

ВІСНИК

Академії адвокатури України

▼ право: наука. практика

число 1 (14) 2009

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

*Заснований
у жовтні 2004 року*

Виходить 3 рази на рік

Свідоцтво

*про державну реєстрацію
Серія KB № 8325
від 20.01.2004 року*

Рекомендовано

*до друку
Вченою радою
Академії адвокатури України
27.04.09 протокол № 6*

Засновник і видавець
Академія адвокатури України

Адреса редакції:

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

Вісник Академії адвокатури України. – К.: Видавничий центр Академії адвокатури України, 2009. – число 1(14).

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

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

Редколегія “Вісника Академії адвокатури України”

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

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

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

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

Булгакова І.В. — *канд. юр. наук, доц.*

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

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

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

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

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

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

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

Мироненко Н.М. — *д-р юр. наук, проф., чл.-кор. АПрНУ*

Мількова К.В. — *відповідальний координатор роботи в редколегії*

Мунтян В.Л. — *д-р юр. наук, проф.*

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

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

Ромовська З.В. — *д-р юр. наук, проф.*

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

Фесенко Є.В. — *д-р юр. наук, доц.*

Чубарєв В.Л. — *д-р юр. наук, проф.*

Підписано до друку 29.04.09. Формат 70х100/16. Папір офсетний. Офсетний друк.
Умов.-друк.арк. 24,95. Обл.-вид. арк. 24,88. Тираж 150 пр. Замовлення № 3872. Ціна договірна.

Набір та верстка виконані у видавничому центрі Академії адвокатури України.
02032, м. Київ, бульвар Тараса Шевченка, 27.

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

Друк ТОВ «Видавництво “Аспект-Поліграф”».
16600, Чернігівська обл., м. Ніжин, вул. Шевченка, 109 А.

© Академія адвокатури України, 2009

ЗМІСТ

<i>ВАРФОЛОМЕЄВА Т.В.</i> Впровадження міжнародних правил адвокатської етики в Україні.....	7
<i>ЗАХАРОВА О.С.</i> Теоретичні та практичні питання щодо дисциплінарної відповідальності суддів	21
<i>БУРУКОВСЬКА Н.В.</i> Теорія суспільства крізь призму комунікативної етики (Ю. Габермас, К.-О. Апель).....	26
<i>МІЛЬКОВА К.В.</i> Особливості змісту охоронних правовідносин.....	32
<i>ХВАН Л.Б.</i> Адвокатура Узбекистана: QUO VADIS	37
<i>КУДІН С.В.</i> Дослідження історії вітчизняного кримінального права XI–XVIII ст. у працях А.І. Яковліва.....	50
<i>БІРЮКОВ О.М.</i> Транскордонні банкрутства в системі міжнародних економічних відносин: транснаціональні корпорації і банкрутство	57
<i>КЛИМЕНКО О.М.</i> Застосування завдатку як способу забезпечення виконання зобов'язань сторін за попереднім договором	63
<i>КОВАЛЬЧУК І.В.</i> Становлення інституту усиновлення на території Галичини, Північної Буковини та Закарпаття за часів Австрійської імперії	69
<i>МОРОЗОВСЬКА Т.В.</i> Еколого-правовий аналіз сучасної класифікації та характеристики екологічних прав громадян в Україні	76
<i>САФІН О.Д.</i> Організація процесу реформ у законодавстві про ВІЛ і наркотики	82
<i>СУХОРЕБРІЙ І.І.</i> Проблемні питання притягнення до кримінальної відповідальності юридичної особи за вчинення корупційних злочинів.....	88
<i>ХРЯПІНСЬКИЙ П.В.</i> Гуманізація звільнення неповнолітніх від призначеного покарання та його відбування	94
<i>КНИШ О.М.</i> Зарубіжний досвід віктимологічної профілактики насильницької злочинності неповнолітніх	102
<i>УКРАЇНЕЦЬ В.В.</i> Створення злочинної організації: особливості зовнішнього прояву.....	108
<i>БОЯРОВ В.І., КОНОВАЛОВА Г.В.</i> Деякі проблемні питання представництва інтересів потерпілого в кримінальному судочинстві.....	114

НАЗАРОВ В.В.

Право особи на таємницю листування, телефонних розмов, телеграфної та іншої кореспонденції та його обмеження у кримінальному провадженні 119

МАРЧЕНКО А.Б.

Особливості викладання криміналістики з метою запобігання слідчим помилкам .. 126

БУЛЕЙКО О.Л.

Забезпечення прав учасників кримінально-процесуального судочинства 130

БЛУДИЛІНА М.С.

Участь захисника у стадії порушення кримінальної справи в кримінальному процесі України 133

КАЦАВЕЦЬ Р.С.

Ораторське мистецтво як складник професійних якостей юриста..... 137

БИШЕВЕЦЬ О.В.

Правові засади застосування психологічного впливу у сфері судочинства 142

ГУРІНА Д.П.

Експертна профілактика: форми реалізації та способи фіксації 146

БОГОСЛОВСЬКА М.О.

Деякі аспекти судово-лінгвістичної експертизи..... 152

ГАРКУША О.О.

Поділ юрисдикцій: окремі проблеми понятійного апарату процесуальних кодексів 159

БУРАК О.В.

Конституційні основи організації судової влади у зарубіжних країнах 163

КОПЕТЮК М.І.

Деякі особливості прокурорського нагляду за законністю закінчення досудового слідства у справах неповнолітніх 168

ЦАКАДЗЕ Н.Ч.

Підтримання державного обвинувачення в суді – пріоритетна функція прокуратури України..... 175

ІВАНЦОВА А.В.

Проблеми реалізації адвокатом права на заняття адвокатською діяльністю..... 180

КОРОТУН О.М.

Функції суддівського самоврядування за законодавством України..... 184

ФАЛАЛІЄВА Л.Г., МАРАХОВСЬКИЙ В.В.

Дипломатичні імунітети: принципи, норми, практика застосування..... 192

КМЕТИК Х.В.

Особливості правового регулювання створення та діяльності нових організаційно-правових форм юридичних осіб згідно з правом Європейського Союзу 203

БОТВИНА Н.В.

Роль кінетичних невербальних засобів спілкування у міжнародній діловій комунікації 209

КОНОНЧУК Т.І.

Етико-естетичний дискурс в епістолярії Василя Стуса..... 216

АНТОНЮК Н.М.

Міжнародні технології навчання правничої термінології у змісті іноземномовного перекладу 222

Тези наукової конференції “Склад злочину: проблемні питання”

ФЕСЕНКО Є. В.

Проблеми структури об’єкта як елемента складу злочину 234

НАВРОЦЬКИЙ В.О.

Склад злочину: юридична фікція чи правова реальність? 237

ШАПЧЕНКО С.Д.

Склад злочину як кримінально-правовий феномен: сутність та основні форми існування 240

ТИХИЙ В.П.

Підстава кримінальної відповідальності 244

ХАВРОНЮК М.І.

Відсутність складу злочину: кримінально-правовий аспект 246

СТРЕЛЬЦОВ Є.Л.

Склад злочину: традиційне та нове 250

БОРИСОВ В.І.

Склад злочину як правова модель 254

ДУДОРОВ О.О.

Про місце бланкетної диспозиції кримінально-правової заборони у конкретизації змісту складу злочину 257

САВЧЕНКО А.В.

Склад злочину: проблеми визначення конструктивних елементів та ознак 261

РЯБЧИНСЬКА О.П.

Значення складу злочину для кримінально-правової кваліфікації 264

БРИЧ Л.П.

Роль складу злочину у розмежуванні в кримінальному праві 267

ЄФРЕМОВ С.О.

Склад злочину та співучасть у злочині 270

ДЗЮБА Ю.П.

Предмет злочину як ознака складу злочину: методологічні аспекти дослідження ... 273

БЕРЗІН П.С.

Механізм утворення змін в об’єкті кримінально-правової охорони: загальна характеристика 275

ВЕРЕША Р.В.

Помилка в кримінальному законодавстві зарубіжних держав 280

УКРАЇНЕЦЬ В.В.

Особливості об’єкта складу злочину створення злочинної організації 283

ВИГОВСЬКА Л.В.

Проблемні питання кримінально-правової характеристики злочину, передбаченого ст. 304 Кримінального кодексу України 285

ЗОСІМ Н.П.

Конструктивні особливості складів злочинів проти прав споживачів 287

КАРПОВА Н.Ю.

Особливості складу злочину, передбаченого ст. 397 КК України.....289

*КУЗНЕЦОВ В.В.*Правові передумови встановлення кримінально-правового захисту документів
Національного архівного фонду293*ПАСТУШЕНКО С.С.*

Особливості складу злочину, передбаченого ч. 1 ст. 140 КК України.....296

*ЧИСТЯКОВА А.*Проблеми визначення суб'єкта примушування до антиконкурентних
узгоджених дій (ст. 228 КК України)300

СТУДЕНТСЬКА ТВОРЧІСТЬ303

Вимоги до оформлення наукових статей, що подаються
до "Вісника Академії адвокатури України"306

До 10-річчя Правил адвокатської етики в Україні



Т.В. Варфоломеева,
адвокат,
доктор юридичних наук,
член-кореспондент АГПРНУ
(Академія адвокатури України)

Впровадження міжнародних правил адвокатської етики в Україні

Ключові слова: адвокатська етика, міжнародні стандарти, довіра до адвоката, незалежність адвоката, адвокатська таємниця.

Право на отримання кваліфікованої правової допомоги гарантується кожному і, як одне з найбільш значущих, дане право проголошується в міжнародно-правових актах, зокрема, у Міжнародному пакті про громадянські та політичні права, Конвенції про захист прав людини та основоположних свобод, інших міжнародних документах.

Не викликає сумніву те, що юридична професія має бути високоморальною і дотримання етичних правил всіма юристами є їх обов'язком. На жаль, маємо чимало прикрих випадків, коли юристи демонструють зневагу до загальноприйнятих вимог до професії. Взнаки дається законодавча не врегульованість декотрих етичних питань, відсутність досконалих етичних правил (кодексів), де були б закріплені вимоги щодо ставлення до виконання своєї професійної діяльності.

Ще за часів Стародавнього Риму існували певні правила, котрі не дозволялося переступати тим, хто займався захистом і наданням правової допомоги. Так, встановлений багато століть тому порядок поведінки адвоката й досі з багатьох питань не втратив своєї актуальності, наприклад, про

неприпустимість нехтування інтересами особи, якій адвокат надає правові поради, про заборону використання адвокатом на свою користь відомостей, з якими ознайомився під час надання правової допомоги, недозволеність розкриття довіреної йому таємниці, збереглися особливі вимоги до особи, яка займається наданням правової допомоги.

Сформульовані ще у XIX ст. відомим французьким адвокатом М. Молло правила адвокатської професії у Франції стали настільною книгою адвокатів і не втратили й до сьогодні своєї актуальності [12, 14]. В них з урахуванням великого практичного адвокатського досвіду самого М. Молло інтерпретовані думки відомих в світі юристів, закладена мудрість багатьох поколінь адвокатів. Визначаючи кожне правило, М. Молло посилається на висловлювання з цього приводу Цицерона, Демосфена, Квінтіліана – найвідомішого в Римі судового оратора й адвоката, а також інших адвокатів різних епох та своїх знаних колег, імена яких викарбувані в історії.

Основними принципами, на яких ґрунтується честь адвокатури, М. Молло називав поміркованість, безкорисливість, чесність,

а незалежність адвоката він вважав одночасно і його правом, і обов'язком.

Визначаючи принципи адвокатської етики, українські вчені до них відносять такі, як: домінування інтересів клієнта; адвокатська таємниця; престиж професії; обмежене рекламування діяльності адвокатів [18, 7].

Загальний Кодекс для адвокатів країн Європейського співтовариства, прийнятий делегацією країн-учасниць на пленарному засіданні у Страсбурзі в жовтні 1988 р. (пп. 1.1, 1.2, розділ II), до найважливіших положень, які стосуються діяльності адвоката, відносить: незалежність; довіру та особливу порядність; конфіденційність; додержання правил інших об'єднань адвокатів; обмеження особистої реклами; домінантність інтересів клієнта; вимогу про несумісність певних видів діяльності із статусом адвоката.

Розвиток думки поколінь адвокатів щодо основоположних принципів професії, відбувся у багатьох документах XIX-XX ст., де однозначно і точно вони були сформульовані. Так, у рішеннях Рад присяжних повірених містяться сентенції, котрі не втратили актуальності і сьогодні й значною мірою співпадають як з етичними правилами адвокатської професії М. Молло, так і з сучасними правилами адвокатської етики, відтвореними у кодексах (правилах) різних країн світу. В багатьох з них знаходимо відповіді на сучасні питання, що виникають зараз у адвокатській практиці. Наприклад, ще в середині XIX ст. збори присяжних повірених Харківського округу визнали несумісним із достоїнством члена присяжної адвокатури отримання справ за посередництвом різного роду агентів, що отримують від адвоката плату за забезпечення клієнтів. Правила М. Молло також забороняли адвокату отримувати клієнтів шляхом договору з чиновниками. Відомо, що у 1934 р. Рада Львівської палати адвокатів затвердила засади етичної поведінки для львівських адвокатів, якими не допускалося "прийняття справ через посередників або за їх втручанням" [4, 303]. Правила адвокатської етики, чинні зараз в Україні, забороняють

адвокату приймати доручення на ведення в суді справи клієнта, направленою до нього суддею, який братиме участь в судовому розгляді цієї справи або направленою особами, що здійснюють дізнання чи слідство у цій справі. В Республіці Узбекистан, наприклад, діє норма, яка забороняє залучати клієнтів будь-якими недостойними способами, до яких віднесено використання особистих та службових зв'язків з працівниками правоохоронних органів для отримання клієнтів, пропонування клієнту своєї допомоги замість обраного ним адвоката, обіцяти клієнту досягнення позитивного рішення у справі тощо. Аналогічні заборони, а також неприпустимість користуватися послугами посередників передбачені у Правилах професійної етики адвоката Республіки Беларусь.

Норми, які існують в національних правилах адвокатської етики багатьох країн, в узагальненому варіанті включені у Кодекс поведінки європейських адвокатів, навіть якщо вони висловлені дещо інакше у різних юрисдикціях [7]. Слід підкреслити, що Хартія основоположних принципів діяльності європейських адвокатів враховує основоположні національні професійні правила країн Європи. Зокрема, зазначений вище принцип сформульовано у Кодексі наступним чином: "Адвокат не повинен вимагати або приймати від іншого адвоката чи іншої особи гонорар, комісійні чи іншу компенсацію за направлення або рекомендацію адвоката клієнтові", а також "не повинен платити нікому гонорар, комісійні чи будь-яку іншу винагороду за рекомендацію йому клієнта". Саме таке формулювання доцільно передбачити у Правилах адвокатської етики України, керуючись Хартією основоположних принципів діяльності європейських адвокатів, прийнятою 24 листопада 2006 р. Радою адвокатських об'єднань і спілок адвокатів Європи, де наголошено, що зазначені в ній правила застосовуються до всіх адвокатів, представлених у Раді, незалежно від того, чи є ці держави повними членами в ній, чи спостерігачами, як, наприклад, Україна. Отже, норми зазначених європейських правил етики мають бути імplementовані

у відповідні нормативні акти України, але й без цього процесу вони є застосовними, як зазначено вище, українськими адвокатами.

У Кодексі поведінки європейських адвокатів названо десять основоположних принципів: незалежність адвоката і свобода адвоката представляти справу клієнта; право і обов'язок адвоката дотримуватися конфіденційності щодо справ клієнтів та право на повагу до професійної таємниці; уникнення конфліктів інтересів між різними клієнтами або між клієнтом і адвокатом; гідність і честь адвокатської професії, високі моральні якості та добра репутація окремого адвоката; відданість клієнтові; справедливе ставлення до клієнтів стосовно сплати гонорарів; професійна компетентність адвоката; повага до колег по професії; повага до верховенства права та справедливого здійснення правосуддя; саморегулювання адвокатської професії. Всі вони тою чи іншою мірою відображені в українських правилах адвокатської етики, застосовуються в дисциплінарній практиці як для захисту адвокатів, так і для захисту інтересів їх клієнтів. Попри актуальність кожного принципу й особливості застосування, декілька з цих принципів сьогодні набули особливого звучання не тільки в Україні, а й у інших державах – незалежність адвоката, право на повагу до професійної таємниці, професійна компетентність адвоката, саморегулювання адвокатської професії.

Правила адвокатської етики Міжнародного Союзу (Співдружності) адвокатів встановлюють, що в професійній діяльності адвокат незалежний. Це також передбачено Правилами адвокатської етики в Україні, які вимагають від нього максимальної незалежності при виконанні професійних прав і обов'язків, зобов'язують протистояти будь-яким спробам посягання на його незалежність. Кодекс професійної етики адвоката Російської Федерації визнає професійну незалежність адвоката необхідною умовою довіри до нього, а зловживання довірою – несумісним із званням адвоката. Як вільну професію, засновану на довірі та

незалежності, характеризують професію адвоката Правила професійної етики адвоката Республіки Беларусь. Незалежність адвоката забезпечується у відповідності з Законом Республіки Узбекистан “Про гарантії адвокатської діяльності і соціальний захист адвокатів” шляхом встановлення порядку здійснення адвокатської діяльності, заборону вимагання розголошення адвокатської таємниці, відповідальністю за втручання у справи, що знаходяться у провадженні адвоката тощо. Принагідно зазначимо, що закріпивши демократичні реформи в адвокатурі у новому законодавстві Узбекистану, що діють з 1 січня 2009 р., разом з тим допущено щодо адвокатів низку заходів, які не корелюються з міжнародними стандартами. Наприклад, у наказі Міністра юстиції Республіки Узбекистан від 14 березня 2009 р. № 68-мх “Про затвердження Положення про Вищу кваліфікаційну комісію при Палаті адвокатів Республіки Узбекистан” ця комісія створюється спільним рішенням Палати та Мінюсту з рівної кількості адвокатів і працівників юстиції. Аналогічний стан і в Україні, де до складу кваліфікаційно-дисциплінарних комісій входять не тільки адвокати, а й судді та державні службовці. Це протирічить принципу V п. 2 Рекомендацій R(2000)21 Комітету Міністрів державам-учасницям Ради Європи про свободу здійснення професійних адвокатських обов'язків, яким встановлено, що “адвокатські асоціації або інші професійні об'єднання адвокатів мають бути самоврядними і незалежними від влади або громадськості”. Самостійність органів адвокатського самоврядування підтверджується й в іншому міжнародному документі “Основні положення про роль адвокатів”, прийнятому VIII Конгресом ООН по запобіганню злочинам 1 серпня 1990 р.: “Виконавчі органи професійних асоціацій обираються їх членами і здійснюють свої функції без зовнішнього втручання”. Зауважимо також, що не сприяє утвердженню незалежності адвокатів, дотриманню їх професійних прав норма постанови Уряду Узбекистану № 60 від 9 березня 2009 р. “Про удосконалення порядку ліцензуван-

ня адвокатської діяльності та створення адвокатських формувань”, згідно з якою всі працюючі зараз адвокати мають пройти кваліфікаційний іспит (фактично переатестацію), за підсумками якого практикуючим адвокатам видаватимуться (або ні) ліцензії та посвідчення нового зразка.

Певні занепокоєння викликають події в Україні, де внесено до Верховної Ради п’ять законопроектів стосовно адвокатури, кожен з яких має певні вади, котрі негативно впливатимуть на її демократичний розвиток. Так, у проекті Закону України “Про безоплатну правову допомогу” пропонується, зокрема, реанімувати контроль держави над адвокатами та здійснюваному ними безоплатною правовою допомогою, що є нічим іншим, ніж порушенням основоположних принципів адвокатури.

Дійсно, адвокатська незалежність як основна умова функціонування адвокатури, ґрунтується на цілковитій свободі адвоката та відсутності на нього впливу від будь-кого при здійсненні професійної діяльності. Для цього мають існувати надійні гарантії, проголошені в Основних положеннях про роль адвокатів та інших міжнародних документах, передбачена матеріальна, адміністративна, кримінальна відповідальність за їх порушення. На жаль, професійні права та гарантії адвокатської діяльності безкарно порушуються, на що неодноразово адвокатурою зверталася увага керівників правоохоронних органів. Так, Спілка адвокатів України у своїй заяві від 21 листопада 2008 р. констатувала збільшення випадків порушення посадовими особами професійних прав адвокатів і гарантії адвокатської діяльності, забороненого втручання в адвокатську діяльність, тиску та погроз на адресу адвокатів під час виконання ними своїх професійних обов’язків [14]. А нещодавно четвертий Всеросійський з’їзд адвокатів Російської Федерації прийняв резолюцію, в якій звертається увага на високий рівень порушень професійних прав адвокатів та перешкоди адвокатській діяльності працівниками органів державної влади, проведення незаконних допитів адвокатів та обшуків у адвокатських примі-

щеннях, відмови адвокатам на побачення з підзахисним, не видачу адвокату документів на його запит тощо. Вочевидь, подібні порушення досить розповсюджені в країнах, де нехтуються Основні положення про роль адвокатів, якими до обов’язків держави віднесено забезпечення адвокатам можливості виконувати всі їх професійні обов’язки без залякування, перешкод, завдання турботи й недоречного втручання.

Не можна не погодитися з відомим англійським адвокатом Раймоном Мюллера, котрий зазначив: “Адвокати мають показати, що дотримання норм професійної етики і дотримання принципу незалежності – це не просто спосіб збереження їх корпоративних привілеїв, але спосіб забезпечення реального захисту прав клієнта” [13].

Вочевидь, з огляду на це Основні положення про роль адвокатів встановлюють низку гарантій для адвоката задля здійснення ним високопрофесійного захисту, використання всіх необхідних засобів захисту. Саме цьому сприяє норма про те, що “адвокат повинен мати кримінальний і цивільний імунітет від переслідувань за заяви, що стосуються справи, зроблені у письмовій або усній формі, при сумлінному виконанні свого обов’язку й здійсненні професійних обов’язків в суді, трибуналі або іншому юридичному або адміністративному органі”.

У справі “Ніккула проти Фінляндії” Європейський Суд з прав людини наголосив, що обмеження свободи слова адвоката по цій справі не відповідало ніякій громадській потребі і було порушено ст. 10 Конвенції про захист прав людини та основоположних свобод. Адвоката Анне Ніккула державний обвинувач звинуватив в публічній дифамачії за те, що у судовій промові вона піддала його критиці за маніпулювання ходом судового розгляду та незаконне пред’явлення доказів. Національні суди поклали на неї грошове відшкодування та судові витрати, відмовившись від винесення вироку адвокату через малозначущість правопорушення. Європейський суд у своєму рішенні вказав, що здійснення права на захист передбачає

дещо більшу свободу слова адвоката в ході здійснення адвокатської діяльності, ніж у звичайних громадян, і що адвокат відносно прокурора може дозволити собі більше, ніж відносно суду. Підкреслено, що загроза кримінального покарання за дифамацію може привести до самоцензури.

Принцип незалежності адвоката нерозривно пов'язаний з іншим, сформульованим в Кодексі поведінки європейських адвокатів основоположним принципом, який передбачає право і обов'язок адвоката дотримуватися конфіденційності щодо справ клієнтів та право на повагу до професійної таємниці. Оскільки адвокат має бути вільним у здійсненні своєї професійної діяльності, то будь-які обмеження щодо дій адвоката з захисту і представництва, втручання в процес виконання ним своїх повноважень призводять до порушень права його клієнта на конфіденційність повідомленої адвокату інформації. Хартія основоположних принципів діяльності європейських адвокатів наголошує на подвійному характері цього принципу – дотримання конфіденційності є не лише обов'язком адвоката, це водночас основне право клієнта як людини. Таку позицію зайняв Європейський Суд у справі “Колесниченко проти Російської Федерації”. В квартирах адвоката Колесниченка та його батьків було проведено вночі обшук з метою вилучення копіювального апарату, на якому, за припущенням слідчого, були виготовлені підроблені документи. Крім техніки були вилучені записна книжка адвоката і різні документи з захисту його клієнтів, які були повернуті адвокату Колесниченку лише через два місяця. Адвокат заявив, що слідчий вийшов за межі судової постанови про обшук, порушив адвокатську таємницю і права членів його сім'ї, котрі проживали з ним. У рішенні Європейського Суду від 9 квітня 2009 р. визнано, що мало місце порушення прав людини та основоположних свобод. Таким чином, створено прецедент захисту адвокатів та їх клієнтів від незаконних дій правоохоронних органів.

Довіра до адвоката та доброчесність адвоката є запорукою належного виконання покладеної на нього місії. У Кодексі професійної етики адвоката Російської Федерації висловлена чи не найважливіша сутність взаємостосунків між адвокатом і громадянином, котрий потребує його професійної допомоги – довіри до адвоката не може бути без впевненості у збереженні професійної таємниці, яка забезпечує імунітет довірителя, наданий останньому Конституцією Російської Федерації. Дотримання професійної таємниці є безсумнівним пріоритетом діяльності адвоката (ст. 6) [8]. Дійсно, Європейський Суд 17 вересня 2007 р. постановив, що діяльність юрисконсульта не захищена адвокатською таємницею, за виключенням випадків, коли юрисконсульт офіційно співпрацює з адвокатом. Це, за словами швейцарського адвоката Марка Лівшиця, підриває довіру крупних іноземних фірм, особливо американських, до юрисконсульта, оскільки для них була звичною конфіденційність спілкування з ним [11].

Цей аспект переваги наявності у особи адвокатського статусу підкреслює адвокат Ігор Головань, який стверджує, що значна частина юристів, які прагнуть стати адвокатами, роблять це тільки через те, що саме адвокатів сприймають за кордоном [5, 17].

Отже, бажання багатьох українських юрисконсультів, юристів-підприємців отримати будь-що статус адвоката цілком обгрунтовано: вони, на відміну від адвокатів, не мають необхідних гарантій професійної діяльності, охоронюваної законом таємниці щодо отриманої від клієнта інформації, спеціальних професійних прав, що надані тільки адвокатам, правил професійної етики, не відчувають духу корпоративності професії. Саме тому була висунута у 2008 р. ідея уніфікації юридичної професії в Україні.

В юридичній літературі правила адвокатської етики характеризують як корпоративне право адвокатури і називають дисциплінарним статутом адвокатури, тобто практикою адвокатури, яка тільки і дозволяє всім професійним правозахисникам усвідомлювати себе професійною

публічною корпорацією, якщо ж корпорація відмовляється жити по дисциплінарних правилах, то вона дряхліє і втрачає публічний зміст [16, 4].

Питання стосовно меж застосування щодо адвоката правил адвокатської етики неоднозначно трактується вченими і практиками. Попри досить чіткі норми в міжнародних документах щодо їх дії й поза професійною діяльністю адвоката, висловлюється думка, що “коли адвокат знаходиться у обставинах, за яких він нікого не представляє, він може притримуватися такої етичної поведінки, як і пересічна людина” [17, 70]. Інша думка висловлена адвокатом М.Ю. Баршевським, котрий вважає, що адвокат у будь-який час має дотримуватися стандартів поведінки, які сприяють довірі до адвокатури, системи здійснення правосуддя в цілому та повазі з боку клієнтів і суспільства [1, 152].

Закон України “Про адвокатуру” відносить до предмета адвокатської таємниці питання, з яких громадянин або юридична особа зверталися до адвоката, суть консультацій, порад, роз’яснень, інших відомостей, отриманих адвокатом при здійсненні професійних обов’язків. Правила адвокатської етики конкретизують ці положення закону, встановлюючи що щонайважливішою передумовою довірчих відносин між адвокатом і клієнтом, без яких неможливе належне надання правової допомоги, є дотримання принципу конфіденційності.

Чи є достатнім врегулювання в українському законодавстві питань, пов’язаних з адвокатською таємницею? Вочевидь – ні, з огляду на значну кількість порушень її з боку самих адвокатів та правоохоронців, навіть не дивлячись на встановлену кримінальну відповідальність за такі дії. Певні пропозиції з приводу предмета адвокатської таємниці містяться у законопроектах про адвокатуру, внесених до Верховної Ради, однак і в них пропонуються неоднозначні підходи до вирішення низки питань, пов’язаних із адвокатською таємницею. Наприклад, у законопроекті № 4353, авторами якого є народні депутати С.В. Власенко,

І.Г. Бережна, С.Г. Міщенко, до предмета адвокатської таємниці правильно віднесено, зокрема, інформацію про клієнта або третіх осіб, що стала відома адвокату у зв’язку з наданням правової допомоги. Втім, обсяг такої інформації автори зразу ж обмежують: “Крім прізвища, ім’я та по-батькові клієнта або найменування юридичної особи – клієнта”. Таке обмеження зводить нанівець зазначений принцип, оскільки в багатьох випадках саме збереження таємниці звернення певної особи до адвоката має принципове значення для людини, котра потребує правової допомоги. На наш погляд, відповідно до Конституції України є неприпустимим зменшення існуючого зараз права громадян, котрі звертаються до адвоката, на збереження конфіденційності інформації про клієнта, зокрема щодо його особи, яке міститься у ст. 9 Правил адвокатської етики.

Крім того, автори зазначеного законопроекту є непослідовними у визначенні своєї позиції щодо змісту адвокатської таємниці. З одного боку, до адвокатської таємниці, яка не підлягає розголошенню, вони відносять “повідомлення клієнтом про вчинений ним злочин або інше правопорушення”, а з іншого – віддають на угляд адвоката незрозумілу альтернативу: він може звернутися (а може і не звертатися?) до Ради колегії адвокатів з заявою про звільнення від обов’язку зберігати адвокатську таємницю. При цьому є декілька обов’язкових умов: заява має бути мотивованою і письмовою, допускається тільки щодо тяжких злочинів і лише з метою запобігання вчиненню злочину. Не поділяючи точку зору авторів цього законопроекту, все ж заради об’єктивності слід зазначити, що в деяких європейських країнах існує практика залучення до вирішення питання про розкриття адвокатської таємниці відповідних національних органів адвокатури. На противагу такій практиці в Кодексі професійної етики адвоката Російської Федерації закріплено заборону звільнення будь-ким адвоката від обов’язку зберігати професійну таємницю, крім довірителя. Без його згоди ст. 6 Кодексу дозволяє адвокату використовувати

повідомлені йому відомості лише в обсязі, який адвокат вважає розумно необхідним для обґрунтування своєї позиції при розгляді цивільного спору між ним і довірительом або для свого захисту в порушеному проти нього дисциплінарному провадженні чи кримінальній справі.

Натомість у законопроекті про адвокатуру № 1430, внесеному народними депутатами Ю.Р. Мірошниченком, Ю.А. Кармазіним, Д.О. Шенцевим, В.В. Колесніченком, В.В. Лук'яновим, Е.С. Тедєєвим до предмета адвокатської таємниці віднесена будь-яка інформація про особу, що стала відома адвокату в зв'язку з виконанням адвокатської діяльності, та сам факт звернення до адвоката. Слід погодитися з дещо іншою позицією стосовно зняття з інформації статусу адвокатської таємниці лише клієнтом й у письмовій формі. А от пропозиції щодо звільнення адвоката від збереження адвокатської таємниці судом чи дисциплінарним органом адвокатури лише у випадках, коли це необхідно для захисту прав та інтересів адвоката у разі пред'явлення клієнтом необґрунтованих вимог до нього з підстав надання неякісної правової допомоги, потребують серйозних уточнень і надійних гарантій подальшого нерозголошення розкритої ними інформації. Зокрема, необхідно уточнити, як визначатимуть суддя, члени дисциплінарного органу обсяг розкриття таємниці та межу, за якою залишається адвокатська таємниця. Адже право щодо зняття статусу адвокатської таємниці стосується чітко обмежених випадків. Крім того, визначити, що вимоги клієнта є необґрунтованими не можна на стадії, коли тільки-но вирішується питання про отримання інформації саме для визначення її необґрунтованості.

Звертаючись до історичних витоків адвокатури, можна впевнитись у тому, що в багатогранних стосунках адвоката і клієнта у центрі уваги споконвіку зберігалися порядність адвоката, достоїнство, добросовісність, чесність, відданість ідеалам добра і справедливості, корпоративний дух професії. Навіть Рада присяжних повірених Одеського округу в XIX ст. своєю поста-

ною визначила, що в цілях досягнення високого ідеалу в адвокатурі засновано корпоративний нагляд, що слугує засобом встановлення та підтримання між повіреними відчуття правди, честі та розуміння моральної відповідальності перед урядом та суспільством [15]. Відданість зазначеним принципам завжди вимагала необхідності дотримання адвокатської таємниці. Наприклад, Харківська Рада присяжних повірених установила, що присяжний повірений не повинен розголошувати таємниці свого довірителя не тільки під час провадження його справи, а й у разі усунення від справи навіть після її закінчення [15].

Знаменитий М. Молло вважав, що всіляке повідомлення, зроблене клієнтом віч-на-віч – конфіденційне і тому повинно залишатися таємним. Він підкреслював: у адвоката не можна вимагати таких показань, котрі йому відомі тільки завдяки його адвокатському званню [12, 78].

У Правилах адвокатської професії у Франції підкреслювалося, що ще до введення законом обов'язковості дотримання таємниці адвокатом, вона вже дотримувалася ними завжди свято, зазначалося, що без неї немислима ні професія, ні її відправлення [12, 79].

Однак і в ті далекі часи не всі поділяли цю точку зору. Декотрі юристи не схвалювали такі привілеї адвокатів і наполягали на введенні обов'язку адвоката, принаймні у кримінальних справах, повідомляти конфіденційні факти.

Е. Бенедикт вважав, що адвокат, який перейшов на роль свідка, полишає обвинуваченого його останньої опори, що дається йому законом в особі захисту: те, що має слугувати йому, опиняється проти нього ж [2, 64].

Не тільки в XIX ст. сповідувалися адвокатами ці споконвічні принципи професії. У Рекомендаціях R(2000)21 Комітету Міністрів державам-учасницям Ради Європи про свободу здійснення професійних адвокатських обов'язків від адвоката вимагається вдаватися до всіх необхідних дій, спрямованих на належне забезпечення конфіденційного характеру взаємин між

адвокатом і клієнтом. Однак у цьому міжнародному документі міститься виключення: “Будь-які винятки з цього принципу можуть дозволятися лише у відповідності із засадами верховенства права”. Таким чином, заради найбільш високих людських цінностей, котрі й складають принцип верховенства права, допускається певне відступлення від вікових традицій щодо абсолютності принципу адвокатської таємниці.

Питання це гостро дискусійне, зокрема, в країнах Європи. Висловлюються вкрай протилежні думки щодо перегляду змісту адвокатської таємниці й можливості розкриття її в певних межах без дозволу клієнта.

На думку О. Водяннікова до випадків, коли дія принципу адвокатської таємниці повинна або може бути обмежена, відносяться, зокрема: розкриття фінансової сторони відносин з клієнтом на вимогу податкових органів; використання чи розкриття конфіденційної інформації клієнта в його інтересах або у випадках існування обґрунтованих підстав вважати, що таке розкриття попереджатиме смерть чи нанесення тілесних ушкоджень певній особі; використання чи розкриття інформації з метою попередження чи зменшення фінансової шкоди, в тому числі внаслідок вчинення протиправного діяння чи шахрайства. При цьому автор посилається на положення права ЄС, де принцип дотримання адвокатської таємниці у відносинах між клієнтом та адвокатом не може розглядатись як абсолютний [3].

І.М. Гловацький вважає, що з ініціативи адвоката таємниця може бути розкрита, зокрема, “коли предметом адвокатської таємниці стане інформація про підготовку злочину” [4, 316].

Не можна не погодитися з Ю.Ф. Лубшевим, що законодавство, яке охороняє професійну таємницю, наповнено великим професійним змістом, отже розголошення таємниці неприпустимо особі, довіра до якої обумовлена його професією [10, 249].

Такої ж думки І.Л. Трунов: “Якщо припустити, що замислюється крадіжка чи шахрайство, чи вправі адвокат у таких

випадках доносити на свого клієнта? Ми вважаємо, що це неможливо” [19].

Логічно припустити, що у разі скасування, навіть частково, обов’язку адвоката дотримуватися адвокатської таємниці, навряд чи підзахисний стане повідомляти адвокату конфіденційну інформацію, розголошення котрої йому зашкодить. У разі, коли вона несе загальне інформаційне навантаження, утримання від її повідомлення адвокату є байдужим для досягнення цілей захисту. Якщо ж клієнтом втаємничуватимуться, під страхом розголошення адвокатом, відомості, що мають значення для захисту, це зводитиме його здійснення нанівець. За таких умов втрачатимуть значення основні обов’язки адвоката, зокрема з надання ефективної правової допомоги (ст. 32 Правил), оскільки згідно з Правилами адвокатської етики він повинен з’ясувати всі відомі клієнту обставини, що можуть позначитися на визначенні наявності правової позиції та її змісті, запитати і вивчити всі відповідні документи, які є в розпорядженні клієнта. Зрозуміло, що без цього адвокат буде вимушений відмовитися від здійснення захисту відповідно до ст. 43 Правил.

Слід погодитися з Т.В. Корчевою, що у разі повідомлення клієнтом про намір вчинити злочин, надання адвокатом правової допомоги, спрямованої на полегшення вчинення правопорушень, є пособництвом вчиненню злочину і через це не може бути предметом таємниці. Якщо ж захисник не надавав порад в зв’язку з інформацією підзахисного про злочин, що готується, то він має зберігати в таємниці конфіденційну інформацію [9, 66].

Правила адвокатської етики дозволяють розкрити адвокатську таємницю лише у випадку, коли дозвіл на це дає клієнт. Зрозуміло, що дозвіл на розголошення інформації проти себе навряд чи адвокату надасть клієнт. Отже, повідомляючи без дозволу клієнта інформацію про підготовку до вчинення злочину, причетність до будь-яких протиправних дій, інші відомості, що віднесено до предмета адвокатської таємниці, адвокат порушує Присягу, у якій зазначено,

що він клянеться суворо додержувати правил адвокатської етики. Не слід забувати і про те, що Закон України “Про адвокатуру” серед гарантій адвокатської діяльності містить заборону на вимагання від адвоката відомостей, що становлять адвокатську таємницю, а порушення встановлених законом гарантій діяльності захисника і представника та порушення професійної таємниці є підставою для притягнення до кримінальної відповідальності за ст. 397 КК України.

В Росії панує думка про те, що обмежуються не права адвокатів на адвокатську таємницю, а право на конфіденційність тих осіб, котрі намагаються легалізувати доходи, отримані злочинним шляхом або фінансувати тероризм, для чого передбачають звернутися до адвоката. Обмеження прав громадян – потенційних клієнтів адвокатів, допустимо у випадках, коли їх дії спрямовані на порушення численних прав та законних інтересів широкого кола осіб. Отже, законодавство, яким фактично обмежується адвокатська таємниця, має метою виключити випадки звернення таких осіб до адвокатів за сприянням в розробці схем відмивання злочинних доходів та фінансування тероризму. В Ухвалі Конституційного Суду Російської Федерації від 8 листопада 2005 р. № 439-0 стверджується, що конституційне право на отримання правової допомоги потребує створення належних умов адвокатам для ефективного здійснення їх діяльності. Однією з таких умов КС називає забезпечення конфіденційності інформації, що передбачає довірчість у стосунках між адвокатом і клієнтом, чому, зокрема, слугує інститут адвокатської таємниці, який призначений захищати інформацію, отриману адвокатом відносно клієнта. Проте, в Ухвалі підкреслюється, що обмеження конституційного права на неприпустимість розголошення відомостей про приватне життя особи без її згоди, тобто відступ від адвокатської таємниці, може допускатися лише за умов адекватності та співрозмірності такого обмеження конституційно значущим цінностям і може бути виправданим лише необхідністю

забезпечення цілей захисту основ конституційного ладу, моральності, здоров'я, прав та законних інтересів інших осіб, забезпечення оборони держави та безпеки держави. Федеральна палата адвокатів РФ затвердила 27 вересня 2007 р. Рекомендації з організації виконання адвокатами вимог законодавства про протидію легалізації (відмивання) доходів, отриманих злочинним шляхом, і фінансуванню тероризму, в яких зазначила, що адвокати є спеціальним суб'єктом правовідносин, що регулюються зазначеним законодавством.

Отже, приєднання до міжнародних договорів стосовно протидії легалізації (відмивання) доходів, одержаних злочинним шляхом, боротьби з тероризмом тягне за собою обов'язкове внесення відповідних змін у законодавство України про адвокатуру, Присягу адвоката України та Правила адвокатської етики, в яких зараз записано: “Розголошення відомостей, що складають адвокатську таємницю, заборонено за будь-яких обставин”.

В зв'язку з нещодавнім поданням до Верховної Ради декількох законопроектів про адвокатуру постала низка проблемних питань щодо визначення характеру адвокатської діяльності, набуття статусу адвоката, створення системи адвокатського самоврядування, забезпечення належної якості правової допомоги тощо. Спроби надати адвокатській діяльності статус підприємницької діяльності потроху вгамувалися після визначення в Меморандумі концептуальних положень щодо реформування законодавства про адвокатуру, погоджених Спілкою адвокатів України та Асоціацією правників України 29 лютого 2008 р. В цьому документі закріплено неприбутковий і не підприємницький характер адвокатської діяльності. Зазначені положення включені до законопроекту № 1430 “Про адвокатську діяльність” (Ю.Р. Мірошніченко та інші) та до проекту № 4353-1 (А.В. Портнов та інші). Протилежна позиція – у законопроекті “Про адвокатуру” № 4353 (С.В. Влащенко та інші), який надає адвокату право здійснювати свою діяльність шляхом укладання трудового договору з підприємством

(господарським товариством), яке відповідно до статуту має єдиний вид діяльності – надання послуг у сфері права.

Натомість, у законопроекті “Про внесення змін до Закону України “Про адвокатуру” № 3549 (С.В. Власенко) передбачено, що тільки член колегії адвокатів має право здійснювати адвокатську діяльність, а кожен адвокат може бути членом лише однієї колегії адвокатів, котра є неприбутковою юридичною особою і не вправі здійснювати адвокатську діяльність та займатися підприємницькою діяльністю.

Отже, навряд чи адвокати можуть виконувати свою професійну діяльність у таких товариствах, де засновниками та учасниками можуть бути не громадяни України й навіть не юристи, а от керівні посади в них мають право займати лише адвокати.

Влучно зазначив Раймон Мюллера, що комерціалізація є серйозною загрозою юридичній професії. Радою колегій адвокатів та юридичних товариств ЄС у 1993 р. було прийнято рішення про неприпустимість створення і діяльності багатопрофільних універсальних товариств, котрі включають як адвокатів, так і не адвокатів, що обумовлено необхідністю зберегти незалежність і конфіденційність, притаманні юридичній професії [13].

Серед принципів адвокатської діяльності одним з найважливіших є принцип професійної компетентності адвоката. Висококваліфікована правова допомога, яка гарантується багатьма Конституціями держав світу, забезпечує належну ефективність адвокатської діяльності, що закладається в стандартах адвокатської професії, які діють в різних країнах. Л.А. Зашляпін виправдано підкреслює важливу роль Статуту ООН, який надав можливість у майбутніх міжнародно-правових документах обґрунтувати необхідність існування напряду про ефективну адвокатську діяльність [6, 20].

У Пояснювальному меморандумі до Кодексу поведінки європейських адвокатів підкреслюється, що професійним обов’язком адвоката вважається вимога бути в курсі сучасних тенденцій розвитку права. У Коментарі до Хартії основополож-

них принципів діяльності європейських адвокатів наголошується, що адвокат не може ефективно консультувати або представляти клієнта, якщо він не має належної професійної освіти і підготовки. Отже, адвокати зобов’язані підтримувати та удосконалювати свої навички, поглиблювати професійні знання з належним урахуванням європейського виміру своєї професії. У Хартії констатується, що останнім часом післядипломне навчання (підвищення кваліфікації) набуває все більшого значення як реагування на швидкі темпи змін у праві та практиці.

Правилами адвокатської етики, які діють в Україні, вимагається високий рівень професійної підготовки, фундаментальне знання чинного законодавства, практики його застосування, опанування тактики, методів і прийомів адвокатської діяльності, ораторського мистецтва (п. 1 ст. 10), ефективність правової допомоги (п. 2 ст. 32). Проте, закон “Про адвокатуру” не приділяє належної уваги цим питанням, але у Присязі адвоката України зобов’язує адвокатів дотримуватися принципів і правил адвокатської діяльності.

В зв’язку з цим виникають принаймні такі питання: про способи отримання належних професійних знань і вмінь, наявність котрих вимагається від особи, яка має намір отримати статус адвоката; про реалізацію обов’язку адвоката підтримувати необхідний рівень професійних знань; про визначення недостатньої компетентності адвоката в зв’язку з його відмовою за цією підставою від надання правової допомоги.

Перш за все треба відзначити, що набуття повної вищої юридичної освіти (спеціаліст, магістр. а згодом планується і бакалавр) не забезпечує оволодіння практичними навичками на рівні, достатньому для успішного складання кваліфікаційного іспиту на здобуття статусу адвоката. На жаль, проходження передбаченої обов’язкової практики студентів перетворюється здебільшого у виконання ними технічної роботи, не пов’язаної із змістом практичного навчання, а переважна більшість вузів не має договорів з

відповідними юридичними відомствами – базами практик, і це зрозуміло, оскільки студентів майже двохсот юридичних вузів неможливо забезпечити практикою. Отже, дуже важливе питання набуття юридичної професії перекладається на плечі студентів, які здебільшого перетворюють заплановану навчальним планом практику на формальне отримання відповідного документа про її “проходження”.

Особливо слід наголосити, що за відведені чотири роки для здобуття повної вищої освіти бакалавра права, абсолютно виключається можливість підготовки кваліфікованого юриста. З цього терміну слід виключити час на опанування соціально-економічних дисциплін, іноземної мови, фізкультури, час на підготовку і захист бакалаврської роботи, складання державних іспитів. Таким чином, на вивчення правових дисциплін залишається трохи більше двох років, що, зрозуміло, абсолютно недостатньо для здобуття професії юриста та ще й озброєного сучасними практичними навичками.

Слід підтримати пропозиції щодо введення для певних посад вимоги вищої юридичної освіти на рівні магістра права. При цьому обов’язково треба підвищити вимоги до вузів, котрі готують магістрів права, затвердити врешті-решт відповідні стандарти вищої юридичної освіти, а навчальні плани підготовки магістрів спрямувати на отримання в першу чергу глибоких сучасних знань і навичок їх практичного застосування, чого по суті вимагають міжнародні і національні документи щодо адвокатів.

Неможливо підтримати пропозиції, що висловлюються останнім часом, про “відомчу” підготовку магістрів, наприклад для прокуратури – у спеціалізованому прокурорському навчальному закладі, для суддів – відповідно, суддівському. Так ми прийдемо до того, що кожен вуз певного напрямку готуватиме магістрів лише для свого відомства з відповідним наповненням програм навчання (міліція, податківці, нотаріуси, адвокати, дипломати тощо). А як бути у разі, якщо, отримавши знання «відомчо-

го» магістра, юрист, наприклад, прокурор виявить бажання перейти на суддівську роботу або зажадатиме стати адвокатом? Логічно, що йому треба буде закінчувати ще одну “відомчу” магістратуру. Вочевидь, вимога Болонської системи – вчитись все життя – не про таке набуття нових знань.

Диплом магістра права передбачає підтвердження певного освітньо-кваліфікаційного рівня освіти, а не її відомчого спрямування. Слід підтримати систему спеціального навчання у відповідних Школах, Центрах тощо на професію судді, адвоката, прокурора (2–3 роки після отримання диплома магістра права), що існує за кордоном. Видається, що тільки у такий спосіб можна досягти високого рівня відповідної фахової підготовки й успішно скласти кваліфікаційний іспит для отримання статусу адвоката з урахуванням вимог сучасної Програми складання кваліфікаційних іспитів (із змінами 2009 р.), яка передбачає перевірку знань претендента, наприклад, з питань ведення адвокатом допиту в суді підсудного, потерпілих, свідків, експертів, спеціалістів або методики підготовки і проголошення захисної промови, або тактики участі захисника у слідчих діях чи на певній стадії процесу. Такі знання надаються у Школі адвокатської підготовки та в Центрі підвищення кваліфікації Академії адвокатури України.

Треба зауважити, що складання адвокатом правових документів, питання тактики і методики адвокатської діяльності викликають певні труднощі при складанні кваліфікаційних іспитів прокурорами, адвокатами, нотаріусами та іншими юристами, які мають намір набути статус адвоката. Тому не можна погодитися з авторами законопроектів про адвокатуру, де запропоновані виключення для декотрих юридичних професій щодо необхідності стажування.

Безсумнівно, треба врешті передбачити в законі про адвокатуру обов’язкову вимогу стажування перед отриманням свідоцтва про право на заняття адвокатською діяльністю і оцінки знань і практичних адвокатських навичок майбутнього адвоката саме після проходження стажування.

Проведена Спілкою адвокатів України Всеадвокатська дискусія, що включала, зокрема, адвокатські збори в регіонах, відеоконференцію, комп'ютерне опитування, анкетування та бліцопитування адвокатів засвідчили, що більшість з них не сприймає уніфікацію (злиття) адвокатської та юридичної професії: за бліцопитуванням – 93%, анкетуванням – 80% – проти); проти звільнення від кваліфікаційних іспитів: за комп'ютерним опитуванням – 58%, анкетуванням – 80%, а за бліцопитуванням – лише 13% вважають недоречним складання іспитів. Отримані Спілкою результати є схожими по більшості позицій з опитуванням, проведеним Київським міжнародним інститутом соціології (на замовлення Спілки адвокатів України), яке засвідчило, що 72% адвокатів з 1000 опитаних по всій Україні висловилися проти уніфікації, а 82% – вважають за неможливе отримання статусу адвоката без складання кваліфікаційних іспитів при проведенні уніфікації.

Отже, перш ніж приймати запропоновані новели в законопроекті № 4353 (С.В. Власенко), народним депутатам слід зважити доцільність таких пропозицій з урахуванням думки майже тридцяти тисячної української адвокатури, міжнародних експертів, зарубіжної практики стосовно допуску до адвокатської професії, а також вивчити негативний досвід допуску в адвокатуру юристів-підприємців без складання адвокатських іспитів, котрий мав місце внаслідок прийняття постанови Верховної Ради України “Про введення в дію Закону “Про адвокатуру””, що сприяв зниженню рівня надання правової допомоги адвокатами. Запропонована народними депутатами в законопроекті № 4353 норма про те, що особи, які стали адвокатами та отримали свідоцтва про право на зайняття адвокатською діяльністю без складання кваліфікаційних іспитів відповідно до запропонованого ними закону, мають прослухати курс з адвокатської етики, навряд чи сприятиме досягненню високого рівня тих, хто мріє “проскочити” без достатніх знань в адвокатуру, як деякі їх попередники за законом 1992 р., котрі на своєму досвіді

любляють цю норму для наступних поколінь неспроможних увійти в адвокатуру за вимогами, прийнятими в усьому світі.

Забезпечуючи функціонування високопрофесійної адвокатури, деякі країни вдалися до перевірки знань всіх адвокатів. Наприклад, у Грузії – шляхом їх тестування, в Узбекистані – переатестації всіх адвокатів для видачі ліцензій та посвідчень нового зразка, в Білорусії ліцензія видається на обмежений термін – не менш як 5 років і не більш як 10 років, продовження терміну дії ліцензії здійснюється Міністром за результатами атестації.

Говорячи про вимоги до якості надання правової допомоги адвокатами та належний рівень їх професійних знань, слід наголосити на щонайшвидшому введенні в Україні системи підвищення кваліфікації адвокатів, однак при цьому ні в якому разі не звести цей процес до формального підтвердження отриманих знань без проходження спеціальних різнобічних програм, в тому числі за вибором самого адвоката, котрі реалізуватимуться у спеціально створених навчальних центрах, відповідних інститутах, республіканських школах адвокатської майстерності.

З урахуванням ситуації, що останнім часом, на жаль, складається в деяких регіонах у стосунках між адвокатами, які порушують основні принципи професії, що не сприяє підвищенню іміджу адвокатури, бажано провести спеціальні семінари з метою глибокого вивчення Правил адвокатської етики, ознайомлення адвокатів з дисциплінарною практикою кваліфікаційно-дисциплінарних комісій адвокатури і Вищої кваліфікаційної комісії адвокатури щодо відповідальності за порушення цих Правил. На обов'язок адвокатів дотримуватися принципів взаємної поваги звертається увага у ст. 64 Правил – “відносини між адвокатами повинні будуватися на засадах взаємної поваги”, ст. 65 – “адвокат не повинен допускати по відношенню до іншого адвоката висловлювань, що принижують його честь та гідність, завдають шкоди його діловій репутації, нетактовних та принизливих висловів” та інших статтях.

Дисциплінарні органи адвокатури мають бути більш вимогливими до адвокатів, котрі допускають неетичні дії до своїх колег, і повною мірою використовувати свої повноваження у відповідності зі ст. 68 Правил адвокатської етики. Академія адвокатури України разом зі Спілкою адвокатів Укра-

їни щорічно проводять науково-практичні конференції з питань застосування Правил адвокатської етики, а Центр підвищення кваліфікації Академії розпочав роботу спеціального семінару для адвокатів з цієї проблематики.

Список літератури:

1. **Барщевский М.Ю.** Адвокатская этика / М.Ю. Барщевский. – Самара: Изд. дом “Федоров”, 1999.
2. **Бенедикт Э.** Адвокатура нашего времени / Э. Бенедикт. – СПб., 1910.
3. **Водяніков Олександр** Біг по колу: реформування адвокатської діяльності в Україні в світлі Європейських стандартів [Електронний ресурс] / **Водяніков Олександр**. – Режим доступу : www.sokol.law
4. **Гловацький І.Ю.** Діяльність адвоката-захисника у кримінальному процесі / І.Ю. Гловацький. – К., 2003.
5. **Головань І.В.** Бізнес-адвокатура в Україні / І.В. Головань. – Донецьк, 2004.
6. **Зашляпин Л.А.** Основы теории эффективной адвокатской деятельности. Прелиминарный аспект / Л.А. Зашляпин. – Екатеринбург, 2006.
7. Кодекс поведінки європейських адвокатів. Прийнятий на пленарній сесії Ради адвокатських об'єднань та спілок адвокатів Європи 28 жовтня 1988 р. з поправками від 28 листопада 1988 р., 6 грудня 2002 р., 19 травня 2006 р.
8. Кодекс профессиональной этики адвоката: официальный сайт Федеральной палаты адвокатов Российской Федерации [Электронный ресурс]. – Режим доступа : <http://www.fparf.ru/laws/kodex.etika.htm>
9. **Корчева Т.В.** Проблеми діяльності захисника в досудовому провадженні та в суді першої інстанції / Т.В. Корчева. – Харків, 2007.
10. **Лубшев Ю.Ф.** Курс адвокатского права / Ю.Ф. Лубшев. – М., 2003.
11. **Магута Павел.** Адвокатская тайна только для адвокатов / Павел Магута // Новая адвокатская газета. – 2007. – № 10(013).
12. **Молло М.** Правила адвокатской профессии во Франции. Традиции адвокатской этики / М. Молло. – СПб.: Юридический Центр Пресс, 2004.
13. **Мюллера Раймон.** Независимость – основной принцип юридической этики / Раймон Мюллера // Адвокат. – 1996. – № 11.
14. Офіційний сайт Спілки адвокатів України [Електронний ресурс]. – Режим доступу : www.say.org.ua
15. Правила адвокатской профессии в России: Опыт систематизации постановлений советов присяжных повренных по вопросам профессиональной этики / сост. А.Н. Марков. – М.: Тип. О.Л. Сомовой, 1913.
16. Профессия адвоката. – М.: Статут, 2006.
17. **Смоленский М.Б.** Адвокатская деятельность и адвокатура в Российской Федерации / М.Б. Смоленский. – Ростов-на-Дону: Феникс, 2002.
18. **Таварткіладзе Н.М.** Етичні основи діяльності адвоката-захисника / Н.М. Таварткіладзе // автореф. дис... канд. юрид. наук. – Одеса, 2003.
19. **Трунов И.Л.** Соблюдение адвокатской тайны с позиции защиты прав граждан / И.Л. Трунов, Л.К. Трунова // Журнал российского права. – 2002. – № 8.

РЕЗЮМЕ

В статье на основе анализа международных правил, отечественного законодательства

и практики рассматривается адвокатская деятельность под углом зрения дальнейшего развития и внедрения норм адвокатской этики, независимости адвокатуры, доверия к адвокату, соблюдения адвокатской тайны.

SUMMARY

Analysing international norms national legislation and practice, advocate's activity from the point of view of further development and using the advocate ethics, advocacy independence, trust to an advocate, keeping to advocate's secret is considered in the article.

