

Пізніше вони простежуються в українських актових джерелах, правових пам'ятках – «Литовському Статуті», «Кодексі Гетьманщини 1743 р.», «Правах, за якими судиться малоросійський народ» [7, 153].

На початку XVIII ст. виникла потреба уніфікувати і унормувати різні норми права, які діяли в Гетьманщині, видати їх українською мовою (замість польської),

узаконити привілейоване становище козацької старшини. На державному рівні це питання постало з виданням Указу «Рішучими пунктами гетьману Данилу Апостолу» (1728 р.) [8]. На виконання цього акту, гетьман того ж року утворив кодифікаційну комісію у складі 12 осіб на чолі з генеральним суддею І. Бороздною, яка працювала дуже довго і результатом її діяльності був кодекс 1743 р. під назвою «Права, за якими судиться малоросійський народ». Збірник законів відправили на розгляд у Сенат, але російський уряд його не затвердив, і кодекс 1743 року залишився неофіційним підручником, яким користувались юристи.

Кодекс складається із 30 розділів, 531 артикулу і 1716 пунктів, які містять норми цивільного, кримінального і процесуального права. Комісія І. Бороздни підготувала також процесуальний кодекс «Процес краткий, приказний» (1734 р.).

З відновленням у 1750 р. гетьманства створено другу кодифікаційну комісію з 49 осіб. Один з її членів Ф. Чуйкевич у 1758 р. закінчив роботу над кодексом під назвою «Суд і розправа в правах малоросійських». В ньому обґрунтовано ідею приватної власності на рангові землі, на відновлення статутних судів та закріплення привілеїв старшинської верхівки.

В умовах ліквідації гетьманської влади робляться спроби закріпити за землевласниками старі права і вольності в кодексі В. Кондратьєва «Книга Статут і прочіє права малоросійськіє» (1764 р.), в «Екстракті малоросійських прав» (1767 р.) О. Безбородька та в «Екстракті указів та інструкцій Сенату» (1786 р.).

На початку XIX ст. створюється ще одна кодифікаційна комісія на чолі з графом П. Завадським, яка провела дві експедиції по судах Лівобережжя та Правобережжя. Підсумком стали «Собрание малоросійських прав» (1807 р.)

Ф. Давидовича та «Свод местных законов западных губерний» (1837 р.) А. Повстанського. Але в 40-х рр. XIX ст. в Україні запроваджено єдине російське законодавство.

Вплив на формування і розвиток засобів забезпечення кримінального провадження виявило «Соборное уложение 1649 року» [9] – звід законів Московської держави, прийнятий на Земському соборі 1649 року, який діяв майже 200 років, до 1832 року.

Згідно «Соборного уложения 1649 року», серед заходів кримінально-процесуального примусу на передній план виходить тюремне ув'язнення, яке застосовувалося губними старостами, а пізніше – воєводами. Згідно ст. 21 глави XXI «Соборного уложения 1649 року», розбійників, убивць і підпалювачів наказують «тримати у в'язниці півроку – для розшуку товаришів їх», а згідно ст. 43 тієї ж глави, до государева указу слід тримати у в'язниці осіб, підозрюваних у скоєнні розбою і чия непричетність в ході обшуку (розгляду) не встановлена.

В подальшому, за часів реформи Петра I була скасована міра кримінально-процесуального примусу – «віддача за пристава». Найбільш вживаною мірою кримінально-процесуального примусу як і раніше залишилося тримання під вартою.

З приходом до влади Катерини II у її Наказі від 30 липня 1767 року [10], а потім в «Статуті благочестя 1782 року» був приведений приблизний перелік доказів, достатніх для поміщення людини в тюрму (він був повністю запозичений із трактату Ч. Беккарія «Про злочини і покарання» 1764 року) [11]. Деякі елементи даного переліку збереглися до теперішнього часу у вигляді переліку підстав затримання підозрюваного. Однією з прогресивних ідей, викладених у Наказі, була ідея про те, що заходи

кримінально-процесуального примусу та заходи кримінального покарання мають зовсім різні цілі і що тримання обвинуваченого під вартою до суду повинно бути, наскільки це можливо, коротшим.

Оскільки більша частина України у першій половині XIX ст. входила до складу Російської імперії, ми також розглядаємо вплив царського періоду на розвиток засобів забезпечення кримінального провадження в Україні. У «Зводі законів 1832 р. [12], і 1857 р. [13] Російської імперії» – офіційного зібрання розташованих в тематичному порядку діючих законодавчих актів Російської імперії, створеного за ініціативою імператора Миколи I, можна вперше говорити про наявність заходів процесуального примусу і запобіжних заходів у цьому зводі, як окремого інституту кримінального процесу, в якому були такі наступні заходи: домашній арешт; поліцейський нагляд; віддання на поруки; тримання в тюрмі та при поліції.

20 листопада 1864 р. було проведено судову реформу. Після розгляду на Державній раді цар затвердив для запровадження чотири акти: «Про заснування судових установлень»; «Статути кримінального й цивільного судочинства» [14]; «Статути про покарання, що накладались мировими судьями». «Статут кримінального судочинства 1864 р.» доповнив систему запобіжних заходів двома заходами – відібрання виду на проживання і заставою. Він остаточно відділив судову владу від виконавчої. За поліцією залишилося право застосовувати лише одну міру кримінально-процесуального примусу – затримання. Система заходів кримінально-процесуального примусу знайшла своє відображення в ст. 77, 416–419 Статуту, і включила в себе: 1) відібрання виду на проживання або підписки про явку до слідства і невідлучення з місця проживання; 2) віддача під особливий нагляд поліції; 3) віддача на поруки; 4) взяття

застави; 5) домашній арешт; 6) взяття під варту.