Подано 24.04.09



О.С. Захарова,
доцент, кандидат юридичних наук
(Академія адвокатури України)

Теоретичні та практичні питання щодо дисциплінарної відповідальності суддів

Ключові слова: *дисциплінарна відповідальність, судді, судоустрій, підстави дисциплінарної відповідальності.*

Дисциплінарна відповідальність в теорії права розглядається як різновид юридичної відповідальності і здійснюється у формі накладення адміністрацією підприємств і установ інших організацій дисциплінарних стягнень внаслідок: а) порушень правил внутрішнього розпорядку; б) в порядку підлеглості; в) у відповідності з дисциплінарними статутами і положеннями. До заходів дисциплінарної відповідальності відносяться: зауваження, попередження, догана, переведення на іншу роботу і т.ін. [7, 153].

Питання дисциплінарної відповідальності суддів не можна механічно розглядати в окреслених межах, їх слід розглядати в значно ширшому аспекті. Вони стосуються не тільки порушення суддею посадових обов'язків але й порушення ним вимог щодо його статусу та присяги судді. Особливість статусу суддів буде мати суттєвий вплив на визначення:

- підстав виникнення дисциплінарної відповідальності суддів;
- кола суб'єктів, що можуть ініціювати питання про дисциплінарну відповідальність суддів;
- органів, які правомочні вирішувати питання про дисциплінарну відповідальність суддів.

Закон України “Про судоустрій України” (ст. 97) [1] визначає дисциплінарне про-

вадження – як процедуру розгляду визначеним законом органом офіційного звернення, в якому містяться відомості про порушення суддею вимог щодо його статусу, посадових обов'язків чи присяги судді.

З цього правила видно, що підставами дисциплінарної відповідальності є: 1) порушення суддею вимог щодо його статусу; 2) порушення суддею посадових обов'язків; 3) порушення суддею присяги. Більш детальної регламентації випадків у яких суддя вважається дисциплінарно відповідальним в законодавстві немає. Практика діяльності кваліфікаційно-дисциплінарних комісій суддів свідчить, що для встановлення обставин, які б свідчили про наявність у поведінці судді ознак дисциплінарного проступку вона (поведінка) аналізується у двох аспектах: на службі в суді і поза судом. Наприклад, щодо поведінки всередині суду, то підставами для притягнення до дисциплінарної відповідальності можуть бути: порушення обов'язків безсторонності (не самоусунення від слухання справи, коли виникає конфлікт інтересів); порушення обов'язку добропристойності в стосунках із сторонами, їх представниками, свідками, колегами (наприклад, втручання в роботу іншого судді); порушення закону в зв'язку з кричущою недбалістю або не висловлення своєї думки в письмовій формі, коли цього вимагає закон, або висловлення своєї думки

без наведених фактів, які змусили суддю ухвалити таке рішення; неодноразові або необґрунтовані затримки у постановленні судового рішення або провадженні інших дій, які стосуються виконання судових функцій; будь-яке інше нехтування своїми обов'язками; порушення таємниці нарадчої кімнати або будь-яке інше порушення дискретності; участь у діяльності, несумісній з обов'язками судді; передоручення виконання своєї роботи іншій особі; поза процесуальне внесення змін і доповнень у судові рішення; будь-яка інша поведінка, яка компрометує безсторонність або добропристойність судової влади.

Що стосується поведінки судді поза судом, то можна навести такі заборони: використання посади судді з метою одержання неправомірних переваг; дружні стосунки з підсудними (сторонами) у процесі, яке здійснює суддя; участь у позасудовій діяльності, на яку не було дано згоди з боку уповноваженого на те органу чи посадової особи; будь-яка інша діяльність чи поведінка, яка загрожує втратою довіри до судової влади.

У проекті Закону України “Про судоустрій та статус суддів” (ст. 111) [5] вже більш детально регламентуються підстави притягнення судді до дисциплінарної відповідальності, детальний аналіз яких дає можливість зробити висновок, що більшість з них пов'язані саме із порушенням здійснення функції правосуддя. Це можна було б розцінити як позитивний крок, разом з тим з огляду на незабезпечення державою належних умов для здійснення правосуддя, невизначеності норм навантаження на суддю щодо кількості розгляду справ на місяць законодавець штучно створює ситуацію, коли кожний суддя підпадає під потенційного порушника дисципліни.

Що стосується визначення кола суб'єктів, які наділені правом ініціювати питання про дисциплінарну відповідальність судді, то сьогодні є певні неузгодженості між законами України “Про судоустрій України” та “Про Вищу раду юстиції” [3] щодо визначення кола суб'єктів, які мають таке право. Зокрема, згідно із Законом України

“Про судоустрій України” таке право надане: народним депутатам України; Уповноваженому Верховної Ради України з прав людини; Голові Верховного Суду України (голові вищого спеціалізованого суду – щодо судді відповідного спеціалізованого суду, за винятком ініціювання звільнення судді); Міністру юстиції України; голові відповідної ради суддів; членам Ради суддів України (ч. 2 ст. 97).

Дисциплінарне провадження щодо суддів Верховного Суду України та суддів вищих спеціалізованих судів здійснюється Вищою радою юстиції у порядку визначеному Законом України “Про Вищу раду юстиції”. Пункти 1 та 2 статті 38 Цього Закону визначали, що підставами для відкриття дисциплінарного провадження суддів найвищих судів є подання народного депутата України та Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини. Оскільки за рішенням Конституційного Суду України від 21.05.2002 п.п. 1, 2 ст. 38 Закону України “Про Вищу раду юстиції” втратили чинність, як такі, що визнані неконституційними, право порушити питання про дисциплінарну відповідальність суддів Верховного Суду України та суддів вищих спеціалізованих судів можуть виключно члени Вищої ради юстиції за результатами перевірки повідомлень [6].

Більш демократичні підходи у вирішенні цього питання закладені у проекті Закону, зокрема у ч. 2 ст. 112 зазначається, що правом на звернення зі скаргою щодо поведінки судді, яка може мати наслідком дисциплінарну відповідальність судді має кожен, кому відомі такі факти. Єдине законодавче застереження стосується того, що не допускається зловживання цим правом, зокрема не допускається звернення без достатніх підстав, і використання вказаного права як способу тиску на суддю у зв'язку із здійсненням ним правосуддя.

Процедура притягнення судді до дисциплінарної відповідальності може здійснюватися виключно органами чітко визначеними Законом України “Про судоустрій України”. З метою забезпечення неупередженого, об'єктивного розгляду питань про

дисциплінарну відповідальність суддів такі органи повинні у своїй діяльності бути незалежними, самостійними і здійснювати свої повноваження виключно на підставах у межах та порядку, передбачених Конституцією України, Законом України “Про судоустрій України” та Законом України “Про статус суддів” [2].

Дисциплінарне провадження здійснюють кваліфікаційні комісії суддів – щодо суддів місцевих судів. Вища кваліфікаційна комісія суддів України здійснюють дисциплінарне провадження щодо суддів апеляційних судів. Вища рада юстиції – щодо суддів вищих спеціалізованих судів та суддів Верховного Суду України (ст. 98 Закону України “Про судоустрій України”).

В конкретній ситуації при визначенні органу, що буде здійснювати дисциплінарне провадження в повній мірі буде працювати принцип територіальності та спеціалізації кваліфікаційних комісій. Тобто суб’єкт права ініціювання питання про дисциплінарну відповідальність повинен звертатися до тієї кваліфікаційної комісії суддів на території якої з урахуванням спеціалізації судового органу діє комісія.

Дисциплінарне провадження щодо судді здійснюється у певній послідовності в порядку, визначеному Законом. Перевірка даних про наявність підстав для притягнення судді до дисциплінарної відповідальності здійснюється головою або за його дорученням членом відповідної кваліфікаційної комісії суддів протягом місяця з дня надходження відомостей про дисциплінарний проступок судді. Перевіряючи такі дані члени кваліфікаційної комісії суддів вправі одержувати письмові пояснення від судді, витребувати та одержувати необхідну інформацію від голів судів, підприємств, установ, організацій незалежно від форм власності, а також громадян та їх об’єднань.

За результатами перевірки складається окремий документ в якому повинна бути інформація про те хто з членів комісії здійснював перевірку, викладені обставини, що виявлені, висновки і пропозиції перевіряючих і їх підписи.

Після закінчення перевірки матеріали передаються голові відповідної комісії, який вирішує питання про відкриття дисциплінарної справи і визначає час і місце проведення засідання комісії та не пізніше як за десять днів до засідання повідомляє про це суддю, щодо якого проводилася перевірка та суб’єктів звернення.

Рішення у дисциплінарній справі щодо судді приймається за результатом процедурної діяльності кваліфікаційних комісій суддів. Рішення приймається колегіально – більшістю голосів членів комісії, які беруть участь у засіданні (для правильного визначення легітимності засідання відповідної кваліфікаційної комісії суддів див. ст. 82 Закону України “Про судоустрій України”). Рішення приймається відкритим голосуванням, але при дотриманні таємниці наради членів комісії, тобто за відсутності особи, щодо якої вирішується питання та запрошених осіб.

Тобто процедура дисциплінарного провадження від моменту звернення зі скаргою, здійснення перевірки даних про наявність підстав для притягнення судді до дисциплінарної відповідальності, відкриття дисциплінарної справи та розгляд дисциплінарної справи, до прийняття рішення органом, що здійснює дисциплінарне провадження настільки заплутана, що при реально скоєному дисциплінарному проступку не завжди можна притягти порушника до відповідальності, оскільки в більшості випадків закінчуються строки накладення дисциплінарного стягнення.

У проекті Закону України “Про судоустрій та статус суддів” закладені принципово нові підходи відносно того, хто і в який спосіб здійснює дисциплінарне провадження.

По-перше, передбачено створення нового органу – Дисциплінарної комісії суддів України, яка буде постійно діючим органом у системі судоустрою України, на який покладено здійснення дисциплінарного провадження щодо суддів місцевих та апеляційних судів. Процедура здійснення дисциплінарного провадження щодо суддів Верховного Суду України та суддів Вищих спеціалізованих судів так саме як і сьогодні

буде регулюватися Законом України “Про Вищу раду юстиції”.

По-друге створюється служба судових інспекторів, склад якої формується Вищою радою юстиції і які на три роки відряджаються до Дисциплінарної комісії суддів. Вони не можуть виконувати професійних повноважень за основним місцем роботи.

По-третє, запроваджується змагальна процедура у саме дисциплінарне провадження (ч. 7 ст. 114). На засіданні Дисциплінарної комісії не тільки заслуховується повідомлення судового інспектора, який здійснював перевірку, про результати перевірки, а й забезпечується судді можливість активно захищатися від пред’явлених звинувачень. Тобто суддя, щодо якого розглядається питання про притягнення його до дисциплінарної відповідальності, має право визначити свого представника, ставити запитання свідкам та іншим учасникам провадження, висловлювати заперечення, заявляти клопотання і відводи.

Враховуючи викладене слід відмітити, що запропоновані в проєкті Закону України “Про судоустрій та статус суддів” новели в питаннях дисциплінарної практики є актуальними, доволі цікавими і слушними. Разом з тим єдність статусу суддів вимагає єдиних підходів у питаннях дисциплінар-

ної відповідальності. Пропонується щоб єдиним органом щодо розгляду дисциплінарних справ як для суддів місцевих, апеляційних так і суддів Верховного Суду України та суддів Вищих спеціалізованих судів була Дисциплінарна комісія суддів України. Це дасть змогу забезпечення дію конституційної засади на оскарження рішення в дисциплінарній справі (ст. 129 Конституції) [4], скажімо до Вищої ради юстиції.

Забезпечення виконання вимог ст. 55 Конституції України та ст. 6 Конвенції про “право кожного на справедливий суд” в питаннях дисциплінарної відповідальності буде досягнуто за умови наявності в складі Дисциплінарної комісії суддів України та у складі Вищої ради юстиції більшості суддів.

Крім того, більшість суддів в складі Вищої ради юстиції дасть змогу ввести обмеження на заборону оскарження її рішень в судовому порядку.

З метою забезпечення більш виваженого підходу у питаннях дисциплінарної відповідальності для членів Дисциплінарної комісії, служби судових інспекторів, членів Вищої ради юстиції, служби судових інспекторів підняти ценз професійної роботи в галузі права не менш як двадцять років.

Список літератури:

1. Закон України “Про судоустрій України” від 7 лютого 2002 р. № 3018-III // Відомості Верховної Ради України. – 2002. – № 27–28. – Ст. 180.
2. Закон України “Про статус суддів” від 15 грудня 1992 р. № 2862-XII Відомості Верховної Ради України. – 1993. – № 8. – Ст. 56.
3. Закон України “Про Вищу раду юстиції” від 15 січня 1998 р. № 22/98-ВР // Відомості Верховної Ради України. – 1998. – № 25. – Ст. 146.
4. Конституція України // Відомості Верховної Ради України. – 1996. – № 30. – Ст. 141.
5. Проєкт Закону України “Про судоустрій та статус суддів” [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://gska2.rada.gov.ua/pls/zweb_n/webproc4_1?id=&pf3511
6. Рішення Конституційного Суду № 9-рп/2002 від 21.05.2002.
7. Теорія держави і права: навчальний посібник / за загальною ред. В.В. Копейчикова. – К.: Юрінформ, 1995.

РЕЗЮМЕ

В статье рассматриваются вопросы дисциплинарной ответственности судей, основания привлечения к такой ответственности, субъекты обращения с жалобами по при-

влечению судей к ответственности и процедурные вопросы по рассмотрению дисциплинарного дела.

SUMMARY

The article reflects the questions of disciplinary responsibility of the judges, the basics for bringing to such responsibility; the complains on bringing the judges to the responsibility and procedural questions on prosecuting the disciplinary case.

*Рекомендовано кафедрой гражданского,
хозяйственного права та процесу*

Подано 02.02.09



Н.В. Буруковська,
кандидат філософських наук, доцент
(Академія адвокатури України)

Теорія суспільства крізь призму комунікативної етики (Ю. Габермас, К.-О. Апель)

Ключові слова: *деліберативна політика, дискурсивна етика, життєвий світ, комунікативна етика, комунікативна раціональність, комунікативне співтовариство, лінгвістична нормативність, теорія Юргена Габермаса, філософія Карла Апеля, цінності.*

У межах сучасної соціальної філософії існує велика кількість різноманітних інтерпретацій таких понять як “громадянське суспільство”, “правова держава” та “соціальні норми”. Особливої уваги ці поняття отримали в філософських пошуках двох найвизначніших філософів доби постмодерну – Юргена Габермаса та Карла-Отто Апеля.

В історію філософії XX століття Ю. Габермас, автор теорії комунікативної дії, й К.-О. Апель, автор теорії комунікативного співтовариства, увійшли як творці нового критичного вчення про суспільство – вчення, що повинно подолати відчуття тупикової ситуації, в якій опинилися традиційні течії соціальної філософії в 70-х роках XX століття. Загальний базис, на який спираються обидві концепції – це перш за все поняття комунікативної раціональності, що конститує суспільність. Якщо Ю. Габермас пішов шляхом обґрунтування теорії суспільства на універсальних принципах мовної практики, притаманних будь-якому історичному суспільству, то К.-О. Апель намагався відшукати трансцендентальне обґрунтування соціальних норм.

В той час, як Габермас намагається випрацювати соціальну філософію, що є принадною для аналізу усіх основних інститутів суспільства, включаючи юридичні, то направленість апелівської теорії є іншою,

а його проект соціальної науки надто відрізняється від габермасівського: в ньому акценти зміщені перш за все в галузь етики. Однак при тому, що існує велика різниця і в стилі мислення, і в сфері філософських інтересів обох філософів, найбільш істотними є ті аспекти, які досліджуються в етико-соціальних доктринах і Ю. Габермаса, і К.-О. Апеля.

Обидва мислителі у комунікативній парадигмі сучасної практичної філософії демократичний політичний процес намагаються інтерпретувати в поняттєвих межах дискурсивної етики, а також розглядають комунікативне співтовариство, використовуючи прагматистський інструментарій для аналізу передумов й умов комунікації та дискурсу.

Варто зазначити, що в межах соціально-філософського аналізу дослідженням даної проблематики займалися як зарубіжні мислителі, такі як Дж. Макінтайр, Р. Рорті, М. Фуко, так і представники вітчизняної традиції – Є. Бистрицький, О. Білокобильський, А. Єрмоленко, М. Соболева, тощо.

Ю. Габермас в праці “Теорія комунікативної дії” зазначає, що в розвинених західних суспільствах в останні десятиріччя виникли соціальні конфлікти, що істотно відрізняються від традиційних для капіталізму конфліктів, пов’язаних з розподілом економічних благ. Вони формуються вже

не в галузі матеріального відтворення та не інституалізуються політичними партіями; скоріш за все вони виникають у сферах культурного відтворення, соціальної інтеграції та соціалізації й розгортаються в доінституційних формах. В них реально відображається уречевлення комунікативно структурованих галузей дії: “Нові конфлікти спалахують не в області проблем розподілу, а у зв’язку з питаннями граматики форм життя” [1, 162]. Філософ, зокрема, наполегливо і послідовно відстоює тезу про те, що народний суверенітет у сучасних складних суспільствах розчиняється в безсуб’єктних комунікативних потоках, щоб зрештою конденсуватися у формі комунікативної влади, яка, зберігаючи більш-менш спонтанний характер, здатна впливати із автономної громадськості. І цей анонімний процес перманентно живиться із комунікативних передумов, що уможливають формування волі народу та політичних рішень в площині дискурсу. На роль нової політичної арени висувається політична відкритість, в площині якої відбувається дискурсивне зіткнення та боротьба інтересів адміністративної й комунікативної влади.

Провідна ідея відкритості виявляється в тому, що за допомогою медіуму публічного обговорення здійснюється публічний контроль і легітимація системи політичного панування, а також консенсуально улагоджуються конфліктні ситуації у суспільстві. Оскільки смисловим ядром принципу парламентської демократії є досягнення консенсусу в процесі публічних дебатов, а в дискурсивній етиці це стає нормативним масштабом розв’язання усього спектру суспільно-політичних і правових проблем, то її цілком слушно називають етикою демократії. Більше того, виявлення етичного джерела походження правових норм дозволило К. Апелю наголошувати на етичному сенсі правової держави.

Демократичне формування громадської думки і прийняття політичних рішень в дискурсивній моделі реалізується на теоретичних засадах етики ідеальної комунікативної ситуації в перспективі ідеальної комунікативної спільноти. Ін-

ститут публічного дискурсу, закладений на таких передумовах ідеальної комунікації як свобода думок, рівність шансів в їх висловленні, намагання бути зрозумілим та ін., в площині якого легітимуються усі інші соціальні інститути, править за метайнститут, тобто інститут інститутів. У практиці відкритого універсального громадського дискурсу передбачається подолати прірву між мораллю і політикою.

Фундатори дискурсивної етики легітимуючи претензії дискурсу пов’язують його не безпосередньо із субстанцією самих цінностей, а, як вже було зазначено вище, з комунікативними передумовами, з дискурсивними правилами і формами аргументації, що запозичують свій зміст із самої структури мовної комунікації [2, 392].

Із взаємообумовленості суб’єктивної свободи дій суб’єктів приватних прав і публічної автономії громадян держави Ю. Габермас виводить внутрішній зв’язок між правовою державою і демократією [4, 662]. Він трансформує кантівську інтенцію практичного розуму в принцип дискурсу, який в його концепції деліберативної політики доповнюється принципами демократії, права і моралі. Постметафізичне розуміння раціональної організації суспільства він прагне окреслити на шляху насичення соціального устрою комунікативною раціональністю. У означеному контексті система права в формі принципів та структур правової держави постає механізмом інституціоналізації політичного дискурсу громадськості, який зі свого боку є виявом процедурного демократичного процесу, що надає легітимність і праву, й політичній владі та її політиці.

Кантівська позиція приваблює обох філософів насамперед тому, що базується на універсально значущій вимозі рівності прав та обов’язків індивідів. Успадкувавши ригористичну й егалітарну етику категоричного імперативу, комунікативісти мусять заперечувати будь-які форми морального релятивізму та примітивного етичного плюралізму, який відкидає існування загальнозначущих цінностей в емпіричному світі.

Цим зумовлено негативне ставлення Ю. Габермаса та К.-О. Апеля до мислителів,

які піддають сумніву можливість сформувати нерелятивну нормативну етику, здатну претендувати на загальну значущість своїх настанов. Особливої критики з боку комунікативістських теоретиків зазнає Р. Рорті з його “провокативно-антиуніверсалістською позицією” щодо обґрунтування американських інституцій, а також Дж. Макінтайр і М. Фуко (через антистоїцистський пафос) та взагалі прихильники постмодернізму.

Проте монологічний суб’єктивний раціоналізм кантівського вчення комунікативісти прагнуть трансформувати в раціоналізм інтерсуб’єктивний, діалогічний, комунікативний, що втілюється в обґрунтуванні моральних норм через спілкування людей. На їхню думку, етичні норми мають формуватись у неспотвореному умовами панування дискурсі, тобто у вільному обговоренні норм і цінностей, що спираються на раціональну аргументацію. Моральної цінності для них набувають самі умови, які уможливають таке вільне спілкування, а, отже, загальнолюдський консенсус і розв’язання місцевих проблем і конфліктів, – демократія та громадянське суспільство.

Звісно, позицію Ю. Габермаса й К.-О. Апеля щодо можливості остаточного раціонального обґрунтування моральних і політичних норм у рамках спеціальних інтерсуб’єктивних процедур незаперечною аж ніяк назвати не можна. Навіть багато хто з теоретиків демократичної лівиці наполягає на праві людини обирати норми та цінності, керуючись тільки власним рішенням і не зважаючи на міру його розумності чи на вимоги колективної відповідальності людства.

Разом з тим існує ціла низка ґрунтовних розходжень між теорією комунікативної дії Ю. Габермаса та філософією комунікативного співтовариства К.-О. Апеля.

В ході аналізу їх філософських теорій можна дійти висновку, що центральним пунктом розбіжностей між філософами є їх відношення до питання про можливість кінцевого обґрунтування (*Letztbegründung*), постулат про який є наріжним каменем доктрин К.-О. Апеля. З точки зору Ю. Габермаса, кінцеве обґрунтування неможливе, а

дискурсивна комунікативна етика, утвердити яку намагаються обидва філософи, може відбутися лише шляхом звернення до ресурсів життєвого світу, які не можуть бути поставлені під сумнів його учасниками.

Джерелом нормативності для Ю. Габермаса є універсально-прагматичні вимоги до мовного висловлювання/комунікативної дії, без яких неможливий процес комунікації: це вимоги зрозумілості, істинності, правдивості та нормативної правильності. Філософ вважає, що символічно структуровану дійсність, з якою мають справу соціальні науки, неможливо зрозуміти, не беручи до уваги зазначені вимоги. Процесу розуміння в ході комунікації, а отже, й пов’язаним з ним соціальним наукам, притаманна динаміка, змістовою характеристикою якої є раціоналізація розуміння в життєвому світі, точніше – сукупність процесів раціоналізації у відповідності з вищевказаними формально-прагматичними вимогами. При цьому довгостроковою метою процесу раціоналізації в аспекті нормативної правильності дій (норм дій та зв’язаних з ними мовних актів) є наближення до структурних вимог так званої ідеальної ситуації розмови. Тим самим конститується поняття “ідеальна ситуація розмови”, яке за багатьма своїми параметрами, виступаючи як регулятор процесів навчання та раціоналізації, є функціональним аналогом поняття ідеального комунікативного співтовариства у К.-О. Апеля. Хоча він і вважає, що в такому вигляді, в якому ця ідея сформульована у Ю. Габермаса, вона є пережитком спекулятивної філософії історії [3, 24]. Відповідно до думок Ю. Габермаса, комунікація в життєвому світі на основі ресурсів розуміння, що існують в ньому, містить в собі потенціал раціональності, завдяки якому можливий процес раціоналізації. У зв’язку з цим відмова від цілей раціоналізації життєвого світу означає саморуйнування. На основі вищевказаного він робить висновок про те, що так звана слабка версія трансцендентально-прагматичного обґрунтування принципів моралі досягається у випадку, коли встановлені необхідні нормативні умови комунікації в життєвому

світі, тобто необхідні умови моральності.

Друге заперечення Ю. Габермаса будується на впевненості в тому, в комунікативній практиці соціокультурних життєвих світів міститься все, що для неї необхідно. Більше того, будь-яка спроба втручання в життєвий світ передумов, привнесених ззовні (а саме на такому статусі пропозицій, що обґрунтовуються у ході кінцевого обґрунтування, наполягає К.-О. Апел) призвело б до руйнівних наслідків для самого життєвого світу. Тому Ю. Габермас скептично відноситься до спроби кінцевого обґрунтування дискурсивної комунікативної етики, вважаючи за краще довіряти “моральним інтуїціям повсякденності”: “Моральні інтуїції повсякденності не мають потреби в просвітництві філософа... Філософська етика має просвітницьку функцію по відношенню до помилок, які виникають у свідомості людей освічених – тобто в тій мірі, в якій ціннісний скептицизм і правовий позитивізм утвердилися як професійні ідеології й проникли у свідомість повсякденності крізь призму освіти” [5, 26].

Для К.-О. Апеля є очевидним, що найчастіше мораль цілих держав і націй буває неадекватною перед лицем глобальних небезпек. Тому він не хоче сприймати спробу Ю. Габермаса підмінити рефлексивне трансцендентально-філософське обґрунтування принципів комунікативної етики шляхом звернення до моральності життєвого світу в тому її вигляді, в якому вона виявляється в ході історичного розвитку. К.-О. Апел виходить з того, що в життєвому світі потенційно закладені різні тенденції, а тому їх потрібно аналізувати для того, щоб, вчасно виявляючи, запобігати небезпечному та підтримувати корисне. А для цього потрібні відповідні критерії, які на думку К.-О. Апеля, не можуть бути отримані безпосередньо із *сфери суцього*, із історичного процесу, їх потрібно вилучати із *сфери належного*.

В апелівській трансцендентальній філософії інтерсуб’єктивності поняття ідеального комунікативного співтовариства виконує, окрім функції трансцендентальної умови істинності висловлювань у

реальному комунікативному співтоваристві, ще й функцію ідеалу, який потрібно реалізовувати в соціальній практиці. У прийнятті положення про кінцеве обґрунтування К.-О. Апелем й неприйнятті його Ю. Габермасом лежить основна лінія протиріч між формально-прагматичною й трансцендентально-прагматичною теоріями.

І Ю. Габермас, і К.-О. Апел розглядають свої соціально-філософські доктрини як реконструктивну соціальну науку. Для них характерно розуміння того, що суспільна теорія нерозривно пов’язана з теорією пізнання. Обидва філософи вважають, що для соціальної теорії важливим є аналіз прагматичних умов комунікації. Ю. Габермас виходить з того, що влаштування суспільних систем не може бути правильно описано без теоретико-пізнавального аналізу “когнітивних успіхів” учасників життєвих світів того чи іншого соціуму. З іншого боку, теоретико-пізнавальна комунікативна компетентність потребує перевірки шляхом її використання як конструктивного засобу в теорії соціальної еволюції. Тим самим формується особливий характер соціальної теорії: радикальна критика пізнання будується як теорія суспільства. Теорія суспільства, що розуміється як критика, повинна створити критерії такої критики: претендуючи на достовірне пізнання, вона повинна вказати на умови можливості такого пізнання.

Ю. Габермас, намагаючись сформулювати такі умови, обґрунтовує їх як задані для певного людського суспільства на тому чи іншому рівні його розвитку. Він виконує поставлену задачу шляхом раціональної реконструкції пізнавальної компетентності, що розуміється не як вроджена компетентність, а як така, що розвивається в ході еволюції. Мова йде про апріорі, але воно на відміну від розуміння апріорі в трансцендентальній філософії І. Канта й в модифікованому вигляді в трансцендентально-прагматичній філософії К.-О. Апеля розглядається не як суворе трансцендентальне апріорі, встановити яке можливо в ході трансцендентальної

рефлексії, а як завжди існуюче, але таке, що піддається історичній зміні; і теорія суспільного розвитку, що розуміється як матеріалістична теорія еволюції, є для Ю. Габермаса засобом опису закономірностей зміни пізнавальних можливостей. К.-О. Апель будує власну теорію суспільства, виходячи з іншої понятійної стратегії – як теорію реалізації принципів ідеального комунікативного співтовариства в реальному комунікативному співтоваристві. У рамках “трансцендентального дискурсу” (ідеальної чи трансцендентальної комунікації) виробляються норми для будь-якого “реального співтовариства інтерпретаторів”, тобто, зрештою, здійснюється легітимна комунікація.

Незважаючи на відмінності формально-прагматичної та трансцендентально-прагматичної методології в їхніх підходах до побудови критичної теорії суспільства, необхідно зазначити, що існує й загальний базис, на якій спираються і універсальна, і трансцендентальна прагматика. Це перш за все поняття комунікативної раціональності, в якому кантівський постулат про умови можливості об’єктивного пізнання, що пов’язані з умовами можливості раціонального обґрунтування норм, був переосмислений шляхом лінгвістичної трансформації теоретичного та практичного розуму в кантівському розумінні. Відповідно до такої трансформації умови можливості та значимості об’єктивного пізнання, з одного боку, і питання про можливість належної пове-

дінки – з іншого, зводяться до умов можливості інтерсуб’єктивного розуміння.

Другим важливим постулатом і формальної, і трансцендентальної прагматики є твердження, що саме в мові, в комунікації закладені прагматичні основи інтерсуб’єктивності, що нормативні умови комунікації є підґрунтям соціальної та моральної нормативності в найширшому розумінні: “Соціальний простір сумісно освоюваного життєвого світу, що відкривається в розмові, дає ключ до комунікативно-теоретичного поняття суспільства” [6, 332]. Таке лінгвістичне розуміння нормативності задає новий масштаб для критики, критерієм якого стає не “об’єктивне пізнання” (як в позитивізмі), а процедурні норми процесу комунікації в його соціальному вимірі. Тим самим Ю. Габермас і К.-О. Апель претендують на те, щоб універсальна та трансцендентальна прагматика розглядалися як сучасні версії критичної теорії, вільні від антиномічності класичної критичної теорії, джерелом якої є суб’єкт-об’єктна парадигма філософії з притаманним їй вузько інструменталістським розумінням розуму.

На основі поновленої критичної теорії соціального пізнання універсально-прагматична та трансцендентально-прагматична філософія намагаються сформулювати умови можливості практики, що претендує на назву моральної, а отже, розумної практики.

Список літератури:

1. **Фурс В.Н.** Философия незавершенного модерна Юргена Хабермаса / В.Н. Фурс. – Минск, 2000.
2. **Хабермас Ю.** Вовлечение другого. Очерки политической теории / Ю. Хабермас. – СПб: Наука, 2001.
3. **Apel K.-O.** Normative Begründung durch Rekurs auf lebensweltliche Sittlichkeit? // A. Honneth und andere (Hg) Zwischenbetrachtungen. Im Prozess der Aufklärung, 1985.
4. **Habermas J.** Faktizität und Geltung: Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und Staatstheorie. – Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1994.
5. **Habermas J.** Moralbewusstsein und kommunikatives Handeln, Frankfurt, 1983.
6. **Habermas J.** Entgegnung // Honneth A., Joas H. (Hg.), Kommunikatives Handeln. Beiträge zu Jürgen Habermas’ Theorie des kommunikativen Handelns. Frankfurt, 1986.

РЕЗЮМЕ

В статье анализируются философские идеи Ю. Габермаса и К.-О. Апеля касательно возможности рационального обоснования моральных и политических норм в рамках специальных intersubjective процедур.

SUMMARY

In the article the philosophical ideas of J. Habermas and K.-O. Apel are analyzed concerning possibility of the rational explanation of moral and political norms within the framework of the special inter-subjective procedures.

*Рекомендовано кафедрою
теорії та історії держави і права*

Подано 12.01.09



*К.В. Мількова,
старший викладач
(Академія адвокатури України)*

Особливості змісту охоронних правовідносин

Ключові слова: охоронні правовідносини, зміст охоронних правовідносин.

Охоронна функція права є одним з напрямів діяльності по створенню механізму забезпечення належної реалізації права, без якого неможливе нормальне існування сучасної правової системи будь-якої держави. За своїм змістом норми права, що виконують зазначену функцію, передбачають, в деяких випадках, застосування заходів державного примусу. Саме тому реалізація таких норм привертає увагу як науки, так і практики. Незважаючи на те що сам термін “правовідношення” з’явився близько двох тисяч років тому, в Стародавньому Римі, але й сьогодні ряд питань в рамках теорії правовідношення є дискусійними. Постійна увага до проблеми правовідносин обумовлюється ще й тим, що значна частина правових приписів реалізується саме в межах правових відносин і від правильного теоретичного розуміння їх змісту, складу та інших характеристик, від чого залежить ефективність правового регулювання в усіх сферах суспільних відносин сучасної української держави. Відсутність єдиних поглядів на змістовні характеристики охоронних правовідносин призводить до значних недоліків вітчизняного законодавства.

Теорія правовідношення привертала увагу таких відомих науковців, як М.Г. Александров, С.С. Алексєєв, О.С. Юффе, І. Сабо, Р.О. Халфина, М.Д. Шаргородський та багато інших. Значення результатів їхніх досліджень для правової науки важко переоцінити. Адже більшість наукових

здобутків сучасності ґрунтуються саме на висновках проведених ними досліджень. Але деякі аспекти проблематики теорії правовідношення залишилися поза увагою або були недостатньо розроблені. Мова йде про проблематику охоронних правовідносин, зокрема їх змісту, в дискусіях щодо особливостей яких так і не досягнуто єдиних поглядів.

У дослідженні ми спробуємо запропонувати власну позицію щодо зазначеної проблематики, але в межах лише ідеальної конструкції правовідношення, тобто без урахування аспектів, що пов’язані з його фактичним змістом.

Розглядаючи юридичний зміст правовідношення виходять із того, що він знаходить свій прояв у тому, як регламентуються в нормах права суб’єктивні права та юридичні обов’язки учасників даного правовідношення та встановлений нормами права порядок здійснення цих прав і обов’язків. У юридичному змісті правовідношення відображається його своєрідний юридичний сценарій, тобто те, як дане правовідношення повинно здійснюватись на практиці.

Таким чином, для правильного розуміння юридичного змісту охоронних правовідносин слід з’ясувати його особливості, які, на нашу думку, полягають в наступному.

1. Будь-які види правовідносин, у тому числі й охоронні, виникають на підставі норм права відповідних видів. У даному випадку мова йде про їх змістовну харак-

теристику і, в аспекті охоронних правовідносин, є дві фактично протилежні позиції стосовно того, які саме норми знаходять у них свою реалізацію, тобто відповідають за ініціацію таких правовідносин.

З позиції представників першої групи вчених, праву як специфічному засобу суспільної регуляції притаманна лише єдина форма реалізації – правові відносини [1, 251–272; 6, 199; 8, 88]. На їхню думку, реалізація всіх юридичних норм неминуче проходить через стадію правовідносин.

Друга група вчених вважає, що реалізація права відбувається як шляхом реалізації юридичних прав та обов’язків у рамках правовідносин, так і шляхом здійснення прав та обов’язків поза правовідносинами [7, 52; 10, 54]. Тобто в складі механізму реалізації права одним з компонентів (форм) є певний обсяг правомірної поведінки, що являє собою саморегуляцію суб’єктами права своєї діяльності.

Якщо за аксіому прийняти першу точку зору, то за ініціацію охоронних правовідносин можуть відповідати як зобов’язуючі, так і забороняючі норми. Їхні супротивники в якості критики вказують на необхідність саме пасивної поведінки при реалізації норм заборон, які вимагають утримання від певних діянь. Тобто, на їхню думку, “норми права, які встановлюють загальні заборони вчиняти ті чи інші дії... ще не передбачають правовідносин” [2, 192].

На нашу думку, за ініціацію охоронних правовідносин відповідають як норми-зобов’язання, так і норми-заборони. Так, диспозиція останніх не передбачає активної діяльності з власної реалізації, тобто проходить поза межами правовідносин. Адже немає ніяких підстав стверджувати, що при утриманні від вчинення діянь, що забороняються, наприклад, нормами адміністративного або кримінального права, суб’єкти права стають учасниками відповідно адміністративних або кримінальних правовідносин. Але структурні елементи норми права не обмежується лише диспозицією, і, відповідно, охоронні правовідносини спрямовані на реалізацію саме санкцій таких норм. Далі, деякі норми-зобов’язання

не передбачають негативних юридичних наслідків за своє невиконання, і, оскільки таке діяння неможливо розцінити як правопорушення, охоронні правовідносини не виникають.

Таким чином, ми дійшли висновку, що за ініціацію охоронних правовідносин відповідають норми зобов’язального або заборонного характеру в частині свого структурного елементу – санкції. Крім цього, на підставі вищевикладеного, можна запропонувати ще один висновок: однією з основних цілей охоронних правовідносин є притягнення особи до юридичної відповідальності.

2. Момент початку охоронних правовідносин також залишається дискусійним. Найбільш поширеною є позиція, за якою охоронні правовідносини виникають з моменту вчинення будь-яким суб’єктом правопорушення (злочину, адміністративної чи дисциплінарної провини) [4, 25]. Інші вчені момент виникнення охоронного правовідношення пов’язують з початком здійснення відповідного процесу [5, 95–96]. Серед учених-юристів існує також думка, що охоронне правовідношення виникає з моменту набрання чинності відповідним індивідуальним актом правозастосування (наприклад, судовим вироком у кримінальній справі, рішенням компетентного органу у справі про адміністративне правопорушення тощо) [6, 76].

Якщо дотримуватись першої позиції, то охоронні правовідносини виникають навіть тоді, коли сам факт вчинення правопорушення залишається невідомим (латентним) для уповноваженого суб’єкта. Крім цього, існує ціла низка охоронних правовідносин. виникнення яких можливе лише за ініціативи потерпілої сторони. Прикладом цього можуть бути злочини передбачені тими статтями Особливої частини Кримінального кодексу України, вичерпний перелік яких наводиться в статті 27 Кримінально-процесуального кодексу України (Притягнення до кримінальної відповідальності не інакше як за скаргою потерпілого). У таких справах дізнання чи попереднє слідство взагалі не провадяться,

а право підтримання в суді обвинувачення належить самим потерпілим [3, 43]. Або ж уповноважений суб'єкт вважає недоцільним ініціювати відповідний процес (цивільні правопорушення). В останньому випадку у відповідного уповноваженого суб'єкта є право, а не обов'язок розпочати таку діяльність.

На нашу думку, доцільно розглядати це питання на основі розуміння правовідносин як специфічних суспільних відносин, які виникають на підставі норми права і зміст яких полягає, з одного боку, – в суб'єктивних правах та юридичних обов'язках його сторін, а з іншого, – в безпосередніх діях (бездіяльності) цих суб'єктів. Таким чином, з моменту вчинення правопорушення виникає лише потенційна можливість компетентного суб'єкта розпочати охоронне правовідношення і безпосереднім “народженням” останнього можна вважати лише початок фактичних дій з реалізації відповідних прав та обов'язків.

3. Серед учених немає також єдності й у вирішенні питання щодо моменту припинення правоохоронного відношення. Нерідко наголошується на тому, що фактом, з яким безпосередньо пов'язане припинення правоохоронного відношення, є момент набрання чинності індивідуальним актом правозастосування (наприклад, обвинувальним вироком суду в справі про кримінальний злочин) [9, 50].

На нашу думку, з цим твердженням важко погодитися. Хоча саме рішення відповідного юрисдикційного органу і є процесуальним документом, в якому визначається винність суб'єктів у вчиненні правопорушення, знаходить свою реалізацію санкція правової норми, що виражається у встановленні виду та міри покарання (стягнення) правопорушнику за вчинене, і, отже, конкретизується юридичний обов'язок зобов'язаного суб'єкта правоохоронного відношення, а в юрисдикційного органу з'являється реальна можливість застосування примусу за його невиконання (чи неналежне виконання), проте з фактом набрання цим рішенням чинності, як здається,

не можна пов'язувати момент припинення правоохоронного відношення.

Адже необхідна поведінка зобов'язаного суб'єкта, що в правоохоронних відносинах у більшості випадків набуває форми перетерпювання, тобто “прийняття” зобов'язаним суб'єктом здійснюваного відносно нього впливу уповноваженого суб'єкта (юрисдикційного органу), є не чим іншим, як тією складовою частиною, що разом із реально здійснюваною поведінкою уповноваженого суб'єкта і утворює фактичний зміст правоохоронного відношення.

Як здається, пов'язуючи момент закінчення правоохоронного відношення з фактом набрання чинності індивідуальним актом правозастосування, ми залишаємо за межами правоохоронного відношення один з елементів складу останнього, а саме фактичну поведінку (дію чи бездіяльність) учасників такого правовідношення.

На нашу думку, не включення до змісту правоохоронного відношення

фактичної поведінки, що здійснюється його учасниками, веде до визначення правовідношення лише як юридичної форми суспільного відношення (тобто виключно як юридичної моделі). Проте це суперечить не тільки відправним позиціям даного дослідження, але й не відображає суті такого правового явища, як правовідношення в цілому.

Перетерпювання зобов'язаним суб'єктом правоохоронного відношення, встановленого індивідуальним актом правозастосування виду і міри покарання (стягнення) за вчинене правопорушення, є невід'ємною складовою частиною правоохоронного відношення.

Виходячи із вищезазначеного, можна дійти висновку щодо існування правоохоронного відношення і після набрання чинності індивідуальним актом правозастосування. Таким чином, момент закінчення (припинення) правоохоронного відношення можна пов'язувати тільки з фактом повного виконання зобов'язаним суб'єктом покладеного на нього (юрисдикційним органом) юридичного обов'язку.

Не ставлячи за мету визначення моментів припинення правоохоронних відносин у конкретних галузях права, необхідно зазначити, що в одних випадках він може пов'язуватися, наприклад, з повним відбуттям особою встановленого судом кримінального покарання у вигляді позбавлення волі, у других – фактичною сплатою штрафу (неустойки), у третіх – звільненням працівника, що застосовується власником або уповноваженим ним органом як стягнення за порушення трудової дисципліни тощо.

4. Відносини в даному випадку повинні проходити у відповідній правовій формі. Незастосування такої форми є само по собі правопорушенням, що тягне за собою негативні правові наслідки.

5. У диспозиціях норм права, що виконують охоронну функцію права, законодавець приділяє особливу увагу створенню відповідної процедури реалізації прав і виконання обов'язків задіяних суб'єктів. У певних випадках порушення процедури тягне за собою обмеження використання певних правових інституцій або унеможливає подальший розвиток охоронних правовідносин.

6. Слід звернути увагу на певні особливості юридичної характеристики прав уповноважених суб'єктів охоронних правовідносин. Вони полягають у тому, що здійснення їх повноважень, які спрямовані

на забезпечення охорони певного правового припису (що по суті є реакцією на правопорушення), є не лише правом певного юрисдикційного суб'єкта, але і його юридичним обов'язком. Інакше кажучи, у таких випадках ці повноваження по суті виступають не просто як право, а як своєрідне право-обов'язок. Винятки складають лише випадки, пов'язані зі скоєнням цивільних або дисциплінарних правопорушень. У цьому разі уповноважені суб'єкти мають саме право, без аналогічного обов'язку.

7. Охоронні правовідносини, як правило, ініціюються органами держави, до компетенції яких входять повноваження розглядати і вирішувати по суті дану юридичну справу та, у разі необхідності, застосовувати заходи державного примусу. У зв'язку з цим стосунки між суб'єктами охоронного правовідношення мають владний характер, тобто уповноважена сторона, будучи органом держави, може вимагати від зобов'язаної сторони певної поведінки і притягати її до юридичної відповідальності. З цього правила є винятки, які пов'язані з цивільною та дисциплінарною юридичною відповідальністю.

Запропоновані особливості змісту охоронних правовідносин є основними, базовими і, на нашу думку, визначають інші, більш спеціалізовані характерні риси.

Список літератури:

1. *Алексеев С.С.* Проблемы теории права: Основные вопросы общей теории социалистического права: курс лекций в 2-х томах. Т. 1 / С.С. Алексеев; науч. ред.: Р.К. Русинов; отв. за вып.: В.М. Семенов. – Свердловск: Изд-во Свердл. юрид. ин-та, 1972. – 396 с.
2. *Александров Н.Г.* Право и законность в период развернутого строительства коммунизма / Н.Г. Александров. – М.: Госюриздат, 1961. – 271 с.
3. *Андрусів Г.В., Андрушко П.П., Беньківський В.О.* Кримінальне право України / Г.В. Андрусів, П.П. Андрушко, В.О. Беньківський [та ін.]. – К., 1997.
4. *Бажанов М.И.* Уголовное право Украины. Общая часть / М.И. Бажанов. – Днепропетровск: Пороги, 1992. – 167 с.
5. *Брайнин Я.М.* Уголовный закон и его применение / Я.М. Брайнин. – М.: Юрид. лит., 1967. – 240 с.
6. *Братко А.Г.* Правоохранительная система (вопросы теории) / А.Г. Братко; ред.: Э.А. Чиркин. – М.: Юрид. лит., 1991. – 205 с.
7. *Гревцов Ю.И.* Проблемы теории правового отношения / Ю.И. Гревцов. – Л.: Изд-во Ленингр. ун-та, 1981. – 83 с.

8. **Радько Т.Н.** О роли запретов в правовом регулировании / Т.Н. Радько // Труды Высшей следственной школы МВД СССР. – Волгоград: НИиРИО МВД СССР, 1969. – Вып. 1.

9. **Огурцов Н.А.** Правоотношения и ответственность в советском уголовном праве. Учебное пособие / Н.А. Огурцов. – Рязань: Изд-во РВШ МВД СССР, 1976. – 206 с.

10. **Халфина Р.О.** Общее учение о правоотношении / Р.О. Халфина. – М.: Юрид. лит., 1974. – 351 с.

РЕЗЮМЕ

Статья посвящена рассмотрению проблематики охранных правоотношений. Автор предлагает свое видение особенностей содержания таких правоотношений. При этом оговаривается, что анализ предмета исследования проводится в пределах теоретической конструкции правоотношения – его юридического содержания.

SUMMARY

The article examines some problems of guard legal relationships. An author offers the vision of features of maintenance of such legal relationships. At it makes a reservation, that the analysis of the article of research is conducted within the limits of theoretical construction of legal relationship – his legal maintenance.

*Рекомендовано кафедрой
теорії та історії держави і права*

Подано 05.03.09

Л.Б. Хван,
адвокат, кандидат юридических наук¹
(Узбекистан)

Адвокатура Узбекистана: QUO VADIS?

Вместо предисловия:

“В один из моих выездов в Узбекистан прокурор, сидевший со мной в процессе, рассказал мне, как его недавно послали на плановую ревизию в прокуратуру одного из горных районов.

— Ну, первую половину дня я смотрел дела у них в прокуратуре, проверял учет, статистику. А обедать райпрокурор, как водится, пригласил к себе домой. Отказаться нельзя — оскорбишь. Пришли к нему, разулись, сели, беседуем. Женщины заранее накрыли на стол, но шашлык из уважения к гостю делают при мне. Человек во дворе зарезал молодого барашка, разделал, приготовил, положил мясо на мангал, помахал флажком, с поклоном подал, ушел. Запах дивный! Я говорю: пригласить надо бы человека к столу, угостить. Нет, — говорит прокурор, — его на кухне покормят. А кто это? — спрашиваю. — А это местный адвокат”.²

... примечательный диалог, оценивать можно по-разному. Конечно, хотелось, чтобы этот трагикомический образ остался бы в истории адвокатуры Узбекистана. Только вот думается, что после 12 сентября 2008 г. эта картинка станет обыденностью нашего бытия, а возможно и профессиональной практики...

Когда в 2000–2001 годах адвокатами г.г. Ташкента и Карши с целью обеспечения ее внутренней и организационной независимости, повышения уровня ее профессиональной репутации в глазах международного адвокатского сообщества и смежных юридических профессий, выкристаллизовывания ее как института гражданского общества, инициировалась реформа адвокатуры, на нее возлагались большие и обоснованные надежды. Ради этих грядущих позитивных изменений, вопреки противодействию органов юстиции и, несмотря на пассивность большинства адвокатов (если не сказать противостояния отдельных руководителей областных территориальных отделений Ассоциации адвокатов Узбекистана), группа адвокатов принципиально продвигала идею самостоятельности адвокатуры в правовой системе, усиленно работала на нее, отстаивая ее, доказывая исследовательскими проектами и академическими работами. Ведь замечательно было сказано, что “адвокатура как а priori социально активная часть общества не может позволить себе плестись в его хвосте...”³, и на этом пути активной позиции и развития, адвокатское сообщество Узбекистана медленно, но уверенно разбивало негативный образ адвокатуры, в не-

¹ Кратко об авторе: адвокат, адвокатская фирма “Азизов и партнеры” (Узбекистан), один из активных участников группы адвокатов Ташкента по реформированию адвокатуры в 2001–2005 г.г. Член Научно-методического Совета Ассоциации адвокатов Узбекистана, автор-разработчик системы повышения квалификации адвокатов Узбекистана, основанной на принципах CPD-программы (2002–2004 г.г.). Соавтор и ответственный редактор двухтомного учебника “Адвокатская деятельность в Республике Узбекистан” (2007 г.), автор книги “Адвокат и производство по делам об административных правонарушениях” (2006 г.), других работ и статей по проблемам адвокатуры, административного и финансового права. Являлся членом Экспертной Группы проекта OSJI & ABA “Продвижение независимости правовой профессии в Центральной Азии”, член Международного научно-экспертного Совета адвокатуры. Доцент кафедры административного и финансового права Ташкентского государственного юридического института.

² См.: Ария С.Л. Мозаика. Записки адвоката. Речи. Москва: Де-юре, 2000, с. 138.

³ См.: Воробьев А.В., Еньков А.Л., Силков П.Ю., Тихонравов Ю.В. “ДЕЛО ИУКОСА” как зеркало русской адвокатуры (комплексное исследование в защиту российской адвокатуры и правосудия). М., 2008, с. 36.

малой степени навязанный исполнительной властью, прежде всего органами юстиции. Именно в эти годы адвокатское сообщество Узбекистана добилось определенных результатов, которыми по праву может гордиться адвокатура любой страны СНГ.¹

К сожалению, общий итог ее реформы стал иным – 27 мая 2008 г. и 12 сентября 2008 г. адвокатура Узбекистана в своем развитии была отброшена на 10-15 лет назад. Госаппарат организационно нейтрализовал адвокатуру², в Узбекистане теперь – Генеральный адвокат³, и уж скоро огосударствление по форме и по содержанию постепенно превратит рядового адвоката в чиновника от юстиции – в государственного адвоката-служащего.⁴

Неизвестно, сколько понадобится времени, чтобы люди, способствовавшие такому развитию событий, такому уничтожению адвокатуры⁵, осознали бы какой глубочайший удар они нанесли по сути правозащиты и правосудию в целом:

а) “если общество заинтересовано в том, чтобы в нем был правовой порядок, а не хаос произвола властей, оно должно быть заинтересовано и в том, чтобы существовала независимая от властей правозащита, критикующая власти и

убеждающая их в ограничении своей карательной активности”: наше общество, как оказалось, не было заинтересовано в таком правопорядке, это, во-первых;

б) “... единственной альтернативой правоохраны является правозащита – независимый от властей институт, следящий за тем, чтобы власти не преступали ими самими установленные императивы”: во-вторых, власть, и неудивительно, что в лице министерства юстиции, нарушив эти императивы, преступило также и нравственность. Думается, что весь спектакль с проведением учредительной конференции по созданию Палаты адвокатов Узбекистана ярко высветил “момент истины” в отношении органов юстиции к адвокатуре;

в) “... правозащита является делом тех, кто не имеет отношения к власти. ... как и во всех странах с развитой судебной системой, эту роль выполняет адвокатура...”⁶: в-третьих, отныне адвокатура станет как никогда подконтрольной и угодной власти. Да, адвокатура Узбекистана была заражена вирусом стряпничества, процент безликой и безразличной массы среди адвокатов

¹ См. о них в книгах: Адвокатура Узбекистана: содействие в реформировании. – Ташкент: ИД “Мир экономики и права”, 2002; Современное состояние адвокатуры в странах Центральной Азии: проблемы и перспективы. – Ташкент: Консудитинформ, 2003; Страны Центральной Азии и Россия: проблемы имплементации международных норм в законодательство об адвокатуре. Материалы международной конференции Фонда им. Конрада Аденауэра при партнерстве проекта “Центр повышения квалификации адвокатов”, 30–31 марта 2004 г. – Ташкент, 2004; Корпоративная адвокатура: курс лекций для учебной сессии. – Ташкент, Консудитинформ, 2004; Каталог “Реестр адвокатов гор. Ташкента”. – Ташкент: Консудитинформ, 2004. – 416 с.; Адвокатская деятельность в Республике Узбекистан: учебник в 2-х томах. – Ташкент: Консудитинформ, 2007.

² В Интернете мы нашли более чем подходящие слова происходящему. См., например: Плевако мы хотели на Кони... // Источник: <http://www.uzmetronom.com/2008/09/12/>.

³ Этот образ был впервые введен в научный оборот в книге “ДЕЛО ЙУКОСА” как зеркало русской адвокатуры”, с. 798. Ее авторы пишут: “... он превращается в тень “генерального адвоката” – полное соответствие генерального прокурора или иного руководящего чиновника. Закономерно, таким образом, что на данную роль, на пост “генерального адвоката” и будет претендовать какой-нибудь важный отставной чиновник”. В Узбекистане эту роль сыграл адвокат...

⁴ Такие тенденции отмечены проф. Пашиным С.А. в экспертном заключении по Указу Президента Республики Узбекистан от 1 мая 2008 г. “О мерах по дальнейшему реформированию института адвокатуры в Республике Узбекистан» и постановлению Кабинета Министров Республики Узбекистан от 27 мая 2008 г. “Об организации деятельности Палаты адвокатов Республики Узбекистан” // “Реформа системы уголовного правосудия в странах Центральной Азии: реальность вне деклараций и обещаний”. Материалы встречи LPRC. Варшава, 29 сентября 2008 г., с. 94.

⁵ Среди них чиновники от исполнительной власти, депутаты, представители демократических институтов и академической науки, конечно же “государственно-мыслящие” адвокаты. См.: Волосевич А. Узбекистан: адвокатской вольнице приходит конец. Источник: <http://www.ferghana.ru/article.php?id=5875&PHPCODE=5a674d69be4ba0f8a73365be33763234>.

⁶ См.: Воробьев А.В., Поляков А.В., Тихонравов Ю.В. Теория адвокатуры. М.: Изд-во “Грантъ”, 2002, с. 24, 31.

часто подавлял инициативу, но теперь она как общественный институт окончательно низвержена.

Адвокатское сообщество Узбекистана в абсурднейшем положении, в правовом тупике. Есть ли выход? Он, конечно, же, есть, но он достаточно болезненный, и к тому же требующий очень длительного периода времени. К тому же решение во многом зависит от Министерства юстиции РУз, которое должно найти силы признать нелегитимность учредительной конференции и регистрации Палаты адвокатов Республики Узбекистан.

Данная статья – постфактум-мнение автора о ситуации. У адвоката, как верно замечено, нет иных средств и орудий, кроме как устного или письменного слова¹, но если на практике слово обращено к противной стороне, то в данном случае хотелось бы в первую очередь быть услышанным прогрессивно мыслящими студентами юридических вузов, молодыми адвокатами, которым возможно через десятилетия удастся переломить бюрократическую систему и достойно завершить начатую в 2000 году реформу, добившись наконец-то независимости адвокатуры и ее уважения в обществе.

В Узбекистане давно ведется реформирование судебно-правовой системы, осуществляется административная реформа. Адвокатура, являющаяся составной частью правосудия не могла быть в стороне от процессов ее либерализации. Имевшие место с 2000 года многочисленные мероприятия по реформированию адвокатуры были в основном инициированы Ассоциацией адвокатов Узбекистана либо Ташкентским городским территориальным отделением, иногда

это были идеи и предложения отдельных адвокатских формирований. Адвокатское сообщество Узбекистана накопило ценный критический и конструктивный материал по совершенствованию отраслевого законодательства, в том числе законодательства об адвокатуре. Требовались лишь кардинальные нормативные решения, которые бы подвинули и повлияли бы на системные изменения института адвокатуры. Одним из таких решений стал Указ Президента Республики Узбекистан “О мерах по дальнейшему реформированию института адвокатуры в Республике Узбекистан” от 1 мая 2008 г.

Указ Президента РУз имел очень весомый и позитивный общественный резонанс, получил широкую международную поддержку и оживление среди адвокатского сообщества стран СНГ.² В этой связи, нельзя было допустить, чтобы такой положительный эффект был бы нивелирован непроработанностью или ошибками отдельных исполнительных действий структур, сопричастных к его реализации. Это решение Президента РУз имело серьезное правовое значение для судебно-правовой реформы и являлось важным аспектом либерализации политической и экономической системы страны. В Указе очень четко были расставлены акценты по приоритетным направлениям совершенствования адвокатуры:

- 1) организационная независимость,**
- 2) профессиональная компетентность,**
- 3) самоуправляемость как института гражданского общества,**
- 4) констатация неотъемлемости адвокатуры в системе правосудия и в эффективной защите прав и свобод человека.**

¹ Указ.раб., с. 47.