Після революційних подій 1917 р. кримінальний процес на території сучасної України зазнає змін. З початку січня 1918 р. в Україні поширюються декрети всеросійських з'їздів Рад та Революційного Народного Комісаріату РРФСР, а на місці виникають правові норми революційного часу, які спрямовувалися насамперед на боротьбу з контрреволюцією, бандитизмом, спекуляцією і саботажом. Джерелом права виступала революційна правосвідомість, а також декрети, постанови, рішення та положення органів центральної і місцевої влади. 13 вересня 1922 р. Всеукраїнським Центральним Виконавчим Комітетом (ВУЦВК) було прийнято постанову, згідно з якою з 20 вересня 1922 р. на всій території Української Радянської Соціалістичної Республіки (УРСР) вводився в дію Кримінально-процесуальний кодекс УРСР (КПК УРСР) [15, 5], який складався з шести розділів, 32 глав, які містили 481 статтю. Дванадцятий розділ даного кодексу передбачав застосування запобіжних заходів слідчим: підписку про явку з обов'язком повідомляти про зміну місця проживання (ст. 146), підписку про невиїзд; поручительство особисте й майнове; заставу; домашній арешт; взяття під варту (ст. 147). Тобто підписка про невиїзд була вперше на теренах України закріплена у КПК УРСР 1922 року, що був надрукований у першому виданні Зібрання У законень та Розпоряджень Робітничо-Селянського Уряду України № 42 від 13 жовтня 1922 року.

На 2-й сесії ВУЦВК у 1927 р. було прийнято новий КПК УРСР [16, 118], в якому перелік запобіжних заходів було доповнено таким заходом як поручительство професійних та інших громадських організацій. Дана система запобіжних заходів залишалася незмінною до 1958 р.

Ще одним важливим документом, який діяв та території України до нового Кримінально-процесуального кодексу України були «Основи кримінального судочинства Союзу РСР і союзних республік», прийняті у грудні 1958 р. [17], які передбачали такі запобіжні заходи: підписку про невіїзд, особисту поруку або поруку – громадської організації, взяття під варту, а ст. 33 передбачала, що запобіжними можуть бути й інші заходи, які передбачені законодавством союзних республік.

У прийнятому в 1960 р. КПК УРСР [18] у Главі 13, яка мала назву «Запобіжні заходи», містилися норми з видами запобіжних заходів, а саме: 1) підписка про невіїзд, 2) особиста порука; 3) порука громадської організації або трудового колективу; 3–1) застава, 4) взяття під варту; 5) нагляд командування військової частини. В подальшому стаття 149 була доповнена частиною 2, де було зазначено запобіжний захід – тимчасове затримання підозрюваного.

У новому КПК України 2012 року [19] була закріплена нова глава з назвою «Заходи забезпечення кримінального провадження і підстави їх застосування», та згідно ст. 131 такими заходами є: 1) виклик слідчим, прокурором, судовий виклик і привід; 2) накладення грошового стягнення; 3) тимчасове обмеження у користуванні спеціальним правом; 4) відсторонення від посади; 5) тимчасовий доступ до речей і документів; 6) тимчасове вилучення майна; 7) арешт майна; 8) затримання особи; 9) запобіжні заходи. При цьому запобіжні заходи (ст. 176) стали складовою заходів забезпечення кримінального провадження.

Висновки. Підсумовуючи викладене, зазначаємо, що протягом I тис. до н. е. – 1832 року н. е. терміну «заходи кримінально-процесуального примусу», або «запобіжні заходи» не існувало, як і не існувало поділу на процесуальні засоби

забезпечення досудового та судового провадження і запобіжні заходи. Вперше термін «запобіжні заходи» використали у 1832 р. у Зводі законів Російської імперії.

На теренах України перші спроби кодифікації звичаєвого права відбулися у XI–XII ст. зі створенням «Руської правди». З 1743 р., відбулася друга серйозна спроба кодифікації, проекти кодексів яких дістали назву «Права, за якими судиться малоросійський народ»; 1734 р. – «Процес краткий, приказний»; 1758 р. – «Суд і розправа в правах малоросійських»; 1764 р. – «Книга Статут і прочіе права малоросійські»; 1767 р. – «Екстракт малоросійських прав»; 1786 р. – «Екстракт указів та інструкцій Сенату»; 1807 р. – «Собрание малороссийских прав»; 1837 р. – «Свод местных законов западных губерний», але в них не було самостійного інституту заходів забезпечення кримінального провадження.

Запобіжні заходи набували свого розвитку лише до 1927 р. У наступних Кримінальних процесуальних кодексах і змінах до них, в основному, деякі з раніше існуючих запобіжних заходів вводилися, а деякі, навпаки, виключалися.

З нового КПК 2012 року вбачається, що запобіжні заходи в процесі історичних змін з самостійної, самодостатньої групи кримінального процесу стали елементом заходів забезпечення кримінального провадження, і на перший план вийшли такі заходи, як виклик слідчим, прокурором, судовий виклик і привід; накладення грошового стягнення; тимчасове обмеження у користуванні спеціальним правом; відсторонення від посади; тимчасовий доступ до речей і документів; тимчасове вилучення майна; арешт майна; затримання особи. Це пов'язано з гуманізацією кримінального процесу, введенням європейських стандартів, обговорених з Європейською комісією за демократію через право (Венеціанська комісія).

Вважаємо, при створенні нових законів необхідно звертатися до досвіду норм права, застосування яких в історії України дуже позитивно вплинуло на суспільні відносини, та які схвально були сприйняті суспільством.

СПИСОК ЛІТЕРАТУРИ:

1. *Юшков С. В.* Руська правда [Електронний ресурс] / С. В. Юшков // Видавництво Української Академії Наук. – 1935. – Режим доступу : <http://litopys.org.ua/yushkov/yu.htm>
2. *Юшков С. В.* История государства и права СССР : Ч. 1 / С. В. Юшков. – М., 1961. – С. 127.
3. *Беляев И. О* вызове в суд по древним русским законам до Уложения 1649 года / И. О. Беляев. – СПб, 1869. – С. 3.
4. *Штамм С. И.* Судебник 1497 года / С. И. Штамм. – М. : Юридическая литература, 1955. – 112 с. – (Учеб. пособие по истории государства и права СССР).
5. *Кузьмин А. Г.* Судебник Ивана IV / А. Г. Кузьмин, С. В. Перевезенцев. – М. : Гуманитар. изд. центр ВЛАДОС, 2004. – 444 с. – (Учеб. пособие для студ. высш. учеб. заведений). – (Хрестоматия по истории России с древнейших времен до 1618 г.).
6. *Грушевський М. С.* Хто такі українці і чого вони хочуть? / М. С. Грушевський – К. : Знання, 1991. – 240 с.
7. *Шемшученко Ю. В.* Права, за якими судиться малоросійський народ, 1743 / Ю. В. Шемшученко. – К. : ІДП НАНУ, 1997. – 547 с.
8. *Мироненко О. М.* Вітчизняний конституціоналізм від І. Мазепи до К. Розумовського (1687–1764) / О. М. Мироненко // Вісник АПНУ. – 2000. – № 1.
9. *Полное собрание законов Российской Империи.* – Собрание Первое. – Том I. 1649–1675 гг. – СПб : Типография II Отделения Собственной Его Императорского Величества Канцелярии, 1830. – 1072 с. (с. 1 – 161).
10. *Зотов В. Д.* Императрица Екатерина и её «Наказ» / В. Д. Зотов // Вестник Российского университета дружбы народов. – 2000. – № 2. – С. 21–32. – (Серия «Политология»).
11. *Беккариа Ч.* О преступлениях и наказаних [пер. с итал.] / Чезаре Беккариа. – К. : ИнЮре, 2014. – 240 с.
12. *Свод законов 1832 год* // Российское законодательство X–XX веков : Тексты и комментарии : в 9 т. : Т. 5 / [под ред. О. И. Чистякова]. – М. : Юрид. лит., 1984.
13. *Свод законов 1857 год* // Российское законодательство X–XX веков : Тексты и комментарии : в 9 т. : Т. 7 / [под ред. О. И. Чистякова]. – М. : Юрид. лит., 1984.
14. *Устав уголовного судопроизводства 1864 года* // Российское законодательство X–XX веков : Тексты и комментарии : в 9 т. : Т. 8 / [под ред. О. И. Чистякова]. – М. : Юрид. лит., 1984. – С. 118–385.
15. *Уголовно-процессуальный кодекс УССР.* – Х. : Издание Наркомюста УССР, 1922. – 60 с.

16. *Кримінально-процесуальний кодекс УРСР*. – Х. : Юридичне видавництво Наркомюста УСРР, 1927. – 123 с.
17. *Основы уголовного судопроизводства Союза ССР и союзных республик от декабря 1958 года*. – М. : Юрид. лит., 1984. – 51 с.
18. *Уголовно-процессуальный кодекс Украинской ССР*. – М. : Госюриздат, 1965. – 164 с.
19. *Кримінально-процесуальний кодекс України* [Електронний ресурс] // Відомості Верховної Ради УРСР. – 1960. – Режим доступу : <http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/1003-05>
20. *Кримінальний процесуальний кодекс України* [Електронний ресурс] // Голос України. – 2012. – Режим доступу : <http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/4651-17>

Стаття надійшла до редакції: 16.04.2015.

Рекомендовано кафедрою кримінального процесу та криміналістики

THE DEVELOPMENT OF COERCIVE PROCEDURAL MEASURES IN UKRAINE IN HISTORICAL PERSPECTIVE

Siverskyi O.

Abstract: In the development of the material considered coercive measures in pre-trial and trial proceedings during the mid-millennium B.C. – to our time on the territory of present-day Ukraine. We consider periods: development in VII–III century B.C. of South and South-East Ukraine, in the Northern Black Sea steppes, and partly in the Crimea Scythian tribes; period of expansion by Sarmatia, Goths, Huns, Ants and sklavyans; period of ancient cities of the Black Sea and Crimea; Bosphorus; period of Kievan Rus, and the period of feudal fragmentation of Kievan Rus; period of stay Ukrainian lands in the Lithuanian-Polish state; the heyday of the Cossacks; period of stay in Ukraine within the Russian Empire; period after 1917 to the present. Conclusions that during the first millennium B.C. – to 1832 the term “measures of criminal procedure compulsion” or “preventive measures” did not exist, as there was no separation of procedural tools and software pre-trial proceedings and precautions. The term “preventive measures” used in 1832 in the Laws of the Russian Empire.

Precautions acquired its development only to 1927. In these Criminal Procedure Code and amendments to them, basically, some of the previously existing safeguards were introduced, and some, on the contrary, were excluded.

Keywords: coercive measures, Kievan Rus, Rus true, procedural coercion, Sudebniki, criminal proceedings.



РАЗВИТИЕ МЕР ПРОЦЕССУАЛЬНОГО ПРИНУЖДЕНИЯ НА ТЕРРИТОРИИ УКРАИНЫ В ИСТОРИЧЕСКОМ АСПЕКТЕ

Северский А. М.

Резюме: В изложенном материале рассматривается развитие мер принуждения в досудебном и судебном производстве в период середины I тыс. до н. э. – до нашего времени на территории современной Украины.

Ключевые слова: меры принуждения, Киевская Русь, Русская правда, процессуальный принуждение, судебники, меры уголовного производства.

НОВЕ КЕРІВНИЦТВО ДЛЯ АВТОРІВ*

Це Керівництво розроблене відповідно до вимог для рецензованих періодичних видань, з урахуванням рекомендацій щодо підготовки матеріалів для їх індексації міжнародними наукометричними і бібліометричними базами даних. **Недотримання вимог цього Керівництва є підставою для відмови у публікації.**

До друку приймаються наукові статті, які відповідають профілю і тематиці журналу, є оригінальними й правильно оформленими. Статті приймаються українською, англійською або російською мовами.