² См., например: *Середньоазійський орієнтир для побудови адвокатури західноєвропейського типу. Історик:* <http://www.sau.org.ua/ua/1/0/5/index.html>. Публікується в нинішній книжці. Резюме цієї оцінки не потрібно перекладати: “Сподіваємося, що запропоновані в Узбекистані шляхи реформування адвокатури, зможуть стати певним орієнтиром при створенні європейської моделі адвокатури в Україні”. Також: *Вестник Федеральной палаты адвокатов Российской Федерации*, 2008, № 3, С. 146-149. См. также: Пашин С.А. Указ.раб., с. 93-98; Канафин Д.К. *Экспертное заключение по Указу Президента Республики Узбекистан от 1 мая 2008 г. “О мерах по дальнейшему реформированию института адвокатуры в Республике Узбекистан” и постановлению Кабинета Министров Республики Узбекистан от 27 мая 2008 г. “Об организации деятельности Палаты адвокатов Республики Узбекистан”*. Там же, с. 98-106.

Одновременно, в этом документе была отмечена необходимость правительственных мер по надлежащей поддержке реализации намеченных целей и задач. Государственная поддержка должна была выразиться не только мерах по внесению изменений и дополнений в законодательство, но и в организационно-финансовых мерах, которые в целом усиливают гарантии адвокатской деятельности.

В частности:

1. Президент в преамбуле указа недвусмысленно отметил, что все последующие действия и решения исполнительных властей во исполнение указа должны быть основаны на принципах конституционализма, выраженных в частности, **1) праве граждан на профессиональную юридическую помощь на любой стадии судопроизводства и 2) обеспечения организационной самостоятельности адвокатуры, как института гражданского общества.**

Эти два ключевых положения указа являются самыми важными и долгожданными. Именно об этом часто и эмоционально говорило адвокатское сообщество на всех своих мероприятиях, именно эти аспекты были во главе практически всех предложений адвокатов: от выступлений на международных конференциях до академических публикаций.

Те тезисы, которые далее упомянуты в преамбуле Указа Президента РУз, как раз либо вытекают, либо предопределяют эффективную реализацию принципа организационной независимости адвокатуры и права на профессиональную юридическую помощь. Например, высококвалифицированность и компетентность специалиста с одной стороны исключает смысловую необходимость какого-либо организационного контроля

со стороны органа юстиции, а с другой стороны наличие таких специалистов было всегда самым ценным в адвокатуре и определяло ее авторитет и престиж.¹

Более того, именно в Указе Президента РУз было отмечено, что отныне важнейшей задачей деятельности Палаты адвокатов Республики Узбекистан становится не только повышение ее авторитета, но и принятие мер по защите адвокатов от преследований, ограничений и посягательств в связи с их профессиональной деятельностью, **организация профессиональной подготовки и повышения квалификации адвокатов; осуществление контроля за соблюдением адвокатами законодательства и правил профессиональной этики.** Последнее является прерогативой органов юстиции², что в корне ошибочно, а указом эти функциональные полномочия передаются Палате адвокатов Республики Узбекистан.

Обратим внимание, что в пункте 1 указа не просто констатировано, что **“дальнейшее реформирование института адвокатуры важнейшая задача реформ судебно-правовой системы”**, но и подчеркнута суть института адвокатуры и направленность ее реформирования – **институт гражданского общества.** Таким образом, этот институт гражданского общества получил более высокий статус доверия и соответственно вышел на новый уровень ответственности перед обществом.

2. В указе Президента РУз дважды, как **направление реформирования института адвокатуры и как задача Палаты адвокатов Республики Узбекистан**, отмечена необходимость организации профессиональной подготовки и повышения квалификации адвокатов. Т.е. именно на адвокатуре должны лежать серьезные, очень сложные обязательства и моральный

¹ Правда автор, также убежден и в том, что высококвалифицированный специалист может также иметься юрисконсульт, а адвоката, прежде всего, формирует не объем его познаний в законодательстве или большой опыт участия в судебных процессах, а два человеческих качества – принципиальность и эмоциональность, позволяющие сопереживать судьбе доверителя и отстаивать интерес, часто конфликтный с государственным. Эти два качества не даются в юридическом вузе, а воспитываются в семье.

² См. например приложение № 2 к постановлению Кабинета Министров РУз от 27.08.2003 г. № 370: “осуществляет контроль за соблюдением законодательства, регулирующего адвокатскую деятельность, правил адвокатской этики, а также за профессиональной подготовкой адвокатов” (подпункт “б” пункта 5 положения о Министерстве юстиции Республики Узбекистан).

долг по реализации данной задачи, но это логически продуманное и правомерное положение указа, т.к. эта задача прямо укладывается в цели преамбулы указа – обеспечение организационной самостоятельности адвокатуры, укомплектование ее высококвалифицированными кадрами.

Эти два ключевых положения указа подчеркивают, что организационная независимость это тяжелое бремя ответственности за внутрикорпоративное единство, дисциплину, борьбы за репутацию и компетентность, что, собственно говоря, и позволяет заслуженно стать достойной неотъемлемой частью правосудия. Адвокатура не ставила организационную независимость своей самоцелью, но адвокатское сообщество добивалось ее вкпе с иными сдержками и гарантиями своего статуса именно ради самостоятельности позиций в судебной системе, необходимости быть гарантами правовой помощи в любых правовых конфликтах, в т.ч. с участием государственных органов власти и управления.¹ Ассоциация адвокатов Узбекистана давно разработала научно-системный подход в вопросах повышения квалификации. Концепция адвокатского сообщества в данном вопросе предполагает, что организация профессиональной подготовки и повышения квалификации адвокатов это прерогатива общественной профессиональной организации адвокатов, и она должна быть основана на признанных международных традициях методики непрерывного повышения квалификации (CPD-программа или Программа Непрерывного Профессионального Развития), когда адвокат обязан участвовать в системе непрерывного повышения своей квалификации, располагая свободой выбора форм, учреждений, содержания учебных программ (с учетом специализации и интересов) и условий повышения

квалификации, и даже тренеров (лекторов, преподавателей)² Адвокату следует предоставить возможность выбрать то или иное обучающее мероприятие, которое поможет ему существенно и в интересной форме разобраться в проблемах адвокатской практики или новеллах законодательства. Если такого выбора нет, то нет и морального права у руководства Палаты адвокатов Узбекистана требовать от адвоката повышать свою квалификацию.

Концепция адвокатского сообщества Узбекистана исходит, что постоянное профессиональное развитие является для адвоката его внутренним профессиональным и моральным долгом. При этом мы против такой упрощенной схемы, как “не реже одного раза в пять лет осуществлять повышение квалификации”. Концепция адвокатского сообщества позволяет удачно сочетать необходимость повышения квалификации с его личными взглядами, установками в отношении широчайшего выбора форм и методов профессионального самосовершенствования, юридического образования. Сам адвокат сможет выбрать полюбившиеся ему тематики, отраслевые проблемы из широкого круга проводимых образовательных, учебных, практических мероприятий, заняться ими и, что немаловажно, при этом найти подходящее время в напряженном расписании адвокатской практики. И чем более развернута CPD-программа, тем больше выбор таких возможностей. Нельзя не забывать, что охватить ныне адвокатов очным образовательным процессом, на учебных сессиях практически невозможно. Именно с учетом данного обстоятельства разрабатываются так называемые CPD-программы, позволяющие учесть занятость юристов, их различную специализацию и многие другие факторы.

¹ Об этом более чем убедительно см. в кн.: Теория адвокатуры. М.: Изд-во “Грантъ”, 2002.

² Вызывает удивление и сожаление, что в проект закона Республики Узбекистан “О внесении изменений и дополнений в некоторые законодательные акты Республики Узбекистан в связи с дальнейшим совершенствованием института адвокатуры” внесли дополнение – “адвокат обязан постоянно совершенствовать свои знания, не реже одного раза в пять лет осуществлять повышение своей профессиональной квалификации...”. Этот механизм противоречит принципам CPD-программы, которую в свое время рассматривало и утвердило Правление Ассоциации адвокатов Узбекистана.

Идея с CPD-программой представляет собой серьезную основу для признания адвокатуры в качестве самостоятельного института, а значит укрепления ее институциональной независимости. Ее и отстаивает адвокатское сообщество Узбекистана. Лишь предстояло усилить ее требования и обеспечить постоянство реализации данной методики силами и средствами Палаты адвокатов Республики Узбекистан. Конечно, это важно сделать в рамках законодательных изменений и дополнений, включая полноценную передачу полномочий по приему квалификационных экзаменов в Палату адвокатов РУз и закреплению за ней права представления в органы юстиции, на основе которого и будут выдаваться удостоверение адвоката, лицензия (этот документ и сейчас бессмысленен, но надеемся и он уйдет в прошлое). Вся эта и иная формализация статуса адвоката пока остается за органами юстиции, однако организационное решение быть адвокатом или не быть человеку адвокатом должно оставаться только за Палатой адвокатов Республики Узбекистан. Теперь важно лишь закрепить в законодательстве РУз за Палатой адвокатов РУз право создавать дисциплинарные комиссии и формировать его состав преимущественно из адвокатов.

В известной работе по истории адвокатуры отмечалось, что “правительственная дисциплина не лечит адвокатуру”, “она, т.е. внутренняя порча, лишь увеличивается одновременно с регламентацией и зависимостью от чиновников”. Еще в XIX веке заметили, что главный корень зла заключался в том, что “убита была законная доля независимости в адвокатуре”. И далее А. Стоянов писал, что мысль о противоречивости неограниченной власти чиновников над адвокатами наводила на другой тезис: внутренняя дисциплина независимого общества – лучшее средство против злоупотреблений. “Не единоличная власть судьи, не бюрократический произ-

вол, а самоисправление через самоуправление способно поднять нравственное и общественное значение адвокатуры”.¹

Т.о. “жесткость внутрикорпоративных требований» сейчас станет не только условием будущего самостоятельного развития адвокатуры, но и исключит любые кривотолки о несамостоятельности или о неумении этой юридически просвещенной части гражданского общества управлять собственной корпорацией.

В пункте 4 указа установлено, что Палата адвокатов Республики Узбекистан образует **единую систему самоуправления адвокатуры**: отныне только эта структура будет иметь право контролировать адвокатуру, влиять на процессы ее развития, а государство будет лишь определять в законе требования к адвокату или адвокатскому формированию. Таким образом, **от прямого государственного управления адвокатурой мы переходим к регулированию деятельности адвокатуры**, когда устанавливаются **законодательные рамки требований**, а гражданское общество в лице Палаты адвокатов Узбекистана контролирует своих членов в соблюдении этих требований. В этой связи правомерно усиление формальных требований, предъявляемых к квалификации кандидатов в адвокаты, в частности, наличие стажа работы по юридической специальности и прохождение стажировки в адвокатских формированиях.

3. Указ Президента РУз впервые отметил важность четкого определения **правового статуса адвокатских формирований**. Безусловно, это станет ответом и правовой основой для решения наболевших вопросов в квалификации отдельных финансовых операций, осуществляемых адвокатскими формированиями в связи с оказанием юридической помощи, или искаженного применения правовых последствий, вытекающих из статуса хозяйствующих субъектов или субъектов предпринимательства, которое часто надуманно применяют к адвокатским

¹ См.: Стоянов А. *История адвокатуры*. Харьков, Университетская типография, 1869, с. 130.

формированиям. Увы, не всегда четкие решения отдельных чиновников, недопонимающих правовую природу адвокатских формирований, влекут за собой правовые конфликты и вызывают лишнюю напряженность.

Полагаем, что работа над проектом Гражданского кодекса РУз и проектом закона Республики Узбекистан о внесении изменений и дополнений в некоторые законодательные акты Республики Узбекистан в связи с дальнейшим совершенствованием института адвокатуры позволит определить место адвокатских формирований среди иных негосударственных некоммерческих организаций и одновременно снимет все спорные вопросы, обусловленные искаженным взглядом на их статус.¹

4. В указе Президента РУз определено еще важное направление - совершенствование механизма контроля за соблюдением адвокатами правил профессиональной этики и системы дисциплинарного производства в отношении адвокатов. В этом вопросе Палате адвокатов РУз следует пересмотреть свои Правила профессионального этики адвокатов и разработать новую редакцию в виде Кодекса профессиональной этики адвоката, имея ввиду уточнение и детализированность требований, механизм контроля за соблюдением этих требований на принципах транспарентности и профессиональной ответственности.² До настоящего времени, этот ключевой локальный документ не стал предметом тщательного обсуждения в адвокатском сообществе, он не был опубликован даже в проекте. Соответственно говорить о его правовой отработанности не приходится. Следует с глубоким сожалением отметить, что в адвокатской среде Узбекистана роль и значение Правил профессионального этики адвокатов очень недооценены.

Действующая дисциплинарная практика в РУз – дисциплинарная ответственность адвоката наступает за нарушение требований Закона “Об адвокатуре” и иных актов законодательства, регулирующих деятельность адвокатуры (ст. 15 действующего закона). Правительственный проект закона предполагает, что меры дисциплинарной ответственности будут применяться к адвокату за нарушение им требований законодательства об адвокатуре, Правил профессиональной этики и присяги. При этом дисциплинарное производство возбуждается соответствующим территориальным органом юстиции, выдавшим адвокату удостоверение, а поводами к возбуждению дисциплинарного производства являются – выявление нарушения законодательства об адвокатуре, Правил профессиональной этики и присяги адвоката.

Концепция адвокатского сообщества предполагает, что полномочия по применению дисциплинарных взысканий должны быть возложены на создаваемые дисциплинарные комиссии Палаты адвокатов РУз. Большинство голосов в этих комиссиях должны принадлежать адвокатам. При этом территориальный орган юстиции не вправе применять меры дисциплинарной ответственности за нарушения Правил профессиональной этики адвоката. Это прерогатива дисциплинарных комиссий Палаты адвокатов Узбекистана.

5. Ассоциация адвокатов Узбекистана предложила одним из принципов деятельности Палаты адвокатов Республики Узбекистан **принцип обязательного членства всех адвокатов Республики Узбекистан**.³

Это в целом правильное решение, однако за ним стоят очень сложные содержательные проблемы.

Во-первых, принцип обязательного членства подразумевает не облегчение сбо-

¹ После 12 сентября 2008 г. сложно говорить о конструктивном и реальном участии адвокатского сообщества в законопроектной работе.

² Это важно еще и потому, что органы юстиции не могут контролировать эти вопросы и только Палата адвокатов РУз станет по ним уполномоченным органом.

³ См., например: *Адвокатура Узбекистана: содействие в реформировании*, 2002, с. 177.

ра вступительного и членских взносов, а **разработку организационного механизма по защите адвокатов от преследований, ограничений и посягательств в связи с их профессиональной деятельностью.** Речь идет о тщательно проработанном механизме: от внесения соответствующих дополнений в законодательство об адвокатуре до решения вопросов информационного обеспечения защиты прав адвоката, включая создание специальной и мобильной группы адвокатов, оказывающей от имени Палаты адвокатов полную поддержку коллеге, попавшему в трудную ситуацию. Такого механизма в Узбекистане до сих пор не было и адвокат был оставлен на произвол собственной профессиональной судьбы.¹ Если адвокат будет фактически и эффективно защищаться Палатой адвокатов, то членство в Палате станет обязательным не в силу организационного решения, а в силу внутренней уверенности адвоката в поддержке своих коллег при обстоятельствах правового конфликта, от которых никто из нас не застрахован!!! Надо дать понять рядовому адвокату, что именно так руководством Палаты адвокатов будет реализован принцип обязательного членства. Только в этом случае ни один из адвокатов не станет корить данный принцип, стереотипно рассматривая его как некую автоматизацию получения взносов.²

Во-вторых, принцип обязательного членства влечет за собой многочисленные обязанности руководства Палаты адвокатов по координации действий своих членов, оказания им методической помощи в двух

важных вопросах – единая практика применения Кодекса профессиональной этики адвоката и непрерывное повышение квалификации адвокатом.

Это может повлечь увеличение рабочего (исполнительного) аппарата Палаты адвокатов. Надо лишь эффективно, публично и прозрачно распорядиться не только членскими взносами, но и кадровыми ресурсами, а также иначе, чем сейчас в Ассоциации адвокатов применять пропорции представительности, как в разрезе территорий, так и в разрезе видов адвокатских формирований.

Кстати, принцип обязательного членства повлияет на существенный статистический разрыв между количеством практикующих адвокатов и лицами, лишь имеющими лицензию на право осуществлять адвокатскую практику³. Поэтому данный принцип должен распространяться на всех адвокатов, реально работающих в адвокатских формированиях, а остальным лицам, имеющим лицензии, следует дать переходный период для вступления в адвокатское формирование.

Таким образом, данный принцип налагает очень большую ответственность высших органов Палаты адвокатов Узбекистана перед своими членами: почивать на лаврах и взносах руководству не придется.⁴

6. В указе Президента РУз определено и такое важнейшее общественное направление деятельности Палаты адвокатов Республики Узбекистан, как правовая пропаганда, повышение правовых знаний и правовой культуры населения.

¹ Особенно ярко это проявилось в деле адвоката Рузиева П. // Источник: <http://advokatrus.ru/doc/976>.

² Обращает внимание то обстоятельство, что назначенное руководство Палаты адвокатов Узбекистана не попыталось даже публично изложить свою позицию по проведению такой учредительной конференции либо свою программу действий по защите прав рядовых адвокатов в рамках деятельности Палаты адвокатов Узбекистана, первым делом стало решать вопросы именно увеличения размера членских взносов!

³ В этой связи следует заметить, что новое положение, касающееся отзыва лицензии в случае невыполнения без уважительных причин в течение трех месяцев адвокатом своих профессиональных обязанностей (на основании решения квалификационной комиссии) является неудачным (установлено в статье 16 проекта закона РУз о внесении изменений и дополнений в некоторые законодательные акты Республики Узбекистан в связи с дальнейшим совершенствованием института адвокатуры).

⁴ От автора: уже после написания статьи и сдачи ее в редакцию, автор узнал о бюджете, который под себя сверстали Генеральный адвокат и его заместители: они будут почивать на коврах, холодильниках и автомобилях... В такой ситуации "обязательное членство" становится лакомым кусочком для руководства новой общественной структуры с точки зрения непрерывности потоков членских взносов...

В этой связи, полагаем, что среди ряда мер по обеспечению исполнения этой задачи в рамках внесения изменений и дополнений в законы об адвокатуре важно расширить понимание термина “правовая помощь”. Предлагаем, в частности, указать среди видов адвокатской деятельности следующее: “подготовка, издание и распространение юридической литературы” (точнее юридических учебников, комментариев к законам, практических сборников для населения и т.д.). Надо учитывать, что адвокатура работает не только с конкретным доверителем, но и может влиять через публикации на сознание наших граждан, предпринимателей. Книга часто может служить единственным источником помощи и правовой поддержки. Для адвокатуры это вовсе не предпринимательская деятельность, а внутренняя составная часть их профессионального бытия. Надеемся, что исполнительная власть будет дальновидной: налоговые поступления от издания и распространения адвокатскими формированиями правовой консультативной литературы минимальны, а эффекта государство и общество получит значительно больше.

Увы, после выхода в свет постановления Кабинета Министров Республики Узбекистан от 27 мая 2008 г. № 112, эти положения Указа Президента РУз потеряли правовое значение. Кабинету Министров Республики Узбекистан действительно было поручено принять не только постановление о мерах по выполнению Указа и решению организационных вопросов образования Палаты адвокатов Республики Узбекистан, но и также в двухмесячный срок внести в Законодательную палату Олий Мажлиса Республики Узбекистан проект закона, предусматривающий внесение необходимых изменений и дополнений в законы Республики Узбекистан “Об адвокатуре” и “О гарантиях адвокатской деятельности и социальной защите адвокатов”.

Именно решение второй задачи, связанной с разработкой проекта закона о внесении соответствующих дополнений, предопределяет все иные задачи реализа-

ции положений Указа Президента и сроки по их исполнению.

Только законодательный акт может установить статус новой общественной организации, ее структуру, полномочия, принципы выборности руководства, обязательного членства и многие другие вопросы, традиционно связанные с деятельностью негосударственной организации.

Соответственно только после принятия Олий Мажлисом Республики Узбекистан данных законодательных изменений правомерно будет говорить о легальном статусе Палаты адвокатов Республики Узбекистан и исполнять логически вытекающие из закона требования по структуре Палаты, полномочиям, механизму выборов руководящих органов и т.д.

Таким образом, проведение учредительной конференции по созданию Палаты адвокатов Узбекистана не могло предшествовать принятию такого законодательного акта. **Отсутствие же законодательной основы позволяет говорить о несоблюдении правовых процедур и поставило под сомнение легитимность становления Палаты адвокатов Узбекистана.** Весь демократический процесс создания авторитетной структуры был сорван и оказался в центре совершенно ненужного конфликта.

Как выше указывалось в указе Президента РУз предусматривалось создать не просто негосударственную некоммерческую организацию, а наиболее авторитетную структуру в системе институтов гражданского общества. И сама Палата адвокатов и ее территориальные подразделения образуют **единую систему самоуправления** адвокатуры. При этом отмечалась важность принципа невмешательства в деятельность адвокатов. Но формулировки постановления правительства могут серьезно и негативно сказаться на репутации адвокатского сообщества РУз, как самостоятельного института гражданского общества, т.к. в пункте 1 уже решен вопрос о назначении ее Председателя, равно как и руководителей теорриториальных подразделений. Более того, решение о назначении будет прини-

маються Міністерством юстиції: представлення возложено на державний орган, а не на адвокатське сообщество.

Такі намерення малосовместимы с положеннями указу Президента РУз о создании системы **самоуправления** адвокатуры в качестве одного из **основных институтов гражданского общества**, а также обеспечения **организационной самостоятельности адвокатуры**.

12 сентября 2008 года в Ташкенте состоялась учредительная конференция по созданию Палаты адвокатов Республики Узбекистан с введением обязательного членства на базе Ассоциации адвокатов Узбекистана. Постановление о проведении учредительной конференции было принято правительством РУз за № 112 от 27 мая 2008 г.

Юридическая подоплека прошедшей учредительной конференции адвокатов по созданию Палаты адвокатов Республики Узбекистана заключается в следующем:

1) конференция не была правомочна принимать какие-либо организационные и иные решения, вытекающие из статуса Палаты адвокатов РУз как качественно новой формы негосударственной некоммерческой организации. Данная Конференция не могла иметь статуса учредительной, а могла лишь обсудить концепцию реформирования адвокатуры, основанной на положениях Указа Президента РУз или иные вопросы;

2) организаторы конференции в лице Министерства юстиции РУз и Правление Ассоциации адвокатов Узбекистана допустили нарушения ряда правовых положений, которые определяют нелегитимность конференции:

во-первых, юридическое лицо, являющееся некоммерческой организацией, может создаваться в форме общественного объединения, общественного фонда, финансируемого собственником учреждения, а также в иной форме, предусмотренной законодательными актами (ст. 40 Гражданского кодекса РУз). Однако, в настоящее время ни один из законов Узбекистана не регулирует особенности статуса ННО, предусматривающей обязательное член-

ство. Поэтому предварительно важно было внести изменения и дополнения в Гражданский кодекс РУз, законы РУз “Об адвокатуре”, “О негосударственных некоммерческих организациях”, а затем на законодательной основе осуществлять иные мероприятия по реализации Указа Президента РУз. Пока же, согласно закону РУз “О негосударственных некоммерческих организациях” негосударственная некоммерческая организация это самоуправляемая организация, созданная на добровольной основе физическими лицами (ст. 2 закона);

во-вторых, согласно части второй статьи 5 указанного закона **“негосударственные некоммерческие организации независимы в своей деятельности от органов государственной власти и управления, им не подотчетны и не подконтрольны, кроме случаев, предусмотренных законодательными актами”**.

Как же оценивать эту законодательную гарантию свободы деятельности, если правительство самостоятельно решает вопросы:

- по организационной структуре Палаты адвокатов Республики Узбекистан;
- по форме и механизму выборов председателя Палаты адвокатов Республики Узбекистан и его заместителей, включая руководителей территориальных управлений Палаты адвокатов Республики Узбекистан (пункт 1 постановления № 112).

Президент Республики Узбекистан в своем Указе № 3993 дал распоряжение Кабинету Министров Республики Узбекистан принять постановление о мерах по выполнению Указа и решению организационных вопросов образования Палаты адвокатов Республики Узбекистан, однако правительственные положения вышли за рамки данного поручения и квалифицируются как прямое вмешательство в деятельность негосударственной некоммерческой организации, что запрещено законом “О гарантиях деятельности негосударственных некоммерческих организаций” от 03.01.2007 г.

Проведение нелегитимной учредительной конференции для юриста нонсенс, а участие в ней адвоката еще и глубоко аморальный поступок, как, например, участие адвоката в противозаконных операциях доверителя. Увы, здесь наша позиция расходится с позицией правления Ташкентского городского отделения Ассоциации адвокатов Узбекистана, которое не только необдуманно организовало проведение городской конференции по выборам делегатов на эту незаконную учредительную конференцию, но и содействовала участию делегатов в ней. Таким образом, избрание делегатов от Ташкента стало акцептом неправомочного решения о проведении учредительной конференции, а выступления и голосование ташкентских делегатов на ней подтвердило “формальное и широкое представительство” адвокатов Узбекистана в процессе принятия организационных решений.¹ При этом уже не имеет значение “о чём” говорили ташкентские делегаты – законна или незаконна конференция, “и как” они голосовали – “за” или “против” – учредительная конференция состоялась, а протоколы не имеют свойства передавать эмоции и чувства ташкентских делегатов.² Для представителей министерства юстиции Республики Узбекистан даже очень важно, чтобы протоколы конференции отразили наличие высказанных разных точек зрения, что позволит демократической общественности презентовать якобы демократический процесс ее проведения, вуая... Не думаю, что активность и речи делегатов от Ташкента попадут в протоколы, также как и действительные результаты голосования: соответственно – “имеем то, что имеем”.

Адвокаты-делегаты от г. Ташкента могли бы игнорировать эту учредительную

конференцию, проведя альтернативную конференцию, подготовив собственный пакет документов (нормативных и локальных актов) в целях последовательной и законной реализации Указа Президента РУз.³ Такой ход имел бы совершенно иным бы с точки зрения легитимности конференции и соответственно созданной Палаты адвокатов РУз.

Правлению Ташкентского городского отделения Ассоциации адвокатов Узбекистана не следовало идти на поводу аппаратной интриги, пытаясь на конференции убедить своих коллег или оппонентов в нелегитимности мероприятия. Министерство юстиции РУз при любом варианте развития событий имело намерения выбрать подконтрольное руководство по собственной схеме (им вообще глубоко безразлично мнение адвоката, вспомним обыгранное журналистом – “Плевако мы хотели на Кони”). В такой ситуации никто не смог бы изменить ход программируемых минюстом событий, что, собственно говоря, мы и увидели. Оставалось только работать над собственными проектами материалов, получать научные заключения от экспертов и публиковать их, распространяя среди коллег в Узбекистане и за рубежом информацию о реальных событиях. Силе и хамству нельзя противопоставить аналогичное: у адвокатского сообщества есть лишь право на убежденность своего слова и веру в правовое решение конфликта.

Так почему же органы юстиции так активно вмешиваются в деятельность Ассоциации адвокатов Узбекистана, нарушая международно-признанные принципы независимости профессии адвоката и самоуправления адвокатского сообщества. Ответ на вопрос очень легко можно найти в

¹ К сожалению, vox ordi превратился в vox clamantis in deserto....

² Интересны такие параллели: когда речь зашла о “шурном” интересе, т.е. размерах вступительного и членского взносов, то по выражению журналиста “... даже областные делегаты, которые до этого лишь хлопали ... мгновенно смекнули, что речь идет о деньгах, которые им придется выкладывать из собственного кармана”. Соответственно делегаты пришли к решению о снижении размеров взносов. При этом делегаты с высшим юридическим образованием даже не осознали, что нелегитимная конференция не может влечь легитимных правовых решений, включая установление размеров взносов для членов ННО // Источник: <http://www.ferghana.ru/article.php?id=5875&HPSESSID=5ab74d69be4ba0f8a73365be33763234>.

³ См. например: <http://www.lawyer.uz/res/220808.doc?resourceId=10934>. В целом наша правовая оценка правильности решения, действий Министерства юстиции по проведению учредительной конференции совпадает с оценкой Ташкентского городского отделения Ассоциации адвокатов Узбекистана.

формулировках правительственного варианта проекта закона Республики Узбекистан о внесении изменений и дополнений в законодательство Республики Узбекистан об адвокатуре. Например, в статье 17 действующего закона “Об адвокатуре”, регулирующей взаимоотношения адвокатуры и Министерства юстиции РУз, установлено, что одной из задач Министерства юстиции Республики Узбекистан является **принятие мер к защите адвокатов от преследований, необоснованных ограничений и посягательств в связи с их профессиональной деятельностью**.

В проекте же закона эта задача уже исключена из статьи 17, но при этом новым пунктом в эту статью введено полномочие Министерства юстиции Республики Узбекистан **по осуществлению контроля за соблюдением адвокатами лицензионных требований и условий, а также адвокатскими формированиями учредительных документов, уставной деятельности, порядка перерегистрации и ликвидации**.

Вот истинное и более чем рельефное отношение Министерства юстиции РУз к адвокатуре, вот здесь прослеживаются намерения и цели всех действий и подоплека происшедших событий.

Позволю себе отметить, что моральные итоги данной конференции губительны для адвокатуры, дело даже не в том, что не были соблюдены требования законов, адвокаты к этому уже привычны. Главное было в ином – у руководства Ассоциации адвокатов Узбекистана было два варианта поведения:

1) борясь за соблюдение принципов законности и корпоративную независимость и достоинство, доказывая силу закона, оно должно было показать рядовым адвокатам свою профессиональную состоятельность и далее – либо быть избранным в состав руководящих органов новой общественной структуры, либо не сумев доказать правоту – уйти в отставку;

2) второй вариант был более прост – согласиться с минюстом.

Был выбран второй вариант, и он принес неожиданный результат, – был назна-

чен адвокат, который устраивает органы юстиции, а иные делегаты и члены правления Ассоциации адвокатов Узбекистана проявили беспринципность и совершенную подавленность перед органами юстиции.

И если в такой ситуации наше руководство не может противостоять давлению, то как оно сможет нас реально защитить в иных непростых ситуациях. Уже сейчас можно утверждать, что “принятие мер по защите адвокатов от преследований, ограничений и посягательств в связи с их профессиональной деятельностью” является декларативной нормой. Адвокат часто в центре конфликтных индивидуальных интересов отдельных лиц, групп и корпораций. Адвокат часто оспаривает притязания бюджета, борется с действиями должностных лиц аппарата управления, он постоянно на стыке столкновений с органами публичного обвинения. Естественно, что в таких условиях его защита значительно облегчается, когда адвокат имеет за собой многочисленное, сильное и независимое общество из своих коллег.

Если говорить о будущем такой нелегитимной общественной структуры, то думаю, что адвокатура в ней потеряет истинное значение для системы юстиции и гражданского общества. Незаконность и аморальность проведенной учредительной конференции безусловно повлияет на репутацию адвокатского сообщества Узбекистана среди профессиональных адвокатских сообществ стран СНГ и Европы. Бессилие адвокатов в борьбе за собственные интересы в свою очередь предопределяет их бессилие в борьбе за интересы доверителей-клиентов... Позволю сказать иначе – адвокат скоро превратиться в обычного юрисконсульта, в принципе и это неплохо. Конечно, будут продолжаться судебные и административные процессы, проводится научные конференции, где одним из участников будет формально “юрист с лицензией адвоката”, но внутреннее содержание адвокатуры однозначно исчезнет. Остается только всем нам пожелать, чтобы и стезя юрисконсульта приносила профессиональное удовлетворение. Да и еще, можно поздравить на-

шего нового работодателя – министерство юстиции РУз с блестящей аппаратной, но пирровой победой

В заключении вновь обратимся к очень убедительному тезису исследования А. Стоянова:

Адвокатъ на каждомъ шагу встречаетъ общественное зло, которое почти всегда связано съ эгоистическими интересами отдельныхъ лицъ, целыхъ классовъ и корпорацій. Съ другой стороны, судебная защита незначительного кліента можетъ быть ведена противъ могущественнаго истца или преступника. ... Однимъ словомъ, вся деятельность адвоката представляетъ собою борьбу, если не “противъ”, то “посреди” объединенныхъ силъ и могущественныхъ вліяній. Ненужно чрезмерныхъ усилій

воображенія, не требуется особыхъ историческихъ знаній, чтобы понять, до какой напряженности можетъ доходить подобная борьба. Спрашивается: выгодно ли и здесь адвокату опереться на крепкій союзъ изъ товарищей по занятію? Полезно ли обществу имѣть независимыхъ защитниковъ для устраненія возможныхъ ошибокъ на суде и злоупотребленій въ администраціи? А. Стояновъ отвѣтилъ такъ: Отрицаніе законно лишь при глубокомъ убѣжденіи, что неравенство между органами судопроизводства лучше всего обезпечиваетъ правосудіе въ образованныхъ государствахъ.¹

В Министерстве юстиции РУз либо не читали А. Стоянова либо действительно занимаются отрицанием.

*Рекомендовано кафедрою
адвокатської майстерності*

Подано 10.03.08

¹ См.: Стоянов А. *Исторія адвокатуры*. Харьковъ, Университетская типографія, 1869, с. 136–137.



С.В. Кудін,
кандидат юридичних наук, доцент
(Академія праці і соціальних відносин)

Дослідження історії вітчизняного кримінального права XI–XVIII ст. у працях А.І. Яковліва

Ключові слова: *творча спадщина А.І. Яковліва, вітчизняне кримінальне право XI–XVIII ст., джерела вітчизняного кримінального права XVIII ст., розвиток вітчизняного кримінального права в XI–XVIII ст.*

Період розвитку незалежної України, становлення національної правової системи закономірно сприяв посиленню вченими уваги до правової спадщини українського народу, об'єктивному дослідженню ними різноманітних історико-правових проблем. Особливо варто наголосити на актуальності досліджень у сфері історії українського кримінального права. Важливий внесок у розробку вітчизняною історико-правовою наукою зазначеної проблематики зробив зарубіжний український вчений, професор, згодом – ректор Українського Вільного університету в Празі, дійсний член Наукового товариства ім. Т. Шевченка А.І. Яковлів.

Дослідження його наукової спадщини актуалізується ще й тим фактом, що до сьогодні праці цього талановитого вченого ґрунтовно не вивчалися. На превеликий жаль, навіть і у сучасних умовах розвитку вітчизняної історико-правової науки фактично відсутні праці, в яких би було повноцінно та багатоаспектно проаналізовано розмаїття наукових здобутків А.І. Яковліва. Як справедливо зазначають автори праці “Мала енциклопедія етнодержавства”, “Роль Яковліва ... ще не знайшла належного відображення у літературі як в Україні, так і в діаспорі, відповідні бібліографічні праці фактично відсутні...” [1, 909]. Враховуючи зазначене вище, вважаємо, що дослідження наукової спадщини А.І. Яковліва є в умовах

розвитку сучасної вітчизняної історико-правової науки актуальним.

Проблема даної статті полягає у необхідності визначити зміст поглядів А.І. Яковліва на характер, сутність вітчизняного кримінального права XI – XVIII ст.

Визначена у даній статті проблема у вітчизняній науці не дістала належного вивчення. Постаті цього вченого присвячені статті та короткі публікації Я. Падоха “Предмет історії українського права в УВУ й його викладачі” (1983), С. Кривенка “Андрій Яковлев” (1992, 2000), В.А. Потульницького “Нариси з української політології (1819–1991)” (1994), В. Ульяновського “Історик права і громадський діяч” (1996), Н. Сизої “Копні суди та здійснення ними судочинства в Україні” (2000), В. Горака “Андрій Яковлев” (2002), І.Б. Усенка “Яковлів Андрій Іванович” (2002). Більшість з них висвітлює біографію вченого, у працях же В.А. Потульницького та В. Горака, хоч і міститься системний аналіз творчих здобутків А.І. Яковліва, дослідженню поглядів вченого на історію вітчизняного кримінального права як один із напрямів його наукової діяльності не було приділено уваги.

Метою даної статті є визначення змісту поглядів А.І. Яковліва на характер, сутність вітчизняного кримінального права XI–XVIII ст. Досягнення даної мети дозволить більш повно і чітко оцінити наукову спад-

щину А.І. Яковліва, основні, суттєві риси його концепції щодо історії вітчизняного кримінального права.

Багатоманітний і яскравий творчий доробок професора УВУ А.І. Яковліва у галузі дослідження історії вітчизняного кримінального права XI–XVIII ст. міститься у кількох його працях. Зокрема, такими, в яких він висловив свої погляди на основні моменти історії вітчизняного кримінального права, слід, на нашу думку, вважати “До питання про генезу копних судів на Україні” (1928), “Впливи старочеського права на право українське литовської доби XV–XVVI в.” (1929), “Околиці (округи) копних судів XVI–XVIII вв. на Україні” (1929), “Про копні суди на Україні” (1930), “До історії кодифікації українського права XVIII в.” (1939), “Німецьке право в працях українських правників XVIII ст.” (1942), “Нові джерела кодексу: “Права, по которымъ судится Малороссійскій Народъ” (1944), “Український кодекс 1743 року “Права, по которымъ судится малороссійскій народъ” (1949), “Українське право. Історичний нарис” (1988).

Слід, на нашу думку, коротко охарактеризувати світоглядну концепцію А.І. Яковліва, адже його погляди на історію вітчизняного кримінального права знаходяться з нею у прямому зв’язку. Зокрема, А.І. Яковлів серед українських емігрантів-вчених був одним з найбільш яскравих представників національно-державницького напрямку. Як справедливо зазначає В.А. Потульницький, “Андрій Яковлів свою концепцію української державності пов’язував з історичним правом української нації, за якою визнавав домінуючу роль у заснуванні й діяльності держави” [2, 287]. В. Горак наголошує, що одним з таких доказів є те, що А.І. Яковлів “...простежує... походження, розвиток українського права із самих стародавніх періодів історії України” [3, 297].

Одним з складових елементів його світоглядної концепції було базування поглядів на діалектично-матеріалістичному підході до історії права. В. Горак справедливо підмічає, що “у більшості своїх праць дослідник завжди підкреслює очевидний

зв’язок між реальними правовими засадами і конкретними потребами суспільства” [3, 290–291]. Подібним чином дослідник розглядав не тільки історію вітчизняного кримінального права, але й українське звичаєве процесуальне право, генезис копних судів в Україні, інші правові явища. Яскраво цей підхід відобразився у працях, присвячених копним судам в Україні. Зокрема, говорячи про повільну еволюцію правових норм у добу після Київської Русі, вчений вбачає причину цього у слабкості державних інституцій, економічному занепаді, наслідках монголо-татарського нашествия [4, 9], причини утворення копних округ полягали у площині “...особливих соціально-економічних умов устрою й побуту українського народу за давніх часів” [5, 12]. Так само вчений розглядав правові явища не у статичній, а динамічній, у постійному розвитку. Блискуче це виявилось при розгляді історії вітчизняного кримінального права, українського звичаєвого процесуального права, копного права тощо. А.І. Яковлів діалектично розглянув появу копного права (до доби формування норм Руської Правди), його розвиток (за часів Київської Русі, у польсько-литовський період, у добу Гетьманщини) та занепад (у XVIII ст.) [6, 163–165].

Слід наголосити і ще на одній складовій світоглядної концепції А.І. Яковліва – він був представником історичної школи права; в основному, притримувався поглядів, які у свій час висловили Г. Гуго, К. Савіньї, Г. Пухта. Як і зазначені вчені, А.І. Яковлів дотримувався думки про базовість поняття народу, народного духу, правосвідомості народу як провідних чинників формування і розвитку права. Вчений підкреслює важливість і виняткову значущість звичаєвого права: “Основним і найважливішим джерелом українського права є неписане звичаєве право, що утворилося шляхом постійного дотримання протягом віків народних звичаїв та підпорядкування звичаєвим правилам правного життя й побуту” [7, 230]. А.І. Яковлів був переконаний у силі правових звичаїв українського народу і вважав, що вони в Україні існували досить довгий

час: виникнувши ще до доби Київської Русі, правові звичаї були зафіксовані у Руській Правді, існували у Литовсько-Руській державі, ними керувались під час здійснення судочинства у Гетьманщині [8, 91–93].

Як зазначалося вище, світоглядна концепція А.І. Яковліва вплинула на його погляди стосовно історії вітчизняного кримінального права XI–XVIII ст. Найбільш плідними є його здобутки при вивченні кримінального права Гетьманщини, яке він дослідив, характеризуючи “Права, за якими судиться малоросійський народ” (1743 р.). Разом з тим, у працях історика права містяться дослідження як окремих норм правових пам’яток, що відобразили кримінальне право, так і понять та інститутів кримінального права більш ранніх періодів. Зокрема, А.І. Яковлів обґрунтовано пояснив статті Руської Правди про вбивство “огнищанина”, “княжа мужа”, сплату “дикої віри”, “головництва”. Він дійшов висновку, що “наведені статті... зовсім не встановлюють кругової поруки чи відповідальності перед тим, хто має право на відшкодування за вбитого” [4, 4]. Як вважає дослідник, Руська Правда лише передбачає сплату віри мешканцями “верви” у випадку, якщо ті відмовляються шукати злочинця, головництво ж взагалі сплачує особисто вбивця.

Цікавими є думки дослідника щодо існування звичаю кровної помсти. Як вважає А.І. Яковлів, спочатку помста не була обмеженою і мстилась одна родина на іншій родині – звідки своє походження має злочинець. Але з часом, з розвитком культури, налагодженням добросусідських відносин “...необмежені акти помсти... стали вважатися шкідливими, загрожуючими спокою й порядку” [4, 6]. Тому, на думку вченого, виникають спочатку правові норми, які обмежують помсту, пізніше – замінюють її грошовою карою, нарешті – зовсім забороняють. Як зазначає А.І. Яковлів, “норми Руської Правди про криваву помсту відносилися до пізнього періоду родинного побуту...”, тобто вони обмежували помсту, при синах же Ярослава помста вже була скасована і замінена викупом [4, 7].

А.І. Яковлів звернув увагу і на кримінальне право українських земель у період їх перебування у складі Литовсько-Руської держави. Так, він охарактеризував поняття злочину, що існувало у ті часи, зазначивши, що не було різниці між злочином і цивільним правопорушенням, “...з карного вчинку ще не виділено було елементу публічного, на злочин дивилися не з точки погляду порушення загально-громадської небезпеки та державного правопорядку й спокою, а з точки погляду степені матеріальної шкоди, звязаної з карним вчинком” [6, 153].

Але, як вже зазначалося вище, А.І. Яковлів у значенні дослідника історії вітчизняного кримінального права виявив себе при вивченні кримінального права Гетьманщини за Кодексом 1743 р. Загалом, вчений присвятив Кодексу 1743 р. кілька праць, серед яких слід виділити “До історії кодифікації українського права XVIII в.” (1939), “Нові джерела кодексу: “Права, по котормь судится Малоросійській Народъ” (1944) та “Український кодекс 1743 р.” (1949). Аналіз зазначених праць дозволяє зробити висновок, що своє дослідження А.І. Яковлів проводив за трьома напрямками: 1) досліджував джерела Кодексу 1743 р.; 2) аналізував його норми за структурними елементами пам’ятки – главами; 3) провадив дослідження норм Кодексу 1743 р., виходячи з галузевого принципу. Така система дослідження сприяла досягненню кількох цілей – по-перше, з’ясуванню загальних джерел норм Кодексу 1743 р., у тому числі, норм кримінального права; по-друге, конкретизацію джерел залежно від норм, що містились у кожній з глав Кодексу 1743 р. Нарешті, вказана система дозволила вченому охарактеризувати основні поняття та інститути кримінального права, що знайшли відображення у різних главах правової пам’ятки.

Серед джерел Кодексу 1743 р. А.І. Яковлів справедливо виділяє офіційно визнані і додаткові, які комісія з укладання Кодексу 1743 р. мусила була замаскувати. До такого висновку вчений дійшов, блискуче поєднуючи “...спеціально-юридичний аналіз з традиційним текстологічним, повною мірою

використовуючи переваги такого підходу” [1, 909]. До офіційних джерел дослідник відносить Литовський Статут, пам’ятки німецького права (“Саксонське Зерцало”, “Артикули права Магдебурзького” П. Щербича, “Право Хелмінське” П. Кушевича, збірку “Порядок” Б. Гроїцького), джерела українського права, зокрема, звичаєве право та гетьманське законодавство, джерела російського законодавства (доби Петра І, Анни Іванівни) [9, 36–42, 50–51].

Цікаву з точки зору новизни становить та частина праці А.І. Яковліва, в якій він досліджує додаткові джерела Кодексу 1743 р. Такими він визнає виключно джерела німецького походження, які “...комісія використала й цитувала під текстом, але про них не згадала в своїх звітах та в передмові до Кодексу. Вкінці...належать джерела, які Комісія використала, але не подала з них цитат” [9, 40]. До першої групи, на його думку, відносились невеликий трактат латинською мовою Я.К. Церазина “Енхїрідіон” та праця Б. Гроїцького “Оборона сиріт та вдів”. Нарешті, до джерел, з яких не було подано Комісією цитат під текстом Кодексу 1743 р., А.І. Яковлів відносить “Speculum Saxonum” М. Яскера та три книги з кримінального права німецького криміналіста Б. Карпцова [9, 46–47, 49–50; 10, 72–74, 76–77].

Аналіз норм правової пам’ятки за главами дало вченому змогу встановити джерела кожної з глав, що повністю або у тій чи іншій мірі містили норми кримінального права. Вивчення наукового доробку вченого доводить, що на кримінальне право Кодексу 1743 р. вплинули Литовський Статут, деякі джерела німецького права, українське звичаєве право. А.І. Яковлів стверджує про різний вплив вказаних джерел. Зокрема, німецьке право мало як позитивне значення (вдосконалення понять, термінології, визначень), так і негативне (реципованими виявились нові види кар, система покарань стає більш жорстокою). А.І. Яковлів підкреслює значну роль як джерела українського звичаєвого права: “Але головна роля українського звичаєвого права виявлялася в тому, що воно було використане кодифікаторами для зміни, пояснення й доповнення

матеріалу, запозиченого з чужих джерел, а головне – для пристосування цього матеріалу до місцевих умовин життя й побуту” [9, 110].

Відмінне знання мови XVIII ст., чітке розуміння змісту та сутності юридичних понять, термінів і конструкцій, поєднання філологічного аналізу та спеціально-юридичного методу дало змогу вченому достатньо повно дослідити основні поняття та інститути кримінального права за Кодексом 1743 р. Він поділив кримінальне право на загальну та спеціальну частини, включивши до загальної частини такі поняття та інститути як покарання, стадії вчинення умисного злочину, співучасть, обставини, що виключають злочинність діяння, або пом’якшують відповідальність, давнини притягнення до відповідальності. Спеціальна частина містила види злочинів.

Проведення дослідження за вказаними вище напрямками дало змогу А.І. Яковліву у цілому охарактеризувати кримінальне право за Кодексом 1743 р. Зокрема, основною рисою вітчизняного кримінального права він вважає суперечливий характер засад правової пам’ятки, який виявився у зіткненні провідних ідей німецького кримінального права, Литовського Статуту та українського звичаєвого права.

Особливо ці протиріччя виявились при формуванні системи покарань та принципів покарання. Як вважає А.І. Яковлів, домінуючим поглядом на злочин і покарання був релігійний, тому кара – відплата за гріх проти Бога. Тому-то у Кодексі 1743 р. часто використовується принцип таліону. Разом з тим, “...комісія ввела в Кодекс інший, модерніший принцип карної політики – застрашуючі кари...” [9, 150].

На думку вченого, з Литовського Статуту була запозичена градація кар за соціальним становищем винного, проте впливовими залишались давньоукраїнські майнові кари – “головщина”, “нав’язка” тощо. Жорстокість окремих видів покарань, запозичених з німецьких джерел та Литовського Статуту (смертна кара, тілесні покарання), пом’якшувалась як на нормативному рівні, так і у судовій практиці. Так,

“...Комісія в кількох випадках застосувала принцип умовного засудження, керуючись правосвідомістю українського народу...”, вона “...в багатьох випадках не визначала зовсім ані форми, ані виду кари й полишала на волю суду встановити кару за вільним своїм розсудом...” [9, 150].

Іншою характерною рисою було зіткнення публічного та приватного елементу у понятті злочину. Така подвійність, на думку вченого, призводила до того, що принцип публічного інтересу домінував у релігійних та політичних злочинах, приватний – у злочинах проти особи та її власності [9, 151]. Нарешті, вчений відзначає високу юридичну техніку Кодексу 1743 р. порівняно з Литовським Статутом, Соборним Уложением 1649 р. та деякими західно-європейськими кодексами [11, 70].

Окрім систематичного дослідження кримінального права, його характеристики, А.І. Яковлів у кількох спеціальних працях намагався вирішити проблему впливу іноземного права на вітчизняне. Зокрема, він дослідив вплив чеського та німецького права. У цьому плані цікавою є його праця «Впливи старочеського права на право українське литовської доби XV–XVI в.» (1929), в якій вчений порівнював правові норми та терміни, що містились у чеських та українських джерелах, причому він уникав філологічних питань, “...обмежуючись лише порівнянням слів і термінів з чисто юридичного погляду” [12, 39]. Як видно з аналізу роботи А.І. Яковліва, для порівняння він використав такі збірки чеського права як “Книга старого пана з Розенберка” (1320–1330 рр.), “Виклад права земського чеського пана Андрія” (кінець XIV ст.), “Кодекс земський” (1500 р.), “Права міські королівства Чеського” (кінець XV ст.) та деякі інші.

Застосування порівняльно-правового методу, відмінне знання середньовічної чеської актової мови дало змогу вченому дійти дуже важливих висновків. По-перше, він констатував факт впливу чеського права на українське, що виявилось, насамперед, у Литовському Статуті усіх трьох редакцій. Причому цей вплив відобразився у двох

напрямах: запозичення правових норм та, більшою мірою, — юридичної термінології. По-друге, дослідник довів, що редактори використовували термінологію двома способами: по-перше, із дотриманням чеської транскрипції, по-друге – із її заміною на транскрипцію слів литовсько-руської мови. Нарешті, А.І. Яковлів виявив, що запозичення відбувалось двома шляхами: перший – через литовських, білоруських або українських письменних людей та чехів, що проживали в Литовсько-Руській державі і були ознайомлені із місцевою мовою; другий – через Польщу [12, 60–62, 78–79].

Достатньо цікавою й оригінальною за висновками є праця вченого “Німецьке право в працях українських правників XVIII ст.” (1942). В ній А.І. Яковлів висвітлив проблему впливу німецького права на право Гетьманщини XVIII ст. (у т.ч. і кримінального). Зокрема, він поділив правові пам’ятки Гетьманщини на дві групи. До першої він відніс ті, в яких “...автори брали за джерело усю сокупність “прав малоросійських”, тобто як Литовський Статут, так і німецьке право, вміщене в правних книгах Яскера, Щербича й Троїцького” [13, 22]. Ними, на думку А.І. Яковліва, були “Процес краткий приказной” (1734 р.), “Права малороссийские з книг Статута, Саксона и Порядку выписанные” (1744–1757 рр.), “Суд и росправа в правах Малороссийских” (1750–1758 рр.), “Краткой Свод Статута” (кінець XVIII ст.). Разом з тим, вчений наголошує, що існували пам’ятки, “...які мали своїм предметом виклад тільки німецького права” [13, 22]. Це, зокрема, “Короткий показчик Магдебурзького права” (середина XVIII ст.) та “Кратко выписано з прав малоросійських книги “Порядку”, з “Артикулов Права Магдебурзького”, “Права Цесарського...” (середина XVIII ст.). Як вважає дослідник, у вказаних пам’ятках були викладені основні принципи німецького права, причому автори намагались сформулювати їх у вигляді цитат, “...систематичних викладів, чи, нарешті, у формі коротких тез...” Важливим висновком вченого є його думка про те, що німецьке право у XVIII ст. уявлялось як складова частина “малоросійського права” [13, 31].

Отже, на підставі сказаного вище можна зробити наступні висновки:

1. Дослідження А.І. Яковлівим історії вітчизняного кримінального права XI–XVIII ст. слід розглядати у контексті розвитку української історико-правової науки, як його важливий етап.

2. Дослідження вченим історії вітчизняного кримінального права XI–XVIII ст. ґрунтувалось на його світоглядній позиції, основними складовими елементами якої були: національно-державницький характер наукової творчості; діалектично-матеріалістичний підхід до історії права; орієнтація на провідні ідеї історичної школи права. Важливими методами дослідження вченим історії вітчизняного кримінального права були метод історизму, філологічного аналізу, логічний, спеціально-юридичний, порівняльно-правовий.

3. Дослідження історії вітчизняного кримінального права у вказаних хронологічних рамках А.І. Яковлів проводив за таким критерієм як державність на українських землях. Тому ним виділено період Київської Русі, Литовсько-Руської держави та Гетьманщини. Найбільш розробленим слід визнати кримінальне право Гетьманщини за Кодексом 1743 р. Разом з тим, вчений зробив значний внесок у дослідження українською історично-правовою наукою таких складних проблем як ймовірність існування кругової поруки за вчинення злочину або зміст кровної помсти у кримінальному праві

Київській Русі, характер поняття злочину у кримінальному праві українських земель, що перебували у складі Литовсько-Руської держави.

4. А.І. Яковлів ґрунтовно охарактеризував кримінальне право Гетьманщини за Кодексом 1743 р., виявивши такі його риси: суперечливість основних засад системи покарань та принципів покарання як наслідок протиріччя між провідними ідеями німецького карного законодавства, Литовського Статуту та українського звичаєвого права; співіснування публічного та приватного елементів у понятті злочину; висока юридична техніка, що відобразила основні поняття, терміни, конструкції кримінального права.

5) Важливим напрямом дослідження вченим історії вітчизняного кримінального права XI–XVIII ст. було визначення його джерел. А.І. Яковлів переконливо довів, що значущим джерелом Литовського Статуту було чеське середньовічне право. Слід наголосити, що важливого значення як джерела Кодексу 1743 р. вчений надавав не тільки Литовському Статуту або українському звичаєвому праву, але й німецькому карному законодавству. Разом з тим, вчений підкреслював, що суворість покарань, яка стала наслідком рецепції норм німецького права, нівелювалась у судовій практиці звичаєвим правом, що відобразило такі характерні риси правосвідомості українського народу як гуманізм та демократизм.

Список літератури:

1. Мала енциклопедія етнодержавства / НАН України, Ін-т держави і права ім. В.М. Коressького. – К.: Вид-во “Тенеза”; Вид-во “Довіра”, 1996. – 942 с.
2. *Потульницький В.А.* Нариси з української політології (1819–1991): Навч. посібник / В.А. Потульницький. – К.: Либідь, 1994. – 320 с.
3. *Горак В.* Андрій Яковлів // Історіографічні дослідження в Україні / В. Горак ; відп. ред. Ю.А. Пінчук. – К.: НАН України, Ін-т історії України, 2002. – Вип. 12: Визначні постаті української історіографії XIX–XX ст.
4. *Яковлів А.* До питання про генезу копних судів на Україні / А. Яковлів // Життя і право. – 1928. – Ч. 2.
5. *Яковлів А.* Околиці (округи) копних судів XVI–XVIII вв. на Україні / А. Яковлів // Життя і право. – 1929. – Ч. 1.
6. *Яковлів А.* Про копні суди на Україні / А. Яковлів // Науковий ювілейний збірник Українського університету в Празі, присвячений панові Президентові Чеськословенської рес-

публіки проф. др. Т.Г. Масарикові для вшанування 80-тих роковин його народження. – Прага, 1930. – Ч. 2.

7. **Яковлів А.** Українське право. Історичний нарис / А. Яковлів. – Мюнхен, 1988.

8. **Яковлів А.** Українське звичаєве процесуальне право / А. Яковлів // Український В. Університет в Празі в роках 1926–1931. – В Празі: Державна друкарня в Празі, 1931.

9. **Яковлів А.** Український кодекс 1743 року “Права, по котрымъ судится малороссійскій народъ” / А. Яковлів // Записки Наукового Товариства імени Шевченка. – Мюнхен: Кооперативне вид-во “Заграда”, 1949. – Т. CLIX. – 210 с.

10. **Яковлів А.** Нові джерела кодексу: “Права, по котрымъ судится Малороссійскій Народъ” / А. Яковлів // Праці Українського Історично-Філологічного Товариства в Празі. – 1944. – Т. 5.

11. **Яковлів А.** До історії кодифікації українського права XVIII в. / А. Яковлів // Праці Українського Історично-Філологічного Товариства в Празі. – 1939. – Т. 2.

12. **Яковлів А.** Впливи старочеського права на право українське литовської доби XV–XVI в. / А. Яковлів. – Прага: Накладом Українського Університету в Празі, Державна Друкарня в Празі, 1929. – 81 с.

13. **Яковлів А.** Німецьке право в працях українських правників XVIII ст. / А. Яковлів. – Відбитка з Наукового Збірника т. III Українського В. Університету в Празі. – Прага: Накладом Українського Вільного Університету в Празі, 1942.

РЕЗЮМЕ

В статье исследуется изучение А.И. Яковливым истории отечественного уголовного права XI–XVIII в. Доказано, что основой исследования ученым уголовного права есть национально-государственный характер его научного творчества, диалектико-материалистический подход к истории права, ориентация на ведущие идеи исторической школы права.

Наиболее разработанным А.И. Яковливым является уголовное право Гетьманщины по Кодексу 1743 г., что отобразилось в определении ученым источников уголовного права и его характерных признаков. Также А.И. Яковлив сделал значительный вклад в исследование украинской историко-правовой наукой сложных проблем истории уголовного права Киевской Руси и украинских земель, которые находились в составе Литовско-Русского государства.

SUMMARY

The article deals with the research of the national criminal law in XI – XVIII centuries carried out by Yakovliv A.I. The author of the article proves that the national and state character of the scholar's scientific activity, the dialectics and materialist approach to the history of law, the leading ideas of historical studies of law are the basis of his research in criminal law.

The Hetmanshchyna's criminal law according to the 1743 Code is the most developed Yakovliv's research which was reflected in the scholar's definition of the criminal law sources along with their main features.

Yakovliv A.I. also greatly contributed into Ukrainian historical and law science research of complex problems in the criminal law history of Kyivska Rus and the Ukrainian lands which were a part of Lithuanian – Russian State.

Рекомендовано кафедрою теорії та історії держави і права

Подано 27.11.08



О.М. Бірюков,
кандидат юридичних наук, доцент
(Інститут міжнародних відносин Київського
національного університету
імені Тараса Шевченка)

Транскордонні банкрутства в системі міжнародних економічних відносин: транснаціональні корпорації і банкрутство

Ключові слова: банкрутство, глобалізація, іноземна особа, неспроможність, транснаціональні корпорації.

В Україні відбуваються важливі процеси реформування національного законодавства. Це викликано тим, що Україна стає все більше активним учасником світових процесів. Проголошена Україною інтеграція у Європейське співтовариство та нещодавне набуття членства у Світовій організації торгівлі вимагає створення якісно нового правового середовища, що повинно будуватися на зрозумілих правилах здійснення підприємницької діяльності та забезпеченні вільного руху товарів і послуг.

Міжнародний бізнес в останні декілька десятиріч набирає значних обертів. Сьогодні для бізнесмена практично не існує перепон на шляху розвитку свого бізнесу за межами місця його реєстрації. Процеси глобалізації підсилюють роль великих транснаціональних компаній, які сьогодні займають важливе місце у міжнародній торгівлі. Важливим аспектом регулювання діяльності таких учасників міжнародної торгівлі як транснаціональні корпорації [2, 128] стає банкрутство. Через порушення провадження про банкрутство транснаціональної корпорації кредитори отримують можливість захистити свої майнові інтереси, де б вони не знаходилися.

Питанням вивчення особливостей законодавства про банкрутство в Україні присвячено чимало публікацій, включаючи

й ґрунтовні дослідження таких науковців як В.В. Джуль [7], М.І. Тітов [14], Б.П. Поляков [10], В.В. Радзивілюк [13], Б.П. Грек [5] та ін. Слід зазначити, що важливий внесок у дослідження проблем, пов'язаних з діяльністю транснаціональних корпорацій, внесла Галина Фединак. Однак цього недостатньо для висвітлення усіх аспектів діяльності багатонаціональних компаній, включаючи й припинення діяльності таких осіб у разі їх неспроможності. Автор цієї статті поставив завдання звернути увагу на стан сучасного розвитку законодавства України у контексті більш активної підприємницької діяльності осіб у міжнародних економічних відносинах, де процедури банкрутства відіграють важливу роль.

Відомо, що банкрутство є природним явищем в системі світової торгівлі, яке будується на прозорих правилах поведінки учасників економічних відносин [8, 12], котрі намагаються розв'язати фінансові проблеми. В основі концепції банкрутства лежить просте правило вільного ринку: у конкурентному середовищі мають виживати ті підприємства, діяльність яких є ефективнішою і товари яких знаходять попит у споживачів [19, 459].

Протягом багатовікової історії розвитку цієї сфери законодавства було розроблено окремі специфічні механізми, що сьогодні

формують, як правило, окрему сферу законодавства у багатьох країнах світу [3, 71]. Законодавство про банкрутство містить юридичні засоби регулювання майнових відносин, що виникають між кредиторами і боржником, коли останній не здатний виконати свої майнові зобов'язання із наявного майна. Відомий російський учений Г.Ф. Шершеневич зазначав, що законодавство про банкрутство є сукупністю норм права, які регулюють процес задоволення майнових вимог кредиторів із майна боржника при недостатності такого майна для задоволення вимог кредиторів [18, 77].

Важливо також розглядати законодавство про банкрутство в контексті тих функцій, які воно виконує в економіці: за допомогою спеціальних процедур учасники майнового обороту, які мають тимчасові фінансові проблеми, реорганізують свої справи [4, 152], а ті, хто не може відновити платоспроможність, – ліквідуються. У результаті, майно неспроможного боржника передається іншому власникові, який здатний забезпечити більш ефективне його використання.

Традиційно неспроможність особи обмежується майном боржника, але бізнесові інтереси компанії можуть бути значно ширшими і далеко виходити за межі території країни, з якою особа має зв'язок (громадянство чи реєстрацію компанії) [21, 4].

80-ті роки XX ст. були відзначені небувалою активністю у сфері здійснення міжнародної торгівлі: відбулися гучні злиття і поглинання, з'явилася значна кількість транснаціональних корпорацій тощо. Через такі підприємницькі структури по всій планеті здійснюються поставки та продаж товарів і послуг вартістю майже на 6 трлн дол., що практично дорівнює обсягу всього ВВП США.

Протягом останніх десятиліть кількість багатонаціональних чи так званих транснаціональних компаній (ТНК) помітно зростає. За даними ЮНКТАД, число ТНК у 14 найбагатших країнах світу за останню чверть минулого століття більш як потроїлося: їх кількість зростає з близько 7 тисяч у 1970 р. до 24 тисяч у 1995 р., а в 1999 р. у світі

нараховувалося вже понад 38 тисяч таких компаній. З кожним роком компанії, філії яких знаходяться більше ніж в одній країні, все більш поширюють свій бізнес по всьому світу. Особливо це помітно у сфері надання послуг. Наприклад, понад 90 відсотків готелів у світі належать близько 10 найбільшим готельним корпораціям, переважно американським. Така сама ситуація існує і в ресторанному бізнесі та в деяких інших сферах підприємницької діяльності.

Відомо, що з ускладненням майнових зв'язків та спрощенням ведення бізнесу за межами країни реєстрації компанії, а також із розширенням кола учасників майнових відносин ускладнюються й проблеми, які виникають у торговому обороті. Тому діяльність великих суб'єктів міжнародної торгівлі потребує окремої уваги в контексті підвищення уваги до таких гравців світового ринку в разі порушення транскордонних справ про банкрутство. Оскільки кількість таких справ останнім часом драматично збільшується, а проблеми ускладнюються, розв'язання таких проблем набуває міжнародного значення.

Досить природно, що певна частина ТНК, які з'явилися в період буму економічної активності, вже наприкінці 90-х років минулого століття стали зазнавати фінансових труднощів. У цьому немає нічого дивного, тому що, ведучи підприємницьку діяльність, бізнесмени не завжди можуть передбачити всі комерційні ризики та повністю уникнути небезпеки комерційної невдачі. В результаті цього з'явилася нова категорія справ – міжнародні банкрутства (чи транскордонні банкрутства), яка раніше не зустрічалася в практиці здійснення міжнародної торгівлі. Таким чином, процедури банкрутства стали відігравати дедалі вагомішу роль у сфері регулювання світової торгівлі.

На цьому тлі особлива роль належить міжнародному приватному праву, яке пропонує специфічні способи розв'язання проблем, що постають перед учасниками світового ринку у разі конфлікту юрисдикцій. Однак недостатня ефективність регулювання діяльності таких гравців світового ринку звичайними інструментами,

які містяться в арсеналі міжнародного приватного права, підштовхує до пошуку нових нетрадиційних як для права банкрутства методів розв'язання іноді складних проблем, пов'язаних з регулюванням відносин неспроможності з іноземним елементом.

В науці міжнародного приватного права під транснаціональними корпораціями розуміються групи самостійних юридичних осіб [9, 117], які здійснюють свою діяльність на території кількох держав. При цьому, зазначає І.І. Дахно, структурні підрозділи є суб'єктами національного права, а керівництво та контроль здійснюються з єдиного центру [6, 69]. Таким чином, головною ознакою ТНК є те, що "...вони володіють економічною єдністю при юридичній множинності" [1, 81]. Практично мова йде про групу компаній, які створені і діють на території різних країн, але знаходяться у взаємозалежних відносинах, де одна компанія займає домінуюче положення чи здійснює контроль за іншими членами групи. Як зазначає Г.С. Фединяк, ТНК є національні за своїм капіталом, але міжнародні за сферою діяльності [15, 89].

В Україні спеціальних нормативних актів, що присвячені регулюванню діяльності ТНК, не існує. Однак окремі схожі типи учасників ринку регулюються спеціальними законами. Так, у Законі України "Про промислово-фінансові групи в Україні" 1995 р. [12] застосовується слово "транснаціональна" відносно промислово-фінансової групи, до складу учасників якої можуть входити українські та іноземні юридичні особи.

Згідно з визначенням, наведеним у зазначеному законі, промислово-фінансова група (ПФГ) є об'єднанням, до якого можуть входити промислові підприємства, сільськогосподарські підприємства, банки, наукові і проектні установи, інші установи та організації всіх форм власності, що мають на меті отримання прибутку, та яке створюється за рішенням уряду України на певний термін з метою реалізації державних програм розвитку пріоритетних галузей виробництва і структурної перебудови економіки, включаючи програми згідно з

міждержавними договорами, а також виробництва кінцевої продукції.

У структурі ПФГ одне підприємство є головним. ПФГ не має статусу юридичної особи. Право діяти від імені ПФГ має виключно головне підприємство ПФГ. Підприємство, установа, організація можуть бути головним учасником тільки однієї ПФГ.

Зазначимо, припинення діяльності ПФГ здійснюється таким самим порядком, за яким вона була створена (згідно з постановою Кабінету Міністрів України) у зв'язку з закінченням затвердженого терміну її діяльності, неможливістю реорганізації ПФГ чи за ініціативою учасників ПФГ. Виходячи з того, що за структурою це є група компаній, банкрутство може тут розглядатися як механізм припинення діяльності кожної окремої особи. Однак факт, що по суті мова йде про єдиний економічний комплекс, ставить це об'єднання поза дією звичайних правил щодо застосування процедур банкрутства у разі неспроможності.

Українське національне законодавство, присвячене регулюванню відносин у сфері підприємництва, будується на загальному правилі, згідно з яким іноземні особи мають рівний з вітчизняними суб'єктами права статус. Таке, зокрема, викладено у ст. 2 Закону України "Про режим іноземного інвестування" 1996 р.

Щодо суб'єктного складу та можливих форм здійснення підприємницької діяльності на території України слід звернутися до Закону України "Про зовнішньоекономічну діяльність" 1991 р. [11] У ст. 3 цього закону зазначено, що суб'єктами зовнішньоекономічної діяльності в Україні є: спільні підприємства за участю суб'єктів господарської діяльності України та іноземних суб'єктів господарської діяльності, зареєстровані як такі в Україні і які мають постійне місцезнаходження на території України; структурні одиниці іноземних суб'єктів господарської діяльності, які не є юридичними особами згідно з законами України (філії, відділення, тощо), але мають постійне місцезнаходження на території України; об'єднання фізичних і юридичних осіб, які не є юридичними особами згідно з

законами України, але які мають постійне місцезнаходження на території України і яким не заборонено здійснювати господарську діяльність.

Зазначені особи згідно з наданим визначенням є суб'єктами відносин, обтяжених іноземним елементом. Їх діяльність регулюється як матеріальними, так і колізійними нормами. Зокрема, згаданий вище закон містить комплекс колізійних норм, спрямованих на розв'язання можливих конфліктів юрисдикцій.

Цей закон також встановлює, що іноземна особа на території України може здійснювати:

- міжнародні фінансові операції та операції з цінними паперами у випадках, передбачених законами України;
- кредитні та розрахункові операції між суб'єктами зовнішньоекономічної діяльності та іноземними суб'єктами господарської діяльності; створення суб'єктами зовнішньоекономічної діяльності банківських, кредитних та страхових установ за межами України та створення іноземними суб'єктами господарської діяльності зазначених установ на території України у випадках, передбачених законами України;
- спільну підприємницьку діяльність, що включає створення спільних підприємств різних видів і форм, проведення спільних господарських операцій та спільне володіння майном як на території України, так і за її межами;
- підприємницьку діяльність на території України, пов'язану з наданням ліцензій, патентів, ноу-хау, торговельних марок та інших нематеріальних об'єктів власності з боку іноземних суб'єктів господарської діяльності та аналогічну діяльність за межами України;
- здійснення діяльності в галузі проведення виставок, аукціонів, торгів, конференцій, симпозіумів, семінарів та інших подібних заходів, що здійснюються на комерційній основі,

снюються на комерційній основі, за участю суб'єктів зовнішньоекономічної діяльності та здійснення оптової, консигнаційної та роздрібно-ї торгівлі на території України за іноземну валюту у передбачених законами України випадках.

З огляду на наведене вище слід визнати, що будь-які особи, незалежно від національної належності, можуть вільно здійснювати підприємницьку та іншу діяльність на території України. Відповідно, при здійсненні такої діяльності, можуть виникати ситуації, коли особі необхідно буде звернутися до законодавства про банкрутство, а кредитори повинні мати юридичні засоби повернення боргів, коли майна боржника є недостатньо для виконання всіх майнових зобов'язань.

Згідно з загальним правилом у разі виникнення спорів, пов'язаних з діяльністю згаданих осіб, в яких присутній іноземний елемент, вони розв'язуються за правилами, встановленими колізійними нормами, що містяться як у Законі України "Про міжнародне приватне право", так і в окремих спеціальних законах, наприклад, у Законі України "Про зовнішньоекономічну діяльність".

Зазначимо, Україна є учасницею міжнародних договорів щодо діяльності ТНК. У 1999 р. Україна ратифікувала Конвенцію про транснаціональні корпорації 1998 р. із застереженнями. Застереження стосується непоширення спорів із діяльності ТНК відносно України юрисдикції Економічного суду СНД, передбаченої ст. 19 Конвенції.

Світова організація торгівлі вимагає усунення будь-яких перешкод на шляху входження на ринок іноземних установ. Таке створює сприятливі умови для здійснення підприємницької діяльності на території країни і ТНК.

Говорячи про ТНК та багатонаціональні компанії як головних учасників міжнародної торгівлі не можна не зазначити, що сьогодні практично будь-який підприємець може брати участь у міжнародній торгівлі, а значить і часом опинитись у скрутному економічному стані, що вимагатиме застосування стосовного нього передбачених у

законодавстві про банкрутство процедур.

Процеси глобалізації підвищують роль великих транснаціональних компаній, які сьогодні займають важливе місце у міжнародних торговельних відносинах. У свою чергу, їхня активна діяльність виявила потребу в регулюванні такої діяльності. Звичайно, це значно підвищує роль міжнародного права і ставить конкретні завдання перед міжнародним приватним правом. Основною проблемою тут є те, що, як зазначає Г.С. Фединяк, ТНК не мають як міжнародної, так і єдиної національної правосуб'єктності [16, 177].

Як видно з наведеного вище, важливими учасниками світової торгівлі є ТНК. У разі неспроможності такої особи виникають досить складні проблеми, які розв'язуються за допомогою застосування колізійних норм з відсиланням до матеріальних норм національних систем правового регулювання відповідних відносин. Сьогодні досить поширеною формою розробки прийнятних і ефективних способів розв'язання колізій права є розробка матеріальних норм, що включаються у міжнародні договори. Така форма розв'язання складних проблем поширюється у світі.

Ефективність існуючих інструментів розв'язання проблем із неспроможністю ТНК підтверджує практика застосування найбільш відомого міжнародного документа у сфері банкрутства, яким є Типовий

закон Комісії Організації Об'єднаних Націй з права міжнародної торгівлі про транскордонну неспроможність (*UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency*) [17], прийнятий у 1997 р. Цей міжнародний документ став, по суті, першим у світі зібранням правил у сфері розгляду справ про банкрутство багатонаціональних компаній [20, 2]. Як зазначено у преамбулі Типового закону [22], метою документа є встановлення ефективних механізмів ведення справ про транскордонні банкрутства для забезпечення: співробітництва між судами та іншими органами держав, що є компетентними розглядати справи про транскордонні банкрутства; справедливого та ефективного захисту інтересів кредиторів і інших заінтересованих осіб, включаючи боржника у транскордонних банкрутствах; збереження майна і максимального підвищення вартості активів боржника; захисту інвестицій і збереження робочих місць підприємств, що перебувають у тяжкому фінансовому становищі.

Відомо, що в Україні сьогодні розробляються законодавчі пропозиції, які будуються на положеннях зазначеного документа. Впевнені, у разі прийняття таких положень Україна зробить ще один крок на шляху створення сприятливих умов для діяльності транснаціональних компаній на території країни.

Список літератури:

1. **Баран Н.** Міжнародно-правове регулювання діяльності транснаціональної компанії (ТНК) / Н. Баран // Юридичний журнал. – 2008. – № 3(69).
2. **Бірюков А.Н.** Проблемы банкротств транснациональных корпораций и унификация законодательства о несостоятельности / А.Н. Бірюков // Бизнес. – 1998. – № 18(277).
3. **Бірюков О. М.** Інститут неспроможності: історія та сучасність / О.М. Бірюков // Приватне право і підприємництво : зб. наук. праць / редкол.: В.В. Костицький (голов.ред.) [та ін.] – К.: Інститут приватного права і підприємництва Академії правових наук України, 1999. – Випуск 1.
4. **Бірюков О.М.** Місце законодавства про неспроможність у правовій системі країн з ринковою економікою / О.М. Бірюков // Вісник Академії правових наук України. – 2000. – № 4(23).
5. **Грек Б.М.** Банкрутство. Цивільний та кримінально-правовий аспекти: монографія / Б.М. Грек. – К.: Прецедент, 2006. – 303 с.
6. Міжнародне приватне право: навч. посіб. / І.І. Дахно. – К.: МАУП, 2001. – 312 с. – Бібліогр.: с. 307.
7. **Джунь В.В.** Інститут неспроможності: світовий досвід розвитку і особливості ста-

новлення в Україні: монографія / В.В. Джунь. – вид. 2-ге, виправ. і допов. – К.: Юридическая практика, 2006. – 384 с.

8. **Джунь В.В.** Напрями вдосконалення інституту неспроможності (банкрутства) в законодавстві України / В.В. Джунь // Право України. – 1995. – № 9–10.

9. **Нагребельний В.П.** Транснаціональна корпорація / В.П. Нагребельний // Юридична енциклопедія : в 6 т. ; редкол.: Ю.С. Шемшученко [та ін.] – К.: Вид-во “Українська енциклопедія” імені М.П. Бажана, 2004. – Т. 6: Т–Я. – 2004. – 768 с.: іл.

10. **Поляков Б.М.** Процедура банкрутства в Україні: теорія і практика / Б.М. Поляков. – Донецьк.: Донбас, 2001. – 480 с.

11. Про зовнішньоекономічну діяльність: Закон України від 16 квітня 1991 р. № 959-ХІІ, за станом на 10 жовтня 2008 р. // Відомості Верховної Ради. – 1991. – № 29. – Ст. 377.

12. Про промислово-фінансові групи в Україні: Закон України від 21 листопада 1995 р. № 437/95-ВР, за станом на 10 жовтня 2008 р. // Відомості Верховної Ради. – 1996. – № 23. – Ст. 88.

13. **Радзівілюк В.В.** Санація як судова процедура банкрутства: порівняльно-правове дослідження: автореф. дис... канд. юрид. наук: 12.00.04 / В.В. Радзівілюк. – К., 2000. – 20 с.

14. **Тітов М.І.** Банкрутство: матеріально-правові та процесуальні аспекти / М.І. Тітов ; за ред. В.М. Гайворонського. – Харків: Фірма “Консул”, 1997. – 192 с.

15. **Федияк Г.С.** Міжнародне приватне право (у запитаннях та відповідях). Навчальний посібник / Г.С. Федияк. – К: Атака, 2000. – 336 с.

16. **Федияк Г.С.** Правосуб’єктність транснаціональних корпорацій у час глобалізаційних процесів (аспекти міжнародного права та міжнародного приватного права): монографія / Г.С. Федияк. – К.: Атіка, 2007. – 200 с.

17. Resolution Adopted by the General Assembly // Official Documents of the United Nations Commission on International Trade Law: Fifty-second Session (30 January 1998). – A/RES/52/158.

18. **Шершеневич Г.Ф.** Курсъ торговаго права: Т. 4: Торговый процессъ. Конкурсный процессъ / Г.Ф. Шершеневичъ. – М: Изданіе Бр. Башмаковыхъ, 1912. – 596 с.

19. **Bufford Samuel L.** Bankruptcy Law in European Countries Emerging from Communism: The Special Legal and Economic Challenges // American Bankruptcy Law Journal. – 1996. – Vol. 70. – P. 459–483.

20. **Leonard Bruce.** A New Milestone in Cross-Border Insolvencies / Leonard Bruce // American Bankruptcy Institute Journal. – 1997, July–August. – No. 98. – P. 2.

21. **Fletcher Ian F.** Insolvency in Private International Law: National and International Approaches. – Clarendon: Oxford, 1999. – 456 pp.

22. UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency. – UN Publication, 1999. – 109 pp.

РЕЗЮМЕ

Україна стає активним учасником світових процесів. Процеси глобалізації посилюють роль транснаціональних корпорацій, які сьогодні займають важливе місце в міжнародній торгівлі. Важливим аспектом регулювання діяльності таких учасників міжнародної торгівлі є банкрутство. Автор цієї статті поставив за мету звернутися до сучасного положення справ в сфері розвитку законодавства про банкрутство в контексті участі України в міжнародних процесах.

SUMMARY

Ukraine becomes an active participant in the world processes. Today globalization strengthens the role of transnational corporations, which keep an important place in the world trade. Bankruptcy is an important aspect of the transnational corporations' activity within world trade. The author of this article focuses on modern state of Ukrainian bankruptcy legislation in the context of its participation in international processes.

Рекомендовано кафедрою цивільного, господарського права та процесу

Подано 22.10.08



О.М. Клименко

(Академія праці і соціальних відносин Федерації профспілок України)

(Науковий керівник доцент Є.І. Фурса)

Застосування завдатку як способу забезпечення виконання зобов'язань сторін за попереднім договором

Ключові слова: *попередній договір, забезпечення виконання зобов'язань, завдаток, функції завдатку.*

Питання щодо забезпечення виконання зобов'язань, прийнятих сторонами за попереднім договором, породжує численні дискусії не лише в науковому світі, проте й викликає значний інтерес серед практикуючих юристів. Підставами для таких дискусій слугують відмінності у поглядах щодо змісту попереднього договору, заперечення самостійного характеру даного правочину, невизнання можливості існування майнового елементу в зобов'язанні даного виду. Окремі аспекти застосування способів забезпечення виконання зобов'язань були предметом дослідження науковців Б.М. Гонгало, І.О. Дзери, Є.І. Фурси, С.Я. Фурси, Л.М. Баранової, І.В. Жилінкової та інших. Незважаючи на це, нині суперечливими залишаються погляди щодо можливості здійснення платежів за попереднім договором та, відповідно, можливості використання завдатку як способу забезпечення виконання зобов'язання за попереднім договором.

Предметом даної статті є наукове дослідження та аналіз існуючих поглядів та позицій окремих авторів, а також положень діючого законодавства України щодо питань застосування завдатку як способу забезпечення зобов'язань в окремих цивільно-правових інститутах, зокрема – інституті попереднього договору, з метою узагальнення існуючих поглядів, виділення

безспірних позицій та вироблення автором статті власної точки зору, що має сприяти подальшому удосконаленню правового регулювання інституту попереднього договору, впорядкуванню відносин між його сторонами.

Нерідко в юридичній літературі можна зустріти позицію, що попередній договір не може містити нічого, крім зобов'язання укласти в майбутньому визначений основний договір на визначених умовах. При цьому авторами наголошується, що нічого іншого даний договір містити не може. Ним не можуть бути встановлені будь-які платежі (наприклад, аванс в рахунок належної в майбутньому за договором оренди орендної плати), не може бути встановлений обов'язок передати річ (наприклад, об'єкт оренди) до укладення основного договору чи розпочати підготовку до виконання робіт за все ще неукладеним основним договором. У протилежному випадку, на думку авторів, попередній договір, по суті, підмінить собою основний договір [9, 67].

Подібної точки зору дотримується О.Є. Домашенко, який безапеляційно стверджує, що грошових зобов'язань попередній договір не породжує. Грошове зобов'язання (зобов'язання оплатити майно) з'являється після укладення сторонами основного договору (договору купівлі-продажу). Звідси видно, що завдаток як частковий платіж

можливий після виникнення саме грошових зобов'язань, тобто після укладення основного договору [3, 50].

З такою позицією важко однозначно погодитися з огляду на організаційний характер попереднього договору, його організаційний зв'язок та нерозривність з основним договором. Організаційний характер попереднього договору полягає у його спрямованості на забезпечення виконання сторонами певних підготовчих дій, необхідних для укладення основного договору, без виконання яких укладення основного договору є неможливим. Такими діями, зокрема, може бути акумулювання грошових коштів з метою здійснення платежу за майбутнім основним договором купівлі-продажу, підготовка необхідної для продажу об'єкта нерухомості документації, тощо. Поза увагою згаданих авторів залишились також найголовніші правові засади принципу свободи договору, передбачені ст. 627 ЦК України, згідно з якими сторони є вільними у визначенні умов договору, в тому числі і умов щодо його забезпечення.

Інші науковці, в цілому визнаючи організаційний характер попереднього договору та погоджуючись з можливістю забезпечення його умов, заперечують лише можливість забезпечення попереднього договору за допомогою завдатку. Так, на думку Б.М. Гонгало, характеристика попереднього договору як організаційного не дає можливості здійснювати передачу якого б то не було майна (в тому числі грошей) однією стороною іншій стороні. В попередньому договорі, як зазначає автор, можуть бути передбачені способи забезпечення відповідних зобов'язань (наприклад, може бути встановлена пеня за прострочення виконання якого-небудь із вказаних обов'язків). Крім того, попереднім договором можуть бути передбачені способи забезпечення виконання обов'язку з укладання в майбутньому основного договору (наприклад, може бути встановлена неустойка за ухилення від укладення основного договору) [1]. І.О. Дзера зазначає, що є більше підстав вважати неможливим забезпечення завдатком попереднього договору. Адже, виходячи

з визначення поняття “попередній договір”, що дає ст. 635 ЦК, – це договір, сторони якого зобов'язуються протягом певного строку укласти договір у майбутньому на умовах, встановлених попереднім договором. До істотних умов попереднього договору належать всі ті умови, що є істотними для основного договору. Відтак, у ньому можуть передбачатися лише права та обов'язки сторін, спрямовані на укладення основного договору. Автор наголошує, що при зазначенні таких обов'язків сторони вправі передбачити, наприклад, пеню за прострочення виконання таких обов'язків. Однак це не означає, що пеня встановлюється як спосіб забезпечення виконання договору купівлі-продажу, який планується укласти. Як стверджує автор, завдаток передається однією стороною іншій стороні в рахунок належних з неї за договором платежів, а, виходячи зі змісту попереднього договору, цей договір є безвідплатним, отже ніякі платежі боржником кредитору за цим договором передаватися не можуть [2].

Позиція І.О. Дзери є обґрунтованою, проте, на наш погляд, повною мірою може бути застосованою у випадках, коли попередній договір розглядається як самостійне зобов'язання окремо від основного договору, з приводу і за для укладення якого було укладено попередній договір.

Деякі автори навпаки, обґрунтовують думку, що в попередньому договорі крім ціни, про яку домовились продавець та покупець, і строків укладення основного договору купівлі-продажу, в обов'язковому порядку має бути зафіксована сума, передана покупцем продавцю, а також інші умови купівлі-продажу. Як наслідок відмови покупця від укладення основного договору ці автори зазначають втрату переданих за попереднім договором грошових коштів, а за таке ж порушення, проте зі сторони продавця, зазначається необхідність повернення покупцеві отриманих за попереднім договором коштів та сплати неустойки у погодженому в попередньому договорі розмірі [12, 87].

Таким чином, вони не лише визнають можливість внесення платежів за попере-

днім договором, а у випадку порушення попереднього договору пропонують використувати їх як забезпечувальну виконання зобов'язання суму. На жаль, запропоновані заходи відповідальності кожної із сторін попереднього договору не є рівнозначними. Автори не зазначають, що розмір неустойки має відповідати сумі грошових коштів, внесених за попереднім договором, залишаючи вирішення цього питання на розсуд сторін. Вважаємо, що зазначена невизначеність є наслідком небажання авторів прирівнювати розміри неустойки та переданої за попереднім договором грошової суми, оскільки в такому випадку описані ними наслідки порушення попереднього договору максимально були б наближені до наслідків порушення зобов'язання, забезпеченого завдатком, а грошові кошти, передані за попереднім договором, довелося б назвати завдатком.

О. Ковальова, визнаючи можливість існування в попередньому договорі грошового зобов'язання, тобто визнаючи можливість передачі грошових коштів як забезпечення виконання зобов'язання, пропонує назвати таке забезпечення “забезпечувальним платежем” [5]. Як підстава, яка надає сторонам можливість передбачити у попередньому договорі подібну умову, авторкою цілком справедливо зазначається ст. 546 ЦК. Оскільки ч. 1 ст. 547 ЦК передбачено обов'язок сторін дотримуватися письмової форми при вчиненні правочинів щодо забезпечення виконання зобов'язань, вона справедливо наголошує на необхідності фіксування у попередньому договорі такого забезпечувального платежу та порядку його обігу. Попередній договір повинен містити строки передачі забезпечувального платежу і визначати момент, з якого ці строки почнуть спливати. У випадку укладення основного договору, забезпечувальний платіж у встановлені попереднім договором строки підлягає поверненню. При цьому, після укладення основного договору, з моменту виникнення відповідних грошових зобов'язань за основним договором, сторони можуть укласти угоду про залік взаємних вимог, а саме:

залік вимоги повернути забезпечувальний платіж і вимоги передати грошові кошти на суму забезпечувального платежу. Якщо основний договір не буде укладений з вини сторони, що передала забезпечувальний платіж, даний платіж винний стороні не повертається. Якщо основний договір не буде укладений з вини сторони, якій забезпечувальний платіж був переданий, дана сторона повинна повернути у встановлені попереднім договором строки забезпечувальний платіж і додатково сплатити іншій стороні грошову суму в розмірі забезпечувального платежу. Авторка наголошує на тому, що розглянутий забезпечувальний платіж за попереднім договором не є завдатком. Виходячи з положень чинного законодавства, завдаток за своєю природою є забезпеченням майбутнього зобов'язання щодо передачі коштів, тобто видом забезпечення виконання грошового зобов'язання. На думку ж авторки, забезпечувальний платіж є забезпеченням виконання не грошового зобов'язання, а зобов'язання немайнового характеру – укласти в майбутньому основний договір [5]. О. Киришун, навпаки, платіж, отриманий за попереднім договором, пропонує розглядати як забезпечення виконання зобов'язання у розумінні ст. 546 ЦК, тобто як завдаток [4].

На думку Є. Павліченко, у випадку регулювання правовідносин сторін за допомогою інституту попереднього договору, сторони набувають можливості встановити зобов'язання до визначеного строку укласти договір купівлі-продажу квартири, визначити істотні умови цього договору, а також установити взаємні права і обов'язки, необхідні для укладання договору купівлі-продажу квартири (такі, як обов'язок до визначеного строку забезпечити наявність належним чином оформленого пакету документів на квартиру, приведення квартири в обумовлений сторонами стан та ін.). За таких умов, на думку автора, сторони матимуть можливість укласти договір про завдаток як забезпечення виконання зобов'язань за вже укладеним попереднім договором, а не за договором купівлі-продажу квартири [11, 17].

На нашу думку, такий підхід автора в цілому відповідає загальноновизнаній забезпечувальній функції завдатку [16, 42], суть якої полягає у можливості забезпечення виконання виключно вже існуючого зобов'язання. Хоча й існує протилежна думка, що неможливість забезпечення завдатком ще неіснуючого зобов'язання призводить до загрози знищення завдатку, а отже недоцільним є забезпечення того зобов'язання, що вже відбулося [10]. Варто зауважити, що позицію відносно можливості забезпечення завдатком виконання зобов'язань, передбачених саме попереднім договором, підтримує досить широке коло науковців та практикуючих юристів. Зокрема, посилаючись на формулу “що не суперечить закону і ним не заборонено, те дозволено”, Є.І. Фурса цілком справедливо припускає можливість передачі завдатку за попереднім договором, обґрунтовує безпідставність підміни завдатку штрафними санкціями [14].

С.Я. Фурса можливість встановлення у попередньому договорі умови про завдаток обґрунтовує закріпленими у законодавстві принципом свободи договору (п. 3 ч. 1 ст. 3 ЦК), можливістю сторін відступити від положень актів цивільного законодавства і врегулювати свої відносини на власний розсуд, якщо в цих актах прямо не передбачена заборона такого відступу або якщо зі змісту таких актів чи із суті відносин між сторонами не випливає обов'язковість для сторін положень зазначених актів (ч. 3 ст. 6 ЦК). Тобто сторони у договорі можуть інакше застосовувати закон, якщо він не має імперативного характеру. Підсумовуючи наведене, С.Я. Фурса зазначає, що сторони договору можуть не посилалися на норми закону, яким вони передбачають врегулювати свої майбутні відносини, а чітко “розписати”, які наслідки у кожній стороні виникнуть після посвідчення відповідного договору [15].

Примітним є той факт, що позиція щодо можливості здійснення платежу за попереднім договором (сплата авансового платежу чи внесення суми завдатку) була підтримана спеціалістами Державної по-

даткової адміністрації України. Зокрема, з посиланням на ст. 628 ЦК України, якою передбачене право сторін укласти договір, у якому містяться елементи різних договорів (змішаний договір), робиться висновок про можливість встановлювати як один з елементів попереднього договору положення про оплату покупцем на підставі ст. 570, 571 ЦК України сум авансового платежу (завдатку) у рахунок сплати продавцю обумовленої суми договору [6, 56]. Позиція Державної податкової адміністрації України висловлена також у відповідному Листі від 28 квітня 2008 р. № 2119/К/17-0315 [7].

Міністерство регіонального розвитку та будівництва у Листі від 18 грудня 2007 р. № 16/4-418, яким надані роз'яснення до чинного законодавства з питань фінансування об'єктів будівництва, зазначило, що завдаток як вид забезпечення виконання зобов'язання за попереднім договором купівлі-продажу квартири часто використовується в операціях з нерухомістю на вторинному ринку, коли житловий будинок, у якому продається квартира, прийнятий в експлуатацію у порядку, встановленому Постановою Кабінету Міністрів України від 22 вересня 2004 р. № 1243 “Про порядок прийняття в експлуатацію закінчених будівництвом об'єктів” [8].

Судова практика також пішла шляхом визнання можливості здійснення платежу за попереднім договором [13].

На наш погляд, кожна із наведених позицій науковців та практиків заслуговує на увагу і не позбавлена раціонального зерна. Такий різнобій в поглядях зумовлений особливостями законодавства, яке регламентує завдаток і фактично закріплює три функції завдатку: 1) доказову – укладення договору; 2) платіжну – виконання грошового зобов'язання; 3) забезпечувальну. У зв'язку із цим, у формально-юридичному сенсі з позиції діючого цивільного законодавства забезпечення виконання попереднього договору за допомогою завдатку є досить неоднозначним. Такий стан речей суттєво знижує гарантованість виконання зобов'язання за попереднім договором.

Вважаємо, що допустимість передачі коштів за попереднім договором як платежу, передбаченого основним договором, до посвідчення такого основного договору є проблемним лише з формального боку. Обидва договори – попередній та передбачений ним основний договір слід розглядати як одне органічно пов'язане ціле. Попередній договір містить істотні умови основного договору, жоден нормативний акт не містить положень, які б прямо забороняли його сторонам розпочати виконання прийнятих зобов'язань (в тому числі щодо внесення грошових коштів (завдатку), які в подальшому будуть зараховані в рахунок виконання зобов'язань за основним договором). Формальність не повинна стояти на заваді розвитку інституту попереднього договору, бути перепорою для реалізації інтересів його сторін.

У зв'язку із цим, уявляється, що яких би то не було перешкод (окрім формальних) для застосування завдатку як забезпечення виконання попереднього договору, якщо передбачений ним основний договір породжує грошове зобов'язання, не існує. Тому було б доцільно передбачити в ст. 635 ЦК можливість забезпечення завдатком зобов'язань сторін за попереднім договором. Зважаючи на викладене, пропонуємо ч. 2 ст. 635 ЦК доповнити абзацом наступного змісту: “Виконання зобов'язання, встановлене попереднім договором, може бути забезпечене за допомогою видів забезпечення виконання зобов'язання, передбачених ст. 546 цього Кодексу”. Зазначені зміни про-

диктовані реаліями сучасного товарообігу та дозволять, на наш погляд, визначитися зі статусом грошових коштів, переданих згідно з умовами попереднього договору. Такі зміни до законодавства позбавлять необхідності “вигадувати” найменування таким платежам, які за своєю суттю фактично виконують роль завдатку.

Викладене дає підстави для **наступних висновків**. Відсутність чіткої і цілісної позиції науковців щодо сутності попереднього договору, специфіки правовідносин між його сторонами, заперечення можливості існування в ньому майнового елементу потягло за собою виникнення та існування неоднозначних, часом взаємовиключних позицій та підходів щодо можливості використання завдатку як способу забезпечення виконання зобов'язання за попереднім договором. Різної в поглядах зумовлений особливостями законодавства, яке регламентує завдаток і закріплює три функції завдатку. Формалізм, який полягає у запереченні можливості передачі коштів за попереднім договором як платежу, передбаченого основним договором, до посвідчення такого основного договору, на думку автора, є вагомим аргументом не на користь завдатку, як способу забезпечення зобов'язання за попереднім договором. Тому автором пропонується внести відповідні зміни до ст. 635 ЦК України та передбачити в ній можливість забезпечення завдатком зобов'язань сторін за попереднім договором.

Список літератури:

1. **Гонгало Б.М.** Учение об обеспечении обязательств. Вопросы теории и практики [Электронный ресурс] / Б.М. Гонгало. – Режим доступа : <http://pravoznavec.com.ua/books/106/6438/41/#chapter>
2. **Дзера І.** Про особливості завдатку та забезпечуваних ним зобов'язань / І. Дзера // Юри-дична газета. – 2006. – №19(79).
3. **Домашенко А.Е.** Задаток / А.Е. Домашенко // Бухгалтерия. – 2006. – № 30.
4. **Киришун О.** Консультація / О. Киришун // Інформаційні ресурси правової системи “Ліга. Закон”.
5. **Ковалева Е.** Особенности предварительного договора [Электронный ресурс] / Е. Ковалева. – Режим доступа : http://www.inyurpolis.com/Ukr/Kovalyova_st5.htm

6. *Латинін С., Добродій Т.* Консультація / С. Латинін, Т. Добродій // Вісник податкової служби України. – 2006, № 8(387).
7. Лист ДПА України від 28 квітня 2008 р. № 2119/К/17-0315 // Інформаційні ресурси правової системи “Ліга. Закон”.
8. Лист Міністерства регіонального розвитку та будівництва від 18 грудня 2007 р. № 16/4-418 // Галицькі контракти. – Дебет-Кредит. – 2008. – № 7.
9. *Омельків В., Кирилов С., Соловей О.* та ін. Правові тонкощі господарських договорів / В. Омельків, С. Кирилов, О. Соловей [та ін.]. – Харків: Фактор, 2006.
10. *Осіпов А.* Поступово зникаючий завдаток / А. Осіпов // Юридичний вісник України. – 2006. – № 16(564).
11. *Павличенко Е.* Договір задатка или предварительный договор / Е. Павличенко // Юридическая практика. – 2006. – № 27(445).
12. *Петрушина В., Бойцова М., Кобзан С.* Операції з нерухомістю / В. Петрушина, М. Бойцова, С. Кобзан. – Харків: Фактор, 2006.
13. Ухвала Колегії суддів Судової палати у цивільних справах Верховного суду України від 30 січня 2008 р. // Інформаційні ресурси правової системи “Ліга. Закон”.
14. *Фурса Є.І.* Завдаток у попередньому договорі [Електронний ресурс] / Є.І. Фурса. – Режим доступу : http://fursa.org/view_article.php?article_id=29&publication=3&prefix=newspaper
15. *Фурса С.Я.* Теоретичні засади врегулювання поняття “завдаток” у попередньому договорі [Електронний ресурс] / С.Я. Фурса. – Режим доступу : http://fursa.org/view_article.php?article_id=31&publication=3&prefix=newspaper
16. Цивільне право України: Підручник: у 2 т. / за заг. ред. В.І. Борисової, І.В. Спасибо-Фатєєвої, В.Л. Яроцького. – К.: Юрінком Інтер, 2004. – Т. 2.

РЕЗЮМЕ

В статті автор приводить основні погляди та позиції стосовно питань забезпечення зобов'язань в окремих громадянсько-правових інститутах, піднімає проблемні питання застосування задатка як способу забезпечення зобов'язань сторін по попередньому договору. В статті також приведені пропозиції автора щодо шляхів удосконалення громадянсько-правового регулювання попереднього договору.

SUMMARY

In his article the author described core approaches and viewpoints of scientific workers and authors concerning the issues of collateral for obligations in particular civil institutions, raises problem regarding using of the pledge as collateral in preliminary agreements. The article also contains the author's propositions as to improvement of effective law applicable to preliminary agreements.

*Рекомендовано кафедрою цивільного,
господарського права та процесу*

Подано 05.02.09



І.В. Ковальчук,
аспірантка
(Львівський національний університет
імені Івана Франка)
(Науковий керівник доцент В.М. Кольбенко)

Становлення інституту усиновлення на території Галичини, Північної Буковини та Закарпаття за часів Австрійської імперії

Ключові слова: усиновлення, усиновлювач, усиновлений, батьківська влада.

Усиновлення є одним із найдавніших та традиційних інститутів сімейного права. Правове регулювання цього соціального явища було відоме ще в давньому Римі. Але умови такого прийняття дітей у сім'ю, його процедура та правові наслідки змінювалися з історією розвитку людства. Загалом усиновлення залежало від ставлення суспільства до шлюбу, економічно-соціального рівня розвитку тієї чи іншої держави, її політичного устрою.

Для того, щоб повністю зрозуміти процедуру усиновлення та оцінити її ефективність необхідно дослідити становлення і розвиток цього інституту. Адже прослідкувавши етапи становлення цього правового інституту, можна зрозуміти основні закономірності його розвитку в нашій державі. Це необхідно для того, щоб можна було зробити відповідні висновки та уникати помилок при подальшому законотворенні в Україні.

Метою цієї статті є дослідження одного з найважливіших етапів становлення та правового регулювання інституту усиновлення на території України у контексті загальних європейських тенденцій.

Проблемами сімейного права взагалі і усиновлення, зокрема, на території українських земель у складі Австрійської імперії

займалися такі видатні вчені минулого як С.П. Григоровський, А.И. Загоровский, В.П. Максимов, Н.С. Ніколін, К.П. Победоносцев, П.С. Ципкін, М.Ш. Шимановський, І.В. Гессен та інші. На сьогоднішній день видатними науковцями у сімейного права незалежної України є З.В. Ромовська, Ю.С. Червоний, О.В. Калітенко, Г.С. Волосатий, М.А. Логвинова, В.С. Яковенко та багато інших. Більшість науковців досліджували розвиток сімейного права взагалі, тому безпосередньо інститут усиновлення є мало дослідженим в літературі.

Усиновлення на території Галичини, Північної Буковини та Закарпаття було досить поширеним суспільним явищем, яке визначалося звичаєвим правом. В той час, як сімейне право Європи ще не знало інституту усиновлення як окремого інституту права, на відміну від інституту опіки.

У Франції усиновлення, як інститут права, не існувало до створення республіки (1792 р.) і вперше було врегульовано Цивільним кодексом Франції (Кодексом Наполеона) [6, 378].

Звичайним приводом для усиновлення на території Галичини, Північної Буковини та Закарпаття за часів Австрійської імперії була бездітність і прагнення мати опору в старості. Іноді усиновленням карали не-

слухняних і непокірних дітей, причому вони частково або й зовсім втрачали майно рідних батьків.

Втім, треба розрізняти два види усиновлення.

Перше – схоже, принаймні до певної міри, на усиновлення в розумінні цивільного права. Подружжя брало сироту або дитину, позбавлену батьківського піклування, яку названі батьки видавали за свою. Вона працювала по господарству як слуга або наймичка, а згодом названі батьки наділяли її деяким майном і одружували. Загалом це прийняття на місце дитини було, фактично, укладенням угоди, вигідної для названих батьків, бо вони отримували з усиновленими дітьми дешеву робочу силу.

Ще більше це проявляється в другому виді усиновлення. У цьому випадку “годованцями” були не юні або бідні особи, а здебільшого самостійні й заможні господарі. Старі, частіше безсімейні, особи усиновляли їх за умови, що вони будуть доглядати названих батьків до самої смерті і зрештою належно поховать, за що й отримають їх майно. Розвиток цього своєрідного усиновлення, зрештою, можна легко пояснити, якщо взяти до уваги важкі життєві умови в горах, які створюють, особливо старим самотнім людям, непереборні труднощі. Із послабленням цих важких відносин внаслідок прогресивного розвитку культури і одночасно зростаючої ціни на земельну власність ця інституція починала занепадати в деяких місцевостях [4, 39–41].

На території західноукраїнських земель поступово поширювалась чинність австрійського права, однак внаслідок багатонаціонального характеру Австрійської монархії у правовій системі держави тривалий час не було єдності.

Особливо поживавилась робота над кодифікацією цивільного та інших галузей права в останній чверті XVIII ст., причому кодифіковані збірники проходили апробацію у Галичині, а відтак їх чинність поширювалась і на інші австрійські провінції.

Декретом 1797 р. було завершено проєкт цивільного кодексу та його почали запроваджувати у життя.

Цивільний кодекс був запроваджений спершу у Західній, а невдовзі у Східній Галичині; відповідно припинило дію старе польське феодальне право. Та лише у 1811 р. після кількох переробок був затверджений і з 1812 р. введений у дію Австрійський цивільний кодекс. Він мав 1502 статті і поділявся на 3 частини: вступ – загальні положення про цивільний закон, 1 – про особові права, 2 – речові права, 3 – спільні положення про особові і речові права.

Питанням усиновлення було присвячено статті 179–186 глави III Загального цивільного уложення Австрійської імперії 1811 р. “Про взаємні права батьків і дітей”.

У відповідності до цих правових норм усиновленням визнавався юридичний акт, яким встановлювались відносини, що були ідентичними відносинам між кровними батьками і дітьми.

Оскільки процедура усиновлення за своєю правовою природою була призначена виправити те, що не дано від природи, то бути усиновителями дозволялось тільки тим особам, які не мали змоги мати власних дітей. Аналогічна норма права існувала і в нормативно-правових актах інших держав: § 1741 Цивільного Уложення Німеччини 1896 р., § 204 Італійського цивільного кодексу 1865 р., ст. 345 Французького цивільного кодексу 1804 р., ст. 204 Швейцарського цивільного кодексу 1907 р. та інших нормативно-правових актів тогочасної Європи.

За загальним правилом усиновлювати дозволялось лише подружнім парам. У відповідності до § 179 Загального цивільного уложення Австрійської імперії 1811 р., усиновлення заборонялось особам, які за своїм церковним саном не могли одружуватися. Така заборона пояснювалась тим, що усиновлення можливе для тих осіб, які прагнуть створити повноцінну сім’ю, але позбавлені такої можливості не з власної волі, тоді як особи, що присвятили себе релігійному служінню з власної волі, не можуть використовувати такий спосіб створення сім’ї. Разом з тим, така заборона не поширювалась на осіб так званого

“білого духовенства”, яким було дозволено одружуватись, мати сім’ї, а отже і усиновлювати інших осіб згідно із встановленою законодавством процедурою.

Основною вимогою, що висувалась до кандидатури усиновителя, було те, що він повинен був відповідати віковому цензу як абсолютному, так і стосовно усиновлюваної особи, а саме: мав бути старше п’ятдесяти років, а різниця у віці між усиновленим та усиновителем повинна була складати не менше, ніж вісімнадцять років. Такі самі вимоги були передбачені тогочасним законодавством інших країн Європи: § 1744 Цивільного Уложения Німеччини 1896 р., § 202 Італійського цивільного кодексу 1865 р.

Французький цивільний кодекс 1804 р. у разі усиновлення передбачав дещо інші вимоги: вік усиновителя – не менше п’ятдесяти років, а різниця у віці з усиновлюваною особою п’ятнадцять років. Статтею 264 Швейцарського цивільного кодексу 1907 р. було передбачено лише одну вимогу, а саме: вік усиновителя мав бути більшим, ніж сорок років. Разом з тим, цивільне законодавство Пруссії не ставило таких вимог ані до віку усиновителя, ані до різниці у віці між ним та особою, яка усиновлювалась [6, 456].

У всіх цих вимогах ми можемо чітко простежити такі ж мотиви у прийнятті рішення законодавцем, що і за усиновлення в Стародавньому Римі – максимально копіювати природні відносини батьків і дітей.

Відповідно до § 181 Загального цивільного уложення Австрійської імперії 1811 р., одружені особи могли усиновлювати або бути усиновленими лише за обов’язкової згоди іншого із подружжя. Такий дозвіл був не потрібен лише в двох випадках: 1) якщо подружжя було в розлученні; 2) якщо інший із подружжя не міг висловити таку згоду через свою відсутність.

Усиновителю, що перебував у шлюбі, необхідно було отримати згоду іншого з подружжя. Відповідно до Пруського уложення, на відміну від Цивільного уложення Австрії, чоловік мав право на усиновлення без згоди дружини, проте дружина не

могла усиновлювати без згоди чоловіка [5, 126–131].

Крім того, усиновлення неповнолітніх ставало можливим лише за наявності згоди їх батьків, якщо вони були живими. У тому випадку, коли усиновлювалась незаконно народжена дитина, дозвіл на усиновлення повинна була давати її мати. Аналогічні вимоги містили § 1747 Цивільного Уложения Німеччини 1896 р., § 208 Італійського цивільного кодексу 1865 р., ст. 346 Французького цивільного кодексу 1804 р., ст. 265 Швейцарського цивільного кодексу 1907 р. та ін.

Отже, усиновлення без дозволу батьків було можливим лише у трьох випадках:

- 1) батьки були або вважалися померлими;
- 2) місце перебування батьків було не відомо;
- 3) усиновлюваною була повнолітня особа.

Згода батьків на усиновлення дитини висловлювалась письмово, оголошувалась у судовому засіданні та підшивалась до справи після її розгляду.

У кількох країнах існували правові норми, які вимагали обов’язкової згоди усиновлюваного на усиновлення, а також обмеження мінімального віку усиновлюваного, з тією метою, щоб він міг самостійно оцінити наслідки усиновлення. В Німеччині та Швейцарії дитина старше 14 років повинна була дати згоду на усиновлення. В Італії особа не могла бути усиновленою до 18 років, а у Франції – до 21 року. Крім того, за такого усиновлення необхідна була згода батьків, якщо вони були в усиновлюваного.

Такі правові норми, з одного боку, гарантували захист прав усиновлюваного, а з іншого не дозволяли усиновлення малолітніх осіб, які особливо потребували батьківського піклування. Очевидно, що для тогочасного законодавця метою усиновлення був, в першу чергу, захист майнових прав усиновленого, в охороні цих прав від посягань усиновителя, а також у забезпеченні можливості передачі майна і титула усиновителя усиновленому, якщо такі були [6, 128–129].

Ще однією з вимог, які ставились у разі усиновлення – це неможливість усиновлення однієї і тієї ж особи двома особами одночасно. Виняток з цього правила – це випадок, коли усиновителями було подружжя.

Відповідно до Загального цивільного уложення Австрійської імперії 1811 р., на території Галичини, Північної Буковини та Закарпаття було заборонено усиновлення власних незаконнонароджених дітей. Разом з тим, законодавство решти країн Європи було зовсім не таким категоричним у регулюванні цього питання.

Італійське законодавство за аналогією з цивільним законодавством Австрії забороняло таке усиновлення, тоді як цивільні кодекси Франції і Німеччини замовчували це питання, що давало змогу тогочасним науковцям робити висновки, що цей різновид усиновлення був дозволеним.

Тогочасним цивільним законодавством усіх країн Європи було заборонено усиновлення нехристиянином християнина і навпаки.

Крім умов, що визначали процедуру усиновлення і які діяли на території Галичини, Північної Буковини та Закарпаття за часів Австрійської імперії, законодавством країн Європи були передбачені також інші вимоги щодо усиновлення:

1. Французький (ст. 355) і Італійський (ст. 215) цивільні кодекси за прикладом римського права вимагали, щоб усиновитель був чесною, шанованою і добропорядною людиною, що повинні були підтвердити свідки у судовому засіданні.

2. У відповідності до Французького цивільного законодавства, усиновителем могла стати лише особа, яка протягом, як мінімум, шести років турбувалася про усиновлювану особу, або навпаки. Таким чином, суд під час прийняття рішення мав змогу переконатися в особливому ставленні та турботі усиновителя щодо усиновлюваної особи. Разом з тим, відповідно до ст. 345 Цивільного кодексу Франції, дотримання таких формальностей і вимог закону щодо віку усиновителя ставали необов'язковими, якщо усиновлена

особа врятувала життя свого усиновителя [6, 356].

3. За тогочасним законодавством Швейцарії, окремо визначалася норма, згідно з якою усиновлення ставало можливим лише якщо абсолютно виключалися будь-які можливі негативні наслідки для усиновлюваної особи [3, 488–489].

Щодо процесуального порядку усиновлення, то воно здійснювалось на основі принципу, що усиновлення не допускається, якщо воно здійснюється на визначених усиновителем чи усиновлюваною особою умовах або на визначений сторонами термін. Така умова була продиктована тим, що усиновлення мусить компенсувати недоліки у складі сім'ї, а не принести матеріальну вигоду одній зі сторін.

У країнах Західної Європи існував переважно судовий порядок усиновлення (Пруссія, Франція, Італія). Винятком була лише Саксонія, де усиновлення встановлювалось королівським рескриптом [5, 126–131].

Під час усиновлення між сторонами обов'язково мав укладатися договір. Такий договір сторін мав бути затверджений у судовому засіданні. Ця вимога встановлювалася для того, аби попередити незаконне усиновлення, а також переконатися, що сторони витримали всі вимоги закону.

Крім Загального цивільного уложення Австрійської імперії 1811 р., такі ж вимоги встановлювалися і Французьким, і Італійським цивільним уложеннями. Французьким законодавством було передбачено навіть подвійне затвердження такого договору у місцевому та апеляційному судах. При цьому, якщо в усиновленні було відмовлено, то суд не пояснював причин відмови, щоб не компрометувати потенційного усиновителя.

Правовідносини усиновлення не могли припинитися внаслідок одностороннього волевиявлення усиновителя чи усиновленого. Відповідно до § 185 Загального цивільного уложення Австрійської імперії 1811 р., договір про усиновлення можливо було розірвати лише внаслідок взаємної домовленості сторін, причому виключно в такій формі, як його було укладено.

Усиновлення могло бути скасовано і на підставі закону, у випадку, коли між усиновителем та усиновленою особою або її потомством було укладено шлюб. Більше того, відповідно до Саксонського уложення, було заборонено шлюб між батьками усиновителя та батьками усиновленого, або між нащадками усиновленого, або між особами, які внаслідок усиновлення стали на місце брата чи сестри [5, 126–131].

В обох випадках у разі скасування усиновлення відновлюються права усиновленого, що існували до укладення договору про усиновлення.

Отже, усиновлення на території Галичини, Північної Буковини та Закарпаття за часів Австрійської імперії мало виключно приватні правові наслідки. І ці наслідки були відмінними для усиновителя, усиновлюваного та родичів усиновителя.

Усиновлення тягло за собою настання певних правових наслідків, які поділялись на публічні та приватні.

Під публічними мались на увазі наслідки, що зачіпали державні, суспільні інтереси. У першу чергу, перехід до усиновленого майнових прав усиновителя. Цей аспект, безумовно, мав велике значення в тогочасному суспільстві, в якому існувала велика різниця між представниками різних верств населення. Саме спробами захисту публічних інтересів пояснюється існування окремих норм, що регламентували наслідки усиновлення. В окремих країнах Європи особи, що належали до вищого стану, не могли усиновити осіб нижчих станів.