Опубліковані статті оригінальною мовою та переклади окремих статей англійською мовою, розширені англійські анотації знаходяться у негайному – тобто відразу після виходу у світ паперової версії – відкритому доступі (Open Access) на сайті журналу (<http://e-pub.aau.edu.ua/visnyk>), а *метадані* статей, *транслітеровані списки літератури* та *розширені англійські анотації* індексуються міжнародними наукометричними і бібліометричними базами даних. Всі матеріали журналу архівуються на серверах Національної бібліотеки України ім. В.І. Вернадського**.

Журнал не приймає статті, раніше опубліковані в інших виданнях (паперових чи електронних, українських чи іноземних, наукових чи публіцистичних), або одночасно запропоновані до публікації кільком виданням, або перероблені чи перекладені раніше оприлюднені матеріали, які не містять новизни.

Усі статті піддаються подвійному «сліпому» рецензуванню*** членами редколегії журналу та/або залученими українськими чи іноземними фахівцями. Процес рецензування та ухвалення рішень щодо прийняття чи відхилення статті будується у відповідності до редакційної політики журналу**** та рекомендацій Комітету з видавничої етики****. Прізвища рецензентів не розголошуються, рецензії не оприлюднюються.

Рішення про відмову у публікації повідомляється автору, як правило, без роз'яснення підстав, але у разі, коли стаття містить лише технічні вади, вона повертається автору для доопрацювання із зазначенням недоліків, які необхідно усунути. При цьому датою надходження статті до редакції вважатиметься дата надходження остаточного (доопрацьованого) варіанту. Рішення про відмову у публікації не може ототожнюватися з негативним висновком щодо наукового рівня чи практичної цінності праці; як таке це рішення жодним чином не ставить під сумнів науковий авторитет автора та його професійну кваліфікацію.

Публікації у Віснику Академії адвокатури України є платними. Вартість публікацій може час від часу змінюватись без завчасного попередження. Вартість публікації матеріалу, що прийнятий редколегією до друку, залишається незмінною. Суму та реквізити для здійснення оплати слід з'ясовувати у координатора редакційної колегії (контактна інформація наводиться у вихідних даних та на сайті журналу). Викладачі, аспіранти, здобувачі та студенти Академії адвокатури України звільняються від оплати. Авторські гонорари не виплачуються.

1. ВИМОГИ ДО ЗМІСТУ

1.1. Стаття повинна мати високий науковий рівень, що відповідає сучасним стандартам якості дослідження та презентації його результатів, які прийняті у світовій науковій спільноті.

1.2. За змістом стаття має відповідати вимогам Постанови Президії Вищої атестаційної комісії України «Про підвищення вимог до фахових видань, внесених до переліків ВАК України» від 15.01.2003 р. № 7–05/1. Зокрема, у ній повинні міститись такі необхідні елементи: а) постановка проблеми у загальному вигляді та її зв'язок із важливими науковими чи практичними завданнями; б) аналіз останніх досліджень і публікацій, в яких започатковано розв'язання даної проблеми і на які спирається автор, виділення невирішених раніше частин загальної проблеми, котрим присвячується

* Це Керівництво набирає чинності з 1 січня 2015 року.

** <http://nbuv.gov.ua>, розділ «Ресурси | Наукові ресурси | Наукова періодика України».

*** Подвійне «сліпе» рецензування означає, що автор не знає прізвища призначеного рецензента, а рецензент не знає прізвища автора. Перед спрямуванням статті рецензенту з файлу та тексту видаляються, наскільки це можливо, всі дані, що можуть ідентифікувати автора.

**** Докладніше про редакційну політику Вісника Академії адвокатури див. на сайті журналу.

***** Committee on Publication Ethics (COPE), <http://publicationethics.org>

означена стаття; в) формулювання цілей статті (постановка завдання); г) виклад основного матеріалу дослідження з повним обґрунтуванням отриманих наукових результатів; г) висновки з даного дослідження і перспективи подальших розвідок у даному напрямі.

1.3. Статті або інші матеріали, що подаються, повинні відбивати тематичну спрямованість журналу та за змістом і стилем відповідати одній з його рубрик:

- 1) Наукові статті;
- 2) Студентська наукова творчість;
- 3) Наукові повідомлення;
- 4) Рецензії, Наукова хроніка, Персоналії.

Крім того, під окремою рубрикою до друку приймаються матеріали наукових конференцій (подаються організаторами таких заходів), рекламні матеріали, анонси та оголошення.

1.4. Автори поданих матеріалів несуть відповідальність за достовірність викладеного матеріалу, точність висвітлених у роботі фактів та наведених даних, цитат, цифр і прізвищ та якості перекладу цитат з іншомовних джерел, а також за належність поданого матеріалу авторам особисто. Редакція резервує за собою право перевірки текстів, що подаються, на наявність запозичень з інших джерел без належних посилань. **Встановлений редакцією факт плагіату є безумовною підставою для відхилення статті.**

2. ОБОВ'ЯЗКОВІ ЕЛЕМЕНТИ СТАТТІ. МЕТАДАНИ

2.1. Наступні обов'язкові елементи наукової статті відіграють роль метаданих. Тому для успішного індексування статті міжнародними наукометричними і бібліометричними базами даних конче важливо ретельно і ґратотно побудувати цю частину праці.

а) **Індекс УДК (універсальний десятиковий класифікатор)**: розташовують перед заголовком статті, окремим рядком. Індекс УДК визначається автором самостійно^{*****}.

б) **Заголовок (назва) статті** подається трьома мовами: українською, англійською, російською. Назва, як правило, не повинна перевищувати 90 символів (враховуючи пробіли), має бути конкретно і чітко відбивати зміст статті.