Приватні наслідки усиновлення полягали в установленні прав, аналогічних до прав та обов'язків між батьками та дітьми. Дія правових наслідків усиновлення поширювалась і на нащадків учасників усиновлення, відповідно до австрійського та німецького законодавства. У Франції та Італії, навпаки, правові наслідки усиновлення розповсюджувались виключно на його учасників. Їх можна було поділити на немайнові та майнові [3, 490].

Згідно із Загальним цивільним уложенням Австрійської імперії 1811 р., усиновлення мало наступні правові наслідки:

1. Усиновлений стосовно усиновителів набував статус рідної дитини. При цьому такий статус поширювався і на нащадків усиновленого (§ 182 Австрійського цивільного кодексу).

2. Усиновлений носив прізвище усиновителя (§ 182 Австрійського цивільного кодексу; § 347 Французького цивільного кодексу; § 210 Італійського цивільного кодексу; § 268 Швейцарського цивільного кодексу).

3. Усиновлений отримував право на утримання та виховання (§ 183 Австрійського цивільного кодексу; § 349 Французького цивільного кодексу; § 211 Італійського цивільного кодексу).

4. Усиновлений не втрачав зв'язки з своєю кровною сім'єю, якщо така була (§ 183 Австрійського цивільного кодексу; § 349 Французького цивільного кодексу; § 211 Італійського цивільного кодексу).

5. У разі спадкування усиновлений міг претендувати лише на частку вільного майна усиновителя (§ 755). В Саксонії і Пруссії усиновлений мав право на спадщину після усиновителя, але це право не було взаємним.

6. Усиновитель мав право розпоряджатися майном усиновленого. Проте усиновитель мав лише права щодо управління майном усиновленої особи виключно в її інтересах, і не міг користуватися доходами від такого майна на власний розсуд [6, 639].

7. Усиновитель повністю наділявся батьківською владою по відношенню до усиновленого (§ 183 Австрійського цивільного кодексу; § 349 Французького цивільного кодексу; § 211 Італійського цивільного кодексу). Виключення становили Пруське та Саксонське уложення, відповідно до яких усиновитель не отримував право користування та розпорядження майном усиновленого [5, 127].

8. Усиновитель, як і кровні батьки, мав право на утримання від усиновленого.

9. На родичів усиновленого дія і правові наслідки усиновлення не розповсюджувались; відповідно до австрійського законодавства, як і у Франції, усиновлений не набував правового зв'язку з родичами

усиновителя, але для усиновителя і усиновленого встановлювались взаємні обов'язки щодо утримання.

10. Усиновлений зберігав усі спадкові права на майно своїх кровних родичів, тобто усиновлений мав право на спадщину після своїх кровних родичів і мав право на утримання від них. При цьому не допускалось одночасне спадкування після усиновителя і кровних родичів — усиновлений повинен був обрати після кого з них він буде спадкувати.

Наявність таких умов мала своїм наміром максимально гарантувати права членів сім'ї усиновителя, приймати усиновленого як рідного і не порушувати при цьому релігійні і соціальні норми, що склались у суспільстві.

Незважаючи на введення в дію Австрійського цивільного кодексу, на українських землях продовжували діяти норми звичаєвого права, що регулювали відносини усиновлення. А в судовій практиці застосовувались норми кодексу, що стосувались опіки над дітьми-сиротами. Найбільш повні дані про виховання сиріт та опікунську турботу про них збережено в судових документах міста Галича. Так, в період з 1829 до 1920 рр. було розглянуто 26 справ про встановлення опіки над дітьми-сиротами і жодної справи про усиновлення.

Австрійський цивільний кодекс 1811 р. діяв з деякими змінами на території Галичини і в період її приєднання до складу Польщі після Першої світової війни.

Отже, усиновлення за тогочасним законодавством розглядалося у трьох аспектах:

1) усиновлення визначалося як інститут цивільного права, який виражав цивільний стан усиновленого;

2) усиновлення визначалося як своєрідні відносини дарування, оскільки усиновлений отримував спадщину усиновителя в дар;

3) усиновлення визначалося і як договір, оскільки передбачало виникнення взаємних прав та обов'язків як в усиновителя, так і в усиновленого.

Таким чином, ми можемо визначити один з етапів розвитку інституту усиновлення на території України, який почався після впровадження в дію Австрійського цивільного кодексу 1811 р. Незважаючи на те, що усиновленню було присвячено лише сім статей, цей нормативно-правовий акт відіграв надзвичайно важливу роль у подальшому розвитку даного інституту. Австрійський цивільний кодекс відображав усі тогочасні європейські законодавчі тенденції у становленні інституту усиновлення, який тільки почав формуватися на законодавчому рівні.

Список літератури:

1. *Арсенін П.І., Базак М.І., Бомпарович З.Є.* та ін. Гуцульщина: Історико-географічне дослідження / П.І. Арсенін, М.І. Базак, З.Є. Бомпарович [та ін.]. — К.: Наукова думка, 1987.
2. *Гошко Ю.Г.* Звичаєве право населення Українських Карпат та Прикарпаття XIV–XIX ст. / Ю.Г. Гошко. — Львів: Інститут народознавства НАН України, 1999.
3. *Загоровський А.И.* Курс семейного права / А.И. Загоровский. — Одесса: Типография Акционерного Южно-Русского Общества Печатного Дела, 1909.
4. *Кайндль Раймун Фрідріх.* Гуцули: їх життя, звичаї та народні перекази / Раймун Фрідріх Кайндль; пер. з нім. З.Ф. Пенюк. — Чернівці: Молодий буковинець, 2000.
5. *Кустова В.В.* Усыновление в законодательстве стран Западной Европы и России XIX века / В.В. Кустова // Журнал российского права. — 2001, № 9.
6. *Победоносцев К.П.* Курс гражданского права. Часть вторая: Права семейные, наследственные и завещательные (Классика российской цивилистики) / К.П. Победоносцев. — М.: Статут, 2003.

РЕЗЮМЕ

Статья посвящена исследованию условий и необходимости возникновения института усыновления на территории Украины в период Австрийской империи в контексте европейских тенденций развития семейного права. В результате исследования изучены основные аспекты решения проблем правового обеспечения содержания и воспитания детей-сирот и детей, оставшихся без попечения родителей.

Статья содержит комплексный анализ теоретических и практических вопросов, связанных с правовым регулированием отмеченных проблем. С этой целью рассмотрены исторический опыт и практика при решении данных вопросов, а также проанализирована действующая на тот момент нормативно-правовая база в сфере данного исследования.

SUMMARY

Article is devoted research of conditions and necessity of occurrence of institute of adoption in territory of Ukraine in the Austrian empire in a context of the European tendencies of development of a family law. As a result of research the basic aspects of the decision of problems of legal maintenance of the contents and education of children-orphans and children without parental support are studied.

The article contains the complex analysis of the theoretical and practical questions connected with legal regulation of noted problems. Historical experience and practice are with that end in view considered at the decision of this points in question, and also the is standard-legal base active at that point in time in sphere of the given research is analysed.

*Рекомендовано кафедрой цільного,
господарського права та процесу*

Подано 12.01.09

Т.В. Морозовська
(Національний аграрний університет)
(Науковий керівник професор В.І. Курило)

Еколого-правовий аналіз сучасної класифікації та характеристики екологічних прав громадян в Україні

Ключові слова: екологічні права громадян, екологічна політика, право на сприятливе навколишнє середовище, право на вільний доступ до інформації про стан довкілля, право на відшкодування шкоди.

З проголошенням незалежності України та початком процесу розбудови її як правової держави перед суспільством постала проблема глибинної екологічної кризи, в якій опинилася країна, і, отже, виникла необхідність пошуку шляхів вирішення цієї проблеми. Протягом тривалого часу, і цей підхід був запозичений з часів СРСР, влада сприймала екологічні заходи не як чинник стабілізації та розвитку економіки держави, а лише як перешкоду економічному та соціальному розвитку. Природно, що такий підхід не давав змоги здійснювати збалансовану політику використання і відтворення природних ресурсів, вживати заходи із забезпечення екологічної безпеки та захисту екологічних прав громадян.

У серпні 1990 р. територія України була оголошена зоною екологічного лиха. Ця заява мала лише декларативний характер, оскільки ніякого впливу на охорону довкілля, жодних процедур і пріоритетів не визначала. Так, в огляді результативності природоохоронної діяльності в Україні, яку підготував Комітет екологічної політики при Європейській економічній комісії ООН (далі – UNECE) [6], зазначалося, що ця заява не базується на добре структурованому плані дій для охорони довкілля.

Вже у 1992 р. Україна взяла участь у Конференції ООН з навколишнього середовища (Ріо-де-Жанейро), де, керуючись основними ідеями і принципами, проголо-

шеними на конференції, заявила про свій намір переходу до так званого “сталого розвитку”. Сталий розвиток – це гармонійний процес, який забезпечує збалансоване економічне сходження, збереження природно-ресурсного потенціалу, гарантує біосферний простір та екологічну безпеку з метою задоволення життєво необхідних потреб людей і суспільства в цілому.

Виходячи з рішень, ухвалених у Ріо-де-Жанейро, у серпні 1996 р. Кабінет Міністрів України затвердив “Основні напрями державної політики в галузі охорони навколишнього природного середовища, використання природних ресурсів та забезпечення екологічної безпеки”, які Верховна Рада схвалила своєю Постановою від 5 березня 1998 р. № 188/98-ВР [4]. В умовах екологічної кризи та обмеженості ресурсів для її подолання одним з ключових завдань екологічної політики було визначення самою державою власних пріоритетів. Однак, слід зазначити, що Експерти Комітету екологічної політики Європейської економічної комісії досить критично оцінили “Основні напрями державної політики в галузі охорони навколишнього природного середовища, використання природних ресурсів та забезпечення екологічної безпеки”, зауваживши, що “перелік пріоритетів і відповідних завдань є амбіційним та оптимістичним. Документ не встановлює будь-яких термінів виконання, розподілу обов’язків та не ви-

значає засобів, необхідних для досягнення такої претензійної програми. У ньому немає посилення на економічні та адміністративні умови, що домінують в Україні, а також відсутня спроба пояснити, як політичні наміри відповідають цим обставинам. Деякі з основних заходів, спрямовані на кількісні показники та терміни виконання, здаються нереальними. Більш того, ці заходи сформульовані виключно в технологічному аспекті, ігноруючи аспекти перспективності ринків, потреби в інвестиціях чи необхідності інституційних реформ” [5].

Однак, на наш погляд, незважаючи на таку критичну оцінку UNECE вищевказаного документа, затвердження його було дуже важливим кроком до становлення нової екологічної політики та розвитку екологічного законодавства України. Фактично, вперше в історії незалежної України, документ проголосив довгострокову стратегію розв’язання екологічних проблем, яка базується на створенні мотивації та умов для цього на національному, регіональному, місцевому та об’єктному рівнях, а також на поєднанні цих питань з економічними.

Саме в цей період виникають перші ґрунтовні дослідження у сфері екологічних прав громадян в Україні, дається їх класифікація. Екологічні права людини і громадянина розглядалися у працях таких вітчизняних дослідників, як М.В. Вітрук, С.О. Боголюбов, М.М. Брінчук, Н.Р. Кобецька, В.В. Костицький, С.М. Кравченко, В.Л. Мунтян, Н.І. Титова, Ю.С. Шемшученко. Питання вивчення й розвитку класифікації та аналізу певних екологічних прав громадян в українській науці екологічного права є **актуальними** і в сучасний період, тому потребує постійної уваги дослідників.

Але для здійснення нової екологічної політики незалежної держави в Україні, вже з 1991 р. виникла необхідність створення системи розвинутого екологічного законодавства. У розпочатому процесі ухвалення основних екологічних законів першочерговим стало питання розроблення комплексного Закону “Про охорону навколишнього природного середовища”, який був ухвалено Верховною Радою України

25 червня 1991 р. Саме він став правовою основою для реалізації прав громадян України у сфері охорони довкілля. Цей закон врегулював майже всі аспекти охорони природи та екологічного менеджменту, визначив чіткі цілі та механізми застосування правових норм

На цьому ж етапі розвитку екологічного законодавства було затверджено низку важливих нормативно-правових актів, зокрема Закон України “Про природно-заповідний фонд” від 16 червня 1992 р. № 2456-ХІІ, у якому вперше було передбачено дієвий механізм економічної та організаційної підтримки створення та забезпечення ефективного функціонування об’єктів природно-заповідного фонду; Закон України “Про охорону атмосферного повітря” від 16 жовтня 1992 р. № 2707-ХІІ, в якому закладено правову базу здійснення широкого комплексу заходів, спрямованих на охорону атмосферного повітря. Було затверджено також низку кодексів – Лісовий (1991), Водний (1995), Кодекс України про надра (1994), які розробляли з використанням міжнародного досвіду і які визначили законодавчу базу державного регулювання, використання та охорони даних видів природних ресурсів.

Визначною подією в екологічній політиці держави стало введення України 1995 р. до складу Ради Європи. Символічно, що саме цей рік Рада Європи оголосила “Європейським роком охорони природи”. Того самого року Президент України оголосив світовому співтовариству про закриття ЧАЕС до 2000 р. Все це дало поштовх до продовження нормотворчої діяльності. В той період були затверджені такі закони, як Закон “Про використання ядерної енергії та радіаційну безпеку” від 8 лютого 1995 р. № 39/95-ВР; “Про екологічну експертизу” від 9 лютого 1995 р. № 45/95-ВР. Але справжнім історичним гарантом встановлення статусу особи у процесі вирішення проблем захисту довкілля стало прийняття 28 червня 1996 р. Конституції України, яка містила вже принципово нові положення. Так, було проголошено, що людина, її життя і здоров’я, честь і гідність, недоторканність

і безпека визнані в Україні найвищою соціальною цінністю. Права і свободи людини та їхні гарантії визначають зміст і спрямованість діяльності держави. Держава відповідає перед людиною за свою діяльність. Утвердження й забезпечення прав і свобод людини є головним обов'язком держави (ст. 3) [3].

У відповідності зі ст. 21 Конституції України основні екологічні права відносяться до категорії невідчужуваних, непорушних прав людини як такі, що складають в теорії права категорію природних прав людини. Кваліфікуючи їх як невідчужувані, Конституція України підкреслює неможливість і неприпустимість позбавлення людини таких прав. Вони є основними суб'єктивними та природними правами, оскільки природа наділяє ними людину з моменту народження. Наведений в ст. 9 Закону України "Про охорону навколишнього природного середовища" перелік основних екологічних прав громадян України можна логічно поділити за напрямками еколого-правового спрямування на:

- **права громадян в галузі використання природних ресурсів**, до яких відноситься право здійснення загального і спеціального використання природних ресурсів, а саме: право загального та спеціального землекористування (ст. 34–36, 40, 83, 93 Земельного кодексу України), право власності на землю (ст. 80, 81, 90 Земельного кодексу України), право громадян на зміну цільового призначення земельної ділянки (ст. 20 Земельного кодексу України), право самостійно господарювати на землі, право власності на посіви й насадження сільськогосподарських та інших культур, на вироблену сільськогосподарську продукцію; право використовувати у встановленому порядку для власних потреб наявні на земельній ділянці загальнопоширені корисні копалини, торф, лісові угіддя, водні об'єкти, а також інші корисні властивості землі; право споруджувати житлові будинки, ви-

робничі та інші будівлі й споруди (ст. 95 Земельного кодексу України); право загального та спеціального лісокористування для ведення лісового господарства, для спеціального використання у встановленому порядку лісових ресурсів, користування земельними ділянками лісового фонду для потреб мисливського господарства, культурно-оздоровчих, рекреаційних, спортивних і туристичних цілей, проведення науково-дослідних робіт (ст. 9, 18, 50, 71, 75, 76 Лісового кодексу України); право здійснювати загальне та спеціальне водокористування; використовувати водні об'єкти на умовах оренди; споруджувати гідротехнічні та інші водогосподарські об'єкти, здійснювати їх реконструкцію і ремонт; передавати для використання воду іншим водокористувачам на визначених умовах (ст. 43, 47, 48 Водного кодексу України);

- **права громадян у сфері охорони навколишнього природного середовища**, що об'єктивуються правом участі в розробці та здійсненні заходів щодо охорони навколишнього природного середовища, раціонального і комплексного використання природних ресурсів в цілому та участь у розробленні й реалізації заходів щодо охорони окремих природних ресурсів, комплексів та систем зокрема;
- **права громадян, в галузі забезпечення екологічної безпеки**, що включає право на безпечне для його життя та здоров'я навколишнє природне середовище, участь в обговоренні та внесення пропозицій до проектів нормативно-правових актів, матеріалів щодо розміщення, будівництва і реконструкції об'єктів, які можуть негативно впливати на стан навколишнього природного середовища, внесення пропозицій до органів державної влади та органів місцевого самоврядування,

юридичних осіб, що беруть участь в прийнятті рішень з цих питань, право на об'єднання в громадські природоохоронні формування, право вільного доступу до інформації про стан навколишнього природного середовища (екологічна інформація) та вільне отримання, використання, поширення та зберігання такої інформації, право участі у публічних слуханнях або відкритих засіданнях з питань впливу запланованої діяльності на навколишнє природне середовище на стадіях розміщення, проектування, будівництва і реконструкції об'єктів та у проведених громадської екологічної експертизи, в тому числі, право на подання до суду позовів до державних органів, підприємств, установ, організацій і громадян про відшкодування шкоди, заподіяної їх здоров'ю та майну внаслідок негативного впливу на навколишнє природне середовище.

В інших законодавчих актах такі права конкретизовані на право на безпечні для здоров'я і життя продукти харчування, питну воду, умови праці, навчання, виховання, побуту, відпочинку й навколишнє природне середовище (ст. 4 Закону України "Про забезпечення санітарного та епідемічного благополуччя населення" від 24 лютого 1994 р.); право на захист від впливу іонізуючих випромінювань (ст. 3 Закону України "Про захист людини від впливу іонізуючих випромінювань" від 14 січня 1998 р.); право вільно перебувати в лісах, безкоштовно збирати для власного споживання дикорослі трав'яні рослини, квіти, ягоди, горіхи, інші плоди, гриби (ст. 49 Лісового кодексу України від 21 січня 1994 р.), та багато інших. Ці права також підлягають державному забезпеченню та захисту. В юридичній літературі їх класифікують як такі, що можуть бути реалізованими на галузевому рівні [1, 34].

Отже, **характеризуючи законодавчий стан екологічних права громадян в Україні, можна виділити наступні актуальні особливості.** По-перше, формування екологічних прав ґрунтується на загально-

людських, природних (невід'ємних) правах людини. По-друге, формування екологічних прав громадян перебуває в стані постійного розвитку, що зумовлено цінністю кожної людини, необхідністю постійного захисту її прав від будь-яких посягань. По-третє, складовими елементами екологічних прав громадян є відносини з приводу забезпечення екологічної безпеки, охорони навколишнього природного середовища та використання природних ресурсів.

Вважаємо цікавою думку С.Г. Грицкевича, який зазначає, що поряд з конституційними екологічними правами межує ряд інших прав, які лише частково можна віднести до екологічних, проте вони дуже важливі для людини і громадянина, оскільки розкривають деякі сторони основних екологічних прав. На його думку, ці права умовно можна поділити на три групи, що відповідають трьом власне екологічним правам [2, 12]. Отже, до групи прав, що **доповнюють право на безпечне для життя і здоров'я довкілля (сприятливе навколишнє середовище)**, входять право на життя і здоров'я, на особисту гідність, на належні безпечні і здорові умови праці, право кожного користуватися природними об'єктами власності народу України відповідно до закону. До групи прав, які **доповнюють право на вільний доступ до інформації про стан довкілля**, входять право на ознайомлення з відомостями про себе, які не є державною або іншою захищеною законом таємницею в органах державної влади, місцевого самоврядування, установах та організаціях та вільний збір, зберігання, використання і поширення інформації стосовно екології. До групи прав, що **доповнюють право на відшкодування шкоди, завданої порушенням права на безпечне для життя і здоров'я довкілля**, входять право на соціальний захист стосовно екологічно обумовлених захворювань та на оскарження в суді рішень, дій чи бездіяльності органів державної влади, місцевого самоврядування, їх посадових і службових осіб, а також захищатися від екологічних правопорушень будь-якими незабороненими законом засобами та від-

шкодування за рахунок держави чи органів місцевого самоврядування матеріальної та моральної шкоди, завданої незаконними рішеннями, діями чи бездіяльністю органів державної влади, органів місцевого самоврядування, їх посадовими і службовими особами при здійсненні ними своїх повноважень у випадках, пов'язаних з дією екологічних факторів.

У вітчизняній юридичній науці, пропонувалися різні формулювання **права на безпечне для життя і здоров'я довкілля**. На наш погляд, право на безпечне для життя і здоров'я довкілля представляє собою: по-перше, моральний принцип, виражений у нормі Конституції; по-друге, принцип побудови системи об'єктивного екологічного законодавства, а також є його найважливішою нормою; по-третє, цьому праву громадянина кореспондується обов'язок будь-якого суб'єкта утримуватися від негативного впливу на навколишнє середовище, а також вживати заходів з попередження такого впливу і ліквідації їх наслідків.

На даний період реально реалізувати й захищати право на безпечне для життя й здоров'я довкілля дуже складно, оскільки не розроблена й законодавчо не закріплена загальна, комплексна система нормативів якості довкілля, що дозволить говорити про його "безпечність" як об'єкта домагання людини.

На нашу думку, для того, щоб скористатися судовим захистом, що практично зводиться до відшкодування шкоди здоров'ю або оскарженню дій (бездіяльності) державних органів, що порушують права громадян, варто визнати тотожність права на **сприятливе** довкілля й права на **здорове** довкілля.

Юридичним критерієм "сприятливого" довкілля в чинному законодавстві є система стандартизації і нормування в галузі охорони навколишнього природного середовища, основна частина яких міститься у Законі України "Про охорону навколишнього природного середовища" від 25 червня 1991 р. № 1264-ХІІ і система санітарно-епідеміологічних вимог, встановлених Законом України "Про забезпечення санітарного

та епідемічного благополуччя населення" від 24 лютого 1994 р. № 4004-ХІІ. Основною метою нормування якості довкілля є встановлення таких гранично припустимих норм впливу людини на довкілля, які б гарантували екологічну безпеку населення й збереження генетичного фонду, а так само забезпечували раціональне використання й відтворення природних ресурсів.

В ідеалі право громадян на безпечне для здоров'я та життя довкілля — це фактично його право вимагати дотримання еколого-правових норм. У зв'язку із цим, на практиці право громадян на безпечне для життя й здоров'я довкілля уявляється у вигляді прав громадян брати участь у виробленні й виконанні екологічних рішень, одержувати інформацію про хід їхньої реалізації й про стан навколишнього середовища, звертатися в державні органи із пропозиціями, заявами й скаргами з питань навколишнього середовища, у тому числі в суд з позовами про відшкодування збитку, заподіяного порушеннями екологічного законодавства. Тому одним з важливих завдань законотворчої роботи в цій сфері є перегляд системи нормування, лімітування й стандартизації, та внесення до неї достатніх показників, за якими можна було б упевнено судити про факт порушення права на сприятливе довкілля у випадку порушення його ресурсності, стабільності тощо.

Але ж звичайно, перш за все слід розуміти, що для забезпечення екологічної безпеки суспільства й реалізації права на безпечне для здоров'я та життя довкілля необхідно передбачене Конституцією України і законом функціонування всіх державних систем, а також активність самих громадян і їхніх об'єднань. Саме держава повинна встановити чіткий механізм реалізації даного права.

Підводячи підсумки, слід зазначити, що право громадян на безпечне для життя і здоров'я довкілля може забезпечуватися тільки в разі подолання причин, які перешкоджають поліпшенню екологічної ситуації в нашій державі. Тому мають бути вжиті конкретні заходи щодо поліпшення стану забезпечення екологічних прав громадян.

Держава у своїй діяльності в екологічній сфері має керуватися насамперед принципами, які передбачають:

- пріоритет екології над економікою, тобто при оцінці та виборі варіантів господарських, техніко-технологічних та організаційних рішень перевагу потрібно віддавати кращим не лише за економічними, а найперше за екологічними критеріями показникам;
- переміщення центру ваги і відповідальності за розв'язання ресурсо-екологічних проблем на місцеві органи влади й органи самоврядування;

- жорсткий контроль за дотриманням екологічних прав громадян;
- інтеграцію екологічного й економічного підходів до розвитку і розміщення продуктивних сил держави.

В свою чергу, збереження й оздоровлення довкілля, раціональне, екологічно-безпечне та високоефективне використання всіх природних ресурсів мають стати одним із найважливіших складових чинників соціально-економічної політики держави, а забезпечення екологічних прав громадян має бути обов'язковим елементом такої політики.

Список літератури:

1. *Андрейцев В.І.* Екологічне право / В.І. Андрейцев. – К., 1996.
2. *Грицкевич С.Г.* Конституційні екологічні права людини й громадянина та їх забезпечення органами внутрішніх справ: автореф. дис... канд. юр. наук / С.Г. Грицкевич. – К., 2002.
3. Конституція України. – К.: Юрінком, 1996.
4. Офіційний портал ВРУ www.rada.gov.ua
5. Офіційний сайт Європейської економічної комісії ООН [Електронний ресурс]. – Режим доступу : www.unece.org
6. Assessment of capacity for countries of Eastern and South-Eastern Europe, Caucasus and Central Asia to produce MDG-relevant statistics ECE/CES/STAT/2008/3

РЕЗЮМЕ

Стаття посвящена актуальним вопросам становления и развития доктринальных исследований в сфере экологических прав гражданина и человека в Украине, а также их закрепления в законодательной практике; предоставлена авторская классификация экологических прав.

SUMMARY

The article is devoted to the scientific substantiation and system-defined analysis of the main conceptual problems of environment human rights in doctrinal researches and Ukrainian legislation. Besides author proposed own classification of environment human rights.

*Рекомендовано кафедрою
кримінального та адміністративного права*

Подано 10.11.08



О.Д. Сафін,
доктор психологічних наук, професор
(Академія адвокатури України)

Організація процесу реформ у законодавстві про ВІЛ і наркотики

Ключові слова: державна політика, законодавство про ВІЛ і наркотики, правова реформа.

Стан законодавства про ВІЛ і наркотики. Практику нормотворчого процесу, як і правозастосовну практику в Україні відносно ВІЛ і наркотиків сьогодні можна вважати показовою як з позиції аналізу загальних закономірностей її розвитку, так і специфіки її реалізації, тому що за темпами і масштабами розвитку епідемії Україна залишила позаду багато країн (лише за 2007 р. лікарями зафіксовано 17687 нових випадків ВІЛ-інфекції. За офіційними даними, у минулому році кожного дня у 48 осіб встановлювали ВІЛ-інфекцію). З огляду на той факт, що загальне користування споживачів ін'єкційних наркотиків (СІН) зараженими голками і шприцями (а це до 70% усіх випадків) залишається головною детермінантою епідемії ВІЛ/СНІДу, а політика уряду вкрай неефективна (22 вересня 2005 р. Верховна рада України визнала його роботу з боротьби з наркоманією незадовільною), для України дана проблема перетворилася в одну з актуальних загроз її національної безпеки [4].

Ретроспективно аналізуючи правову базу України у цій сфері, необхідно зазначити, що з моменту настання форс-мажорних обставин, з 1995 р., держава активізувала прийняття регулятивних директив, що згодом дало підстави міжнародним спостерігачам позитивно оцінити виконану роботу. З іншої ж сторони, сьогодні вітчизняна нормативно-правова база у той же час є і надлишковою, і неповною, що у

правозастосовній сфері створює живильне середовище для зловживань і корупції, а в органах охорони здоров'я і соціального захисту – ще й дезорієнтації персоналу. Оскільки ст. 7 Закону України від 19 червня 2003 р. “Про основи національної безпеки” не містить згадування про ВІЛ/СНІД як наслідок кризи системи охорони здоров'я і соціального захисту населення (загрози у соціальній і гуманітарній сферах), проблема уже переросла із сугубо юридичної у загальногромадянську [1].

Суперечливість політики щодо профілактики ВІЛ і наркоманії виражається у діаметрально протилежному ставленні до рядового СІНа з боку правоохоронних органів, з одного боку, і органів охорони здоров'я і соціальних служб, з іншого. Результат – серйозні провали у лікуванні, нагляді, профілактиці і захисті прав уразливих груп, погроза карного переслідування СІНів:

- конкретно, у лікуванні – це обмежений доступ до медпрепаратів, які можуть продовжити життя людей, що живуть із ВІЛ, особливо це стосується антиретровірусної терапії;
- у профілактиці – значна частина ВІЛ-позитивних українців, а також тих, хто має високий ризик зараження ВІЛ, не мають доступу або не контактують із системою охорони здоров'я, не знають про свій ВІЛ-статус, а також мають незначний

доступ до профілактичних і просвітительських кампаній;

- у сфері прав людини – багато українців, що постраждали від епідемії, продовжують відчувати дискримінацію;
- у правозастосовній практиці продовжує мати місце кримінальне переслідування СІНів.

Головна причина провалів – в Україні відсутній цілісна, збалансована державна політика у сфері ВІЛ і наркотиків, детермінуючі проблемні сфери законодавчого забезпечення, неефективний інструментарій правозастосування.

Проблемні сфери законодавчого забезпечення.

1. Якість, сучасність і логічність законодавства. Значна частина складових законодавства щодо ВІЛ і наркотиків недостатньо якісно розроблена на проектній стадії, що приводить до утворення внутрішніх колізій усередині самих нормативних актів. Приклад тому – п'ята за рахунком національна програма, що розроблялася різними відомствами без належної координації, внаслідок чого представляє собою набір корпоративних устремлінь, не підкріплених аналізом бюджетних витрат на основі єдиного підходу. Вона містить цілі, але не містить плану їхньої реалізації, у ній не уточнені зони відомчої відповідальності за кожною з позицій, внаслідок чого моніторинг та оцінка залишилися наданими самі собі.

2. Нові закони, вирішуючи старі, породжують нові проблеми. Наприклад, ст. 130 КК України в останній редакції дає підстави тлумачити профілактичні заходи, що вживають ЛЖВС як такі, що можуть спричиняти кримінальну відповідальність, тому що вони, нехай навіть і гіпотетично, можуть привести до інфікування інших людей [5].

3. Закони вступають у правові колізії між собою. Як результат, у сформованій ситуації поки бере гору каральний, заборонний, репресивний підхід. Так, наприклад, внаслідок того, що Закон України “Про обіг в Україні наркотичних засобів, психотроп-

них речовин, їхніх аналогів і прекурсорів” містить ряд обмежень, причому більш суворих, ніж рекомендації Конвенції ООН “Про наркотичні засоби” 1961 р., об'єктом боротьби стали не конкретні суб'єкти, а наркотичні і психотропні речовини, які широко використовуються у медичних цілях, зокрема, при лікуванні болю, анестезіології, в паліативній медицині і психіатрії [2].

4. Відомча нормотворчість нівелює благі ідеї, виражені у законі. Як правило, після прийняття закону йде розробка підзаконних актів, у яких губляться або спотворюються основні ідеї закону. Відомча нормотворчість є одним з головних гальм розвитку. Тим часом чиновник звик діяти відповідно до інструкції, що після набрання чинності того або іншого закону часто вступає у протиріччя із самим законом. Таким чином, закони не виконуються належним чином.

5. Закони не забезпечені ні організаційно, ні у фінансовому відношенні. Як результат, державна система лікування ВІЛ і наркозалежності усе ще залишається недоступною внаслідок відносно високої вартості, нерозвиненої мережі і сфери послуг. У бюджет МОЗ на ці потреби виділяється до 3% від реальних потреб. Але навіть при цьому відповідна стаття витрат фінансується лише на 60–70%.

6. У низці випадків непогані у цілому нормативно-правові акти так і не вирішують поставлених завдань, тому що неадекватно і недостатньо впроваджуються, а найчастіше й ігноруються деякими державними відомствами, оскільки прийняті під тиском лобістських “груп інтересів”, в умовах корупції. А тому вони концептуально не скоординовані і, як правило, суперечать базовим інтересам суспільства і держави. Якщо опиратися на оцінки міжнародної організації Transparency International за минулий рік, то за рівнем корупції Україна займає 118-у з 180 позицій.

7. Нестабільність нормативної бази. Звичайно, це один з неминучих наслідків тих “післяреволюційних” форсованих реформ, які проводяться в Україні. Так, ініці-

ативи МОЗ, викладені у проекті наказу “Про внесення змін у таблиці невеликих, більших і особливо більших розмірів наркотичних засобів, психотропних речовин і прекурсорів, що перебувають у незаконному обороті”, ще більше видаляють нас від середньоєвропейського порога, апіорі ведуть до різкого зростання кількості порушених кримінальних справ, до подальшої маргіналізації наркозалежних, погіршення криміногенної ситуації, зниження охоплення СНІВ програмами зниження шкоди, росту рівня ВІЛ/СНІД у їхньому середовищі і стимулюють подальше зростання корупції серед співробітників правоохоронних органів.

8. Відсутність інформативного та ефективного механізму зворотного зв'язку, тобто системи моніторингу у частині законодавства про ВІЛ і наркотики.

Актуальність організації процесу правових реформ. Правова реформа взагалі є не що інше, як створення системних передумов для того, щоб кожна із країн повністю відбулася як правова і одночасно соціально справедлива держава. Як уявляється, сьогодні в Україні потрібен не стільки моніторинг “білих плям” у законодавстві про ВІЛ і наркотики і латання дір у ньому, скільки масштабні зміни, які, внаслідок екстраординарної ситуації у цій сфері варто приймати всупереч самій логіці правової реформи в Україні. Сьогодні ми просто приречені законодавчо забезпечувати правові реформи у сфері ВІЛ і наркотиків, не чекаючи, коли відбудуться власне інституціональні реформи – судова, правоохоронних органів, а тим більше адміністративно-територіальна.

Правова реформа у сфері законодавства ВІЛ і наркотиків неминуче торкається питань системи змісту законодавства, юридичної освіти, правосвідомості населення, а також корпоративної самосвідомості юридичного співтовариства. На жаль, право ще не стало загальноприйнятою цінністю навіть для багатьох представників влади, що найчастіше вважає інтереси держави переважаючими над інтересами громадян. Тим часом офіційне проголошення і забезпечення правової реформи у вищезгаданих

сфері є прерогативою виконавчої і законодавчої влади. Вихідною точкою відліку цьому варто було б вважати прийняття відповідної Концепції державної політики, перша спроба якої відбулася наприкінці 2005 р.

Основними елементами правової реформи є питання правового забезпечення ряду найважливіших напрямків формування і функціонування сфери ВІЛ і наркотиків:

- формування об'єктивної системи національного моніторингу наркоситуації за участю представників громадських організацій, правозахисників;
- перенесення акцентів із кримінального переслідування наркозалежних за правопорушення, пов'язані із заощадженням невеликої кількості наркотичних засобів без мети збуту, тобто для власного споживання, які не скоїли інших правопорушень, на покращення доступу до лікування і реабілітації, альтернативні міри покарання. Для цього держава повинна визнати наркозалежного хворим;
- розширення доступності програм реабілітації і лікування, зменшення шкоди, у т.ч. програм замісної терапії;
- встановлення порядку регулювання медичного обігу наркотичних засобів і скасування всіх необґрунтованих обмежень для їхнього використання у лікувальній практиці, забезпечення доступності опіоїдів для лікування;
- визначення правового статусу соціальних послуг, надаваних недержавними організаціями у сфері зменшення шкоди, що уможливить одержання бюджетного фінансування на цей вид діяльності, з одного боку, і з іншого – залучення величезного ресурсу дієвої допомоги;
- усунення законодавчої неврегульованості розмежування медичної і соціальної послуги, а, отже, урегулювання ролі соціальних працівників і

недержавних організацій у рішенні проблеми ВІЛ/СНІДу;

- забезпечення конституційних прав СІНів і ЛЖВС, виключення порочної практики їх остракізму і дискримінації у суспільстві;
- координація і співробітництво з європейською політикою у цій сфері.

Основні кроки правової реформи у сфері ВІЛ і наркотиків.

1. Правова трансформація суспільства. Правова реформа повинна готуватися і проводитися комплексно, з розбивкою на етапи, обумовлені політичними циклами та економічними можливостями:

- *Забезпечення якості законопроектів.*
У багатьох країнах це питання вже давно вирішується на основі принципу відкритості (“транспарентності”): шляхом ретельного обговорення законопроектів у професійному співтоваристві і (привселюдно!) у суспільстві у цілому, потім у дискусіях (разом з незалежними юристами) у фракціях і профільних комісіях парламенту, і лише після цього на загальних парламентських дискусіях. Лише так можна звести до мінімуму можливість появи недосконалих законів і ризик подальших правових колізій. Але, ще раз підкреслимо, у витоки законодавчого процесу повинні бути саме професіонали, що мають доступ до зробленого інформаційно-аналітичного забезпечення будь-якого законопроекту і при тому на всіх стадіях його розробки.
- *Ревізія напрацьованого законодавства і його систематизація*, що дозволяє не лише врахувати нові реалії, але й відмовитися від величезної кількості вже прийнятих декларативних норм. Їхня суперечливість дає можливість для сваволі і довільного вибору, а, виходить, зловживань на місцях. На порядку денному приведення у відповідність відомчих та інших підзаконних актів, які б локалізували вузьковідомчі інтереси і виключали діаметрально протилежний підхід до

особистості рядового СІНа.

- *Продовження адаптації національного законодавства до євростандартів.* У цих умовах дуже важлива розумна інтернаціоналізація українського права. І тут вірним є орієнтир на Європу, що поступово сприймає багато цінного з континентального та з англо-американського права. Треба усвідомити головне: без побудови концепції розвитку, рецепції, координації та адаптації законодавства до євростандартів процес його розвитку швидше за все збереже риси тієї хаотичності і неорганізованості, про які велася мова вище, що буде перешкоджати успішному здійсненню реформи законодавства у сфері ВІЛ і наркотиків.
- *Просвітительська і роз'яснювальна робота*, у т.ч. і у професійному середовищі, яка б виключала факти, подібні тим, що мають місце зараз – Національна програма вимагає від МОЗ та обласних адміністрацій впровадження програм замісної терапії. Це підтверджено самим МОЗ для стаціонарних та амбулаторних призначень. Проте багато хто з медпрацівників помилково вважають, що вона заборонена національним законодавством. На жаль, і на урядовому рівні, і у свідомості політиків, і в масовій суспільній свідомості дотепер не сформовано усвідомлення реальності погрози ВІЛ і наркотиків для здоров'я української нації [6].

2. Трансформація і стабілізація системи права:

- *Розробка, публічне обговорення і прийняття цілісної і реалістичної національної стратегії щодо ВІЛ і наркотиків на рівні концептуальних законопроектів.* Одним з таких могла б стати відповідна Концепція державної політики, побудована на балансі репресивного і лікувально-профілактичного компонентів, а також не менш реалістична програма її впровадження у життя.

При цьому слід визнати, що повноцінне державне фінансування цього життєво важливого напрямку являє собою довгострокову інвестицію у процвітання країни та її соціально-економічний розвиток.

- *Забезпечення державою участі громадянства в інституціональному реформуванні.*
- *Ефективна прогностика* – запорука розвитку законодавства. Коли закони приймаються непередумано і наспіх, то відразу після їхнього прийняття виявляються діри, які починають знову ж наспіх латати. Законодавчий процес втрачає сенс, перетворюючись у паперову круговіть. Такими калейдоскопічними змінами законодавства стираються базові принципи права – його стабільність і динамізм. Так, правова доктрина і думка постійно розвиваються, тому процес нормотворчості буде мати постійний характер. У той же час не може бути стійкості і розвитку, якщо немає ефективного планування і прогнозування. А воно повинно опиратися як на об'єктивні статистичні показники, що виключають подвійне тлумачення або можливості для введення в оману фахівців і маніпулювання суспільною свідомістю, так і на не менш зроблений методичний інструментарій.

3. Реалізація твердої і стійкої системи правозастосування, що гарантує громадянам забезпечення своїх прав і свобод:

- Якщо держава офіційно визнає і закріплює у Концепції епідеміологічну загрозу національній безпеці як актуальну, а її ядром – ситуацію з ВІЛ/СНІД і наркотиками, у державному бюджеті витрати на фінансування відповідних заходів повинні стати захищеним рядком.
- *Держава повинна мати ефективну національну робочу структуру для відповіді на епідемію ВІЛ і наркотиків, яка б працювала під координацією з єдиного центра.* Здається, що такий центр координації, виходячи зі статусу проблеми з т. з.

загрози національній безпеці країни, а також з урахуванням неефективної роботи відповідних Національних координаційних рад, може і повинен бути створений не при уряді, а при РНБО.

- *Держава повинна гарантувати доступ до якісних заходів профілактики, соціальної підтримки і медичного обслуговування за доступними цінами.* Черговим кроком напрошується розробка і санкціонування державою загальнонаціональних програм обміну шприців і замісної терапії. Для цього необхідна розробка МОЗ стандартів для призначення замісної терапії і контролю за препаратами, що використовуються для неї – метадона і бупренорфина, зареєстрованих в Україні як ліки.
- *Розвиток правосвідомості влади і суспільства.* Суспільна свідомість стає правового лише після того, як у ній сформується ідея про юридичну нормативність як основу життєдіяльності та упорядкованості, що протистоїть хаосу і сваволі, ідея про невідворотність покарання за правопорушення, формальну рівність і справедливість, захист особистості, її власності від сваволі інших суб'єктів, у тому числі держави, ідея про судовий розгляд конфліктів та ін. Українська культура не мала достатньо часу для того, щоб у ній природним шляхом з'явилися лише власні правові форми і відносини. Однак якщо правові форми позбавлені міцної основи у суспільній свідомості, не виростають із неї, а лише нав'язуються ззовні державою, то вони дуже легко відриваються цією суспільною свідомістю і психологією, які надають перевагу перед правом іншим, більш зрозумілим і добре знайомим їй формам регуляції суспільних відносин: моральним, патріархально-сімейним, традиційно-побутовим, релігійним і т.п. У цьому зв'язку можна лише намітити наступний ланцюжок: від повноцінної сучасної правосвідомос-

ті юридичного співтовариства, через правосвідомість влади всіх гілок, – до масової правосвідомості. Іншого способу домогтися стійкого, безумовного, ефективного правозастосування ще не відомо. Правозастосування – сфера надзвичайно тонка і неоднозначна. Єдиний спосіб домогтися тут кардинальних змін на краще – не репресії, а саме створення широкої соціальної правосвідомості [4].

Рушійні сили і перспективи правової реформи. Правова реформа у сфері ВІЛ і наркотиків повинна здійснюватися силами не лише держави, але й широкої громадськості. Тому програма реформи повинна *бути не урядовою, а державною*. Її слід затвердити законом. У такому законі могла б знайти своє втілення концепція державної наркополітики.

Якість і терміни здійснення правової реформи будуть залежати як від фінансової,

політичної і соціальної підтримки реформаторських устремлінь, так і від підвищення авторитету державної влади, професіоналізму і моральних якостей її лідерів, розвитку правової культури суспільства. Однак якщо представники політичних та економічних еліт ще не прийшли до консенсусу після президентських виборів, якщо попереду конституційна реформа, реформи правоохоронних органів та адміністративно-територіальна, чергові вибори, то часу у виконавчої і законодавчої влади практично не залишається, щоб сформулювати відповідь, адекватну глибині і масштабам проблем у сфері ВІЛ і наркотиків – не лише прийняти якісні нормативні акти, але й організувати їхнє належне виконання. У влади практично не залишається вибору – все зазначене треба робити на марші: якщо “учора” це було робити рано, то “завтра” це робити може виявитися пізно.

Список літератури

1. Закон України “Про основи національної безпеки України” від 19.06.2003 р., № 964-IV [Електронний ресурс] // Офіційний веб-сайт Верховної Ради України. – Режим доступу : <http://gska2.Rada.gov.ua>
2. Закон України “Про обіг в Україні наркотичних засобів, психотропних речовин, їх аналогів і прекурсорів” // Відомості Верховної Ради України. – 1999. – № 36. – Ст. 317; 2001. – № 25–26. – Ст. 131; 2003. – № 27. – Ст. 209.
3. Единая Конвенция о наркотических средствах 1961 г. с изменениями, внесенными Протоколом 1972 г. – Ст. 302.
4. Концепція державної політики України щодо наркотиків та алкоголю (законопроект). Зареєстровано у Верховній Раді України 6 грудня 2005 року, № 8539 // Офіційний веб-сайт Верховної Ради України. – Режим доступу : <http://gska2.Rada.gov.ua>
5. Кримінальний кодекс України, редакція від 1.10.2001 р. // Офіційний веб-сайт Верховної Ради України. – Режим доступу : <http://gska2.Rada.gov.ua>
6. Наказ МОЗ України “Про затвердження таблиць невеликих, великих та особливо великих розмірів наркотичних засобів, психотропних речовин і прекурсорів, які знаходяться у незаконному обігу” від 1.08.2000 р., № 188. – Ст. 424.
7. Електронний ресурс. – Режим доступу : <http://www.transparency.org.ru>

РЕЗЮМЕ

Стаття посвящена проблеме реформирования государственной политики в сфере законодательства о ВИЧ и наркотиках как одной из актуальных угроз национальной безопасности Украины.

SUMMARY

The article is dedicated to the problem of reforming the state policy in the sphere of HIV and drugs as one of the actual threat to the national security of Ukraine.

Подано 15.01.09



*І.І. Сухоребрий,
аспірант
(Одеська національна юридична академія)
(Науковий керівник професор В.О. Туляков)*

Проблемні питання притягнення до кримінальної відповідальності юридичної особи за вчинення корупційних злочинів

Ключові слова: *корупція, юридична особа, суб'єкт злочину.*

В Україні стає вже традицією порушення закону підприємцями в процесі здійснення комерційної діяльності та отримання прибутків. В той же час, високий рівень корупції в нашій країні сприяє зростанню розповсюдженості випадків, коли підприємці вдаються до вчинення корупційних діянь для успішного функціонування створеної ними юридичної особи. При такій складній криміногенній ситуації особливої актуальності набуває питання визнання на законодавчому рівні юридичної особи як суб'єкта злочину. Популярність цієї ідеї обумовлена, перш за все, суспільною шкодою, що завдається їх корупційною діяльністю економіці, навколишньому середовищу, правам споживачів, працюючих громадян, суспільній безпеці, міжнародному правопорядку. І ця діяльність не обмежується лише діями керівників організацій – вона втілюється також в поведінці рядових працівників. Цивільно-правові санкції розглядаються в цьому випадку як не достатньо суворі, такі, що не відображають ступінь суспільної небезпеки скоєного.

Науковий шлях вирішення проблеми протидії корупційним діям був відображений в працях таких вчених як П.П. Андрушко, Л.В. Багрій-Шахматов, Е. Бенфілда, В.І. Борисов, Б.В. Волженкін, А.І. Долгова, Н. Гуторова, С.В. Ківалов, С. Лихова, С.В. Максимов, М.І. Мельник,

В. Навроцький, Дж. Ная, Н.А. Орловська, В.О. Туляков та ін. Проте той рівень, якого набули корупційні делікти, не тільки не дає змоги ефективно протидіяти корупційним правопорушенням, але породжує ще більше коло невирішених питань, серед яких і питання кримінальної відповідальності юридичних осіб за вчинення корупційних злочинів.

В науці кримінального права притягнення до відповідальності юридичних осіб залишається дуже дискусійним питанням, відносно якого так і не вдалося зробити однозначних висновків. Це передусім пов'язано з тим, що у вітчизняній правовій доктрині юридичні особи дуже рідко є суб'єктами будь-якого виду юридичної відповідальності. Що ж стосується кримінальної відповідальності, то такі особи суб'єктами злочину, в тому числі корупційного, українським законодавством взагалі не визнаються.

Слід зазначити, що Україною до цього часу не були виконані зобов'язання, передбачені ст. 26 Конвенції ООН проти корупції щодо встановлення відповідальності юридичних осіб за участь у корупційних злочинах. Відсутність в законодавстві такого суб'єкта відповідальності як юридична особа, на думку С.А. Денисова, "робить корупційну діяльність вигідною для компаній, що готові жертвувати окремими людьми, які

виконують корупційні дії, для отримання значних прибутків” [2, 53]. Великі компанії навіть створюють спеціальні відділи по зв’язках з органами влади, за посередництва яких підтримуються корупційні зв’язки з посадовими особами різного рівня. Але, незважаючи на це, в науковому колі існують противники встановлення кримінальної відповідальності щодо юридичної особи. Як зауважив А. Павлинов, “викликає заперечення пропозиція про введення кримінальної відповідальності юридичних осіб, яка не узгоджується з принципом особистої винної відповідальності, загальноновизнаним у доктрині кримінального права. Індивідуальна кримінальна відповідальність (найчастіше з усього, високопоставленої посадової особи) в такому випадку перетворюється в колективну” [8, 64].

Також, як зазначає Н.А. Єгорова, “крім того, що конструкція юридичної особи несе в собі елементи фікції, кваліфікація злочину юридичної особи як вчиненого посадовою особою (чи іншим службовцем) має ще одну нічим не виправдану фікцію – припущення, що юридична особа володіє ознаками службовця” [3, 25]. Тому навіть у разі введення в українському кримінальному законодавстві такого суб’єкта злочину як юридична особа, напевне виникнуть проблеми з їх притягненням до кримінальної відповідальності за службові злочини, що передбачені Розділом XVII чинного КК України, оскільки володіння ознаками посадової особи – прерогатива людської особистості. З цих же обставин вчинений юридичною особою злочин не можна буде кваліфікувати і за пунктами статей КК України, що посилюють відповідальність за вчинення злочину особою “з використанням свого службового становища”.

Відповідно до рекомендацій Конвенції про корупцію у контексті кримінального права юридичні особи повинні притягуватися до кримінальної відповідальності за дачу хабара, зловживання впливом та відмивання доходів, – вчинені на їхню користь будь-якою фізичною особою, яка діяла незалежно або як представник того чи іншого органу юридичної особи та яка обіймає

керівну посаду у цій юридичній особі, а також за залучення такої фізичної особи до вищезазначених злочинів як співучасника чи підбурювача. Взагалі не зовсім виправданим, на нашу думку, видається застосування кримінально-правових санкцій до юридичних осіб за один факт підкупу, який сам по собі, без відповідної поведінки особи, яку намагаються підкупити, не тягне не тільки ніякої шкоди, яку можливо чітко визначити, але й реальної загрози її завдання. Це особливо важливо, з урахуванням того, що в зазначеній Конвенції рекомендовано вважати злочином навіть обіцянку вигоди. Саме тому доцільність криміналізації підкупу, вчиненого юридичною особою, викликає деякі сумніви. Така криміналізація може поставити під загрозу стабільність господарчої та іншої діяльності. І це також є одним із аргументів до того, що ототожнювати юридичну особу з хабародавцем навряд чи є правильним. Крім того, у зв’язку з тим, що здійснити підкуп у будь-якій формі спроможна зробити лише фізична особа, також некоректними, на нашу думку, видаються й положення ст. 4, 5 Проекту Закону України “Про відповідальність юридичних осіб за вчинення корупційних правопорушень”, де вказується на вчинення підкупу саме юридичною особою, а тому скоєння юридичною особою підкупу доречніше сформулювати як *“надання... благ... за вчинення дій або бездіяльність в інтересах юридичної особи, що передаються або надаються службовою або іншою уповноваженою фізичною особою, які діють від імені та в інтересах юридичної особи”* [9, 2–3].

Взагалі незвичайною є новація введення такого суб’єкта відповідальності в вітчизняне законодавство також у зв’язку з тим, що інститут кримінальної відповідальності юридичних осіб є традиційним інститутом англо-американського загального права і дуже нерішуче впроваджується в канву європейського континентального кримінального права. Разом з тим, як вважає А.В. Наумов, “каменем спотикання на шляху введення інституту кримінальної відповідальності юридичних осіб є помилкове протиставлення класичного

принципу континентального європейського кримінального права про особисту відповідальність винуватої особи і вказаного принципу англо-американського кримінального права” [7, 108]. Тому протиріччя між традиційним класичним і новим інститутом кримінальної відповідальності є уявними. І правотворчий досвід тих європейських країн, які зуміли подолати його, такі як Франція в своєму Кримінальному кодексі 1992 р., переконливо доводить, що відповідальність юридичних осіб може існувати разом з принципом особистої винної відповідальності та доповнювати його.

В ЦК України юридична особа визначається через термін “організація”, під яким у науці розуміють об’єднання, що спільно реалізують програму або мету та діють на основі певних правил та процедур [13, 76]. У такому разі, здається, можна було б взагалі відмовитися від ідеї запровадження в кримінальне законодавство такого суб’єкта злочину як юридична особа та притягувати її до кримінальної відповідальності у разі вчинення корупційного злочину, як злочинну організацію. Але згідно з КК України, метою діяльності такого злочинного об’єднання є вчинення злочинів з ретельною довготривалою підготовкою або керівництво чи координація злочинної діяльності інших осіб [6, 95]. Що ж стосується юридичних осіб, то державна реєстрація є їх невід’ємною ознакою і вони набувають статусу юридичної особи лише з моменту її отримання. Дані державної реєстрації включаються до єдиного державного реєстру, до якого вносяться відомості про організаційно-правову форму юридичної особи, її найменування, місцезнаходження, мету установи, а також інші відомості [13, 84–85]. Як зазначає О.В. Бринцев, “організаційно-правова форма юридичної особи – це встановлена нормами права конструкція, що визначає форму власності, на якій заснована особа, кількість учасників, характер їх прав на майно особи, участь у складі і в діяльності особи, майнову відповідальність, взаємини учасників між собою і порядок керування особою” [1, 86]. До речі, вибір організаційної форми здійснюється

саме через механізм державної реєстрації конкретної юридичної особи. А тому ніяк не можуть бути зареєстровані юридичні особи, метою яких би було здійснення злочинної діяльності. Хіба що у разі створення фіктивних фірм. Виходячи з цього, на нашу думку, відмінність юридичної особи як суб’єкта корупційного злочину від злочинної групи чи організації, полягає перед усім в тому, що юридичні особи створюються для здійснення відповідної законної діяльності і вже в процесі отримання прибутків їх службовці можуть використовувати корупційні схеми.

Вимагає також особливого підходу вирішення питання про кримінальну відповідальність юридичної особи у зв’язку з участю її службовця у вчиненні корупційних злочинів як співучасника або підбурювача, де і може бути належним чином застосований інститут співучасті. Діяння фізичної особи (виконавця злочину) буде кваліфікуватися за відповідною статтею Особливої частини КК України, а притягнення до відповідальності посадовця юридичної особи (підбурювача), крім цього відбуватиметься ще й з посиланням на ч. 4 ст. 27 КК України. Але який злочин ставити в вину самій юридичній особі, в інтересах якої діяв її службовець (підбурювач), в тому випадку якщо виконавець не має ніякого відношення до даної організації? Якщо виконавець злочину не є службовцем тієї ж юридичної особи, чи можна скоєне розцінювати як злочин, вчинений самою цією організацією? Все-таки треба враховувати той факт, що юридична особа – це специфічний суб’єкт правопорушення і її недопустимо повністю урівнювати з людською діяльністю. Якщо визнати, що вона може виконувати об’єктивну сторону ряду злочинів, бути їх виконавцем, вона все ж не спроможна бути організатором, підбурювачем або посібником. Організація злочину, керівництво його виконанням, підкуп, погрози, обіцянка – все це сутність вчинків, властивих тільки людині. Вважаємо, що підхід, запропонований в Конвенції про корупцію у контексті кримінального права, здатний вирішити дану складу ситуацію. Так, згідно зі ст. 18

даної Конвенції юридична особа повинна бути притягнута до кримінальної відповідальності за дії свого службовця (підбурювача) за умови, що він був залучений до вчинення корупційних злочинів нею та діяв в її інтересах. У випадку, коли така фізична особа діяла в особистій якості, але в інтересах юридичної особи, то застосовується відповідне положення ч. 2 ст. 18 Конвенції про відповідальність за неналежний нагляд з боку юридичної особи. У разі, коли службовець юридичної особи діяв за власним бажанням і в особистих корисливих інтересах, кримінальна відповідальність юридичної особи повинна виключатись, а такого службовця треба притягувати до відповідальності як самостійного суб'єкта злочину.

В науковій літературі вказується на необхідність визнання юридичних осіб суб'єктами злочинів навіть за міжнародним кримінальним правом. Вчені, які обстоюють введення в законодавстві інституту кримінальної відповідальності юридичних осіб, підкреслюють, що шкода, яка завдається діяльністю юридичних осіб, значно перевищує шкоду, що може бути завдана окремою фізичною особою. Противники визнання юридичної особи як суб'єкта злочину передусім підкреслюють, що встановлення кримінальної відповідальності юридичних осіб не відповідає принципам кримінального права, тобто принципам особистої і винної відповідальності. Кримінальне право пов'язує відповідальність зі здатністю особи, яка вчинила злочин, усвідомлювати свої дії та керувати ними, якою володіють лише люди. Незважаючи на це, як вважає О.Г. Кибальник, "юридичні особи повинні бути визнанні офіційно та безумовно суб'єктом відповідальності за міжнародним кримінальним правом: таке визнання дозволить більш послідовно та ефективно реалізувати задачі міжнародного кримінального права як у міжнародній, так і в національній юрисдикції" [5, 40].

З усього вищевикладеного можна зробити висновок, що запровадження в українському законодавстві кримінальної відповідальності юридичних осіб вкрай

назріло і є безспірним фактом. Але складність цієї проблеми потребує подальших наукових розробок. Це пояснюється специфічними ознаками юридичної особи як суб'єкта злочину. Наприклад, в даному випадку як ніколи проявляється розмежування суб'єкта вчинення злочину та суб'єкта відповідальності, тому що притягуючи до відповідальності юридичну особу ми тим самим притягуємо не лише її, а у тому числі і її службовців, які не вчиняли корупційного злочину, до відповідальності за дії конкретних фізичних осіб – її керівників. Найчастіше ж під діяльністю юридичної особи маскується протиправна поведінка окремих осіб, які вчиняють корупційні дії, – представників юридичної особи, що намагаються шляхом перекладення відповідальності на юридичну особу уникнути покарання. До речі, як вважає О.Г. Кальман, "за злочини кримінальну відповідальність повинні нести конкретні фізичні службові особи, винні у вчиненні злочину. В іншому випадку до кримінальної відповідальності будуть притягуватись рядові працівники, які ніяким чином не впливали на прийняття і реалізацію протизаконних рішень керівників юридичних осіб" [4, 65–66].

Також до юридичної особи недоцільно застосовувати традиційне покарання, проте юридична особа може бути піддана всім класичним майновим санкціям, а також забороні здійснювати певну діяльність чи її обмеженні, покарання може також стосуватись репутації юридичної особи [11, 309–311]. Крім цього, однією з особливостей юридичної особи як суб'єкта злочину є більш високий рівень гарантій відшкодування завданої унаслідок вчинення корупційних злочинів шкоди у порівнянні з індивідом в силу більш високої платоспроможності та прив'язки до відповідної території. Як підкреслює Г. Хайне, корпоративні санкції повинні мати не репресивну, знищуючу, а превентивну мету, залишати можливість виправити свою поведінку в майбутньому і привести свою діяльність у відповідність із законом [12, 460].

На сьогодні окремі автори роблять висновки про те, що наразі необхідно визна-

чити у КК України підстави застосування до юридичної особи «інших кримінально-правових заходів», оскільки вони не вимагають встановлення в діях юридичної особи ознак вини, як вони визначені у КК для фізичних осіб, а достатньо лише факту вчинення протиправних дій, настання відповідних наслідків і причинного зв'язку між ними. Проте, вважаємо, що вина юридичної особи в корупційному злочині за своєю формою та змістом повинна бути рівнозначною вині відповідної посадової особи чи іншого її службовця. Інший підхід приведе до стирання різниці між формами вини. На думку Н.А. Єгорової, «спроба побудування особливої, яка буде різнитися від «людської», конструкції вини юридичної особи в скоєнні злочину може привести до об'єктивного ставлення» [3, 26]. Принцип винної відповідальності в кримінальному праві не повинен порушуватися, незалежно від зміни кола суб'єктів злочинів. Як зазначає В.П. Тихий, «у радянській літературі висвітлювалась думка, що підставою кримінальної відповідальності є не склад злочину, а вина, винуватість, особливі властивості злочинця. Ця позиція ігнорує те, що підстава кримінальної відповідальності за одні й ті самі юридично однакові діяння має бути визначена у законі і бути єдиною в усіх випадках застосування даного закону» [10, 51]. Проте остаточне вирішення питання про доцільність кримінальної відповідальності залежить не тільки від складу злочину, а й від урахування інших певних обставин справи, які не входять до складу злочину, знаходяться за його межами. У той же час ці обставини не можуть зробити злочинне діяння незлочинним і, навпаки, незлочинне – злочинним.

Як вважає М.І. Хавронюк, навіть враховуючи досвід інших держав щодо регла-

ментації кримінальної відповідальності юридичних осіб, в Україні, принаймні на даному етапі, за корупційні діяння слід встановити тільки адміністративну відповідальність юридичних осіб. Свою позицію вчений пояснює тим, що поняття «кримінальна відповідальність» у державах Західної Європи зазвичай є більш широким, ніж аналогічне поняття в Україні, і охоплює собою відповідальність як за злочини, так і за проступки, при цьому останні є аналогами передбачених законами України адміністративних правопорушень. А тому і види покарань, передбачені для юридичних осіб у законодавстві інших держав Європи, за винятком штрафів у значних розмірах, більше нагадують не кримінальні покарання, а передбачені чинним законодавством України адміністративні стягнення для юридичних осіб [12, 469–470].

Погоджуючись з думкою М.І. Хавронюка, бажано зазначити, що передбачивши адміністративну відповідальність юридичних осіб за корупційні діяння спеціальним законом, законодавець дасть змогу виявити всі недоліки при застосуванні інституту відповідальності юридичних осіб на практиці. Щодо запровадження кримінальної відповідальності юридичних осіб за корупційні злочини, то наукові розробки даної проблеми повинні бути продовжені. Вважаємо, що більш ґрунтовні дослідження, які виявляться дійсно ефективними, можна зробити при викриванні всіх вад даного суб'єкта відповідальності в інших галузях права, оскільки ті помилки, які можуть проявитися при недостатніх дослідженнях в науці кримінального права такого суб'єкта злочину як юридичні особи, можуть принести більше шкоди ніж користі у протидії корупційним злочинам в нашій державі.

Список літератури:

1. **Бринцев О.В.** Організаційно-правова форма юридичної особи: визначення поняття / О.В. Бринцев // Вісник Університету внутрішніх справ. – Вип. 12. – Ч. 1. – Харків, 2000.
2. **Денисов С.А.** Антикоррупционные нормы европейского права и проблемы их восприятия в России / С.А. Денисов // Следователь. – 2006. — № 10.

3. **Егорова Н.А.** Уголовная ответственность юридических лиц за коррупционные преступления / Н.А. Егорова // Уголовное право. – 2003. – № 2.
4. **Кальман О.Г.** Кримінально-правова політика і проблеми протидії корупції в Україні / О.Г. Кальман // Кримінально-правова політика держави: теоретичні та практичні аспекти проблеми : матеріали міжнародної наукової конференції. – ДЮІ ЛДУВС МВС України, 2006.
5. **Кибальник А.Г.** Ответственность в международном уголовном праве / А.Г. Кибальник // Уголовное право. – 2003. – № 2.
6. Кримінальний кодекс України: науково-практичний коментар / за заг. ред. М.І. Мельника, М.І. Хавронюка. – вид. 4-е переробл. та доповн. – К.: Юридична думка, 2007. – 1184 с.
7. Организованная преступность и коррупция в России (1997–1999) / [В.Н. Кудрявцев, В.В. Лунеев, А.В. Наумов] // Актуальные вопросы борьбы с преступностью в России и за рубежом – М., 2000 – № 2.
8. **Павлинов А.** Круг субъектов должностных преступлений требует уточнения / А. Павлинов // Российская юстиция. – 2001. – № 9.
9. Про відповідальність юридичних осіб за вчинення корупційних правопорушень: Проект Закону України [Електронний ресурс] / Вноситься народними депутатами України М.В. Джигою, В.М. Королем та іншими: прийнято за основу 12 грудня 2006 р. – Режим доступу : http://gska2.rada.gov.ua/pls/zweb_n/webproc4_1?id=&pf3511=30768
10. **Тихий В.** Підстава кримінальної відповідальності за новим кримінальним кодексом України / В. Тихий // Вісник Конституційного суду України. – 2002. – № 3.
11. Уголовное право зарубежных государств. Общая часть: учеб. пособ. / под ред. И.Д. Козочкина. – М.: Омега-Л, 2003. – 576 с.
12. **Хавронюк М.І.** Кримінальне законодавство України та інших держав континентальної Європи: порівняльний аналіз, проблеми гармонізації : монографія / М.І. Хавронюк. – К.: Юрис-консульт, 2006. – 1048 с.
13. Цивільний кодекс України: Науково-практичний коментар / за заг. ред. Є.О. Харитонова Видання третє, перер. і доп. – Харків: ТОВ “Одісей”, 2006 – 1200 с.

РЕЗЮМЕ

В статье автор обосновывает необходимость введения уголовной ответственности юридического лица за совершение коррупционных действий. Рассматриваются особенности юридического лица, как субъекта преступлений.

SUMMARY

Urgency of problem of criminal responsibility of legal entities is conditioned, before everything, by public harm which is inflicted them by corruption activity. A basic task the article was a decision of features of legal entity as a subject of corruption crimes for their account at introduction of this institute of legal responsibility in the Ukrainian criminal legislation.

*Рекомендовано кафедрою кримінального процесу
та криміналістики*

Подано 03.02.09



*П.В. Хряпінський,
кандидат юридичних наук, доцент
(Запорізький національний університет)*

Гуманізація звільнення неповнолітніх від призначеного покарання та його відбування

Ключові слова: кримінальне покарання, неповнолітні, звільнення від покарання.

Постановка проблеми. Послідовна реалізація принципів економії кримінальної репресії, соціальної справедливості та гуманізму зумовлює особливе, привілейоване положення осіб, які вчинили злочини у віці до 18-ти років, щодо звільнення від покарання та його відбування, іншого пом'якшення кримінально-правового обтяження. Існуюче привілейоване положення неповнолітніх багато в чому зумовлено міжнародно-правовими актами, якими проголошується гуманістичний принцип "Людство повинно дати дітям усе найкраще з того, що у нього є" [4]. Нещодавно Указом Президента України від 8 квітня 2008 р. затверджено Концепцію реформування кримінальної юстиції України, де визначені зміст та напрями реформування системи кримінальної юстиції, а саме: гуманізація кримінального законодавства; удосконалення кримінальних процесуальних норм і суміжного законодавства, в тому числі з урахуванням світового досвіду; перебудова організаційно-функціональної структури кримінальної юстиції відповідно до норм реформованого законодавства; реформування процедури досудового розслідування; реорганізація системи органів досудового розслідування, функціональне відмежування їхньої діяльності від діяльності розвідувальних і контррозвідувальних органів; забезпечення ефективності кримінального судочинства; посилення

захисту прав та інтересів потерпілих, гарантоване відшкодування завданої злочинном шкоди; створення умов для гуманізації сфери виконання кримінальних покарань; розвиток інституту пробації та розширення застосування відновних процедур і примирення [8].

Стан досліджень. Проблемам призначення кримінального покарання неповнолітнім особам, звільненню цих засуджених від покарання та його відбування присвятили свої дослідження Ю. Баулін, І. Богатирьов, В. Бурдін, О. Вінгловська, Л. Волинець, Л. Головка, Т. Денисова, Ю. Заросинський, Л. Кривоченко, В. Маляренко, С. Міщенко, А. Степанюк, В. Трубников, Н. Юзікова та інші. В той же час, досліджень звільнення неповнолітніх від покарання та його відбування бракує, потребують переосмислення передумови, підстави та умови застосування окремих різновидів кримінально-правового заохочення, а норми Кримінального кодексу України (далі – КК) про звільнення неповнолітніх від призначеного покарання та його відбування подальшої гуманізації [10, 4].

За таким, **метою** цієї статті є дослідження інституту звільнення неповнолітніх від призначеного покарання та його відбування, пошук шляхів підвищення його ефективності, послідовна реалізація принципів гуманізму та економії кримінальної репресії щодо неповнолітніх.

Виклад основних положень.

Кримінально-правове заохочення позитивної пенітенціарної поведінки неповнолітніх при призначенні та відбуванні покарання здійснюється шляхом: а) звільнення від покарання без його призначення з застосуванням примусових заходів виховного характеру (ст. 105 КК), б) звільнення від покарання з його призначенням з випробуванням (ст. 104 КК), в) умовно-дострокового звільнення від відбування призначеного покарання (ст. 107 КК). Статистичні дані свідчать про збереження тенденції до зменшення кількості засуджених неповнолітніх осіб. Так, у I півріччі 2008 р. за вчинення злочинів у неповнолітньому віці засуджено 5,1 тис. осіб, що на 15,5% менше; їх частка в числі всіх засуджених становить 7,3% (7,7% – у I півріччі 2007 р.). Із них майже дві третини, або 3,2 тис. осіб – за тяжкі та особливо тяжкі злочини. У віці з 14 до 16 років вчинили злочин 1,2 тис. підлітків, що на 17% менше, або 24,5% (24,9%) від числа засуджених неповнолітніх. До позбавлення волі на певний строк засуджено понад 1 тис. осіб, що на 18,3% менше, або 20,3% (21%) від кількості засуджених, які вчинили злочини у неповнолітньому віці. Також на 16,4% зменшилася кількість осіб, яким призначено громадські роботи. Звільнено від покарання з випробуванням 3,5 тис. неповнолітніх, що на 17,2% менше, або 69,7% (71,1%). Стосовно 992 осіб справи закрито із застосуванням примусових заходів виховного характеру, що також на 14,5% менше [1].

Специфіка зазначених різновидів заохочувальних кримінально-правових норм полягає, по-перше, у тому, що застосовуються до неповнолітнього у період призначення та відбування кримінального покарання; по-друге, спрямовані на досягнення цілей покарання виправлення неповнолітніх засуджених, а також запобігання вчиненню нових злочинів як неповнолітніми, так і іншими особами (ч. 2 ст. 50 КК); по-третє, розповсюджуються на правомірну, соціально-корисну поведінку всіх неповнолітніх, починаючи з моменту розгляду справу в суді, призначення пока-

рання та поширюються на певний період його відбування; по-четверте, передбачають зміну правового статусу неповнолітнього, що безпосередньо віддзеркалюється у вирокі чи постанові (ухвалі) суду. Законодавець ставить позитивну пенітенціарну поведінку неповнолітнього засудженого у пряму залежність із можливістю повного зняття кримінально-правового обтяження. Звільнення від призначеного покарання, на відміну від звільнення від кримінальної відповідальності (ст. 97 КК), застосовується тільки до вже засуджених осіб.

У відповідності до ч. 1 ст. 105 КК “неповнолітній, який вчинив злочин невеликої або середньої тяжкості, може бути звільнений судом від покарання, якщо буде визнано, що внаслідок щирого розкаяння та подальшої бездоганної поведінки він на момент постановлення вироку не потребує застосування покарання”. Деякі криміналісти вважають, що це свідчить про відпадіння суспільної небезпечності особи на момент постановлення вироку, яка не потребує застосування реального покарання [3, 77]. Такий погляд є суперечливим, оскільки про повне відпадіння суспільної безпеки та, відповідно, виправлення неповнолітнього, що вчинив злочин, йдеться виключно при безумовному звільненні від кримінального покарання без застосування будь-яких інших заходів примусу. У КК такого звільнення для неповнолітніх не передбачено. Навіть у ст. 107 КК, де невідбута частина покарання для звільненого неповнолітнього виступає своєрідним випробувальним терміном, за умовами якого неповнолітній повинен дотримуватися законослухняної поведінки та не вчинювати нових злочинів, у разі вчинення неповнолітнім протягом невідбутої частини покарання нового злочину, суд призначає йому покарання за правилами, передбаченими у ст. 71 і 72 КК. На користь такого підходу свідчить і ч. 4 ст. 74 КК, в якій зазначено: “Особа, яка вчинила злочин невеликої або середньої тяжкості, може бути за вирокі суду звільнена від покарання, якщо буде визнано, що з урахуванням бездоганної поведінки і сумлінного ставлення до праці цю особу на час

розгляду справи в суді не можна вважати суспільно небезпечною”.

Передумовою досліджуваного звільнення від покарання неповнолітнього є вчинення ним у віці до 18 років злочину невеликої або середньої тяжкості. Підставами звільнення від покарання є сукупність двох обставин: а) щире розкаяння та б) бездоганна поведінка неповнолітнього в період після вчинення злочину і до винесення вироку. За наявності цих підстав суд виносить обвинувальний вирок без призначення покарання, оскільки приходить до висновку про недоцільність у даному випадку застосування покарання. Умовність звільнення від покарання дає підстави для твердження, що подальша позитивна пенітенціарна поведінка неповнолітнього має підтвердити ґрунтовність і правильність звільнення від покарання. Імперативним є застосування до неповнолітнього примусових заходів виховного характеру: 1) застереження; 2) обмеження дозвілля і встановлення особливих вимог до поведінки неповнолітнього; 3) передача неповнолітнього під нагляд батьків або осіб, які їх замінюють, чи під нагляд педагогічного або трудового колективу за його згодою, а також окремих громадян на їхнє прохання; 4) покладення на неповнолітнього, який досяг п'ятнадцятирічного віку і має майно, кошти або заробіток, обов'язку відшкодування заподіяних майнових збитків; 5) направлення неповнолітнього до спеціальної навчально-виховної установи для дітей і підлітків до його виправлення, але на строк, що не перевищує трьох років. Обвинувальний вирок суду щодо неповнолітніх завжди пов'язаний із державним осудом вчиненого злочину і не залежить від виду обраного судом примусового заходу виховного впливу. Так, в п. 5 постанови Пленуму Верховного Суду України від 15 травня 2006 р. № 2 “Про практику розгляду судами справ про застосування примусових заходів виховного характеру” наголошується, що застереження (п. 1 ч. 2 ст. 105 КК), яке є одним із найм'якіших заходів виховного характеру, може бути зроблене шляхом роз'яснення судом неповнолітньо-

му наслідків його дій – шкоди, завданої охоронюваним законом правам особи (осіб), інтересам суспільства або держави, – та оголошення неповнолітньому осуду за ці дії, а також попередження про більш суворі правові наслідки, які можуть настати в разі продовження ним протиправної поведінки чи вчинення нового злочину [9].

Звертає увагу певна неузгодженість застосування примусових заходів виховного характеру у Кримінальному та Кримінально-процесуальному кодексах (далі – КПК). Так, в ч. 1 ст. 105 КК підставою застосування примусових заходів визначено, що неповнолітній “не потребує застосування покарання”, а в ч. 1 ст. 447 КПК йдеться вже про “можливість виправлення неповнолітнього без застосування кримінального покарання”. Крім того, згідно з ч. 3 ст. 105 КК до неповнолітнього може бути застосовано кілька примусових заходів виховного характеру, передбачених у ч. 2 цієї статті. В той же час згідно з ч. 1 ст. 447 КПК суд вирішує питання про застосування до неповнолітнього одного з примусових заходів виховного характеру.

В ч. 1 ст. 447 КПК вказується, що коли суд при розгляді кримінальної справи, що надійшла з обвинувальним висновком, прийде до висновку про можливість виправлення неповнолітнього, який вчинив злочин невеликої або середньої тяжкості, без застосування кримінального покарання, він виносить ухвалу, а суддя постанову про закриття кримінальної справи і вирішує питання про застосування до неповнолітнього одного з примусових заходів виховного характеру, передбачених ч. 2 ст. 105 КК. З метою здійснення контролю за виконанням рішення про застосування примусового заходу виховного характеру суд своєчасно інформує про це рішення уповноважених осіб служби у справах неповнолітніх та кримінальної міліції у справах неповнолітніх. Правники ж розійшлися у поглядах на те, який вигляд повинно мати процесуальне рішення суду – обвинувального вироку із звільненням від покарання і застосуванням примусових заходів виховного характеру [6, 442] чи постанови (ухвали) про закрит-

тя кримінальної справи і застосування до неповнолітнього примусових заходів виховного характеру [5, 881]. На наш погляд, слід підтримати пропозиції, що лунають у кримінально-правовій літературі щодо необхідності постановки обвинувального вироку, яким особа звільняється від покарання внаслідок застосування до неї примусових заходів виховного характеру, тим більше, що справа вже надійшла до суду із обвинувальним висновком, та внесення відповідних змін до кримінально-процесуального законодавства [12, 15].

Суттєвою вадою ст. 105 КК є відсутність правових наслідків у разі ухилення неповнолітнього, який був звільнений від покарання із застосуванням примусових заходів виховного характеру, від їх застосування. Тому доцільним було б доповнення цієї норми приписом наступного змісту: *“У разі вчинення неповнолітнім, до якого застосовані примусові заходи виховного характеру, нового злочину або ухилення від їх застосування, такі заходи скасовуються і він притягається до кримінальної відповідальності на підставах, визначених цим Кодексом”*.

Привілейованою є заохочувальна норма про звільнення неповнолітніх від відбування покарання з випробуванням (ст. 104 КК). Закон не встановлює жодних обмежень до передумов застосування звільнення із випробуванням до неповнолітніх, крім засудження до арешту або позбавлення волі. Також вдвічі скорочує термін іспитового строку – від двох до одного року. Слід вважати, що підстава застосування звільнення із випробуванням щодо неповнолітніх знаходиться у ч. 1 ст. 75 КК та полягає у висновку суду про можливість виправлення засудженого без відбування покарання з *“врахуванням тяжкості злочину, особи винного та інших обставин справи”*. На наш погляд, механічне перенесення підстави звільнення із випробуванням до неповнолітніх є невиправданим. Тим більше, що досить високо *“підіймає планку”* підстава звільнення від покарання із застосуванням примусових заходів виховного характеру – *“якщо неповнолітній внаслідок широкого*

розкаяння та подальшої бездоганної поведінки на момент постановлення вироку не потребує застосування покарання” (ч. 1 ст. 105 КК). Принцип системності заохочення соціально-корисної поведінки, як здається, крім іншого, повинен передбачити деяку ієрархію в системі заохочення – від максимального до мінімального обмеження кримінально-правового обтяження. Априорі у цій системі на першому місці знаходиться звільнення від покарання із застосуванням примусових заходів виховного характеру (ст. 105 КК), середину опановує звільнення їх від відбування покарання з випробуванням (ст. 104 КК) і мінімальний рівень заохочення має умовно-дострокового звільнення від відбування призначеного покарання (ст. 107 КК).

Співставлення і аналіз звільнення неповнолітніх від відбування покарання з випробуванням (ст. 104 КК) і звільнення неповнолітніх від покарання із застосуванням примусових заходів виховного характеру (ст. 105 КК) свідчить про їх значні відмінності: 1) при звільненні неповнолітнього від відбування покарання з випробуванням здійснюється осуд його поведінки у обвинувальному вироку суду і засудження до арешту або позбавлення волі, тоді як при звільненні неповнолітнього від покарання із застосуванням примусових заходів виховного характеру, коли суд при розгляді кримінальної справи, що надійшла з обвинувальним висновком, прийде до висновку про можливість виправлення неповнолітнього, який вчинив злочин невеликої або середньої тяжкості, без застосування кримінального покарання, він виносить ухвалу, а суддя постанову про закриття кримінальної справи і вирішує питання про застосування до неповнолітнього одного з примусових заходів виховного характеру, передбачених ч. 2 ст. 105 КК (ч. 1 ст. 447 КПК); 2) при звільненні неповнолітнього від відбування покарання з випробуванням можуть бути застосовані додаткові покарання у виді штрафу та позбавлення права обіймати певні посади або займатися певною діяльністю, тоді як при звільненні неповнолітнього від покарання із застосу-

ванням примусових заходів виховного характеру взагалі не призначається будь-яке покарання; 3) звільнення неповнолітнього від відбування покарання з випробуванням можливе за вчинення будь-якого злочину, тоді як звільнення неповнолітнього від покарання із застосуванням примусових заходів виховного характеру тільки за вчинення злочинів невеликої або середньої тяжкості; 4) підставою звільнення неповнолітнього від відбування покарання з випробуванням є висновок суду про можливість виправлення засудженого без відбування покарання з врахуванням тяжкості злочину, особи винного та інших обставин справи, тоді як підставою звільнення неповнолітнього від покарання із застосуванням примусових заходів виховного характеру виступає відпадиння потреби у застосуванні покарання на момент постановлення вироку внаслідок щирого розкаяння та подальшої бездоганної поведінки неповнолітнього; 5) звільнення неповнолітнього від відбування покарання з випробуванням передбачає встановлення іспитового строку (ч. 3 ст. 104 КК) і покладання на засудженого певних обов'язків (ч. 1 ст. 76 КК), тоді як звільнення неповнолітнього від покарання із застосуванням примусових заходів виховного характеру не передбачає іспитових строків, а до неповнолітнього суд застосовує примусові заходи виховного характеру (ч. 2 ст. 105 КК). До неповнолітнього може бути застосовано кілька примусових заходів виховного характеру, тривалість заходів виховного характеру, передбачених у п. 2 і 3 ч. 2 ст. 105 КК, встановлюється судом, який їх призначає; 6) і найсуттєвіше – звільнення неповнолітнього від відбування покарання з випробуванням є умовним, тільки після закінчення іспитового строку засуджений, який виконав покладені на нього обов'язки та не вчинив нового злочину, звільняється судом від призначеного йому покарання (ч. 1 ст. 78 КК), тоді як звільнення неповнолітнього від покарання із застосуванням примусових заходів виховного характеру є остаточним, в законі навіть не передбачені правові наслідки порушення (невиконання або неналежного виконання) неповнолітнім

примусових заходів виховного характеру. В п. 26 постанови Пленуму Верховного Суду України № 2 від 15 травня 2006 р. “Про практику розгляду судами справ про застосування примусових заходів виховного характеру” звертається увага, що для запобігання протиправній поведінці неповнолітніх, забезпечення вчасного втручання з метою її коригування та виправлення таких осіб органи та служби у справах неповнолітніх повинні здійснювати соціальний патронаж не тільки тих сімей, у яких є неповнолітні, схильні до такої поведінки, а й сімей, що належать до групи ризику [9]. Проведений аналіз передумов, підстав та правових наслідків, беззаперечно свідчать, що більш сприятливим для неповнолітніх є звільнення неповнолітнього від покарання із застосуванням примусових заходів виховного характеру (ст. 105 КК).

Непоследовною виглядає відсутність самостійної підстави звільнення від відбування покарання з випробуванням неповнолітніх. Врахування “тяжкості злочину, особи винного та інших обставин справи” не можуть навіть претендувати на роль підстави звільнення, оскільки вони вже один раз брали участь у призначенні кримінального покарання неповнолітньому у вигляді арешту або позбавлення волі. Згідно ч. 1 ст. 103 КК при призначенні покарання неповнолітньому суд, крім обставин, передбачених у статтях 65-67 цього Кодексу, враховує умови його життя та виховання, вплив дорослих, рівень розвитку та інші особливості особи неповнолітнього та призначає покарання: 1) у межах, установлених у санкції статті (санкції частини статті) Особливої частини цього Кодексу, що передбачає відповідальність за вчинений злочин; 2) відповідно до положень Загальної частини цього Кодексу; 3) враховуючи ступінь тяжкості вчиненого злочину, особу винного та обставини, що пом'якшують та обтяжують покарання (ч. 1 ст. 65 КК).

Невизначеність підстав звільнення від відбування покарання з випробуванням неповнолітніх не сприяє його ефективному застосуванню. Дослідники розглядають цей різновид заохочення як проміжний стан між

звільненням від покарання і його реальним застосуванням “умовність”, на думку В. Ломако, у даному випадку обмежує репресивний вплив призначеного покарання, натомість створює лише перспективу його незастосування в заключній фазі реалізації умовного засудження, тоді як реальне застосування судом цього покарання можливе в будь-який момент виправного строку, якщо засуджений порушить пред’явлені до нього вимоги. Таким чином, у самому законі вказується, що наявними є особливі умови застосування покарання, найсуттєвішим елементом яких є обмеження репресивності призначеної міри покарання [7, 20]. Підставами звільнення від відбування покарання з випробуванням необхідно вказати: а) повне визнання своє вини; б) щире розкаяння у вчиненому злочині; в) позитивне ставлення до покладених обов’язків і готовність їх виконати. Редакційно запропонована підстава звільнення від відбування покарання з випробуванням могла знайти своє закріплення у ч. 2 ст. 104 КК у наступному вигляді: *“2. Звільнення від відбування покарання з випробуванням може бути застосоване до неповнолітнього у разі його засудження до арешту або позбавлення волі, якщо суд дійде висновку про можливість виправлення засудженого без відбування покарання внаслідок повного визнання своєї вини, щирого розкаяння, позитивного ставлення до покладених обов’язків і їх виконання”*.

На стимулювання позитивної пенітенціарної поведінки неповнолітніх спрямований заохочувальний припис, що передбачений ст. 107 КК та полягає в умовно-достроковому звільненні від відбування покарання неповнолітніх. У порівнянні зі строками умовно-дострокового звільнення повнолітніх засуджених вони знижені майже на третину строку фактично відбутого покарання (ч. 3 ст. 107 і ч. 3 ст. 81 КК). Не логічною, на наш погляд, є відмова законодавця від покарання у вигляді виправних робіт, як передумови умовно-дострокового звільнення неповнолітніх. Не дивлячись на те, що виправні роботи можуть бути призначені неповнолітньому в віці від 16 до 18 років за місцем роботи

на строк від двох місяців до одного року, а із заробітку неповнолітнього, засудженого до виправних робіт, здійснюється відрахування в доход держави в розмірі, встановленому вироком суду, в межах від п’яти до десяти відсотків, все ж таке становище слід визнати таким, що погіршує положення неповнолітніх проти дорослих засуджених, що є неприродним.

Також звернемо увагу на те, що в ч. 4 ст. 107 КК є вказівка про незастосування заміни невідбутої частини покарання більш м’яким покаранням до неповнолітніх. Зазначене обмеження виглядає невинуватим. Тому відповідало б принципам гуманізму, економії кримінальної репресії та привілейованому положенню неповнолітнього в сфері кримінально-правового регулювання часткове повернення до положень ст. 52 КК України 1960 р. “Умовно-дострокове звільнення від покарання і заміна покарання більш м’яким”, яка поширювала свою дію і на неповнолітніх та передбачала можливість заміни покарання, що відбувається, більш м’яким. Заміна має застосовуватись при відбуванні неповнолітніми призначених покарань у вигляді позбавлення волі на певний строк, арешту, виправних робіт (ч. 1 ст. 98 КК). Запровадження заміни покарання більш м’яким до неповнолітніх утворить новий, додатковий стимул для неповнолітніх засуджених довести своє виправлення шляхом сумлінної поведінки, ставлення до праці і навчання в процесі відбуття будь-якого кримінального покарання і особливо тих, що не пов’язані з ізоляцією неповнолітнього від суспільства [2, 22].

Таким чином, приходимо до **висновку**, що звільнення неповнолітніх від кримінального покарання та його відбування віддзеркалює привілейований правовий стан осіб, які вчинили злочин до 18-річного віку, у кримінальному законодавстві. Натомість величезний потенціал кримінально-правових засобів стимулювання виправлення неповнолітніх, формування у них стійкої законослухняної поведінки та ціннісної установки “невчинення нових злочинів” використовується не повністю

[11, 55–56]. Сучасна модель заохочувальної норми у кримінальному законодавстві повинна мати чітку спрямованість на конкретну соціально-корисну поведінку неповнолітнього в посткримінальний, пенітенціарний період.

Напрямами **подальших наукових розробок** заохочення неповнолітніх до

позитивної пенітенціарної поведінки вбачаємо гуманізацію та вдосконалення кримінально-правових та кримінально-виконавчих засобів заохочувального впливу на неповнолітніх засуджених, що мають узгоджуватись із високими міжнародно-правовими стандартами.

Список літератури:

1. Аналіз роботи судів загальної юрисдикції у I півріччі 2008 р. (за даними судової статистики) [Електронний ресурс] // Інформаційний сервер Верховного Суду України. – Режим доступу : <http://www.scourt.gov.ua/clients/vs.nsf/0/8751F9D3F3F52C90C2257524004AEF84?OpenDocument&CollapseView&RestrictToCategory=8751F9D3F3F52C90C2257524004AEF84&Count=500&/>
2. **Богатирьов І.** Методологія впровадження кримінальних покарань, альтернативних позбавленню волі / І. Богатирьов // Право України. – 2004. – № 7.
3. **Виттенберг Г.Б.** Совершенствование законодательства о наказании / Г.Б. Виттенберг // Советское государство и право. – 1980. – № 6.
4. Декларація прав дитини 1959 р.; Конвенція про права дитини 1989 р. [Електронний ресурс] // Офіційне інтернет-представництво Президента України. – Режим доступу : <http://www.president.gov.ua/content/convention.html>
5. Кримінально-процесуальний кодекс України: науково-практичний коментар / за заг. ред. В.Т. Маляренка, В.Г. Гончаренка. – вид. 4-те, переробл. та доповн. – К.: Юрисконсульт, 2008. – 1000 с.
6. Кримінальне право України. Загальна частина: Підручник / М.І. Бажанов, Ю.В. Баулін, В.І. Борисов [та ін.] ; за ред. М.І. Бажанова, В.В. Сташиса, В.Я. Тація. – 2-е вид., перероб. і доп. – К.: Юрінком Інтер, 2004. – 480 с.
7. **Ломако В.А.** Применение условного осуждения: Монография / В.А. Ломако. – Харьков: Изд-во при ХГУ ИО “Вища школа”, 1976. – 126 с.
8. Про затвердження Концепції реформування кримінальної юстиції України: Указ Президента України від 8 квітня 2008 р. № 311/2008 [Електронний ресурс] // Офіційне інтернет-представництво Президента України. – Режим доступу : <http://www.president.gov.ua/documents/7703.html>
9. Про практику розгляду судами справ про застосування примусових заходів виховного характеру: Постанова Пленуму Верховного Суду України від 15 травня 2006 р. № 2 [Електронний ресурс] // Інформаційний сервер Верховного Суду України. – Режим доступу : <http://www.scourt.gov.ua/clients/vs.nsf/0/8A2490A7B4C6922DC2256C9600459572?OpenDocument&CollapseView&RestrictToCategory=8A2490A7B4C6922DC2256C9600459572&Count=500&/>
10. **Сташис В.** Новий Кримінальний кодекс України / В. Сташис, В. Тацій // Право України. – 2001. – № 7.
11. **Хряпінський П.В.** Позитивна кримінальна відповідальність (зміст, форми та реалізація): науковий нарис / П.В. Хряпінський. – Запоріжжя: ЗНУ, ТОВ “КСК-Альянс”, 2008. – 115 с.
12. **Ямкова О.О.** Примусові заходи виховного характеру: правова природа і види: автореф. дис... канд. юрид. наук: спец. 12.00.08 / О.О. Ямкова. – Одес. націон. юрид. академія. – Одеса, 2004. – 20 с.

РЕЗЮМЕ

В статье автор рассматривает современные проблемы гуманизации освобождения несовершеннолетних от назначенного им уголовного наказания и его отбывания.

SUMMARY

The author dwells upon contemporary problems of depriving teenages from sentenced to them criminal punishment.

*Рекомендовано кафедрою
кримінального процесу та криміналістики*

Подано 02.03.09



О.М. Книш

(Волинський національний університет
імені Лесі Українки)

Зарубіжний досвід віктимологічної профілактики насильницької злочинності неповнолітніх

Ключові слова: віктимологічна профілактика, насильницька злочинність неповнолітніх, віктимологічні програми, використання досвіду.

Як самостійний науковий напрям, віктимологія загалом і віктимологічна профілактика насильницької злочинності зокрема, сформувалась в 40-х роках минулого століття. Німецький вчений Г. Гентіг у 1948 р. видав книгу “Злочинець і його жертва”, в якій, за твердженням деяких науковців, започаткував нову галузь у кримінологічній науці – віктимологію, розробивши вчення про жертву злочину з такою повнотою, що наступні дослідники не могли обійтися без його основоположних ідей стосовно ув’язання поняття відношення “жертва – злочинець”.

У країнах Європи і США значна увага приділяється питанню віктимологічної профілактики злочинності і проблемам, пов’язаним з жертвами від злочинних посягань, і насильницького характеру насамперед, у т. ч. і насильницьких посягань, вчинених неповнолітніми, яка визнана і є сферою державного регулювання, але для такого стану речей був потрібен певний час.

В західній кримінальній віктимології умовно можна виділити два основних напрями: так званий академічний, який зосереджує свою увагу на аналізі теоретичних аспектів сучасної віктимології, і другий – прикладний, що розробляє проблеми звищення ефективності діючого законодавства щодо захисту прав жертв злочинів та зловживанням владою, ефективності програм попередження насилля у сім’ї,

програм допомоги жертвам зґвалтування та ін. [10, 95–96].

Перший міжнародний симпозіум із проблем віктимології був проведений в Єрусалимі (1973 р.), де в основному йшла дискусія про понятійний апарат віктимологічної науки. Аналізувалися такі терміни як “віктимологія”, “жертва злочину”, “відносини між злочинцем і жертвою”. Гостро ставилося питання про те, яку ж позицію повинне займати суспільство по відношенню до потерпілого – “жертви злочину”. У тому ж році у м. Мюнстері (Німеччина) було створено віктимологічне товариство, яке провело низку симпозіумів та конгресів. У серпні 1997 р. у роботі IX Амстердамського конгресу вперше взяла участь українські кримінологи [6, 122]. Проблеми захисту прав жертв злочинців і стосовно злочинів, вчинених неповнолітніми дістали відповідне схвалення ООН, Генеральна Асамблея якої 29 листопада 1985 року затвердила Декларацію головних принципів правосуддя для захисту жертв злочинів і зловживань владою. Були визначені головні напрями підтримки потерпілих, а саме: а) впровадження у національне законодавство держав – членів ООН міжнародних стандартів, доступу потерпілих до системи правосуддя та державної підтримки; б) кримінально-правова реституція жертвам з державних і недержавних фондів; в) надання необхідної матеріальної, медичної, психологічної та соціальної допомоги

з урядових, добровільних громадських та місцевих джерел [5, 124; 8].

У м. Белладжо (Італія) в 1975 р. відбувся Міжнародний семінар з віктимології, на якому поряд з методами віктимологічних досліджень дискутувались і практичні проблеми, зокрема, становища потерпілого в ході кримінального судочинства і поведіння з ним. Наступний міжнародний симпозіум із проблем віктимології відкрився в 1976 р. у Бостоні (США). На ньому, крім проблем порівняльних віктимологічних досліджень, зачіпалися і практичні аспекти, що стосуються того, чи є потерпілий об'єктом віктимологічної профілактики і чи слід йому відігравати активну роль у кримінальному процесі.

Межі віктимологічних досліджень усе більше розширюються, з'являються нові аспекти, які стосуються проблем жертв злочинів. Це призвело до того, що на четвертому Міжнародному симпозіумі, який проходив у Токіо (1982 р.), виникло питання про надмірне підкреслення прав потерпілого, що у свою чергу може обмежити кримінально-процесуальні права обвинуваченого, і особливо неповнолітнього обвинуваченого. На ньому ж були представлені перші результати застосування закону про відшкодування збитків жертвам насильницьких злочинів.

Багато питань, пов'язаних з потерпілими від злочинних зазіхань, знайшли своє відображення в прийнятті відповідних законів. Так, наприклад з 1972 р. в Австрії діє Федеральний закон про надання допомоги жертвам злочинів, у ФРН з 1976 р. набрав чинності закон про відшкодування збитку жертвам насильницьких злочинів. У багатьох країнах виникли об'єднання на підтримку жертв злочинності, так зване "Біле кільце". У США був виданий Федеральний закон про кримінально-правовий захист жертв і свідків злочинів (1982 р.), відповідно до якого потерпілому, що виступає як свідок в кримінальному процесі, забезпечується судовий захист. Відшкодування матеріального збитку злочинцем стає самостійним видом кримінально-правових санкцій. Особа, що відбуває покарання, не має права одержувати користь зі свого

злочину шляхом публікації відомостей про нього, оскільки це знову нанесло би збиток інтересам потерпілого [11, 349].

Значна діяльність із захисту прав людини проводиться Радою Європи, у межах якої прийнято біля 150 конвенцій, що регламентують проблеми захисту прав людини і пряме чи непряме обмеження віктимізації. Так, у Страсбурзі Рада міністрів Ради Європи прийняла Європейську конвенцію "Про відшкодування збитків жертвам насильницьких злочинів з боку держави і міжнародного співробітництва в цій галузі країн – членів Європейської Ради" (1983 р.), згідно з якою передбачено відшкодування збитку, який повинен виплачуватись певній категорії потерпілих, а саме: а) особам, яким у результаті навмисних дій була нанесена серйозна утрата фізичного чи психічного стану здоров'я; б) особам, що знаходилися на утриманні загиблих внаслідок такого злочину. Особливо відзначається, що відшкодування збитку може бути зменшене чи скасоване з урахуванням поведінки жертви до, під час чи після злочину [9, 81–85].

У подальшому Радою 28 червня 1985 р. були прийняті Рекомендації щодо становища потерпілого в рамках кримінального права і кримінального процесу, а 17 вересня 1987 р. – Рекомендації про надання допомоги жертвам і попередження віктимізації. Вони стали рекомендованою підставою для вироблення керівних принципів, що запропоновані урядам держав щодо перегляду національного законодавства і практики поведінки з потерпілими від злочинів і жертвами зловживання владою. Серед основних із них можна виділити наступні принципи:

- інформування потерпілого відповідними органами про можливості одержання сприяння, практичної і правової допомоги, компенсації з боку правопорушників і держави;
- звільнення правопорушника від кримінальної відповідальності тільки після вирішення питання про компенсацію збитків потерпілому;
- закріплення в національному за-

конодавстві положення, відповідно до якого компенсація може встановлюватися або у вигляді кримінальної санкції, або у вигляді заходу, що її заміняє, чи може призначатися на додаток до кримінальної санкції;

- підвищення рівня захисту потерпілого від розголошення будь-яких фактів, що можуть невинувато стосуватися приватного життя або образити гідність потерпілого (шляхом закритого судового засідання, нерозголошення особистої інформації і т. ін.);
- забезпечення ефективним захистом потерпілих від залякування і помсти з боку злочинця (особливо у справах організованої злочинності).

Викладене нами положення, пов'язане з розглянутою проблемою віктимного поводження потерпілого, що впливає на весь механізм злочинної поведінки, може бути негативним, провокуючим, навіть злочинним, а тому безумовно повинно враховуватися при вирішенні питання про наступне відшкодування жертві збитку.

Законотворчість у зарубіжних (західних) країнах йде шляхом формування загальних принципових положень, що стосуються проблеми потерпілих від злочинів з подальшою наступною конкретизацією в нормах-принципах, які регламентують вже окремі сторони взаємодії жертв злочинів з національною правоохоронною системою і механізми реалізації таких прав.

У 1985 р. у Загребі на 5-му Міжнародному симпозіумі з проблем віктимології визначено ще більший спектр обговорюваних питань. Розширення спектру питань з проблем віктимології здійснено до рівня віктимізації всіх шарів населення, у тому числі іноземців і туристів, а також правового статусу потерпілих у кримінальному праві і кримінальному судочинстві. У цьому ж році Генеральною Асамблеєю ООН була прийнята Декларація основних принципів правосуддя для жертв злочинів і зловживання владою, у якій під терміном “жертви” розуміються особи, яким індивідуально чи колективно була заподіяна шкода, включаю-

чи тілесні ушкодження, моральний збиток, істотне обмеження їхніх основних прав у результаті дії чи бездіяльності, що порушує діючі національні кримінальні закони держав-членів, включаючи закони, які забороняють злочинне зловживання владою. Термін “жертва” у відповідних випадках включає близьких чи родичів утримання безпосередньої жертви, а також осіб, яким був заподіяний збиток при спробі допомогти жертвам, що знаходяться в тяжкому стані, а також запобігти віктимізації. Декларація, крім цього, визначила і такі головні напрями підтримки потерпілих: 1) впровадження у національне законодавство держав – членів ООН міжнародних стандартів доступу потерпілих до системи правосуддя та державної підтримки; 2) кримінально-правова реституція жертвам, їх сім'ям, або утриманцям; 3) компенсації жертвам з державних і недержавних фондів; 4) надання необхідної матеріальної, медичної, психологічної та соціальної допомоги з урядових, добровільних громадських та місцевих джерел [7, 45–46].

Переважаюча більшість розвинутих країн ухвалила низку нормативно-правових документів, спрямованих на захист прав жертв злочинів. У Європі з 22 лютого 1950 р. щорічно в цей день проводиться День підтримки жертв злочинів. Саме в цей день у Великобританії було опубліковано Хартію підтримки потерпілих від злочинів. А у США відповідний закон про права потерпілих від злочинів був прийнятий у 1980 р., згідно з яким вони мають право не лише на відшкодування збитків самим винним, а й у порядку державної компенсації.

Конгресом ООН з попередження злочинності і поводження з правопорушниками були прийняті Керівні принципи в галузі попередження злочинності і кримінального правосуддя в контексті розвитку і нового економічного порядку. Відповідно до положень даного документа, державам-членам ООН для забезпечення оптимізації процесу профілактики злочинів було рекомендовано прийняти необхідні законодавчі й інші заходи з метою забезпечення жертв злочинів ефективними засобами правового захисту.

Крім обговорення проблем віктимологічної профілактики на міжнародному рівні, становлять практичний інтерес різні методики захисту громадян від злочинних посягань, в тому числі і насильницьких посягань, вчинених неповнолітніми особами, у низці країн Західної Європи і США.

На Заході розвиток практичної віктимології йшов у наступних напрямках:

- підготовка особи (розробка алгоритмів оптимальної поведінки в криміногенних ситуаціях і спеціальний тренінг);
- підвищення рівня захищеності посадових осіб, які виконують функції, пов'язані з ризиком злочинних посягань;
- зведення до мінімуму віктимогенних ситуацій;
- захист та реабілітація жертв злочинів.

Концепція віктимологічної профілактики базується на інформуванні правоохоронними органами населення про сучасні форми прояву злочинності та можливості ефективного попередження злочинів; забезпечення захисту потенційних жертв; створення умов для активного співробітництва населення і поліції. Велика увага приділяється такому науковому напрямку як екологія безпеки, тобто мова йде про вплив таких факторів як організація культурного і природного ландшафту даної конкретної місцевості, ступеня комфортності житла та інших приміщень, де протікає життя людей. Усе більшого поширення набули такі терміни як “віктимогенні будинки, парки, вулиці”, тобто ті приміщення чи місцевість, що сприяють віктимізації. Наприклад, в одному з міст США – Сент-Луїсі за 20 років існування житлового будинку в ньому відбулося стільки розбійних нападів, зґвалтувань, нанесення тілесних ушкоджень, крадіжок, переважна більшість яких була вчинена неповнолітніми, що будинок довелося зруйнувати. Встановлено, що житлові будинки вище семи поверхів у чотири рази частіше піддаються нападу названою категорією осіб, ніж шестиповерхові будинки і нижчі. Архітектурне проектування і планування

міст має важливе віктимологічне попереджувальне значення, зміст якого в тім, щоб спорудження будинків дозволило його жителям швидко відрізнити сусіда від чужої людини, щоб були створені умови, які дозволяють сусідам знати один одного і вільно користуватися своєю територією.

У Великобританії існує дійова програма так званої сусідської взаємодопомоги, що являє собою систему налагодження стосунків, які йдуть значно далі, ніж тільки спостереження за підозрілими людьми чи потенційно небезпечними подіями, що відбуваються в районі проживання [2, 59].

Порівняльно новими напрямками криміногенних досліджень стосовно віктимологічної профілактики насильницьких посягань, вчинених неповнолітніми у Великобританії, наприклад, є так звана “екологія людського розвитку”. Прихильники даної теорії роблять акцент на аналізі процесів соціалізації у районах з найбільш високим рівнем неповнолітньої злочинності. При цьому особлива увага приділяється психологічним та соціальним аспектам формування саме неповнолітньої особи, дитини з найближчим оточуванням [1, 158–159].

Багато людей схильні думати, що, наприклад, неповнолітній вбивця все рівно досягне поставленої мети, які б заходи безпеки не були започатковані. У дійсності, у процесі злочину задіяні певним чином сотні факторів і навіть найменша перешкода в планах злочинця буде визначати його успіх чи провал. Знаючи це, нападники воліють вибирати ціль заздалегідь і уважно зважувати аспекти безпеки та інші обставини [3, 36–37].

У Німеччині, США, Франції розроблений досить ефективний метод щодо виявлення агресивних намірів у сексуальних злочинців, в тому числі й неповнолітніх. У районах, де працівники поліції застосовують дану методику, кількість сексуальних злочинів є значно меншою, ніж на інших територіях. Суть його полягає в тому, що ведуться бесіди з особами, підозрюваними в схильності до здійснення статевих злочинів. У процесі бесіди сексуальний злочинець “програє” у розумі майбутній

злочин, іноді вирішуючи при цьому здатні виникнути проблеми, наприклад, як спокусити жертву, як перебороти її опір і т.п. Головне, правильно вибрати придатний момент, коли злочинець утратив пильність і став найбільш сприйнятливий і психологічно незахищений. Відрепетирувавши у фантазіях майбутній злочин і ніби знявши внутрішню зайву тривожність, сексуальний злочинець за сприятливої можливості переводить свій задум з фантазії у реальність. Таким чином, його фантазії – це репетиція реального злочину. Перш ніж перейти до дій, гвалтівник може досить довго фантазувати. Це “тимчасове вікно” – критичний період для ефективного втручання поліції [4, 25–26]. У тих же країнах є досить розвинена система втручання в кризові ситуації, що можуть включати перебування людини в стані емоційного порушення, сварки між чоловіком і дружиною, домашнє насильство, сварки між коханцями, випадки жорстокого поводження з дітьми, кризи в міжособистісних відносинах між підлітками і дорослими, надзвичайні напруги між людьми і т.п.

У процесі втручання в кризову ситуацію необхідно робити акцент на вишукуванні можливостей для безпосереднього керування ситуацією і перетворення її з небезпечної в благополучну. Для цього проводиться тренінг вербальних і невербальних форм комунікації. Як показали дослідження психологів, за допомогою вербальних і невербальних навичок спілкування можна запобігти силовим діям у вирішенні конфліктів. На думку низки експертів, зовнішній вигляд, манера поведінки і навички комунікації поліцейського, уже самі по собі здатні запобігти до 98 %

інцидентів, у яких могло бути застосоване фізичне насильство. Якщо навчитися правильно інтерпретувати те, як сприймаєш злочинця, то істотно зростають шанси на успішне вирішення конфлікту.

В країнах Західної Європи і США досить сильна саме державна підтримка віктимологічних програм. Наприклад, у США створено Національну організацію допомоги жертвам злочинів, при Міністерстві юстиції функціонує Департамент допомоги таким жертвам. У 1984 р. був заснований Федеральний фонд допомоги жертвам для додаткового фінансування двох головних національних програм. Перша програма розрахована на утримання державних, громадських і приватних служб; друга – на забезпечення штатів додатковими коштами для виплати потерпілим державної компенсації за шкоду, заподіяну злочином. У США діє біля двох тисяч програм щодо захисту жертв злочинів, з них півтори тисячі підтримуються Мін'юстом, на їх здійснення виділений федеральний Фонд у майже тридцять п'ять млн. доларів. Нефедеральне фінансування є ще більшим і складає більше двохсот млн. доларів. Реалізація подібних програм реально дозволяє знизити окремі види злочинів насильницької спрямованості, вчинених неповнолітніми, і надати необхідну допомогу жертвам злочинних зазіхань.

Нашій країні також можна враховувати корисний зарубіжний досвід для зниження віктимності населення в боротьбі з окремими видами злочинів, особливо це стосується тяжкої насильницької злочинності неповнолітніх проти життя та здоров'я особи.

Список літератури:

1. *Ведерникова О.Н.* Теория и практика борьбы с преступностью в Великобритании / О.Н. Ведерникова. – М.: Российская криминологическая ассоциация, 2001. – 344 с.
2. Взаємодія міліції та громадськості в Україні (з використанням досвіду діяльності поліції Великобританії). – Харків: Вид-во Нац. ун-ту внутр. справ, 2001. – 98 с.
3. Защита важных персон от непреклонных убийц // Борьба с преступностью за рубежом. – М.: ВНИИТИ, 1999. – № 8.

4. **Зелинский А.Ф.** Осознаваемое и неосознаваемое в преступном поведении / А.Ф. Зелинский. – Харьков: Висшая школа, 1986. – 120 с.
5. Кримінологія: підручник / за заг. ред. О.М. Джужі. – К.: Юрінком Інтер, 2002. – 416 с.
6. Курс кримінології: підручник у двох томах. – Кн. 1 / за заг. ред. О.М. Джужі. – К.: Юрінком Інтер, 2001. – 352 с.
7. Международные акты о правах человека. – М.: Юрид. литература, 1998.
8. Міжнародні акти про права людини // Збірн. док.– М., 1998.
9. Сборник документов Совета Европы в области защиты прав человека и борьбы с преступностью. – М.: СПАРК, 1998.
10. **Туляков В.О.** Віктимологія (соціальні та кримінологічні проблеми) / В.О. Туляков. – Одеса: Юрид. літ., 2000. – 336 с.
11. **Шнайдер Г.** Кримінологія / Г. Шнайдер. – М.: Прогресс–Универс, 1994. – 503 с.

РЕЗЮМЕ

Статья посвящена особенностям зарубежного опыта виктимологической профилактики насильственной преступности несовершеннолетних, программам виктимологической профилактики и возможности их внедрения в Украине.

SUMMARY

The article deals with the special features of international experience victimology preventive treatment of juvenile delinquents' forcible criminality, victimology programme and possibility to adopt it in Ukraine.

*Рекомендовано кафедрой
кримінального процесу та криміналістики*

Подано 03.02.09



*В.В. Українець,
аспірант
(Академія адвокатури України)
(Науковий керівник професор Є.В. Фесенко)*

Створення злочинної організації: особливості зовнішнього прояву

Ключові слова: злочинна організація, створення, керівництво, участь, сприяння.

Актуальність дослідження, присвяченого зазначеній проблемі, зумовлена тим, що точність кваліфікації діянь, вчинених організованими злочинними угрупованнями, залежить від з'ясування усіх ознак складу цього злочину, в тому числі його об'єктивної сторони.

Незважаючи на те, що ці питання висвітлювались у юридичній літературі, вказаному аспекту питання приділялась недостатня увага [8, 727–730; 9, 899–905; 7, 532–535]. Крім того, є потреба і в удосконаленні чинного законодавства.

Виявлення особливостей зовнішнього прояву злочину, передбаченого ст. 255 КК України, обґрунтування доцільності відповідних змін до чинного законодавства є метою і водночас свідченням певної новизни цієї публікації.

Більшість вітчизняних дослідників до об'єктивної сторони злочину відносять: 1) суспільно небезпечні діяння особи; 2) таке діяння, вчинене певним способом, у певний час, у певному місці із застосуванням певних предметів, знарядь або засобів; 3) таке діяння заподіює або створює загрозу заподіяти шкідливі наслідки; 4) між небезпечним діянням і шкідливими наслідками має бути причинний зв'язок [5, 106].

У контексті досліджуваного питання відповідальності за створення злочинної організації російським науковцем І. Звечаровським висловлені міркування, що на відміну від раніше діючого КК РРФСР,

який був спрямований на притягнення до кримінальної відповідальності за дії або бездіяльність, новий КК РФ встановлює відповідальність за співучасть в злочині зі співучастю у злочинній діяльності [1, 3]. Вказані міркування можна екстраполювати і на співучасть особливого виду за ч. 4 ст. 28 КК України в силу їх схожості. Видається, що відповідальність за всіма формами вказаного злочину встановлена не просто за співучасть або за злочинну діяльність взагалі, а за конкретні дії, що визначають (складають) певні форми об'єктивної сторони цього злочину. Вказана постановка питання вочевидь обумовлена відсутністю кваліфікованих або особливо кваліфікованих видів складів злочинів за критерієм вчинення злочину злочинною організацією.

Незважаючи на назву вказаної статті, в окремих випадках в ній йдеться не лише про створення злочинної організації але й про функціонування організованих груп. На цю обставину слушно звертає увагу С.Д. Шапченко, коли досліджує безпосередній об'єкт злочину, передбаченого ч. 1 ст. 255 КК України [7, 293].

Діяння як ознака об'єктивної сторони складу злочину, встановленого ч. 1 ст. 255 КК України, становить конкретний акт поведінки особи, спрямований на:

- 1) створення злочинної організації;
- 2) керівництво злочинною організацією;

3) участь у злочинній організації;
 4) участь у злочинах, вчинюваних злочинною організацією;

5) організацію, керівництво зустріччю (сходкою) представників злочинних організацій або організованих груп для розроблення планів і умов спільного вчинення злочинів, матеріального забезпечення злочинної діяльності чи координації дій об'єднань злочинних організацій або організованих груп;

6) сприяння такій зустрічі (сходці).