в) **Відомості про автора (авторів)**: прізвище, ім'я та по батькові (або ініціали), вчений ступінь, наукове звання, освітній (науковий) заклад або інше місце роботи/навчання, адреса, контактні дані. Ці відомості подаються трьома мовами: українською, англійською, російською, без скорочень.

Аспіранти, здобувачі, ад'юнкти та студенти додають також прізвище та ініціали, вчений ступінь та/або наукове звання свого наукового керівника.

Назва місця роботи автора – освітнього чи наукового закладу, правоохоронного органу тощо – наводиться у називному відмінку. Також зазначається місцезнаходження закладу – головна поштова адреса, або, принаймні, місто з поштовим індексом та держжава.

Приклади

Вірно:

К. Б. Айріян

ад'юнкт,

Національна академія внутрішніх справ України

(Науковий керівник – доцент О.М. Солошенко)

Р. В. Вереша

кандидат юридичних наук, доцент, Академія адвокатури України

Невірно:

І. І. Іваненко

канд. юр. наук, доцент кафедри цивільного права

юридичного факультету N-ського університету,

заступник декана з виховної роботи, голова профспілкового комітету,

підполковник міліції у відставці

Мало б бути:

І. І. Іваненко

кандидат юридичних наук, доцент,

N-ський університет, юридичний факультет

***** З цієї метою можна скористатись зручним онлайнним інструментом за адресою <http://teacode.com/online/udc/>

Авторам також рекомендується зазначати свої ділові (робочі) контактні дані, за якими зацікавлені читачі могли б зв'язатися з ними: це має бути адреса електронної пошти та/або адреса для листування.

Якщо авторів декілька, можна вказати контакти тільки одного з них, який вважатиметься відповідальним за кореспонденцію і вести листування з читачами від імені всього авторського колективу.

Важливо зауважити: **ці контактні дані будуть опубліковані як у паперовій, так і в електронній версії журналу.** Втім, контактна інформація, що надається автором(ами) тільки для зв'язку з редакцією (приватна адреса електронної пошти, домашня поштова адреса, номери мобільних телефонів тощо) **не підлягає оприлюдненню.** Тому слід окремо зазначати контактні дані для кореспонденції з читачами і для зв'язку з редакцією.

Як подавати відомості про автора англійською мовою – див. у розділі 5.1 цього Керівництва.

г) **Анотація:** подається трьома мовами: українською, англійською, російською. Орієнтовна побудова анотації: 1) мета дослідження, 2) підходи, методологія дослідження, 3) узагальнені результати, 4) пропозиції для майбутніх досліджень та виявлених обмежень у процесі дослідження, 5) рекомендації, їх практичні наслідки, очікуваний ефект, 6) новизна та значення дослідження. Обсяг україномовної анотації – до 100 слів. Російськомовна анотація може бути перекладом україномовної. **Англomовна анотація має бути значно ширшою, ніж україномовна (мінімум 250 слів).** **Вимоги до анотації англійською мовою – див. у розділі 5.2 цього Керівництва.**

г) **Ключові слова:** слова (словосполучення) з назви та тексту матеріалу, які з точки зору інформаційно-пошукових систем мають істотне смислове навантаження і слугують дескрипторами для опису основного змісту статті. Ключові слова подаються у називному відмінку, загальна кількість ключових слів (словосполучень) – не менше трьох і не більше десяти. Подаються українською, англійською, російською мовами.

д) **Списки літератури:** після тексту статті подається список використаної у роботі літератури у двох варіантах – 1) традиційному, що відповідає Державному стандарту України, та 2) транслітерованому, який використовується для індексації міжнародними наукометричними і бібліометричними базами даних.

Традиційний бібліографічний список слід оформляти СУВОРО відповідно до вимог оформлення списку літератури – див. п. 3.4 цього Керівництва.

Правила побудови транслітерованого списку (з прикладами) наводяться у розділі 5.3 цього Керівництва. **Відсутність транслітерованого списку літератури є підставою для повернення статті автору для доопрацювання.**

2.2. Зазначені вище елементи є обов'язковими для *наукових статей*. У матеріалах інших рубрик журналу (Студентська наукова творчість, Наукові повідомлення, Рецензії, Наукова хроніка, Персоналії) елементи 2.1, 2.4, 2.5 можна опустити, а транслітерований список літератури не наводити.

3. ВИМОГИ ДО ОБСЯГУ ТА ОФОРМЛЕННЯ

3.1. Обсяг матеріалів, які автори подають для публікації наукової статті – від 0,3 до 0,5 ум. друк. арк. (12 000 – 20 000 друк. знаків, включаючи пробіли). Орієнтовний посторінковий обсяг складає: мінімум – 7 сторінок, максимум – 12 сторінок, виходячи з розрахунку 30 – 35 рядків на одній сторінці.

Списки літератури, анотації та ключові слова у зазначеному обсязі статті не враховуються. Обсяг україно- та російськомовної анотації – до 100 слів. **Обсяг англomовної анотації – мінімум 200 слів.**

3.2. Обсяг матеріалів, які автори подають для публікації наукового повідомлення, рецензії, хроніки, персоналії – до 0,3 ум. друк. арк. (до 12 000 друк. знаків, включаючи пробіли). Орієнтовний посторінковий обсяг – до 7 сторінок (30 – 35 рядків на сторінці).

3.3. Редакція зберігає за собою право на редагування й скорочення матеріалів, не порушуючи при цьому змісту авторського оригіналу.

3.4. Оформлення матеріалів, що подаються, має відповідати загальноприйнятим технічним вимогам до наукових текстів.

Бібліографічні посилання в тексті відображаються цифрами в квадратних дужках із зазначенням номерів сторінок відповідного джерела: [3, 415].

Список літератури, тобто перелік використаних у статті джерел, подається в кінці тексту після слів «Список літератури» у алфавітному порядку або в тому порядку, в якому вони трапляються у тексті. Оформлення списку літератури здійснюється згідно наказу ВАК від 03.12.2007 р. № 845 та державного стандарту України ДСТУ ГОСТ 7.1:2006 «Система стандартів з інформації, бібліотечної та видавничої справи. Бібліографічний запис. Бібліографічний опис. Загальні вимоги та правила складання».

Транслітерований список літератури подається після традиційного бібліографічного списку і оформлюється у тому стилі, що вимагається одним з загальноприйнятих міжнародних стандартів: MLA 7th ed. (рекомендується), APA 6th ed., Chicago 15th ed. або Harvard 2008. Транслітерований список буде укладено за правилами, що наводяться у розділі 5.3 цього Керівництва.

Поля, шрифти, інтервали. Оскільки всі прийняті до друку матеріали піддаються переддрукарській обробці (макетування, верстка), розміри полів, гарнітура та розмір шрифту, міжрядковий інтервал не мають особливого значення, але для зручності роботи з текстом редакторів та рецензентів слід застосовувати наступні параметри:

а) текст статті друкується на папері стандартного формату (A4) через 1,15 – 1,5 інтервали з дотриманням розмірів всіх полів не менше 2 см;

б) шрифт: Times New Roman, 14пт, в одну колонку без застосування будь-якого форматування, окрім *курсиву* та **напівжирного**; допускається також верхній індекс у нумерації статей нормативних актів (наприклад: стаття 123¹).

Для якісного та швидкого виготовлення верстки статті слід дотримуватись наступних вимог:

а) вимкнути функцію «Розстановка переносів», категорично заборонені примусові переноси (дефіси у середині слова)!

б) абзаци позначати виключно клавішею «Enter», використання пробілів для позначення абзацив заборонено!

в) якщо робота містить нестандартні символи, необхідно подавати разом з нею і файли шрифтів (.ttf, .otf чи ін.), які були використані в роботі.

Таблиці (в тексті чи в додатку) мають бути виконані в MS Excel або MS Word без заливання; **формули** – у вбудованому редакторі формул MS Word 2010 – 2013 або у надбудові MS Equation для ранніх версій.

Ілюстрації до обсягу статті не зараховуються. Усі ілюстрації треба подавати в чорно-білому варіанті або у градаціях сірого кольору. Скановані ілюстрації та таблиці неприпустимі, окрім випадків, коли це виправдано характером ілюстрації (оригінальне фото, архівний документ тощо). Растрові ілюстрації мають бути високої якості з розподіленням не менше 250 dpi (точок на дюйм).

4. ПОДАННЯ МАТЕРІАЛУ ДО РЕДАКЦІЇ

4.1. Матеріал надсилається (або подається особисто) до редакції у роздрукованому вигляді, в одному примірнику, що підписується усіма авторами.

Поштова адреса редакції: бульвар Тараса Шевченка, 27, Київ 01032.

4.2. Крім того, **обов'язково** подається також електронна версія тексту статті – на USB-носії, CD-диску або електронною поштою: visnyk.aau@au.edu.ua. Формат файлу електронної версії – Microsoft Word 1997–2013 (*.DOCX (рекомендується), *.DOC або *.RTF).

4.3. Разом з текстом статті надається:

а) фотографія автора в електронному форматі (.JPG або .TIF) у якомога високій якості (з розподіленням не менше 250 dpi (точок на дюйм) і розміром не менше, ніж 300x400 px, бажано значно більше). Якщо авторів двоє чи більше, назви файлів фото мають відбивати прізвища авторів;

б) для аспірантів (ад'юнктів) та здобувачів, а також студентів обов'язкова наявність рецензії (відгуку) наукового керівника із зазначенням його наукового ступеня, вченого звання, прізвища, ім'я та по батькові;

в) статті аспірантів (ад'юнктів) та здобувачів, а також студентів мають, крім того, бути рекомендованими до друку кафедрою (відділом), при якій вони виконують своє дослідження. До редакції подається копія протоколу (чи виписки з протоколу), де зазначено, що стаття рекомендована до друку у Віснику Академії адвокатури України.

Файли з фото автора(ів) та відсканованими документами також можуть бути надіслані до редакції електронною поштою. Втім, це не скасовує вимогу щодо подання роздрукованого і підписаного автором тексту статті та оригіналу рецензії особисто чи звичайною поштою.

4.4. Рукописи, супровідні документи та електронні носії авторам не повертаються.

5. АНГЛОМОВНИЙ БЛОК

5.1 Відомості про авторів

Прізвища та імена авторів подаються в одній із загальноприйнятих систем транслітерації. Для швидкої і правильної транслітерації прізвища варто звернутись до зручного онлайн-конвертера

(<http://translit.kh.ua>) та обрати необхідний стандарт (рекомендуємо обирати тільки «Паспортний (КМУ 2010)» або «BGN/PCGN (1965)»). Якщо написання прізвища, трансформованого за правилами транслітерації, відрізняється від написання у документах (закордонному паспорті, дипломі кандидата або доктора наук, атестаті професора та ін.), то перевагу слід віддати написанню, що відповідає документам. Втім, автору, який неодноразово публікував свої роботи у закордонних виданнях або журналах, що індексуються у провідних наукометричних системах (Scopus, Web of Science), використовуючи інше, ніж у документах, написання свого прізвища, варто вживати єдиний, вже «відомий» цим системам варіант транслітерації. Це забезпечить від створення в наукометричних базах декількох різних профілів (облікових записів,) для одного автора, і його науковий доробок буде врахований більш повно в межах єдиного профілю. Принагідно звертаємо увагу на онлайн-сервіси ResearcherID (<http://www.researcherid.com>) та ORCID (<http://orcid.org>), які дозволяють подолати зазначену ситуацію, об'єднуючи різні написання прізвищ науковців у одному ідентифікаторі.