З приводу кількості окремих форм даного злочину в літературі висловлені різні міркування. У більшості випадків форми даного злочину дорівнюють альтернативним діям, визначеним у ч. 1 ст. 255 КК України. Незважаючи на такий загальний підхід до розуміння різних форм даного злочину, не позбавлені логіки й міркування В.О. Навроцького, який виділяє лише п'ять таких форм. Зокрема, організацію, керівництво чи сприяння зустрічі (сходці) представників злочинних організацій або організованих груп вказаний автор визначає як консолідацію організованої злочинної діяльності, тобто як згуртування діяльності окремих злочинних організацій та організованих груп для посилення їх діяльності, що знаходить вираз в різноманітних діях, спрямованих на проведення зустрічей представників об'єднань. З такої позиції автора все ж залишається незрозумілим чи слід розуміти "різноманітні дії" як окремі форми об'єктивної сторони цього злочину [8, 728–729].

Діяння завжди вказується в диспозиції статті КК. Це ж правило стосується і назв більшості статей розділу КК України "Злочини проти громадської безпеки". Проте С.Д. Шапченко слушно звернув увагу на те, що назва ст. 255 КК не повністю відображає конкретний зміст тих злочинних діянь, які зазначені в диспозиції її частини першої [7, 593].

У Постанові Пленуму Верховного суду України від 23 грудня 2005 р. № 13 "Про практику розгляду судами кримінальних справ про злочини, вчинені стійкими злочинними об'єднаннями" зазначається,

що утворення (створення) злочинної організації слід розуміти як сукупність дій з організації (формування, заснування) стійкого злочинного об'єднання для заняття злочинною діяльністю. Зазначені дії полягають у підшукуванні співучасників, об'єднанні їхніх зусиль, детальному розподілі між ними обов'язків, складенні плану, визначенні способів його виконання. З цього роз'яснення випливає, що "створення злочинної організації" вміщує такі ознаки, як "керівництво процесом створення злочинної організації", оскільки утворення організації неможливо уявити та реалізувати без сукупності цілеспрямованого впливу на членів організації та забезпечення єдиного порядку. Закон не визначає, коли слід вважати злочинну організацію створеною, попри це в Постанові наголошується, що її слід вважати утвореною (створеною), якщо після досягнення особами згоди щодо вчинення першого тяжкого чи особливо тяжкого злочину, але до його закінчення, об'єднання набуло всіх обов'язкових ознак такої організації. Якщо перший, а також наступні злочини були вчинені до набуття об'єднанням усіх обов'язкових ознак злочинної організації, ці злочини за наявності до того підстав необхідно кваліфікувати як такі, що вчинені організованою групою.

Поряд з наведеними ознаками керівництва на стадії створення злочинної організації у Постанові дається характеристика керування злочинною організацією, яка полягає у вчиненні сукупності дій, спрямованих на управління її функціонуванням як стійким об'єднанням осіб (забезпечення існування, відповідного рівня організованості, дотримання загальних правил поведінки і дисципліни; вербування нових учасників, розподіл або перерозподіл між ними функціональних обов'язків; планування конкретних злочинів і злочинної діяльності в цілому; організація заходів щодо прикриття останньої; вдосконалення структури об'єднання) та здійснення ними злочинної діяльності (визначення її мети і напрямів, конкретних завдань об'єднання, його структурних частин або окремих учасників, координація їхніх дій; ініціювання здій-

снення певного виду злочинної діяльності чи вчинення конкретних злочинів тощо). Керівництво злочинною організацією реалізується через механізм раціонального упорядкування цілеспрямованої спільної, комбінованої діяльності, тобто через певну систему управління. Функціонування системи управління соціумом безвідносно до її змісту і спрямованості відрізняються, як правило, лише в залежності від розміру системи. Тому не випадково дії організаційного характеру в системі керівництва злочинної організації, як правило, не відрізняються від способів керівництва і управління, наприклад, юридичними особами приватного права. Так, в постанові Пленуму не випадково зазначається, що дії організаційного характеру керівника злочинної організації можуть здійснюватись у формі віддання наказів, розпоряджень, давання доручень, проведення інструктажів, прийняття звітів про виконання тих чи інших дій, застосування заходів впливу щодо учасників злочинного об'єднання за невиконання наказів і доручень або порушення встановлених у ньому правил поведінки.

Виникає питання, у якій формі діяння слід розуміти наведені в ч. 1 ст. 255 КК України акти поведінки особи? Зокрема, як співвідносяться акти поведінки у вигляді “участі у злочинній організації” і “участі у злочинах, вчинюваних злочинною організацією”? На нашу думку, для об'єктивної сторони складу злочину, що аналізується, характерною є активна фізична поведінка, за винятком діяння, визначеного як “участь у злочинній організації”. В одному з науково-практичних коментарів КК України справедливо зазначається, що залежно від характеру впливу на об'єкт злочину всі дії можна поділити на фізичні та інформаційні. Фізичні дії полягають у застосуванні мускульної сили для вчинення злочинного посягання і спрямовані на зміну зовнішньої, фізичної сфери предметів матеріального світу. Інформаційні дії полягають у передаванні інформації іншим особам і завжди виражаються у словесній (вербальній) формі, а також у яких-небудь інших діях, що несуть інформацію: смис-

лових жестах (конклюдентні дії), виразних рухах. Видається, що “участь у злочинній організації” як одна з дій, що утворює злочин, – це поєднання фізичних та інформаційних дій. В свою чергу лише фізичні дії особи не можуть утворювати склад злочину “участь у злочинній організації”, оскільки такі дії підпадають під ознаки інших різновидів діянь, що передбачені у ч. 1 ст. 255 КК України. При цьому автор під “участю” розуміє акт волевиявлення особи щодо свого членства у організації, в т.ч. і у випадках коли таке діяння не виражено у формі активної злочинної поведінки. З цього питання В.П. Тихий зазначає, що з моменту давання згоди на вступ (входження) до злочинної організації дії винного розцінюються як закінчений злочин, хоча би той, хто вступив до злочинної організації, і не брав участі у вчинених нею злочинах [3, 263]. В.О. Навроцький, досліджуючи кваліфікацію співучасті з урахуванням її форми, зазначає, що допускається відступ від принципу персональної відповідальності, оскільки співучаснику інкримінується не лише результат його особистих дій, а й спільних, інколи – дій, яких він сам не виконував. Тобто в цьому випадку особі мають інкримінуватися не лише наслідки її власних дій, а й наслідки діяльності інших учасників злочинної організації.

У п. 13 постанови Пленуму щодо участі у злочинній організації акцент зроблено не на діях особи як учасника злочинної організації, а на характеристиці об'єктивно-суб'єктивних ознак, а саме: вступ особи до злочинної організації (участь у ній) означає надання цією особою згоди на участь у такому об'єднанні за умови, що вона усвідомлювала факт його існування і підтвердила певними діями реальність своїх намірів. На нашу думку, кримінально-правовий зміст категорії “участь” необхідно, по-перше, зводити до акту вступу особи до злочинної організації та набуття статусу члена організації. По-друге, участь (вступ) особи в злочинній організації як самостійна форма об'єктивної сторони цього складу злочину передбачає, що злочинна організація вже існувала до того моменту, коли особа стала

її учасником. По-третє, диспозиція вказаної статті має декілька різних за змістом форм об'єктивної сторони але з однаковим способом визначення ознак через залучення поняття “участь”, зокрема участь (набуття статусу члена організації) у організації та участь у злочинах, вчинюваною такою організацією. Насправді участь особи в злочинній організації як самостійна форма об'єктивної сторони складу злочину передбачає кримінальну відповідальність безвідносно до того, чи розпочали учасники злочинної організації вчинювати конкретні складі злочину.

Участь у злочинах, вчинюваних злочинною організацією, необхідно кваліфікувати за вказаною статтею КК України й за умов, що винна особа не є учасником злочинної організації, але брала участь у злочині, вчиненому злочинною організацією і усвідомлювала форму співучасті. Участь особи у злочинах, вчинюваних злочинною організацією, допускає всі види співучасників, визначених у ст. 27 КК України.

Організація, керівництво чи сприяння зустрічі (сходці) представників злочинних організацій або організованих груп для розроблення планів і умов спільного вчинення злочинів, матеріального забезпечення злочинної діяльності чи координації дій об'єднань злочинних організацій або організованих груп є окремими формами об'єктивної сторони злочину, передбаченого ч. 1 ст. 255 КК України. В літературі в більшості випадків розрізняють форми об'єктивної сторони “організація сходки” та “керівництво сходкою”. На нашу думку, такий підхід не може базуватися лише на дослівному сприйнятті диспозиції ст. 255 КК України, а потребує додаткових аргументів з огляду на таке.

На відміну від чітко визначених окремих форм об'єктивної сторони злочину щодо створення злочинної організації та керівництва такою організацією, законодавець з точки зору юридичної техніки і мовних правил позначення в тексті різних за змістом дій, такі діяння як “організація” та “керівництво сходкою” не розрізняє як окремі форми об'єктивної сторони цього

складу злочину. На нашу думку, такий підхід законодавця виправданий та обумовлюється швидкоплинністю зустрічі (сходки), що не дає можливості відмежувати функції організації зустрічі та її керівництво. З іншого боку, питання керівництва може і не виникати з огляду на формальну рівність “злочинців у законі”, а обмежитись координацією дій об'єднань злочинних організацій або їхніх організованих груп. В літературі зазначається, що об'єднання “злочинців у законі” не відзначаються усталеною структурою. Вони утворюються з професійних злочинців – лідерів злочинного середовища, які формально рівні між собою, і не мають постійного місцезнаходження [4, 206].

Поряд з цим в літературі зазначається, що сходка є органом управління злочинцями. В цьому контексті виникає питання про адекватність встановлених в законі формалізованих ознак об'єктивної сторони злочину, пов'язану з діяльністю колегіальних органів злочинців, зокрема, виникає питання: чи виправдано і достатньо характеристику сходки злочинців розкривати через мету такої сходки, зустрічі? На нашу думку, відповідь на це питання необхідно розглядати через призму функцій, що виконують злочинні сходки. Якщо виходити з розуміння, що сходки виконують функції колегіального органу управління, тоді виникає питання, чи можна екстраполювати на ці відносини правила кваліфікації діянь, вчинених в складі колегіальних органів? Безперечно, це не можна робити, оскільки в цьому випадку йдеться про колегіальний орган, наділений ознаками злочинної організації (ч. 4 ст. 28 КК України), кожний з учасників якої відповідає за все, вчинене організацією. З огляду на викладене вбачається, що законодавець певною мірою повторює в ч. 1 ст. 255 КК України двічі одній й ті ж ознаки об'єктивної сторони спочатку щодо створення злочинної організації, а також керівництва такою організацією, а далі ті ж ознаки стосовно зустрічі (сходки). На нашу думку, сходка як певна зустріч злочинців з метою, вказаною у ч. 1 ст. 255 КК України – є одним з різновидів злочинних організацій. За таких обставин видається доцільним

змінити редакцію ч. 1 ст. 255 КК України та виключити словосполучення про організацію, керівництво зустрічі (сходки), а мету створення злочинної організації визначити відповідно до ч. 4 ст. 28 КК України, оскільки організація, керівництво сходкою тотожно таким формам об'єктивної сторони як створення та керівництво злочинною організацією. В цьому контексті О.І. Гуров справедливо виділяє таку особливу форму злочинного об'єднання, як співтовариство "злочинців у законі". Він зазначає, що "...лише на перший погляд це аморфна організація, в якій усі рівні і яка не має постійного місця дислокації, об'єднана лише рамками злочинського закону. Насправді ж зв'язок між злочинцями настільки міцний, що вони становлять єдине ціле. Органом управління є сходка, на якій вирішуються важливі для них питання. Таке об'єднання згуртовує злочинні елементи шляхом проведення сходок, прийняття спеціальних письмових звернень; вирішує конфлікти, що виникають у злочинному середовищі; займається збиранням коштів до спільних кас; налагоджує стосунки з закордонним злочинним світом" [2, 258–261].

Необхідно зазначити, що, можливо, через розуміння сходки як різновиду злочинної організації, а не відсутність відповідної судової практики, у наведеній постанові Пленуму Верховного суду України жодним чином не згадуються вказані форми об'єктивної сторони злочину, в т.ч. не роз'яснюється поняття зустрічі (сходки), в чому полягають дії з організації, керівництва зустріччю тощо.

Для розмежування злочинів, встановлених ст. 255 і 256 КК України необхідно врахувати, що ст. 255 встановлює відповідальність задалегідь обіцяне сприяння учасникам злочинних організацій, а не навпаки. На нашу думку, сприяння зустрічі (сходці) представників злочинних організацій або організованих груп, як форма

об'єктивної сторони злочину, що аналізується, потребує відповіді на питання про співвідношення цієї форми зі співучастю у формі пособництва. Відповідно до ч. 5 ст. 27 КК України пособником є особа, яка сприяла вчиненню злочину. Дії пособника кваліфікуються, як правило, за статтею, за якою кваліфіковано злочин виконавця з посиланням на частину 5 ст. 27 КК України.

В.О.Навроцький зазначає, що існує певна специфіка у виділенні видів співучасників стосовно злочинних організацій. Автор вказує серед інших співучасників на осіб, які займаються фінансуванням, постачанням злочинних організацій. Далі зазначається, що єдиного підходу у виділенні видів співучасників злочинних організацій чинне кримінальне законодавство не проводить [6, 229.]. За таких обставин видається спірним встановлення об'єктивної сторони цього злочину шляхом залучення однієї з ознак одного з видів співучасників злочину – пособника.

Вбачається, що за способом описання досліджуваного складу злочину диспозиція ч. 1 ст. 255 КК України є простою. Проста диспозиція не виключає звернення до теоретичних положень Загальної частини, в т.ч. щодо форми співучасті. Видається, що поняття злочинної організації, що закріплена в ч. 4 ст. 28 КК України не виступає безпосередньою підставою кримінальної відповідальності, проте є загальною підставою такої відповідальності в контексті діянь, визначених в цій статті. На нашу думку, в цьому випадку мову потрібно вести про відсильну диспозицію, а в цілому про змішаний вид диспозицій, незважаючи на відсутність прямого посилання на ч. 4 ст. 28 КК України. В цьому контексті видається, що в ч. 1 ст. 255 КК України необхідно передбачити пряме посилання на норму кримінального закону, що містить визначення поняття "злочинна організація".

Список літератури:

1. *Звечаровский И.* Новый УК: проблемы применения / И. Звечаровский // Законность. – 1999. – № 1.

2. Криминология: учебник / под ред. В.Н. Кудрявцева и В.Е. Эминова. – М., 1997. – 76 с.
3. Кримінально право України. Особлива частина: підручник / за ред. В.В. Сташиса, В.Я. Тація. – 3-є вид., перероб. і допов. – К.: Юрінком Інтер; Харків: Право, 2007. – 624 с.
4. **Макарь І.** Соучастие в преступлении (понятие, виды и формы соучастия) / И. Макарь // Закон и жизнь. – 2006. – № 6.
5. **Матишевський П.С.** Кримінальне право України. Загальна частина: підручник / П.С. Матишевський. – К.: А.С.К., 2001. – 352 с.
6. **Навроцький В.О.** Основи кримінально-правової кваліфікації: навч. посібник / В.О. Навроцький. – К.: Юрінком Інтер, 2006. – 704 с.
7. Науково-практичний коментар до Кримінального кодексу України. – 4-те видання, перероблене та доповнене / відп. ред. С.С. Яценко. – К.: А.С.К., 2005. – 848 с.
8. Науково-практичний коментар Кримінального кодексу України. – 4-те видання, перероблене та доповнене / за редакцією М.І. Мельника, М.І. Хавронюка. – К.: Юридична думка, 2007. – 1184 с.
9. Науково-практичний коментар до Кримінального кодексу України / за ред. П.П. Андрушка, В.Г. Гончаренка, Є.В. Фесенка – К.: Дакор, 2008. – 1428 с.

РЕЗЮМЕ

В статье рассматриваются особенности объективной стороны состава создания преступной организации (ст. 255 УК Украины). Вносятся соответствующие предложения по совершенствованию действующего законодательства.

SUMMARY

The article reflects peculiarities of the real state of such dangerous crime as creation of criminal organization (Article 225 of CC of Ukraine). Relevant suggestions for upgrading the existing legislation put forward by the author.

*Рекомендовано кафедрою
кримінального та адміністративного права*

Подано 30.01.09



*В.І. Бояров,
кандидат юридичних наук
(Академія адвокатури України)*



*Г.В. Коновалова,
адвокат
(пошукач
Академії адвокатури України)*

Деякі проблемні питання представництва інтересів потерпілого в кримінальному судочинстві

Ключові слова: досудове слідство, адвокат, представництво інтересів потерпілого.

За багатьох процесуальних позицій потерпілий знаходиться в нерівному положенні з підозрюваним, обвинуваченим та підсудним, що свідчить про неповну реалізацію принципу рівності сторін в кримінальному судочинстві. Тому постійно постає питання про створення нової моделі самозахисту потерпілого своїх інтересів і права кримінально-процесуальними засобами.

Проблеми участі потерпілого в кримінальному судочинстві розглядалися багатьма науковцями: О.Д. Бойковим, М.І. Гошовським, О.П. Кучинською, В.М. Савицьким, І.Л. Труновим та ін. Але до цього часу залишається багато питань, які не вирішені у чинному кримінально-процесуальному законодавстві України.

Не є таємницею, що прокуратура повністю монополізувала обвинувальну діяльність у справах публічного обвинувачення. В силу цього потерпілий фактично знаходиться в повній залежності від обвинувачення. Це характеризує його стан в першу чергу під час розгляду справи у суді. Якихось суттєвих розходжень з таким

станом не має і на досудовому слідстві: хоча статус слідчого формально має суттєву різницю зі статусом прокурора (він не є стороною обвинувачення), але фактично ми частіше за все маємо позицію слідчого, яка аналогічна позиції прокурора.

Якщо проаналізувати стан представництва інтересів потерпілого на досудовому слідстві (у справах про злочини проти особи – вбивства, спричинення тілесних ушкоджень, зґвалтування та ін.), то найбільш поширеними є дві ситуації: по-перше, це коли адвокат представляє інтереси потерпілого у справі, в якій є обвинувачений, тобто злочин на досудовому слідстві вже формально розкритий і, по-друге, коли адвокат представляє інтереси потерпілого у справі, де немає обвинуваченого (злочин не вважається розкритим).

Йдеться про справи, за якими особа визнана потерпілою. А якщо слідчий статус потерпілого своєчасно постраждалому (жертві) не надає, обмежуючи таким чином його права (заявника, наприклад)? Як, наприклад, при цьому своєчасно оскаржити постанову про закриття кримінальної спра-

ви, яка порушена за заявою постраждалого, який не має доступу до матеріалів справи? На нашу думку, це пов'язане перш за все з тим, що процесуальний статус потерпілого в КПК України не відповідає визначенню “жертви”, що передбачене в Декларації основних принципів правосуддя для жертв злочинів і зловживання владою, прийнятою Генеральною асамблеєю ООН 29.11.1985 р., де, зокрема, зазначено, що “особа вважається жертвою незалежно від того, чи був встановлений, арештований, відданий суду чи засуджений правопорушник” [2]. Тому статтю 49 КПК України, на нашу думку, треба доповнити положенням про те, що особа, яка постраждала від злочину – заявник, має бути визнана потерпілою одночасно з порушенням кримінальної справи.

Щодо ситуацій, які наведені раніше. В перший з них, як відомо, адвокат отримує можливість ознайомитись з матеріалами справи лише після оголошення про закінчення слідства (ст. 217 КПК). Особливістю такої ситуації є те, що представнику потерпілого у справах зазначеної категорії потрібно підготувати позов про відшкодування матеріальної і/або моральної шкоди. Але цього до фактичного закінчення досудового слідства він якісно та повно зробити не може, оскільки не має можливості вивчити матеріали справи стосовно спричиненої потерпілому матеріальної шкоди: йдеться, зокрема, про матеріали судово-медичної експертизи, історію хвороби і таке ін. або моральної шкоди: показання свідків, висновки експертів та інші матеріали справи. Тобто, для кваліфікованої підготовки позову адвокату відводиться час від закінчення досудового слідства і до початку судового слідства (ч. 3 ст. 28 КПК). А за таких умов, зрозуміло, неправомірно обмежуються права не тільки потерпілого, але й обвинуваченого (підсудного), який не має достатнього часу для підготовки заперечень (у разі подання позову, наприклад, під час попереднього розгляду справи суддею): зокрема, для збирання відповідної доказової бази.

Не маючи можливості своєчасного отримання даних зі справи (показання

обвинуваченого, свідків; інформації, яка отримана слідчим від суб'єктів Закону України “Про оперативно-розшукову діяльність” та ін.), інколи створюється ситуація, яка призводить до того, що потерпілий та його адвокат не має реальної можливості для ініціювання застосування заходів забезпечення безпеки стосовно потерпілого. За опитуванням, майже 90% потерпілих та свідків відповіли, що у разі загрози їх життю або здоров'ю вони відмовляться від дачі свідчень або дадуть неправдиві показання [5, 1]. Як відомо, рішення про застосування заходів безпеки приймається слідчим, дізнавачем, прокурором або суддею за наявності реальної загрози життю, здоров'ю та майну учасника кримінального судочинства. А для цього слідчий проводить відповідну перевірку. На нашу думку, і адвокат – представник потерпілого у разі своєчасного доступу до матеріалів справи може надати відповідні матеріали та подати клопотання в обґрунтування необхідності застосування конкретних заходів безпеки стосовно потерпілого [3]. З іншого боку, у разі відмови слідчого в застосуванні стосовно потерпілого заходів безпеки, адвокат – представник потерпілого, не маючи доступу до матеріалів справи, не може повно обґрунтувати свою позицію під час оскарження цієї постанови слідчого.

В зв'язку із викладеним, треба доповнити ст. 48 КПК України нормою, яка б наділяла представника потерпілого такими ж правами на отримання доказів, як і захисника обвинуваченого.

В іншій ситуації, коли злочин ще не розкритий і підозрювані не встановлені або не пред'явлене обвинувачення, представник потерпілого взагалі може нічого по справі не знати або отримує вкрай обмежену інформацію (часто незаконно) і його роль зводиться до формальної участі у справі.

Це призводить до створення парадоксальної ситуації: з одного боку, прокурор представляє інтереси потерпілого, який постраждав в результаті злочинних дій винного (потерпілий бере участь у судовому засіданні як сторона обвинувачення

– ст. 161, 261 КПК), але при цьому його представника до справи не допускає. Слідчий, хоча він і не є стороною в процесі, не знайомить його з окремими матеріалами справи, і фактично не інформує про рух справи, про висунуті версії та не розглядає як особу, що зацікавлена у встановленні істини у справі, та обмежуючи таким чином її в реалізації своїх прав.

Доступ до окремих матеріалів справи представника потерпілого на досудовому слідстві може бути обмежений (до виконання вимог ст. 218 КПК України) з різних, в першу чергу прагматичних міркувань слідчого або прокурора (та деяких суб'єктивних факторів). Це, по-перше, може бути конфлікт позицій, поглядів між цими учасниками кримінального судочинства – про рух справи, наприклад; або, по-друге, небажання визнати слідством факту своєї бездіяльності: коли по справі не проводиться активна, цілеспрямована робота, як того вимагає чинне кримінально-процесуальне законодавство, або є матеріали, що не відповідають версії слідства або потерпілого і які ігноруються слідством.

Найбільш складними є ситуації, коли слідчий або прокурор не зацікавлені (в т.ч. з меркантильних міркувань) у встановленні істини у справі і фактично протидіють якісному розслідуванню кримінальної справи, з метою, наприклад, недопущення притягнення до кримінальної відповідальності винного. Це може бути умисне затягування розслідування, фальсифікація доказів або їх навмисна втрата та ін. Дослідники цього питання підкреслюють наявність такої негативної тенденції, якою є різке збільшення числа корумпованих працівників правоохоронних органів, які виступають суб'єктами приховування злочинної діяльності [6, 11].

Науковцями достатньо активно обговорюються проблемні питання протидії розслідуванню, зокрема, щодо її подолання. Існує думка, що подолання протидії кримінальному переслідуванню можна розглядати як цілісну інтеграційну систему дій слідчого, дізнавача, прокурора, які здійснюють процесуальну діяльність з

метою викриття підозрюваного, обвинуваченого у скоєнні злочину, і спрямовану на попередження, усунення або нейтралізацію протидії порушенню кримінальної справи, досудовому розслідуванню і підтриманню державного обвинувачення в суді [1, 7]. В цьому контексті діяльність адвоката – представника потерпілого треба розглядати як таку, що спрямована і на подолання протидії з боку зацікавлених осіб, якими можуть бути і слідчі.

За формальними ознаками це може бути неякісне досудове слідство, а фактично – умисне ухилення від проведення невідкладних слідчих дій, що призводить до втрат доказів, та наслідком яких буде створення ситуацій, коли справа не буде розкрита і винні не притягнуті до відповідальності. Саме такі дії, у разі їх своєчасного викриття, можуть бути підставами для клопотання з боку представника потерпілого про відвід слідчого. Але за зазначених підстав представник потерпілого не отримує своєчасно необхідну інформацію, на підставі якої можна зробити висновок про бездіяльність досудового слідства або зловживання слідчим (прокурором) своїм службовим становищем.

Тому права потерпілого, які передбачені ст. 49 КПК, треба підкріпити системою гарантій, які дають йому можливість відстоювати свою точку зору з приводу розслідування кримінальної справи.

Для цього потерпілий (та його представник) на досудовому слідстві повинен, по-перше, мати доступ до матеріалів, які стосуються цивільного позову в кримінальному процесі – даних щодо накладення арешту на майно підозрюваного, обвинуваченого (в т.ч. про проведення процесуальних дій, спрямованих на з розшук майна для забезпечення позовних вимог потерпілого – цивільного позивача); а також: щодо документів та інших матеріалів справи, які характеризують особу потерпілого та обвинуваченого, необхідного для визначення розміру моральної шкоди; по-друге, він повинен мати обов'язкове право на отримання копій постанов про пред'явлення (або зміну) обвинувачення, про призначення

судових експертиз (чому в суді при призначенні і проведенні експертизи суд з'ясовує думку потерпілого та його представника, а на досудовому слідстві – ні?), про обрання та зміну запобіжного заходу; по-третє, мати можливість для ознайомлення з висновками всіх судових експертиз; далі – отримувати копії всіх постанов про закриття справ стосовно осіб, або про закриття справ по окремих епізодах обвинувачення, про зупинення слідства, виділення матеріалів справи в окреме провадження та деякі інші процесуальні документи.

Також повинна бути передбачена обов'язкова участь потерпілого у прийнятті рішення про закриття справи (в першу чергу – з nereабілітуючих обставин), його участь в медіаційних процедурах (як частини реалізації публічного обвинувачення). Від позиції потерпілого (та його представника) в обов'язковому порядку повинні бути залежні різного роду трансформації кримінально-процесуального переслідування в інші заходи правового примусу.

Відсутність зазначених можливостей призводить до того, що представник потерпілого не може своєчасно заявляти клопотання про призначення деяких судових експертиз, зокрема, судово-психологічної

– стосовно потерпілого для встановлення розміру моральної шкоди, спричиненої діями обвинуваченого та ін.

Справедливим є тезис про те, що потрібно шукати “легальні форми виходу енергії осіб, які вимагають відновлення справедливості і правопорядку” [4, 12].

Таким чином, можна зробити висновки, що за сучасних умов на досудовому слідстві потерпілий “пливе за течією”, виконуючі свого роду “ефект присутності”, а активність представника потерпілого переважно проявляється лише після закінчення досудового слідства, коли справа вже знаходиться у суді, і на досудовому слідстві потерпілий та його представник не має рівних прав з іншими учасниками судочинства і фактично не може впливати на помилкові рішення слідчого, які він прийняв на досудовому слідстві.

Такий стан не може бути визнаний, таким, що відповідає основним принципам кримінального судочинства, і у новому КПК України ці питання повинні бути вирішені для створення умов, за яких адвокат – представник потерпілого буде мати можливість для активної участі у розслідуванні справи ще на стадії досудового слідства.

Список літератури:

1. **Бабаєва Э.У.** Основы криминалистической теории преодоления противодействия уголовному преследованию: автореф. дисс... докт. юрид. наук: 12.00.09 / Э.У. Бабаева. – М.: МГЮА, 2007. – 27 с.
2. Декларація основних принципів правосуддя для жертв злочинів і зловживання владою: Прийнята Генеральної Асамблеєю ООН 29 листопада 1985 р. // Права людини і професійні стандарти для юристів у документах міжнародних організацій. – Амстердам. – К., 1996.
3. Закон України “Про забезпечення безпеки осіб, які беруть участь у кримінальному судочинстві” // Відомості Верховної Ради України. – 1994. – № 11. – Ст. 51.
4. **Колузакова Е.В.** Участие потерпевшего, его представителя в уголовном преследовании по делам публичного обвинения: автореф. дисс.... канд. юрид. наук: 12.00.09 / Е.В. Колузакова. – Н.Новгород, 2008. – 23 с.
5. **Трунов Л.Л.** Современные проблемы соблюдения прав потерпевших от уголовных преступлений [Электронный ресурс] / Л.Л. Трунов. – Режим доступа : <http://trunov.com/content.php?act=showcont&id=3100>
6. **Трухачев В.В.** Криминалистический анализ сокрытия преступной деятельности / В.В. Трухачев. – Воронеж, 2000.

РЕЗЮМЕ

В статье рассматриваются некоторые проблемные вопросы участия адвоката – представителя потерпевшего на досудебном следствии. С целью повышения роли потерпевшего и его представителя, обосновывается необходимость расширения их прав, получения доступа к некоторым материалам уголовного дела еще до объявления об окончании следствия.

SUMMARY

Some questions of attorney's participation – the representative of a victim at the preliminary investigation are analyzed in the article. To raise the role of the victim and its representative, the necessity of extending the rights, obtaining some criminal case materials before statement of dismissing the case, is grained there.

*Рекомендовано кафедрою кримінального
процесу та криміналістики*

Подано 03.02.09

В.В. Назаров,
кандидат юридичних наук, доцент
(Київський міжнародний університет)

Право особи на таємницю листування, телефонних розмов, телеграфної та іншої кореспонденції та його обмеження у кримінальному провадженні

Ключові слова: *таємниця листування, телефонні розмови, телеграфна кореспонденція, обмеження прав, органи розслідування.*

Одним із основних прав людини є гарантоване ст. 31 Конституції України право на таємницю листування, телефонних розмов, телеграфної та іншої кореспонденції, яке передбачає заборону для будь-кого без згоди людини, яка направляє або одержує листи, спілкується по телефону, телеграфу, факсу або за допомогою інших засобів поштового, електричного та електронного зв'язку, знайомитися з її листуванням чи іншою кореспонденцією, прослуховувати її телефонні розмови тощо, а також розголошувати їх зміст або сам факт листування, телефонної розмови, відправлення чи отримання грошового переказу, телеграми та іншої кореспонденції.

Дослідженню різних аспектів дотримання, захисту, обмеження права особи на таємницю листування, телефонних розмов, телеграфної та іншої кореспонденції приділено певну увагу в науковій літературі, зокрема, у роботах В.Т. Маляренка, І.Л. Петрухіна, О.М. Бандурки, О.Н. Ярмиша, В.М. Тертишника, Л.Д. Воєводиної, І.М. Козьякова, Є. Захарова, А. Бущенко, В. Бикова та ін.

Відповідно до ч. 2 ст. 14¹ КПК України особисте життя громадян, таємниця листування, телефонних розмов і телеграфних повідомлень, банківських вкладів та рахунків охороняються законом. Ст. 306 ЦК передбачено, що фізична особа має

право на таємницю листування, телеграм, телефонних розмов, телеграфних повідомлень та інших видів кореспонденції. Поняттям “кореспонденція” охоплюється не лише письмова кореспонденція (прості та рекомендовані листи, поштові картки, бандеролі, секограми, а також дрібні пакети, мішки “М”), але й усі інші види кореспонденції (телеграми, телефонні розмови, телеграфні повідомлення, повідомлення електронною поштою, пейджером, SMS-та MMS-повідомлення тощо). У п. 5 цієї статті зазначено, що порушення таємниці кореспонденції може бути дозволено судом у випадках, встановлених законом, з метою запобігання злочинів чи з'ясування істини під час розслідування кримінальної справи, якщо іншими способами одержати інформацію неможливо [7, 513–514].

Ст. 9 Закону України “Про телекомунікації” передбачає, що охорона таємниці телефонних розмов, телеграфної чи іншої кореспонденції, що передаються технічними засобами телекомунікацій, та інформаційна безпека телекомунікаційних мереж гарантуються Конституцією та законами України. Зняття інформації з телекомунікаційних мереж заборонене, крім випадків, передбачених законом [13]. Відповідно до ст. 6 Закону України “Про поштовий зв'язок” таємниця поштових відправлень, у тому числі листування та іншої письмової

кореспонденції, електронних повідомлень, що пересилаються (передаються) засобами зв'язку, гарантується Конституцією та законодавством України. Виймка та огляд письмової кореспонденції, вкладень в інших поштових відправленнях, одержання будь-яких довідок щодо них заборонено, крім випадків, визначених законом [12].

Як бачимо, в українському законодавстві гарантується таємниця передачі інформації між людьми і неможливість її розголошування особами, які залучені до цього процесу або внаслідок певних обставин мають можливість стати своєрідним спостерігачем або очевидцем цього процесу.

Загалом, тайна листування, телефонних розмов, телеграфної та іншої кореспонденції та її захист поширюється на усіх громадян. Це підкреслюють і науковці. Так, на думку Л.Д. Воеводіна, конституційне право громадян на таємницю листування означає державну охорону від незаконного ознайомлення з усіма видами кореспонденції, телефонними переговорами, документами, що містять відомості, оголошення яких громадянин чомусь вважає небажаними [2, 294]. І.Л. Петрухін зазначає, що без таємниці листування немислиме існування сучасного суспільства. Таємниця листування як правовий принцип забезпечує підтримку соціальних контактів – сімейних, дружніх і ділових відносин. Таємниця листування – гарантія охорони інтимних і інших особистих сторін життя громадян, умова щирого спілкування між ними [8, 136].

Але в той же час інтереси боротьби із злочинністю іноді вище, ніж таємниця листування, телефонних розмов, телеграфної та іншої кореспонденції. У випадках, коли правоохоронні органи мають інформацію про те, що якась особа під час листування, телефонних розмов, телеграфних повідомлень може передати інформацію, що стосується злочину, який розслідується, або про підготовку до злочину, тоді вони вправі за рішенням суду встановити підслуховування телефонних розмов, оглядати листи, бандеролі, посылки тощо. І як слушно зазначає В.Т. Маляренко, коли в

кореспонденції містяться докази, що мають значення для вирішення справи, вона може бути долучена до судової справи незалежно від згоди на це фізичних осіб, яких вона стосується [6, 153].

Міжнародні документи з прав людини також не розглядають це право як абсолютне. Так у ст. 8(2) Європейської конвенції з захисту прав і основних свобод людини зазначається, що не допускається втручання державних органів в здійснення цього права, за винятком випадків, коли це передбачено законом і необхідно в демократичному суспільстві на користь державної безпеки, громадського порядку або економічного добробуту країни, для підтримки порядку і запобігання злочинам, захисту здоров'я і моралі, або захисту прав і свобод інших осіб.

Як зазначив Європейський Суд, існування законодавства, що дає повноваження здійснювати спостереження за листуванням, поштовими відправленнями і телефонними розмовами, є у виключних випадках необхідним у демократичному суспільстві в інтересах національної безпеки і/або для попередження безладдя або злочинів. При цьому в правовій системі держави повинні існувати адекватні та ефективні гарантії проти зловживання з боку органів державної влади, уповноважених на здійснення такого спостереження [9].

Загалом виходячи з аналізу Практики Європейського суду з прав людини ст. 8 у частині перехоплення повідомлень, були сформульовані принципи, яким мусить відповідати закон, що регулює контроль комунікацій, щоб він не порушував ст. 8. Перехоплення повідомлень повинно здійснюватися на підставі закону, який має бути доступним (тобто щоб людина мала можливість переконатися, що перехоплення відповідає законодавчим нормам, які використані в даному конкретному випадку), передбачуваним (тобто людина повинна бути здатна передбачити наслідки своїх можливих дій) і задовольняти необхідний критерій якості. Зокрема, це означає, що закон має вказувати: список злочинів, здійснення яких може привести до перехоплення повідомлень;

обмежуватися випадками, коли фактичні підстави підозрювати особу в здійсненні тяжкого злочину уже виявлені іншими засобами; санкціонувати перехоплення тільки на підставі мотивованої письмової заяви визначеної високої посадової особи; дозволяти перехоплення повідомлень тільки після одержання санкції посадової особи або органу, що не належить до виконавчої влади, бажано, судді; встановлювати обмеження на тривалість перехоплення: повинний бути зазначений період, протягом якого санкція на перехоплення дійсна; визначати правила, що стосуються звітів, які містять матеріали перехоплених повідомлень; передбачати запобіжні заходи проти обміну цими матеріалами між різними державними органами; визначати обставини, за якими записи можна чи необхідно знищити; встановлювати, що треба робити з копіями або переписаними матеріалами, якщо обвинувачена особа буде виправдана [4].

Повертаючись до українського законодавства, можна зазначити, що обмеження даного права сьогодні відповідає таким умовам: має встановлюватись судом; суд може встановлювати їх лише у випадках, передбачених законом; вказані випадки мають бути обумовлені лише метою запобігти злочинів чи з'ясувати істину під час розслідування кримінальної справи і є законними лише тоді, коли іншими способами одержати інформацію неможливо.

У кримінальному провадженні відповідне право може бути обмежено на підставі закону під час проведення таких слідчих дій, як накладення арешту на кореспонденцію та зняття інформації з каналів зв'язку (ст. 187 КПК України), обшуку, виїмки (ст. 177–178 КПК), накладення арешту на майно обвинуваченого (ст. 126 КПК). При цьому у законі чітко встановлено, за наявності яких підстав і в якій процесуальній формі допустимо таке серйозне обмеження одного з найістотніших конституційних прав громадян.

Відповідно до ч. 1 ст. 187 КПК арешт на кореспонденцію і зняття інформації з каналів зв'язку може бути застосовано лише за наявності достатніх підстав вважати, що

у листах, телеграфній та іншій кореспонденції підозрюваного чи обвинуваченого іншим особам або інших осіб підозрюваному чи обвинуваченому, а також у інформації, якою вони обмінюються з допомогою засобів зв'язку, містяться дані про вчинений злочин або документи і предмети, що мають доказове значення, і якщо іншими способами одержати ці дані неможливо.

Вельми істотно, що арешт на кореспонденцію і зняття інформації з каналів зв'язку з метою запобігти злочинів може бути застосовано як до, так і після порушення кримінальної справи.

Згідно з чинним законом подання слідчого про накладення арешту на кореспонденцію і зняття інформації з каналів зв'язку, погоджене з прокурором, розглядає голова апеляційного суду або його заступник. У постанові про накладення арешту на кореспонденцію обов'язково мають бути вказані: підстави, з яких буде провадитись ця слідча дія; види поштово-телеграфних відправлень, на які накладається арешт; строк, протягом якого зберігається арешт; на яку установу зв'язку покладається обов'язок затримувати кореспонденцію. У постанові про зняття інформації з каналів зв'язку, крім інших реквізитів, зазначається: види каналів, з яких буде зніматись інформація (телефони, мобільні засоби телефонного, електронного чи радіозв'язку, комп'ютерна мережа зв'язку тощо); строк, протягом якого буде зніматись інформація; на яку установу покладається обов'язок знімати інформацію. Постанова виноситься головою апеляційного суду або його заступником у режимі, який забезпечує нерозголошення даних досудового слідства або оперативно-розшукової діяльності.

На нашу думку, слушною є пропозиція деяких науковців покласти здійснення повноважень розглядати подання слідчих і виносити постанови про накладення арешту на кореспонденцію і зняття інформації з каналів зв'язку на місцеві суди. Подання слідчого, яке має бути узгоджене з прокурором, котрий здійснює нагляд за додержанням законів при провадженні досудового слідства, може вноситись як до суду за місцем провадження

досудового слідства, так і до суду за місцем розташування підприємства – оператора зв'язку, які виконуватимуть постанову суду [1, 12; 5, 54; 6, 152]. Ця думка заслуговує на увагу тому, що за проектом КПК вводиться посада слідчого судді, до повноважень якого належало б віднести розгляд зазначених питань.

Відмітимо, що під зняттям інформації з каналів зв'язку розуміються не лише телефонні переговори, а й інший обмін відомостями, який може проходити в різній формі: візуально, через комп'ютерні мережі, аудійно, радіо, передачі даних сигналом і т. ін. Проте одним із основних видів зняття інформації з каналів зв'язку є все таки прослуховування телефонних розмов. Як зазначає В.Т. Маляренко, сутністю його є сукупність дій з конспіративного слухового контролю за допомогою спеціальних оперативно-технічних даних переговорів, що ведуться по мережах телефонного електричного, стільникового, радіорелейного, супутникового, транкінгового оперативного рухомого зв'язку або односторонніх повідомлень та, як правило, їх фіксацію з метою одержання відомостей про злочинну діяльність особи, виявлення її зв'язків і отримання іншої інформації в інтересах рішення конкретних завдань оперативно-розшукової діяльності [6, 155].

Отже, прослуховування телефонних переговорів – це негласне отримання інформації, переданої по лініях зв'язку особами, підозрюваними у вчиненні злочинів, або особами, винність яких встановлена, але вони розшукуються у зв'язку з ухиленням від кримінальної відповідальності. На сьогодні за допомогою деталізації телефонних переговорів можливо також відстежити місцезнаходження (пересування) людини в просторі, визначити рід його занять, а також отримати іншу значущу для розслідування інформацію.

В Україні прослуховування телефонних переговорів здійснюється оперативно-технічними підрозділами органів внутрішніх справ чи Служби безпеки. Як зазначено у ст. 8 Закону України “Про оперативно-розшукову діяльність”, опе-

ративним підрозділам для виконання завдань оперативно-розшукової діяльності за наявності передбачених законом підстав надається право знімати інформацію з каналів зв'язку, застосовувати інші технічні засоби отримання інформації, контролювати шляхом відбору за окремими ознаками телеграфно-поштові відправлення [10].

Крім того, у боротьбі з організованою злочинністю спеціальним підрозділам органів внутрішніх справ у випадках, передбачених законодавством, надається право використовувати спеціальні технічні засоби для контролю, фіксації і документування розмов та інших дій осіб за наявності підстав вважати їх причетними до організованої злочинної діяльності; фіксації та документування факту телефонної розмови між громадянами, надсилання листа або телеграфного повідомлення, без порушення таємниці змісту телефонної розмови, листа або телеграфного повідомлення [11].

В той же час зазначимо, що серед багатьох засобів, що використовуються державними спецслужбами, прослуховування телефонних розмов, з одного боку, це цінний, навіть необхідний засіб боротьби із злочинністю, а з іншого, не будучи таким явним обмеженням прав людини, як, наприклад, затримання, взяття під варту, прослуховування телефонних розмов є не меншою загрозою свободі людини.

Так, в Україні сьогодні гарантії законності при здійсненні зняття інформації з каналів зв'язку явно недостатні, систематично виникають скандали з приводу проведення даної слідчої дії. Суди видається велика кількість дозволів на зняття інформації з каналів зв'язку. Якщо до “помаранчевої революції” таких дозволів було приблизно 40 тисяч в рік, то зараз їх приблизно 12 тисяч. Проте, це мінімум в чотири рази більше, ніж в країнах Західної Європи та США, де населення перевищує населення України в десятки разів. І це при тому, що західне суспільство бореться з тероризмом і заходи безпеки там підвищені [3].

На жаль, чинне процесуальне законодавство не вказує максимальний термін дії дозволу на прослуховування, на який термін

може бути продовжено дозвіл. Законами інших країн чітко обумовлена максимальна тривалість зняття інформації з каналів зв'язку, яку може дозволити суд: у Німеччині – 3 місяці, Фінляндії та Швеції – 1 місяць, Франції – 4 місяці, Російській Федерації – 6 місяців [14, 24, 31, 35, 48, 57]. В Україні ж максимальний термін на вищезазначені дії не зазначений. Крім того, дозвіл на зняття інформації видається на один номер телефону, а прослуховуються всі, хто на нього зателефонує. І що саме головне, в процесуальному законодавстві не передбачений обов'язок органів дізнання, яким надане право прослуховувати телефонні розмови, після завершення проведення даної слідчої дії повідомляти про це особу, якої вона стосувалась. А це у свою чергу суттєво обмежує право особи на оскарження дій відповідного органу дізнання. Також в законі не встановлені обставини, за яких така інформація повинна знищуватися, і як вона може бути використана, відсутня заборона вести пробне прослуховування, більш того, воно дозволяється при проведенні ОРД у справах про організовану злочинність, незалежний нагляд за законністю явно недостатній.

З урахуванням вищезазначеного, необхідні системні зміни в сфері як оперативно-розшукової діяльності, так і досудового розслідування. Для цього необхідно перш за все змінити кримінально-процесуальне законодавство. Відповідно до практики Європейського суду з прав людини та позитивної практики європейських демократичних країн, на нашу думку, необхідно щодо зняття інформації з каналів зв'язку передбачити:

1) зняття інформації з каналів зв'язку (в т.ч. прослуховування) має бути крайнім заходом;

2) зняття інформації з каналів зв'язку повинно проводитися протягом обмеженого терміну, визначеного в постанові суду. На нашу думку оптимальним строком є 3 місяці;

3) правоохоронний орган, що здійснював зняття інформації з каналів зв'язку, повинен обов'язково протягом 7 або у крайньому випадку 10 днів після закінчення зняття ін-

формації з каналів зв'язку повідомити особу, чий телефон прослуховувався, про закінчення прослуховування і право на ознайомлення особи з тією частиною справи оперативного обліку чи кримінальної справи, яка не містить відомостей, що складають таємницю досудового слідства чи державну таємницю. Це дає можливість особі оскаржувати ці дії у суді та вимагати відшкодування шкоди, якщо проти нього застосовувалися протизаконні заходи. На нашу думку, якщо у таких справах проводитимуться судові розгляди, то особи правоохоронних органів, які ухвалюють рішення про обмеження даного права, будуть прискіпливіше, з великим відчуттям відповідальності, з урахуванням прав людини і можливих небажаних наслідків у кожному окремому випадку розглядати відповідні заявки на прослуховування;

4) необхідно запровадити інститут незалежного нагляду за законністю проведення зняття інформації з каналів зв'язку з боку певного органу влади, що не належить до правоохоронних, оскільки у системі, де немає нагляду, неминучі випадки, коли особи, які ухвалюють рішення, пристосовуються до інтересів один одного і починають дотримуватися одних і тих же поглядів на доцільність примусових заходів. Тому зростає ризик, що рішення про такі заходи ухвалюватимуться автоматично;

5) необхідно запровадити щорічний звіт правоохоронних органів про застосування заходів, які обмежують права людини (наприклад, про зняття інформації з каналів зв'язку), у якому обов'язково зазначаються загальна кількість наданих дозволів з указівкою видів злочинів, загальна кількість реально проведених дій, їхня систематизація за підставами та аналіз ефективності таких заходів, кількість відмов у видачі постанов судді. Крім того, необхідно доповнити кримінально-процесуальний закон правилами збереження, використання і знищення зібраних матеріалів, а також правилами обміну зібраними матеріалами між різними органами;

6) перелік злочинів, за яких дозволено зняття інформації з каналів зв'язку, повинен бути звужений, їх необхідно чітко перелі-

чити в законі.

Щодо накладання арешту на іншу кореспонденцію, то необхідно зазначити, що особливою категорією документів-носіїв інформації на досудовому розслідуванні та в оперативно-розшуковій діяльності є матеріали переписки, яку ведуть між собою особи, стосовно яких здійснюється розслідування чи оперативно-розшукові заходи. Законодавець надає право оперативним підрозділам контролювати шляхом відбору за окремими ознаками телеграфно-поштової відправлення. Такий контроль здійснюється у відповідності з положенням Конституції України, КПК України і нормами оперативно-розшукового законодавства відносно поштової, телеграфної і іншої кореспонденції, а також електрозв'язку і іншого роду систем, призначених для відправки та отримання подібного виду кореспонденції.

Контроль здійснюється шляхом відбору телеграфно-поштової кореспонденції (відповідно до правил конспірації), яка відправляється чи отримується особами, які підозрюються у вчиненні тяжких злочинів, чи їх близьким оточенням або особами, які розшукуються органами слідства і суду, чи особами, відносно яких на законних підставах здійснюються оперативно-розшукові заходи.

Негласний контроль кореспонденції, обмежуючи конституційні права людини на збереження тайни поштових відправлень, телеграфних і інших повідомлень, переданих мережами поштового і електричного зв'язку, носить винятковий характер, і допускається на основі мотивованої постанови керівника органу, що здійснює досудове розслідування чи оперативно-розшукову діяльність, і постанови голови апеляційного суду. Контролю може підлягати кореспонденція, адресована конкретній особі, або відправлена нею, а також вся кореспонденція, яка надходить на конкретну поштову адресу або виходить з неї.

В процесі контролю поштових відправлень допускається копіювання, фотографування змісту та вмісту поштових

відправлень, а за необхідності вилучення з них тих об'єктів, які необхідно дослідити чи піддати спеціальному вивченню. До контролю поштових відправлень можуть залучатись особи, які співробітничать з оперативними підрозділами на конфіденційній основі, а також спеціалісти, перекладачі, професійні знання яких можуть знадобитись при дослідженні поштових відправлень. При цьому оперативний працівник забезпечує в таємниці факт перлюстрації кореспонденції, збереження поштової відправлення, нерозголошення відомостей, які містяться в поштових відправленнях. Результати контролю поштових відправлень оформляються довідками оперативних працівників, здійснюючих такий контроль, з прикладанням копій, фотографій, зразків речовин чи вилучених речей.

Отже, при проведенні накладання арешту на кореспонденцію і зняття інформації з каналів зв'язку, як і при проведенні обшуку або виїмки (ст. 185 КПК), слідчий зобов'язаний вживати заходів до того, щоб не були розголошені виявлені при цьому обставини особистого життя фізичної особи. При прослуховуванні телефонних переговорів і перлюстрації листування неминуче фіксуватиметься інформація, що не стосується розслідуваної події. Відтак, необхідно передбачити процедуру вилучення такої інформації з кримінальної справи. Це необхідно для того, щоб слідчий при ознайомленні з матеріалами кримінальної справи мав законну підставу не знайомити потерпілого, обвинуваченого та його захисника із змістом, наприклад, фонограми, що не має відношення до справи. Тобто, при здійсненні слідчої дії необхідно пам'ятати про цілком реальну можливість порушення права на таємницю телефонних і інших переговорів, листування, телеграфної кореспонденції, у тому числі і тих осіб, які не мають відношення до справи. Це стосується не лише досудового розслідування а й оперативно-розшукових заходів.

Список літератури:

1. **Быков В.** Контроль и запись телефонных и иных переговоров / В. Быков // Законность. – 2001. – № 10.
2. **Воеводин Л.Д.** Конституционные права и обязанности советских граждан / Л.Д. Воеводин. – М.: Изд-во Моск. ун-та, 1972. – 300 с.
3. Електронний ресурс. – Режим доступу : <http://rus.4post.com.ua>
4. **Захаров Є.** Без права на приватність? [Електронний ресурс] / Є. Захаров. – Режим доступу : <http://www.khpg.org>
5. **Козьяков І.М.** Судовий контроль за отриманням інформації приватного характеру / І.М. Козьяков // Вісник Верховного Суду України. – 2003. – № 4.
6. **Маляренко В.Т.** Реформування кримінального процесу України в контексті європейських стандартів: Теорія, історія і практика: [монографія] / В.Т. Маляренко. – К.: Ін Юре, 2004. – 544 с.
7. Науково-практичний коментар Цивільного кодексу України: у 2 т. / [за ред. О.В. Дзери, Н.С. Кузнєцової, В.В. Луця]. – К.: Юрінком Інтер, 2006. – 2-е вид., перероб. і доп. – Т. I. – 832 с.
8. **Петрухин И.Л.** Личная жизнь: пределы вмешательства / И.Л. Петрухин. – М.: Юрид. лит., 1989. – 192 с.
9. Практика Європейського суду з прав людини: Рішення. Коментарі. – 2002. – № 4.
10. Про оперативно-розшукову діяльність: Закон України від 18 лютого 1992 р. // Відомості Верховної Ради України. – 1992. – № 22. – Ст. 303.
11. Про організаційно-правові основи боротьби з організованою злочинністю: Закон України від 30 червня 1993 року // Голос України. – 1993. – 6 серпня.
12. Про поштовий зв'язок: Закон України від 4 жовтня 2001 р. – ВВРУ. – 2002. – № 6. – Ст. 39.
13. Про телекомунікації: Закон України від 18 листопада 2003 р. – ВВРУ. – 2004. – № 12. – Ст. 155.
14. Прослушивание телефонов в международном праве и законодательстве одиннадцати европейских стран / [Харьковская правозащитная группа] – Харьков: Фолио, 1999. – 152 с.

РЕЗЮМЕ

В статье автор раскрывает сущность права личности на тайну переписки, телефонных разговоров, телеграфной и другой корреспонденции, характеризует национальное и международное законодательство относительно защиты данного права, раскрывает порядок его ограничения во время осуществления оперативно-розыскных мероприятий и досудебного расследования.

SUMMARY

In the article an author exposes essence of right for personality on privacy of correspondence, public-call talks, telegraph and other correspondence, characterizes a national and international legislation in relation to defence of this right, exposes the order of limitation of this right during realization of operativno-rozshukovikh measures and pre-trial investigation.

*Рекомендовано кафедрою
кримінального процесу та криміналістики*

Подано 10.02.09

А.Б. Марченко,
кандидат юридичних наук,
(Луганський державний університет внутрішніх
справ ім. Е.О. Дідоренка)

Особливості викладання криміналістики з метою запобігання слідчим помилкам

Ключові слова: *слідчі помилки, методи викладання, підготовка слідчих.*

Одним із істотних чинників, який має безпосереднє відношення до запобігання слідчим помилкам є вдосконалення підготовки майбутніх слідчих, ознайомлення їх не тільки з порядком і тактикою проведення слідчих дій, розслідування в цілому, але й з труднощами, що виникають при зборі та оцінці доказів, які можуть призвести до слідчих помилок.

На питання, чи необхідно розглядати причини слідчих помилок, аналізувати способи їх усунення та запобігання в ВНЗ, позитивно відповіло 99% опитаних викладачів і лише один 1% відповідей був негативним. При цьому 51% опитаних відзначили, що в їхніх навчальних закладах на заняттях не ведеться цілеспрямована робота з розгляду питань, пов'язаних зі слідчими помилками. З отриманих позитивних відповідей (49%) було встановлено, що основними формами розгляду питань стосовно слідчих помилок, можливістю їх допущення та запобігання при розслідуванні злочинів, були:

- аналіз матеріалів кримінальних справ (протоколів огляду, обшуку, відтворення обстановки та обставин події та інших слідчих дій) на практичних заняттях (вказало 67,7% опитаних);
- проведення практичних занять з аналізом складених курсантами (студентами) процесуальних документів (35,4%);

- аналіз помилок при проведенні занять з криміналістичної тактики (огляд, допит та ін.) (18,7%).

Із результатів опитування випливає, що тільки половина викладачів при проведенні занять приділяє увагу слідчим помилкам. Це свідчить про те, що викладання криміналістики та кримінального процесу обмежується розглядом традиційних тем за допомогою традиційних методів, тобто методу аналізу в ході семінарських, практичних занять процесуального порядку проведення слідчих дій і їхньої тактики. Вважаємо, що у такий спосіб неможливо одержати глибокі знання із розслідування злочинів у проблемних ситуаціях (протидія розслідуванню, відсутність достатньої кількості доказів, джерел їхнього одержання тощо). Вище наведене підтверджується і даними наукових досліджень. Так, О.О. Алексєєв, В.Д. Берназ і О.А. Садченко провели у вищих навчальних закладах деталізований аналіз рівня підготовки до практичної роботи стосовно допиту. На недостатність підготовки до практичного виконання допиту вказували як слідчі (72,5%), так і слухачі (77,6%) і причиною, що зумовлює існуючу ситуацію, назвали низький рівень підготовки в навчальних закладах (69,6% – слідчих і 68,2% – слухачів) [1, 140–141]. Дані опитування показали, що слухачі недостатньо кваліфіковані в тактичних прийомах допиту. На користь цього свідчить, наприклад, віднесення до тактики допиту

підготовку та складання плану слідчої дії або вказівка на організацію “проговорення” як тактичного прийому відновлення забутого допитуваним [1, 141].