Доволі часто певні непорозуміння виникають через те, що автори доволіно перекладають свій науковий статус – ступінь та звання – англійською мовою. Як відомо, загальновизнаного переліку еквівалентів академічних ступенів не існує^{*****}, тому пропонуємо таблицю відповідників основних посад, наукових ступенів та вчених звань (яка, зрозуміло, є далеко не повною і слугує радше орієнтиром):

ТЕРМІН УКРАЇНСЬКОЮ	МОЖЛИВІ ВАРІАНТИ ПЕРЕКЛАДУ	СКОРОЧЕННЯ
доктор юридичних наук	Doctor of Juridical Science* Doctor of Science in Law Doctor of Legal Science Doctor of Law/Laws	S.J.D., J.S.D. S.J.D., Dr. Sci. (Law) L.D., LL.D.
кандидат юридичних наук	Candidate of Juridical Science Candidate of Science in Law Candidate of Legal Science Candidate of Law/Laws	Cand. Sci. (Law)
доктор філософії з права	Doctor of Philosophy (in Law) Philosophy Doctor (in Law)	PhD , Ph.D. PhD, Ph.D.
доцент	Docent Associate Professor Assistant Professor	– Assoc. Prof. Assist. Prof.
старший викладач	Senior Lecturer	
провідний/старший/молодший науковий співробітник	Leading/Senior/Junior Research Fellow Leading/Senior/Junior Fellow Leading/Senior/Junior Researcher	
аспірант	Postgraduate Student Graduate Student Graduate	P.G.
ад'юнкт	Adjunct Researcher	
здобувач	Researcher	

* Непівжирним виділенням позначені рекомендовані редакцією варіанти перекладу^{*****}.

***** На рівні ООН, зокрема, Міжнародна стандартна класифікація освіти (МСКО), переглянута 2011 р. (ЮНЕСКО, документ № 36 C/19), принципово не формулює уніфікованого переліку наукових ступенів, зазначаючи, що "у різних країнах програми, що відносяться до рівня МСКО 8, називаються по-різному, наприклад, кандидат наук (PhD), доктор наук/філософії (DPhil), доктор літератури, (D.Lit), доктор (природничих) наук (D.Sc), доктор права (LL.D), докторська ступінь або аналогічні терміни" (п.262), див.: <http://unesdoc.unesco.org/images/0021/002151/215182r.pdf>. На європейському регіональному рівні всі намагання уніфікувати європейський науковий "табелі про ранги" у межах Болонського процесу наштовхнулися на спротив держав-учасниць, які прагнули зберегти свої національні академічні традиції.

***** Вибір редакцією саме цих варіантів перекладу як рекомендованих є виваженим і обґрунтованим, але межі даного Керівництва не дозволяють навести тут відповідну аргументацію.

Якщо автор у своїх попередніх публікаціях у закордонних виданнях або журналах, що індексуються у провідних наукометричних системах (або у своєму профілі ResearchID чи ORCID), вживав інші, ніж рекомендовані, варіанти перекладу, варто користуватись єдиним, вже «відомим» цим системам перекладом.

Назву установи (організації), у якій автор працює або проводить наукове дослідження, слід подавати не транслітерованою, а у перекладі англійською мовою. При цьому необхідно застосовувати офіційно встановлений англійський варіант найменування установи. Адресу установи слід подавати у міжнародному форматі (вулиця, місто, індекс, держава).

5.2. Назва статті та анотація (Title and Abstract)

Назва наукової статті має бути інформативною, але лаконічною (не більше 90 символів з пробілами); можна використовувати лише загальноприйняті скорочення; у перекладі назви статті англійською мовою не повинно бути жодних транслітерацій з української, окрім власних назв, назв явищ чи об'єктів, що не перекладаються. Також неприпустимо використовувати в назві професійний сленг, який відомий тільки україно- чи російськомовним фахівцям («стапування», «активка» і т.п.). Якщо оминати вживання спецтермінів чи жаргонізмів не можна, вони транслітеруються та виділяються курсивом. Те саме стосується авторських резюме (анотацій) та ключових слів. В анотації слід коротко пояснити значення слів, що перекладаються.

Анотації (реферати, авторські резюме) англійською в україномовному виданні є для іноземних науковців головним і, зазвичай, єдиним доступним джерелом інформації про зміст статті та викладені результати дослідження. Саме на підставі анотації зарубіжні спеціалісти визначають свій науковий інтерес до неї, приймають рішення про переклад повного тексту роботи та її цитування, встановлення творчих контактів з автором тощо.

Отже, за обсягом анотація до статті англійською мовою повинна бути більшою, ніж анотація українською мовою, й мати обсяг 200 – 250 слів. Окрім того, до анотацій висуваються наступні вимоги:

а) анотація має бути стислою, але інформативною, вона не повинна містити загальних слів на кшталт традиційних «У даній статті автор розглядає...» і далі повторення назви статті. Адже і так зрозуміло, що саме *автор*, а не хтось інший, і саме у *даній* статті розглядає саме ту проблему, що винесена у заголовок;

б) анотація має бути оригінальною, тобто не повинна бути калькою україномовної анотації. Слід завжди пам'ятати, що український читач має у своєму розпорядженні, окрім анотації, ще й повний текст статті, а англомовний фахівець послуговується тільки анотацією англійською;

в) анотація має бути змістовною – відображати основний зміст статті й, головне, результати досліджень. Не варто занадто зосереджуватись на тому, яку проблему автор розглядав або яке дослідження провів; більш цікаво – яких висновків автор дійшов. За змістом анотація – це фактично стислий виклад, реферат, конспект всієї статті, з акцентом на теоретичні та/чи практичні результати дослідження.

г) бажано, аби анотація була структурованою; вона повинна відображати логіку дослідження і подання результатів у статті. Рекомендується наступна структура анотації:

- Мета (Purpose) – ступінь актуальності проблеми, що є предметом дослідження, нагальність її вирішення; інші фактори, що спонукали написати статтю чи провести дослідження;
- Задум, методологія дослідження, підходи (Design, methodology, approach) – формулювання робочої гіпотези; загальна методологія, методи та методики, що використовувались; підходи до вивчення проблеми, що застосовувались;
- Узагальнені результати (Findings) – власне результати, яких вдалося досягти в ході дослідження, їх аналіз та теоретичне осмислення;
- Межі дослідження і пропозиції для майбутніх досліджень (Research limitations and implications) – визначення перспектив для майбутніх досліджень; зазначення виявлених у процесі дослідження складнощів;
- Практичні рекомендації (Practical implications) – можливості практичного застосування досягнутих результатів; практичні пропозиції; очікуваний ефект від впровадження;
- Новизна і теоретична цінність дослідження (Originality and value).

Наведена структура анотації є орієнтовною. Залежно від змісту статті окремі пункти можуть виявитись незастосовними, але «Мета», «Узагальнені результати» та «Новизна і теоретична цінність» видаються обов'язковими для будь-якого дослідження.

г) анотація має бути написана якісною англійською мовою. Автоматичний переклад за допомогою таких інструментів, як перекладачі Bing чи Google, допустимі виключно для створення чернетки, яка підлягає подальшому ретельному редагуванню. Слід розуміти: якість англійської мови в метаданих статей, і в першу чергу в анотації, – одна з головних вимог для включення журналу до міжнародних наукометричних баз даних. Відтак, неякісний переклад анотації, як показує практика, – це одна з найпоширеніших причин повернення статей авторам для доопрацювання.

Радимо ознайомитись і взяти до уваги рекомендації щодо написання анотацій («How to... write an abstract»), розроблені видавництвом Emerald,^{*****} які вважаються наразі міжнародним стандартом *de facto*.

5.3. Транслітерований список літератури (References)

Значення цього елементу англомовного блоку важко переоцінити. Не варто забувати, що вже в осяжному майбутньому саме за індексом цитування робіт вченого буде визначатись його науковий авторитет, цінність як дослідника, зрештою доцільність його перебування на посаді доцента чи професора. Якщо не замислитись над цим і нічого не робити вже зараз, протягом наступних кількох років індекс Гірша навряд чи зросте сам собою. Грамотно складений транслітерований бібліографічний список, на відміну від традиційного, побудованого за Держстандартом, піддається автоматизованій обробці, машинному аналізу та індексації у бібліометричних та наукометричних системах, що, до речі, непрямо привертає увагу і до вашої роботи. В академічному середовищі давно відомо: хочеш, щоб посилались на тебе, – посилайся на інших! Але найголовніше – створення (чи відтворення) в Україні культури наукової творчості, провідною рисою якої є взаємна повага й доброзичлива увага до доробків інших дослідників, дає можливість на підставі автоматичного обліку суми посилань не тільки оцінювати ступінь визнання конкретних авторів та науковий рівень журналів, але і наукову вагу нашої країни у цілому.

Отже, за новими правилами, враховуючи вимоги таких міжнародних систем цитування, як Web of Science, Scopus та ін., бібліографічні списки (References) входять в англомовний блок статті і, відповідно, наводяться не тільки мовою оригіналу, а й латиною (романським алфавітом). Тому автори статей повинні подавати список літератури в двох варіантах: 1) мовою оригіналу (україно- та російськомовні джерела – кирилицею, англомовні – латиницею) відповідно до Держстандарту та вимогам ВАК України від 26.01.2008 р., як це робилося й раніше, і окремо – 2) той самий список літератури латиною (в романському алфавіті) для WoS, Scopus та інших міжнародних аналітичних систем і баз даних, повторюючи в ньому всі джерела літератури, в тому числі й іноземні. Слід розуміти: такий список не є просто автоматичною транслітерацією традиційного списку літератури; він має бути побудований відповідно до одного з загальноприйнятих міжнародних стандартів. Редакція працює з MLA 7th ed., APA 6th ed., Chicago 15th ed. та Harvard 2008, але **рекомендованим є стандарт MLA (7-ма редакція)**.

Створення транслітерованого списку літератури доволі часто викликає в авторів певні труднощі, хоча насправді, за допомогою кількох зручних інструментів, що автоматизують майже весь процес, завдання виконується за лічені хвилини.

Докладна крокова інструкція з прикладами та ілюстраціями доступна на сайті журналу за веб-адресами:

- українською мовою: http://e-pub.aau.edu.ua/for_authors/mla_ukr.pdf
- російською мовою: http://e-pub.aau.edu.ua/for_authors/mla_rus.pdf

***** Див.: <http://www.emeraldgroupublishing.com/authors/guides/write/abstracts.htm> (англійською).

Наукове видання
Вісник Академії адвокатури України

Фаховий науково-практичний журнал

<http://e-pub.aau.edu.ua/visnyk>

Голова редакційної колегії: *В. Гончаренко*

Заступник голови редакційної колегії: *І. Гора*

Відповідальна за випуск: *К. Мількова*

Технічний редактор: *С. Гончаренко*

Комп'ютерне верстання: *В. Павлова*

Підписано до друку 21.05.2015. Формат 70×100/16. Папір офсетний. Офсетний друк.
Умов.-друку.арк. 23,00. Обл.-вид. арк. 20,23. Тираж 150 пр. Замовлення № 325. Ціна договірна.

Набір та верстка виконані у видавничому центрі Академії адвокатури України «APress»
(Свідоцтво про внесення суб'єкта видавничої справи до державного реєстру видавців, виготівників
і розповсюджувачів видавничої продукції серія ДК № 1515 від 06.10.2003 р.)

Віддруковано у ТОВ «Друкарня «Рута»
м. Кам'янець-Подільський, вул. Пархоменка, 1. Тел. (03849) 422-50.
(Свідоцтво про внесення суб'єкта видавничої справи до державного реєстру видавців, виготівників
і розповсюджувачів видавничої продукції серія ДК № 4060 від 29.04.2011 р.)