На нашу думку, оволодінню курсантами (студентами) практичними навичками дій у нетипових ситуаціях, організації та тактиці проведення слідчих дій, а також запобіганню у своїй діяльності помилок, можуть сприяти:

- забезпечення реального прищеплення практичних навичок замість глибокого теоретичного ознайомлення зі слідчою діяльністю;
- розробка та впровадження методів навчання з тактики дій в обстановці, найбільш наближеній до реальних умов, включаючи екстремальні ситуації (протидія розслідуванню, несприятливі умови проведення роботи тощо);
- запрошення на заняття практичних працівників для обговорення проблемних питань розслідування злочинів;
- викладання спецкурсу зі слідчих дій, в якому на підставі матеріалів практики (у тому числі даних стосовно слідчих помилок) аналіз процесуальної форми та тактичних правил проведення слідчих дій сполучався б з визначенням факторів, що спричиняють повноту та вірогідність одержуваних фактичних даних, їх доказову цінність;
- участь курсантів у чергуванні у слідчо-оперативних групах (СОГ) для оволодіння тактикою огляду місця події, збору матеріалів дослідчої перевірки, методами взаємодії з працівниками органів оперативних й інших служб ОВС;
- аналіз на заняттях результатів таких чергувань, обговорення можливих недоліків у діяльності практичних працівників або визначення оптимальної тактики проведення огляду місця події, алгоритму перевірки заяв (повідомлень) про злочин тощо.

Перераховане можна доповнити думкою С.А. Шейфера, який вважає, що для підвищення якості підготовки майбутніх слідчих необхідне всляке наближення навчального процесу до проблем доказування, урахування типових помилок, що допускаються при розслідуванні, а також усунення розриву між знаннями та вміннями. Обов'язковим є вивчення майбутніми слідчими спецкурсу “Проблеми теорії доказів”, який повинен містити матеріал, що відображає дійсні труднощі доказування. Зокрема, більше уваги треба приділяти питанню про достатність доказів для прийняття процесуальних рішень, домагатися від курсантів чітких уявлень про діалектику переходу ймовірних знань у достовірні та прийомів доказування за допомогою доказів [4, 96].

Крім цього, як зазначається в літературі, одним із досить істотних недоліків навчання в наш час є те, що більшість викладачів зрілого віку не мають власного досвіду роботи в умовах боротьби з сучасною злочинністю, яка з плином часу якісно змінилася, отже, вони діляться колишнім досвідом, у значній мірі – застарілим. А молоді викладачі не мають відповідних знань і досвіду, оскільки вони (знання) ще не накопичені належним чином та не узагальнені у вигляді методик і рекомендацій [2, 25]. Вважаємо, що для виходу зі сформованої ситуації викладачі повинні постійно підтримувати зв'язок із практикою. Це може бути реалізовано в стажуваннях у слідчих підрозділах і судах, організації спільних досліджень з проблемних питань слідчої та судової практики з метою розробки наукових рекомендацій.

Ще одним важливим напрямом запобігання слідчим помилкам є підвищення кваліфікації слідчими під час проходження відповідних курсів у вищих навчальних закладах. Крім того, що при проведенні занять повинні порушуватися теми, які стосуються проблемних питань організації та провадження розслідування злочинів на сучасному етапі, необхідно також використовувати відповідні методи одержання знань. Методи підвищення кваліфікації слідчих можна умовно розділити на дві

групи. До першої належать традиційні методи навчання: бесіди, опитування, підготовка повідомлень тощо. До другої групи входять методи, засновані на організації самостійної навчальної роботи слідчих під керівництвом викладача, що зводиться до аналізу проблемних ситуацій, вирішення яких становить значні труднощі.

У роботах, присвячених порушеній проблемі, відзначається, що при читанні лекції без наочного приладдя засвоєння матеріалу склало 20%, а при його використанні – 30%. Застосування аудіовізуальних засобів підвищує ступінь засвоєння матеріалу до 50%, проведення дискусій – 70%, а аналіз конкретних ситуацій – 90% [3, 136]. З цього випливає, що ефективність засвоєння викладеного матеріалу істотно залежить від методів навчання.

Одним із найбільш ефективних методів проведення занять з підвищення кваліфікації слідчими є метод імітаційного моделювання, сутність якого полягає в тому, що створюється аналог проблемної слідчої ситуації.

Про можливість застосування зазначеного методу в криміналістиці одними з перших висловилися М.М. Кузнецов і Є.П. Іщенко [3, 137].

Організація та проведення занять з криміналістики з використанням пропонованого методу складається з п'яти етапів: 1) визначення слідчої ситуації, що буде аналізуватися та вирішуватися в ході заняття; 2) розробка програми проведення заняття; 3) створення імітаційної моделі; 4) реалізація навчальної програми на цій моделі; 5) підбиття підсумків, розбір і оцінка результатів. Розглянемо названі етапи докладніше.

Для правильного визначення слідчої ситуації, що стане відправним пунктом у навчанні слідчих, необхідно враховувати динаміку та структуру злочинності в конкретному регіоні, узагальнення облікових показників слідчої діяльності, її передовий досвід і типові недоліки, кваліфікацію слідчих, що навчаються. В основу моделі конкретної слідчої ситуації мають бути покладені матеріали конкретних кримі-

нальних справ, в яких виникали проблемні ситуації та їхнє вирішення було пов'язане з допущенням слідчих помилок.

Програму занять слід складати, виходячи з рівня підготовки, спеціалізації, стажу роботи слідчих, що підвищують кваліфікацію. Необхідно, щоб умови та зміст імітаційного моделювання відповідали знанням і досвіду слідчих. Цього можна досягти шляхом їх розподілу за групами залежно від:

- спеціалізації (що розслідують економічні злочини; злочини, скоєні неповнолітніми тощо);
- від стажу роботи на посаді слідчого (до 1 року; від 1 до 3 років; від 3 до 5 років; понад 5 років);
- від рівня підготовки (наявності вищої освіти, проходження курсів підвищення кваліфікації раніше тощо).

Рівень підготовки слідчих можна встановити за допомогою тестування, результати якого доцільно використати для визначення програми навчання та виявлення проблемних питань, що потребують додаткового розгляду.

Створення імітаційної моделі передбачає: а) опис проблемної ситуації (сполучення умов і обставин, що створюють складну обстановку, в якій має діяти слідчий); б) постановка завдання з вирішення проблемної ситуації шляхом використання криміналістичних засобів, прийомів і методів; в) розробка варіантів прийнятих рішень про використання названих засобів (у широкому сенсі).

Продемонструємо це на конкретному прикладі. Як проблемну ситуацію можна розглянути допит обвинувачуваного, який посилається на алібі. Завданням у цьому випадку буде перевірка алібі обвинуваченого шляхом використання тактичного арсеналу, розробленого криміналістикою.

При розробці варіантів прийнятих рішень про проведення відповідних слідчих дій і використання тактичних прийомів можна назвати, наприклад, провадження допитів із постановкою деталізуючих питань, проведення повторних допитів,

очних ставок з особами, на які посилався обвинувачений, пред'явлення речових доказів тощо.

Реалізація навчальної програми проявляється у вирішенні слідчим проблемної ситуації, обговоренні її в ході занять з іншими слухачами, корегуванні відповіді викладачем та розгляді можливих методів, не названих слухачами щодо нейтралізації проблемної ситуації.

Підбиваючи підсумки, викладач повинен критично проаналізувати результати заняття, відзначити помилки, допущені

слідчими при вирішенні проблемних ситуацій та інших навчальних завдань, назвати оптимальні рішення.

Імітаційне моделювання дозволяє неодноразово повторювати найбільш складні елементи слідчої ситуації, варіювати аналізовані ситуації та проблеми, обговорювати прийняті рішення з використання криміналістичних засобів, прийомів і методів, відшукуючи оптимальний шлях. Однак при цьому не слід виключати й інші методи поглиблення професійної майстерності слідчих.

Список літератури:

1. **Алексєєв О.О., Берназ В.Д., Садченко О.О.** Сучасні проблеми криміналістичної підготовки слідчих (за матеріалами анкетування) / О.О. Алексєєв, В.Д. Берназ, О.О. Садченко // Вісник Одеського інституту внутрішніх справ. – 2002. – № 4.
2. **Бахин В.П., Карпов Н.С.** Современные проблемы криминалистической подготовки / В.П. Бахин, Н.С. Карпов // Вестник криминалистики. – М.: Спарк, 2003. – Вып. 2(6).
3. **Кузнецов Н.М., Ищенко Е.П.** Эффективный метод повышения квалификации следователей / Н.М. Кузнецов, Е.П. Ищенко // Повышение эффективности расследования преступлений: Межвузовский сборник научных трудов. – Иркутск: Изд-во Иркутского ун-та, 1986.
4. **Шейфер С.А.** Учет следственных ошибок – важный фактор подготовки следственных кадров в ВУЗе / С.А. Шейфер // Проблемы повышения уровня подготовки специалистов для работы в органах предварительного следствия: тезисы всесоюзного совещания-семинара органов предварительного следствия и заведующих кафедрами криминалистики ВУЗов. – Ленинград, 1990 – Уфа, 1991.

РЕЗЮМЕ

В статье автор рассматривает вопросы, направленные на предупреждение следственных ошибок путем оптимизации форм и методов преподавания криминалистики.

SUMMARY

The author examines forms and methods of teaching of criminalistics with the purpose prevent the investigation mistakes.

*Рекомендовано кафедрою
кримінального процесу та криміналістики*

Подано 13.01.09



О.Л. Булейко,
суддя апеляційного суду Запорізької області
(Науковий керівник доцент О.П. Кучинська)

Забезпечення прав учасників кримінально-процесуального судочинства

Ключові слова: кримінально-процесуальне судочинство, поняті, права, особа, житло.

В останні роки в Україні проводиться реформування кримінальної юстиції з позицій подальшої демократизації, гуманізації, охорони прав і свобод людини, відповідно до вимог міжнародних актів і зобов'язань України.

У Кримінальному кодексі України (в редакції 2001 р.) зроблений суттєвий крок у напрямі захисту прав і свобод людини. Зміни та доповнення, що були внесені в останні роки, наприклад, стосовно торгівлі людьми, легалізації (відмивання) доходів, одержаних злочинним шляхом, були необхідні та своєчасні.

Кримінально-процесуальне законодавство теж зазнало змін, які були спрямовані на реалізацію вимог Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод. Зокрема, це стосувалося забезпечення прав учасників кримінального судочинства, розширення змагальності сторін, прав потерпілого, усунення обвинувального ухилу в діяльності суду, розширення судового контролю за обмеженням конституційних прав і свобод людини на досудовому слідстві і оскарженні рішень органу дізнання, слідчого і прокурора.

У державі протягом тривалого часу відбуваються суперечки щодо прийняття нового Кримінально-процесуального кодексу України, який відповідав би реаліям часу, нормам Конституції України, міжнародним стандартам. Особлива увага при обговоренні проекту Кримінально-процесуального

кодексу приділяється захисту прав і свобод людини при проведенні слідчих дій у ході розслідування кримінальної справи. Саме при проведенні слідчих дій спостерігається найбільш велике вторгнення у сферу конституційних прав і свобод людини.

Закріплений у законі порядок проведення слідчих та інших процесуальних дій має конституційну основу вже в силу того, що він слугує меті розслідування для захисту прав та законних інтересів осіб. У кримінально-процесуальному законодавстві міститься ряд норм, спрямованих на захист таких важливих цінностей, як честь і гідність, особиста і сімейна таємниця. Так, закон зобов'язує слідчого вживати заходів до того, щоб не були розголошені виявлені при проведенні обшуку обставини особистого життя особи, яку обшуковують, а також інших осіб, що знаходилися в цьому приміщенні (ст. 185), відтворення обстановки і обставин події допускається, якщо воно не принижує гідності осіб, що беруть у ньому участь, та є безпечні для їх здоров'я (ч. 2 ст. 194). Розглядаючи наведені норми, що носять конституційний характер, слід підкреслити, що за змістом закону вони повинні застосовуватися лише при тих слідчих діях, проведення яких вони регулюють.

Ми вважаємо за необхідне користуватися викладеними правилами при проведенні всіх слідчих дій. Наприклад, обставини особистого життя інтимного характеру

можуть бути розголошені не тільки при проведенні обшуку, але й при проведенні виїмки, допиті, огляді місця події, тощо. На нашу думку, цілком доцільно включити в проєкт Кримінально-процесуального кодексу України єдину норму про повагу честі і гідності особи та охорону таємниці приватного життя при провадженні по кримінальній справі, місце якої повинно бути в Загальній частині Кодексу разом із закономірностями, які формують принципи кримінального процесу, тому що у цієї норми існує дуже тісний зв'язок із презумпцією невинуватості, законністю, правом на захист.

Слід зазначити, що діючий Кримінально-процесуальний кодекс, незважаючи на низку прийнятих змін, базується на принципах інквізиційного процесу.

Так, заслуговує на особливу увагу інститут понятих. У відповідності зі ст. 127 КПК України, при проведенні обшуку, виїмки, огляду, пред'явлення для впізнання, відтворення обстановки і обставин події, опису майна обов'язкова присутність не менше двох понятих.

На думку В.Т. Томина, інститут понятих у сучасному кримінальному процесі – це прояв презумпції вини слідчого, характерної для сучасної прокурорської, судової практики [4].

А. Михайлов вважає, що інститут понятих є прогресивним явищем лише при інквізиційному процесі, як це було в період їх появи в Соборному уложенні 1649 р. [3].

Проєктом Кримінально-процесуального кодексу, який базується на принципах змагальності, не передбачений такий учасник кримінального судочинства як понятий, бо він утратив свою актуальність як засіб забезпечення безумовної достовірності доказів.

На нашу думку, єдиним мірилом достовірності фактів є вільне переконання судді, сформульоване в процесі аналізу доказів по справі.

Якщо проаналізувати інститут понятих з боку захисту особистого життя громадянина, збереження його сімейної таємниці, то не важко помітити, що цей інститут

зовсім не враховує інтереси особи. Законодавець не турбується про законні інтереси особи, Кримінально-процесуальним кодексом України не передбачено права відводу понятого.

У відповідності з діючим Кримінально-процесуальним кодексом слідчий повинен задовольнити клопотання володаря будинку про проведення обшуку чи огляду у присутності тих чи інших понятих.

За вимогами ч. 2 ст. 121 КПК України, в необхідних випадках слідчий попереджає свідків, потерпілого, цивільного позивача, цивільного відповідача, захисника, експерта, спеціаліста, перекладача, понятих, а також інших осіб, що присутні при проведенні слідчих дій, про обов'язок не розголошувати без його дозволу дані досудового слідства. Винні у розголошенні даних досудового слідства несуть кримінальну відповідальність за ст. 387 КК України. Характер редакції цієї статті свідчить про те, що законодавець турбувався не про недоторканність особистого життя, а про інтереси слідства. Навряд чи стане можливим притягнути до кримінальної відповідальності понятого, який стане розповідати знайомим обставини сімейного життя осіб у будинку, де проводився обшук. Такий стан речей не відповідає конституційним основам кримінального процесу.

Крім того, протокол слідчої дії особа, яка залучена як понятий засвідчує підписом, однак не зрозуміло, чи усвідомлює вона при цьому, що її слідчий попередив про відповідальність за розголошення відомостей, які їй стали відомі у зв'язку з проведенням слідчої дії, чи вона засвідчує результати слідчої дії.

Недоторканність житла – це майже абсолютна правова гарантія людини. Проникнення до житла вважається правомірним лише у крайніх випадках, пов'язаних із врятуванням життя людей та майна, а також коли це проникнення обумовлено безпосереднім переслідуванням осіб, які підозрюються у вчиненні злочину. У цих випадках допускається проникнення не тільки в те житло, де в небезпечному становищі знаходяться люди чи майно або сховався

злочинець, але також і в інші, розташовані поруч, коли проникнення в них обумовлено обставинами рятувальних робіт або переслідуванням злочинця [2].

Ст. 177 КПК України передбачає, що обшук житла проводиться лише за вмотивованою постановою суду. Лише у невідкладних випадках, пов'язаних із врятуванням життя чи майна чи з безпосереднім переслідуванням осіб, що підозрюються у вчиненні злочину, обшук житла проводиться без постанови суду.

Згідно з діючим КПК однією з гарантій забезпечення прав та свобод особи при проведенні обшуку житла є присутність двох понятих та особи, яка займає це приміщення. У разі відсутності такої особи,

обов'язкова присутність представника житлово-експлуатаційної організації або місцевої Ради народних депутатів.

Законом закріплено, що слідчий, який проводить слідчу дію, повинен роз'яснити особам, які беруть участь у проведенні слідчих дій, їх права та обов'язки. Між тим, законом не передбачено у якій формі це належить зробити.

Законом не передбачено також порядок роз'яснення особам, які залучені як поняті, право на оскарження дій слідчого, незважаючи на те, що така можливість передбачена ст. 234 КПК України [2].

Це також є проблемою, яку слід виправити шляхом внесення змін до Кримінально-процесуального кодексу.

Список літератури:

1. Конституція України. Офіційне видання. – К., 2006.
2. Кримінально-процесуальний кодекс України. – К.: Юрисконсульт, КНТ, 2007.
3. **Михайлов А.** Институт понятых – архаизм российского уголовного судопроизводства / А. Михайлов // Законность, 2003. – № 4.
4. **Томилин В.Т.** О противоречиях между правом граждан и общества на информацию об участниках судопроизводства и правом на защиту неприкосновенности частной жизни / В.Т. Томилин // Юридическая техника и проблемы дифференциации ответственности в уголовном праве и процессе. – Ярославль, 1999.

РЕЗЮМЕ

В статье рассматривается соблюдение прав граждан при производстве уголовно-процессуального судопроизводства, в частности при проведении следственных действий.

SUMMARY

The article reads about the fulfillment of the citizen's rights during the prosecution of criminal and processing court procedure, in particular, during conducting the trial experiments.

Рекомендовано кафедрою кримінального процесу та криміналістики

Подано 03.02.09



М.Є. Блудиліна,
аспірантка
(Академія адвокатури України)
(Науковий керівник професор В.Г. Гончаренко)

Участь захисника у стадії порушення кримінальної справи в кримінальному процесі України

Ключові слова: адвокат, порушення кримінальної справи, захисник, право на захист, близькі родичі.

Конституція України та ратифіковані Україною міжнародні нормативно-правові акти гарантують кожній особі право на правову допомогу. Реалізацію даної конституційної норми можна побачити, зокрема, в Законі України “Про адвокатуру”, Кримінальному процесуальному кодексі (далі – КПК) [2; 4; 5; 6].

На стадії порушення кримінальної справи відбувається виявлення ознак злочину, наявність приводів та підстав для порушення кримінальної справи, відбуваються деякі слідчі дії. Тому питання щодо участі захисників на даній стадії кримінального процесу є дуже важливим, якщо є особа, відносно якої проводиться перевірка на предмет порушення кримінальної справи.

Крім того, в стадії порушення кримінальної справи розпочинається процес доказування. М.С. Строгович зазначав: “Чтобы поставить человека в положение подозреваемого по уголовному делу, нужны объективные данные, улики, указывающие на определенное лицо как совершителя преступления” [11, 236]. Для об’єктивного вирішення питання про порушення кримінальної справи або про відмову в порушенні кримінальної справи необхідна участь не тільки правоохоронних органів, але й сторони захисту.

В.М. Савицький висловлював таку точку зору: “Захист є функцією вторинною,

похідною від функції обвинувачення. Де немає обвинувачення, немає і захисту” [9]. Проте функція захисту в кримінальному процесі з’являється та повинна з’являтися набагато раніше ніж функція обвинувачення, саме на першій стадії кримінального процесу. “Основні принципи, що стосуються ролі юристів”, прийняті восьмим Конгресом ООН з питань попередження злочинності і поведження з правопорушниками 27 серпня – 7 вересня 1990 р. передбачають, що кожна людина має право звернутись до будь-якого юриста за допомогою для захисту і відстоювання своїх прав на всіх стадіях кримінального судочинства [8].

Гарантією дотримання прав людини слугує те, що істотне порушення чинного законодавства, зокрема права на захист у передбачених законом випадках, тягне скасування судових рішень [7].

Потрібно зазначити, що неправомірне порушення кримінальної справи щодо особи не тільки порушує конституційні права та свободи особи, але й наносить шкоду його соціальному статусу, що є не менш важливим. Крім того, особа, яка дізналась про те, що до неї можливе порушення кримінальної справи або вже винесено постанову про порушення кримінальної справи, в більшості випадків переживає великий емоційний стрес. Як наслідок

такого емоційного стану, можуть стати помилки в оформленні важливих документів, поспішні висновки, неправомірні дії тощо. В таких випадках необхідне звернення до адвоката, який надасть особі кваліфіковану допомогу, роз'яснення щодо нормативно-правових документів, разом з яким можна побудувати обґрунтовану лінію захисту.

Відповідно до ч. 4 ст. 44 КПК захисник допускається до участі в справі на будь-якій стадії процесу. Близькі родичі обвинуваченого, його опікуни або піклувальники як захисники допускаються до участі у справі з моменту пред'явлення обвинуваченому для ознайомлення матеріалів досудового слідства. Що це означає?

У випадку, коли особа виявить бажання щоб її захист здійснював її родич, опікун чи піклувальник, вони зможуть брати участь в кримінальному процесі тільки з моменту, коли особа вже набула статус обвинуваченого і досудове слідство вже закінчено. Дійсно, під час ознайомлення з матеріалами справи обвинувачений та захисник мають право робити виписки, мати побачення вічна-віч, заявляти клопотання та інші права, передбачені ст. 218 та 219 КПК. Проте постає запитання, чи можуть забезпечити належний захист обвинуваченому на даній стадії його близькі родичі, опікуни та піклувальники, коли стороною обвинувачення зібрані всі докази, проведено всі слідчі дії, необхідні для кожної окремої справи, та після складання обвинувального висновку справа буде передана до суду? На практиці саме в цей момент, коли вже пройшло багато часу з моменту порушення кримінальної справи, перераховані особи починають розуміти необхідність залучення до справи кваліфікованого спеціаліста, в даному випадку – адвоката для надання належного захисту обвинуваченому. Крім того, при застосуванні поняття “близькі родичі”, як зазначив В.Г. Гончаренко, виникають і такі запитання : а) чи можна віднести до категорії близьких родичів дружину, яка не має з ним кровної спорідненості, адже ця ознака є визначальною в понятті “родичі”? б) хто мається на увазі під терміном “дружина”, кожен з подружжя чи лише жінка (якщо

останнє, то чому дискримінується чоловік)? Тощо [1, 42].

Ю.І. Стецовський зазначав: “Обвинувачений чекає поради захисника, поради знаючого і досвідченого юриста” [10, 29]. З цим неможливо не погодитись, а тому обов'язково необхідно внести зміни в КПК щодо участі перерахованих осіб в кримінальному процесі таким чином: близькі родичі підозрюваного, обвинуваченого, підсудного, його опікуни та піклувальники можуть брати участь у справі з моменту пред'явлення обвинувачення лише одночасно з адвокатом, який за законом має право на надання правової допомоги. І обов'язково надати чіткий перелік “близьких родичів”, який би не містив спірних питань.

Важливим є питання щодо участі адвоката з момент виклику особи до правоохоронних органів до моменту визнання її підозрюваною. Відповідно до чинного КПК, а саме ч. 1 ст. 44, захисником є особа, яка в порядку, встановленому законом, уповноважена здійснювати захист прав і законних інтересів підозрюваного, обвинуваченого, підсудного, засудженого, виправданого та надання їм необхідної юридичної допомоги при провадженні у кримінальному процесі. Це суперечить ч. 4 даної статті, в якій, як вже було зазначено, передбачається допуск захисника до участі у справі в будь-якій стадії процесу, оскільки до моменту визнання особи підозрюваною, захисник *de facto* не може брати участь у справі.

Як правильно відмітив Я.П. Зейкан, “життя засвідчує, що судові помилки нерідко зустрічаються тому, що особа на перших допитах визнає свою вину в тому, чого не було, дає помилкові свідчення, які пізніше не вдається виправити через недовіру до такої особи тощо” [3, 31].

На стадії порушення кримінальної справи особа, що викликається, може мати статус свідка або особи, від якої хочуть відібрати пояснення. Законодавцем чітко врегульовані питання щодо виклику та допиту свідків, визначений статус даної особи. Якщо особа викликається як свідок, вона повинна обов'язково з'явитись, має право

користуватись записами та документами, власноруч викладати пояснення, вносити зауваження та доповнення до протоколу допиту, несе кримінальну відповідальність за дачу завідомо неправдивих показань, може відмовити від дачі показань у визначених законодавством випадках. Проте питання щодо прав, які мають особи, що викликаються до правоохоронних органів для надання пояснень, залишається нез'ясованим. Важливість даної проблеми, на мою думку, зумовлена наступним:

- особа повинна знати, з яких причин її викликають для надання пояснень, у якій справі;
- особа повинна підготуватись до вказаного виклику, знаючи свої права та обов'язки;
- у процесі одержання пояснень фізична особа може набути статусу

підозрюваного, потерпілого, свідка, цивільного позивача або цивільного відповідача.

В Російській Федерації з прийняттям у 2001 р. нового Кримінального процесуального кодексу дана проблема вирішена також не була, у зв'язку з чим виникають труднощі в застосуванні законодавства на стадії порушення кримінальної справи [12].

Узагальнюючи зазначене, можна зробити висновок, що реалізація права на захист, закріпленого в міжнародних та національних нормативно-правових актах, практично не відбувається на першій стадії кримінального процесу, що призводить до порушення одного з основних прав людини.

Список літератури:

1. **Гончаренко В.Г.** Принцип науковості як методологія юридичного нормотворення / В.Г. Гончаренко // Вісник Академії адвокатури України. – К., 2007, № 10.
2. Закон України “Про адвокатуру” від 19 грудня 1992 р. № 2887-XII.
3. **Зейкан Я.П.** Адвокат: навички професії / Я.П. Зейкан. – К.: КНТ, 2008.
4. Конвенція про захист прав і основоположних свобод людини 1950 року, ратифікована Законом N 475/97-ВР від 17 липня 1997 р.
5. Конституція України від 28 червня 1996 р. № 254к/96-ВР.
6. Кримінальний процесуальний кодекс України від 28 грудня 1960 р. №1001-05.
7. Постанова Пленуму Верховного суду України “Про застосування законодавства, яке забезпечує право на захист у кримінальному судочинстві” № 8 від 24 жовтня 2003 р.
8. Основні принципи, що стосуються ролі юристів, прийняті 8-м конгресом ООН 27 серпня 1990. – 07 вересня 1990 рр.
9. **Савицкий В.М.** Право обвиняемого на защиту в социалистическом уголовном процессе.
10. **Стецовский Ю.И.** Уголовно-процессуальная деятельность за щитника / Ю.И. Стецовский. – М., 1982.
11. **Строгович М.С.** Курс советского уголовного процесса / М.С. Строгович. – М., 1968.
- Т. 1: Основные положения науки советского уголовного процесса.
12. <http://kalinovsky-k.narod.ru/b/ufa20042/davletov.htm>

РЕЗЮМЕ

В статье рассматривается участие представителя стороны защиты на первой стадии уголовного процесса. Обращается внимание на участие близких родственников в уголовном процессе. Также рассматриваются вопросы, необходимые для выяснения при вызове человека в правоохранные органы для дачи пояснений.

SUMMARY

The article examines participation of representative defence side on the first stage of criminal process. Special attention is paid to the participation of near relation applies in criminal procedure. Besides, deals with the questions which is necessary for finding out when the law enforcement authorities call a human for giving explaining.

*Рекомендовано кафедрою
кримінального процесу та криміналістики*

Подано 27.01.2009



Р.С. Кацавець,
ст. викладач
(Міжгалузовий інститут управління)
(Науковий керівник професор В.В. Молдован)

Ораторське мистецтво як складник професійних якостей юриста

Ключові слова: *ораторське мистецтво, судовий оратор, судова промова, учасники судового процесу, логічний і психологічний фактори, засоби переконання.*

Ораторське мистецтво – це спосіб вираження думок, почуттів, волевиявлень; трибуна для юриста, засіб правового впливу й культури.

В юридичній сфері воно підкоряється здійсненню функцій права через миттєве розкриття всього досвіду, характеру, намірів оратора-юриста.

“...Оратор повинен володіти дотепністю діалектика, думками філософа, ... пам’яттю законодавця”, – пише блискучий ритор античного світу Цицерон [6, 50].

Коли говоримо про ораторське мистецтво, то маємо на увазі словесну форму, в якій розглядається зміст. Під формою розуміється майстерність викладання змісту. І коли мова йде про підвищення ефективності ораторського мистецтва, питання стоїть саме про форму передачі змісту, ідеї і аргументи на її доведення.

Існують певні чинники підвищення майстерності публічного виступу: лінгвістичний (мовний), техніко-інтонаційний, психологічний, педагогічний (дидактичний), логічний.

Лінгвістично-мовний і техніко-інтонаційний – це способи передачі інформації. Вони впливають на якість інформації опосередковано, підсилюючи (або послаблюючи) інформацію, чи навіть на сприйняття її з точністю до навпаки [9, 254].

Психологічний чинник також дуже впливовий: слово спрямоване на людей, які

в той час виконують діяльність слухання, важку діяльність, отже оратору необхідно знати психологічні закономірності прояву уявлення, уваги, сприйняття [9, 253]. Необхідно знати також про педагогічний (дидактичний) засіб підтримання уваги, організації контакту оратора-юриста і аудиторії, що значною мірою впливає на ефективність слухання та сприймання взагалі [9, 258].

Логічний фактор забезпечує організацію інформації з точки зору упорядкування процесу мислення, його послідовності, незаперечності, тотожності, доказовості [9, 260].

Отже, існує п’ять основ ораторського мистецтва: лінгвістична (мовна), техніко-інтонаційна, психологічна, педагогічна (дидактична), логічна. Ці основи нерівнозначні. Чотири перші можна назвати зовнішніми, вони впливають опосередковано; остання – внутрішня, вона впливає безпосередньо.

Дійсно, коли говорить юрист-оратор перші хвилини, часто сприйняти, зрозуміти його ідею та аргументи майже неможливо. З чим ми зустрічаємося на самому початку розмови? З мовою. І якщо юрист-оратор припускається мовних помилок або мова безбарвна, то аудиторія стежить не за тим, що він говорить, а як, і, зробивши висновок про відсутність мовної культури, починає сумніватися в його ідеї. Часто до ідеї справа

і не доходить. Тим більше, що і невірно інтовнована промова може перевернути її зміст.

Значне місце посідає також психологічна основа, адже юрист має справу з живими людьми, а не з механізмами, тому має опікуватися тим, чи сприймаються його ідеї чи ні, розуміються чи ні, співчуються чи ні. Переконання, таким чином, залежить від того, чи створив юрист необхідну атмосферу в аудиторії; контакт зі слухачами. У даному випадку мова йде про комунікативні уміння юриста-оратора подолати перешкоди у спілкуванні, які завжди виникають в кожного оратора саме через психологічні труднощі такої діяльності людини, як слухання (нестійкість сприйняття, нетривалість уваги, “відчуження” думки іншого тощо).

На подолання психологічних перешкод спілкування спрямована дидактична основа як сукупність способів, прийомів та принципів усного виступу для ефективності сприйняття. Для засвоєння ідеї, сприйняття аргументів, для переконання – важливо і те, як побудована уся промова, чи відповідає вона принципам органічної єдності, посилення, економії, наочності тощо. Чи вдало застосовані композиційні прийоми?

Врешті, внутрішня основа – логічна. Під логічністю ми розуміємо таке міркування, яке відповідає основним логічним принципам і законам.

Ораторське мистецтво, будучи складовою частиною професійних якостей юриста, є також ефективним засобом емоційного впливу. Мовно-виразні та інтонаційні засоби промови допомагають оратору краще передати думку, акцентувати увагу на деталях проблеми. Точно вибрані мовні засоби допомагають хвилювати аудиторію.

Виступ у суді – один з найскладніших і найвідповідальніших моментів участі прокурора, захисника та інших учасників процесу. Щоб впевнено відстоювати права людини і захищати інтереси суспільства, слово правника має бути справедливим, переконливим. Бо саме вміння кваліфіковано переконати у винності чи невинності підсудного – професійний обов’язок правника. Отже, вплив судового риторика на слухачів залежить від глибоких право-

вих знань, професійних навичок, вміння публічно говорити [8, 64]. “Хто має справу з людьми... повинен мислити добре, але говорити ще краще”, – пише М.М. Сперанський [11, 28].

Щоб судова промова була переконливою, слід дотримуватись відповідних умов. Юрист повинен прекрасно знати матеріали справи, орієнтуватися в обставинах, доказах, правильно оцінювати всі факти, що мають відношення до справи. Судовому оратору необхідно відчувати матеріали справи, зуміти уявити картину злочину, обстановку, в якій його було скоєно. Для переконання і впливу юрист має привертати, перш за все, ті факти, що діють на свідомість слухачів, – тобто логічні докази. Судовий оратор вміло користується і такими фактами, що впливають на почуття слухачів. Кожен судовий ритор, відповідно до своєї процесуальної позиції, аналізує й дає оцінку зібраним доказам, формулює свої висновки, котрі мають стати переконливими й обґрунтованими, бо саме цього і чекає судова аудиторія [3, 58].

А.Ф. Коні відзначав, що щирість у відношенні до почуття і до ділових висновків чи затвердженого положення має складати необхідну належність до гарної, тобто такої, що претендує на вплив, промови. Щирість судового оратора привертає увагу аудиторії, викликає повагу і прихильність до нього, оскільки щирий оратор глибоко переконаний в правоті своїх думок і дійсно відчуває те, що він виражає словами [7, 56].

Для того щоб вплинути на суд, слід віднайти, насамперед, правильні докази і полегшити їх такою формою висловлювання, яка була б найбільш переконливою. Не правильно чинять ті оратори, які сподіваються переконати суддів компліментами типу “не стану детально обґрунтовувати свої висновки перед такими кваліфікованим складом суду, як ваш”, “не буду затримувати вашої уваги на обставинах справи, в яких ви прекрасно розібралися” та ін., знаючи психологію і вміло користуючись її прийомами, судовий оратор підсилює переконливість промови і її впливу на судову аудиторію [1, 87].

“...Щоб переконати інших, треба ретельно зважувати кожне слово”, – пише П. Пороховщиків. Прокурор і адвокат приходять в суд не лицедіяти, а чесно й аргументовано висловлювати свою думку у справі і цим допомогти суду правильно здійснити правосуддя [10, 34].

Спілкування із судовою аудиторією – одне з важливих завдань судового риторика. Тут мають гармонійно поєднуватися засоби переконуючої комунікації. Це високий професіоналізм, етичні засади, красномовство риторика, його майстерність публічно говорити. “Оратор користується народною прихильністю лише тоді, коли завчасно продумує, що буде говорити: лише цим доводить він свою відданість народу, а той, хто не турбується, як буде сприйнята його промова, діє... як людина, яка більше спирається на силу, ніж на переконання” [2, 70].

Судова аудиторія – це певна кількість людей у залі судового засідання, які беруть участь у розгляді справи або цікавляться нею. Умовно її можна розподілити на чотири групи: професійні учасники процесу; представники громадськості; учасники процесу, зацікавлені у вирішенні справи; публіка, яка прийшла з різних мотивів і спонукань. Практика показує, що у залі судового засідання особливої уваги терпіння, такту, почуття міри потребує четверта група – публіка. Адже вона рідко буває однорідною за своїм складом (хіба що у виїзних засіданнях суду, коли слухається справа за місцем роботи підсудного). Тож, як правило, одні приходять до суду підтримати рідних, близьких, знайомих; інші – послухати, як вирішуються справи про правопорушення тощо [8, 92].

“Якби усі люди були однаковими і перебували завжди у тому самому настрої, ораторові досить було б знати самого себе, щоб уміти впливати на інших. Але за наявності великого розмаїття людських характерів потрібна важка праця для вивчення значної кількості людей... Безумовно, кожен оратор має безліч спільних точок зору зі своїми слухачами, але вважати, що всі люди в усьому схильні вчиняти так, як ми самі,

це хоча й природно, але невірно...”, – пише відомий юрист-практик О. Бен [6, 54].

Отож, судовий ритор має добре знати аудиторію, її мотиви, інтереси, переконання. Оскільки склад слухачів неоднорідний, то можуть виникати труднощі в установленні контакту із аудиторією. Для того, щоб досягти взаєморозуміння, слід враховувати емоційний стан, рівень уваги, готовність вступити в контакт, зацікавленість слухачів, їх вік і професійне спрямування.

На підставі наукових міркувань та власних практичних переконань вважаю, що оратор завойовує увагу аудиторії не категоричністю своїх суджень, а такою побудовою, яка б привела слухачів до його висновку. Потрібно бути переконливим, а не категоричним. Перебільшене нав’язування своєї думки викликає негативне відношення. Слід проявляти витримку і довір’я до розуміння суддів. Судова промова має будуватися з урахуванням індивідуальних особливостей суддівського сприймання, яке формується у ході процесу, за його проявленням оратор має уважно стежити.

Атмосфера судової аудиторії – завжди має бути у полі зору риторика. Її увага і подальша стабільність досягається й іншими риторськими прийомами.

Також досить важливо зосередити увагу аудиторії на заключній частині захисної промови. До речі, вона не є обов’язковою в кожній судовій промові. Але у великих захисних промовах іноді корисно підсумувати висновки захисту. Якщо прокурор відмовився підтримувати обвинувачення і просить суд виправдати підсудного, це не звільняє захисника від обов’язку мотивувати у своїй захисній промові необхідність виправдання, а в заключній частині промови подати суду своє прохання. Захиснику необхідно так переконливо сформулювати висновки, щоб суду стало очевидним, що виправдання в цьому випадку – правильний шлях правосуддя. Йдеться про те, щоб переконати не лише суддів, але й всіх присутніх у залі засідання.

Звернення до слухачів з питанням, пов’язаним зі змістом промови – теж влучний спосіб загострити їх увагу.

Завжди надійними факторами впливу на слух аудиторії є засоби мовної виразності. Це юридичні афоризми, прислів'я, приказки, яскраві образи. Але ж слід пам'ятати про їх доцільність.

Зосередити увагу слухачів аудиторії допомагають жести і рухи, котрі, як ніщо інше, визначають індивідуальний стиль судового риторика.

Міміка риторика – чудовий стимулятор аудиторії. Вона здатна передавати радість, рішучість, презирство, іронію. Знаменитий судовий оратор, майстер психологічного аналізу А.Ф. Коні писав, що “у доброго риторика обличчя говорить разом з язиком” [7, 93].

Щоб підкреслити значимість тієї чи іншої фрази, судовий ритор слугується голосовими прийомами. Це ефективний засіб активізувати увагу слухачів. “Тон промови слід обирати такий, який найбільшою мірою утримує увагу слухачів і який не тільки їх усолоджує, а й насолоджує без пересичення...”, – говорив Цицерон [13, 17].

Вміння виступати публічно та схилити до себе слухачів не приходить само собою. Цьому треба наполегливо учитися: відшліфовувати прийоми риторського мистецтва; добре вивчати мову, збагачувати лексику; володіти тонкощами красномовства, щоб вплив ритму на слух аудиторії володарював над нею.

Красномовство має бути чесним і високоморальним, щоб проникало в людську душу – в цьому сила істини риторика. “Красномовство – це мистецтво говорити так, щоб ті, до кого ми звертаємося, слухали не лише без труднощів, але із задоволенням”, – пише Б. Паскаль [6, 57].

Талановита промова, як правило, втілює єдність раціонального і емоційного способів пізнання. Історія ораторського мистецтва свідчить, що раціональне і емоційне є важливими категоріями красномовства,

оратороведення. Вони відображають одну з головних особливостей абсолютної більшості видів публічних промов. Раціональне і емоційне у різних промовах можуть перебувати в різному поєднанні. Тут оратор сам уже вибирає потрібне співвідношення цих категорій, з урахуванням змісту виступу і специфіки аудиторії [14, 124].

Головним в ораторському мистецтві є певна ідея, яку оратор намагається донести до слухача і до його свідомості. Це досягається переважно логічними засобами: судженнями і доказами. Емоції не допоможуть судовому оратору, якщо він не аргументуватиме свою промову доказами, фактами, якщо не впливатиме силою своєї логіки і не обґрунтовуватиме свої переконання.

Судові оратори повинні прагнути до того, щоб їх виступи в суді впливали на суддів та судову аудиторію, на результат судового процесу.

Отже, судова промова є важливим засобом у розумінні ораторами своїх процесуальних функцій, оскільки в ній концентруються висновки у справі, позиція оратора.

Блискучий ритор, теоретик ораторського мистецтва Платон, особливо критично ставиться до судових ораторів, наголошуючи, що “красномовство має бути діловим, а не марнословним” [12, 85].

На мою думку, ораторське мистецтво, як складник професійних якостей юриста, досить актуальна тема, особливо тепер, коли Україна прагне інтегруватись у сім'ю європейських народів – неперевершена, оскільки це ще один крок на шляху до розвитку національних тенденцій риторичної культури; набуття і удосконалення знань і навичок ораторського мистецтва у професійній діяльності юристів, що є наразі необхідним у процесі формування юридичної освіти в Україні як незалежній державі.

Список літератури:

1. *Алексеев Н.С., Макарова З.В.* Ораторское искусство в суде / Н.С. Алексеев, З.В. Макарова. – Л., 1989.
2. *Демосфен.* Речи / Демосфен. – М., 1954.

3. **Ивакина Н.Н.** Культура судебной речи / Н.Н. Ивакина. – М., 1995.
4. **Кацавець Р.С.** Культура мови у професійному спілкуванні юристів: навч. посіб. / Р.С. Кацавець. – К., 2007.
5. **Кацавець Р.С.** Ділова мова: сучасний вимір: підручник / Р.С. Кацавець. – К., 2008.
6. **Кацавець Р.С.** Золоте джерельце: висловлювання про слово, мову, красномовство: навч. посіб. / Р.С. Кацавець. – К., 2008.
7. **Кони А.Ф.** Избранное / А.Ф. Кони. – М., 1989.
8. **Молдован В.В.** Судова риторика: навч. посібн. / В.В. Молдован. – К., 2006.
9. **Сагач Г.М.** Мистецтво ділової комунікації / Г.М. Сагач. – К., 1995.
10. **Сергеич П.** Искусство речи на суде / П. Сергеич. – М., 1988.
11. **Сперанский М.М.** Правила высшего красноречия / М.М. Сперанский. – М., 1973.
12. **Платон.** Собр.соч. в 4-х томах / Платон. – М., 1990.
13. **Цицерон.** Три трактата об ораторском искусстве / Цицерон. – М., 1972.
14. **Якунін Л.Я.** Гармонія емоціонального і раціонального у формуванні особистості / Л.Я. Якунін. – К., 1984.

РЕЗЮМЕ

Статья посвящена ораторскому искусству как составляющей части профессиональных качеств юриста. Ораторское искусство – это, прежде всего, способ выражения мыслей, чувств, волеизъявлений; трибуна для юриста – средство правового влияния и культуры.

SUMMARY

Article of prisvyaena oratorskmu mistetcvu as to the component of professional qualities of lawyer. An oratorical art – it foremost the method of expression of ideas, senses, wills; tribune for a lawyer, mean of legal influence and culture.

*Рекомендовано кафедрою
кримінального процесу та криміналістики*

Подано 04.11.08



О.В. Бишевець,
асистент
(Київський національний університет
імені Тараса Шевченка)
(Науковий керівник доцент І.І. Котюк)

Правові засади застосування психологічного впливу у сфері судочинства

Ключові слова: психологічний вплив, судочинство, нормативно-правова регламентація, міжнародне право, національне законодавство.

Питанням застосування психологічного впливу у сфері судочинства значна увага приділялася у працях В.Г. Гончаренка, В.О. Коновалої, М.В. Костицького, І.І. Котюка, О.Р. Ратінова, Ф.М. Сокирана, М.П. Хайдукова, В.Ю. Шепітька тощо.

Водночас, стан правової регламентації практичного застосування психологічного впливу як засобу розв'язання завдань у сфері судочинства залишається поза увагою науковців, що зумовлює актуальність дослідження цього аспекту проблеми.

Традиційно вважається, що критерієм правомірності застосування методів психологічного впливу у сфері судочинства є наявність у особи, яку піддають впливу, свободи вибору тієї чи іншої позиції [8, 195]. Отже, перетворення психологічного впливу на психологічне насильство відбувається у разі позбавлення (чи обмеження) відповідної особи права на власний розсуд приймати рішення щодо своєї поведінки під час досудового слідства чи судового розгляду справи. Втім, постає питання, чи має місце психологічне насильство, якщо слідчий таким чином здійснює допит, що допитуваний всупереч своєму бажанню приховати інформацію про обставини справи або повідомити неправдиві відомості не може обрати таку лінію поведінки, оскільки усвідомлює, що брехню буде викрито, і це погіршить його становище. Отже, психо-

логічне насильство є там, де особа втрачає свободу вибору не будь-якої поведінки, а саме правомірної, забезпеченої нормами закону.

В загальних рисах особливості застосування психологічного впливу у сфері судочинства регламентовані як національними, так і міжнародними нормативно-правовими актами. Зокрема, аналіз положень Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод, прийнятої у Римі 4 листопада 1950 р., Міжнародного пакту про громадянські і політичні права, прийнятого 16 грудня 1966 р. Генеральною Асамблеєю ООН, Конвенції проти катувань та інших жорстоких, нелюдських або принижуючих гідність видів поводження і покарання, проголошеної резолюцією Генеральної Асамблеї ООН 10 грудня 1984 р., дає підстави для висновку про відсутність у перерахованих актах жодних заборон чи застережень щодо застосування психологічного впливу з метою розв'язання завдань у сфері судочинства.

Важливо підкреслити й те, що норми міжнародного права не містять і прямих приписів щодо механізму реалізації можливостей психологічного впливу у сфері судочинства. Це дає підстави для висновку, що з точки зору міжнародного права застосування психологічного впливу у сфері судочинства є правомірним, за винятком

випадків, коли такий вплив має ознаки катування та жорстокого, нелюдського або принижуючого гідність поводження чи покарання, а також поневолення до давання свідчень проти самого себе чи до визнання себе винним (ст. 3 Конвенції про захист прав і основоположних свобод людини [2, 18], ст. 7 Міжнародного пакту про громадянські і політичні права [5], ст. 2 Конвенції проти катувань та інших жорстоких, нелюдських або принижуючих гідність видів поводження і покарання [3]).

Варто зазначити, що деякі міжнародно-правові акти передбачають можливість застосування насильства (як психологічного, так і фізичного) з метою вирішення завдань у сфері судочинства. Наприклад, ст. 54 Мінімальних стандартних правил поводження з в'язнями, прийнятих 30 серпня 1955 р. Генеральною Асамблеєю ООН, гарантує право персоналу пенітенціарних закладів у стосунках із в'язнями вдаватися до насильства тільки для самозахисту або при спробі втечі, а також у випадках активної або пасивної протидії наказам, що ґрунтуються на чинних законах чи правилах [6].

Дослідження національного законодавства України на предмет правомірності застосування психологічного впливу також дає підстави для висновку, що його норми встановлюють необхідні передумови для реалізації можливостей зазначеного впливу як у сфері судочинства, так і в інших сферах суспільного життя. Так, відповідно до ст. 32 Основ законодавства України про охорону здоров'я держава сприяє утвердженню здорового способу життя населення шляхом поширення наукових знань з питань охорони здоров'я, організації медичного, екологічного і фізичного виховання, здійснення заходів, спрямованих на підвищення гігієнічної культури населення, створення необхідних умов, в тому числі медичного контролю, для заняття фізкультурою, спортом і туризмом, розвиток мережі лікарсько-фізкультурних закладів, профілакторіїв, баз відпочинку та інших оздоровчих закладів, на боротьбу із шкідливими для здоров'я людини звичками, встановлення системи соціально-економічного стимулювання

осіб, які ведуть здоровий спосіб життя [7, 69]. Отже, зазначена норма закріплює засади застосування таких методів психологічного впливу як переконання, приклад, передача інформації, реалізація яких здійснюється з метою сприяння здоровому способу життя населення.

Що ж до сфери судочинства, то засади реалізації можливостей психологічного впливу вбачаються як у нормах цивільного, так і кримінально-процесуального законодавства.

Передбачені у КПК України засади здійснення психологічного впливу на досудовому слідстві за своєю природою є тактичними прийомами психологічного впливу, кожний з яких заснований на одному з його методів.

КПК України закріплює низку тактичних прийомів, заснованих на методах психологічного впливу, що застосовуються для вирішення завдань судочинства. Наприклад, з метою отримання повної та достовірної інформації про обставини скоєного злочину слідчий роз'яснює відповідно до ст. 167, 173 КПК України учасникам справи їх права та обов'язки, а також повідомляє їх про кримінальну відповідальність за дачу неправдивих показань [4, 129–131]. З метою попередження спотворення та перекручування інформації про факти, що мають значення для встановлення істини у справі, свідки відповідно до ч. 3 ст. 167 КПК України допитуються окремо у відсутності інших свідків. При цьому слідчий вживає заходів до того, щоб свідки, підозрювані, потерпілі викликані в одній і тій же справі, не могли спілкуватися один з одним до кінця допиту [4, 130]. Для того, щоб здійснення психологічного впливу під час проведення слідчих дій забезпечувало отримання виключно об'єктивної інформації по справі, ч. 4 ст. 167 КПК України забороняє ставити під час допиту навідні запитання [4, 130], а ст. 173 КПК України дозволяє оголошувати показання, дані учасниками очної ставки на попередніх допитах, лише після дачі ними показань на очній ставці та їх запису до протоколу [4, 131]. Законність здійснення психологічного впливу на досудовому

слідстві забезпечується також присутністю під час проведення слідчих дій понятих, захисника, законного представника, батьків, педагогів.

У чинному ЦПК України знайшли нормативне закріплення такі тактичні прийоми, засновані на методах психологічного впливу, як попередження свідків про відповідальність за неправдиві свідчення та окремого допиту свідків (ст. 180) [10, 111], приведення до присяги свідків, експерта і перекладача (ст. 164, 171, 180) [10, 102, 106, 111–112], послідовності в обґрунтуванні особами, які беруть участь у справі, своїх вимог та заперечень (ст. 176) [10, 109–110].

Тактичні прийоми, засновані на методах психологічного впливу, знаходять своє застосування і у професійній діяльності адвокатів. Засади реалізації можливостей психологічного впливу для вирішення їх професійних завдань закріплені в нормах Закону України “Про адвокатуру” від 19 грудня 1992 р. (надалі – Закон) та у положеннях Правил адвокатської етики (надалі – Правила), схвалених Вищою кваліфікаційною комісією адвокатури при Кабінеті Міністрів України 1 жовтня 1999 р.

Згідно зі ст. 7 Закону при здійсненні своїх професійних обов’язків адвокат зобов’язаний неухильно додержувати вимог чинного законодавства, використовувати всі передбачені законом засоби захисту прав і законних інтересів громадян і юридичних осіб [1, 197]. Таким чином, вирішення професійних завдань адвоката здійснюється через неухильне дотримання вимог чинного законодавства і застосування передбачених законом засобів захисту прав і законних інтересів громадян. На перший погляд, норма ст. 7 Закону містить тавтологію, оскільки покладення на адвоката обов’язку використовувати всі передбачені законом засоби захисту прав і законних інтересів громадян і юридичних осіб є нічим іншим, як неухильним дотриманням вимог закону. Водночас, синтаксична конструкція речення, в якому викладено норму ст. 7 Закону, свідчить про помилку у формулюванні зазначеного положення Закону. Очевидно, що законодавець мав на увазі обов’язок адвоката застосову-

вати законні, тобто такі, що відповідають закону, засоби захисту прав та інтересів громадян і юридичних осіб, незалежно від того, чи закріплені вони у його нормах.

Ст. 6 Правил зобов’язує адвоката у його професійній діяльності дотримуватися чинного законодавства України, сприяти утвердженню та практичній реалізації принципів верховенства права та законності, використовувати всі свої знання і професійну майстерність для належного захисту і представництва прав та законних інтересів громадян і юридичних осіб [9]. Зазначена норма Правил допустимим визнає використання адвокатом наявних у нього знань, не обмежуючи їх лише сферою юриспруденції. Гарантією дотримання принципу законності при реалізації адвокатом його професійних прав та здійсненні обов’язків виступає передбачена ч. 3 ст. 6 Правил заборона вдаватися до засобів та методів, які суперечать чинному законодавству або цим Правилам.

Втім, чинне законодавство України не містить переліку тактичних прийомів, суб’єктами застосування яких виступають адвокати. Таким чином, адвокат вправі на свій розсуд залежно від обставин конкретної справи застосовувати тактичні прийоми, в тому числі й засновані на методах психологічного впливу, за умови, що вони не будуть суперечити чинному законодавству України, нормам моралі та їх професійної етики.

Викладене вище дає підстави для наступних висновків:

1) засади правового регулювання реалізації можливостей психологічного впливу для вирішення завдань у сфері судочинства містяться як у нормах національних, так і міжнародно-правових актів;

2) з точки зору міжнародного права застосування методів психологічного впливу у сфері судочинства є законним у випадку, якщо ці методи не мають ознаки катування та жорстокого, нелюдського або принижуючого гідність поводження чи покарання, а також поневолення до давання свідчень проти самого себе чи до визнання себе винним;

3) норми національного законодавства України встановлюють необхідні передумови для реалізації можливостей психологічного впливу як у сфері судочинства, так і в інших сферах суспільного життя;

4) передбачені у цивільному процесуальному та кримінально-процесуальному

законодавстві України засади здійснення психологічного впливу за своєю природою є тактичними прийомами психологічного впливу, кожний з яких заснований на одному з його методів та застосовується з метою вирішення завдань у сфері судочинства.

Список літератури:

1. Закон України “Про адвокатуру” // Відомості Верховної Ради України. – 1993. – № 9.
2. Конвенція про захист прав і основоположних свобод людини // Вісник Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини, 1999. – № 1.
3. Конвенція проти катувань та інших жорстоких, нелюдських або таких, що принижують гідність, видів поводження і покарання [Електронний ресурс] / Офіційний веб-сайт Верховної Ради України. – Режим доступу : <http://www.zakon1.rada.gov.ua>
4. Кримінально-процесуальний кодекс України // Відомості Верховної Ради УРСР. – 1961. – № 2.
5. Міжнародний пакт про громадянські і політичні права [Електронний ресурс] / Офіційний веб-сайт Верховної Ради України. – Режим доступу : <http://www.zakon1.rada.gov.ua>
6. Мінімальні стандартні правила поводження з в’язнями [Електронний ресурс] / Офіційний веб-сайт Верховної Ради України. – Режим доступу : <http://www.zakon1.rada.gov.ua>
7. Основи законодавства України про охорону здоров’я. Закон України від 19 листопада 1992 р. № 2801-XI // Відомості Верховної Ради України. – 1993. – № 4.
8. **Ратинов А.Р.** Судебная психология для следователей / А.Р. Ратинов. – М.: Юрлитинформ, 2001. – 347 с.
9. Правила адвокатської етики [Електронний ресурс] / Офіційний веб-сайт Верховної Ради України. – Режим доступу : <http://www.zakon1.rada.gov.ua>
10. Цивільний процесуальний кодекс України: Офіц. видання. – К.: Ін Юре, 2004. – 328 с.

РЕЗЮМЕ

В статті проаналізовані норми діючих міжнародних і національних правових актів на предмет нормативної регламентації застосування в сфері судопроизводства методів психологічного впливу. Визначені критерії правомірності застосування психологічного впливу з метою вирішення завдань в сфері судопроизводства.

SUMMARY

In the article the current rules of international and national legal acts have being analized for the purpose of legislative regulation of methods of psychological influence use in the sphere of legislation. Criterions of legitimacy of methods of psychological influence use with the purpose of tasks decision in the sphere of legislation have being determined.

*Рекомендовано кафедрою
кримінального процесу та криміналістики*

Подано 11.11.08



Д.П. Гуріна,
ад'юнк

(Донецький юридичний інститут Луганського
державного університету внутрішніх справ
ім. Е.О. Дідоренка)
(Науковий керівник професор Н.І. Клименко)

Експертна профілактика: форми реалізації та способи фіксації

Ключові слова: експертна профілактика, форми експертної профілактики, фіксація експертної профілактики.

Важливим завданням кожної держави є боротьба зі злочинністю, яка не може бути ефективною, якщо не вживаються певні заходи профілактичного характеру. Серед основних завдань, які поставлені перед співробітниками експертних установ, виділяють експертно-профілактичні завдання. Коло профілактичних завдань, які можуть бути вирішені експертами, безпосередньо пов'язано з тим, у якій із форм ця діяльність відбувається.

Питання експертної профілактики в цілому вивчалися такими науковцями-криміналістами України та країн СНД як І.А. Алієв, Р.С. Белкін, Ф.Е. Давудов, В.П. Колмаков, Ю.Г. Корухов, Ю.К. Орлов, Б.І. Пінхасов, І.Я. Фрідман, О.Р. Шляхов та ін., проте робіт, безпосередньо присвячених дослідженню форм та способів фіксації експертної профілактики, останнім часом не публікувалося. Метою даної статті є аналіз позицій науковців щодо форм експертної профілактики та способів її фіксації у сучасних умовах.

В юридичній літературі виділяють дві форми профілактичної діяльності експерта: процесуальну та непроцесуальну [1; 3; 4; 5; 6; 7; 8; 9; 10; 13; 14; 15; 16].

На думку І.А. Алієва, такий розподіл профілактичних заходів є необґрунтованим, тому що він не тільки не відповідає вирішенню завдань, які поставлені перед

судово-експертними закладами в області профілактики правопорушень, але і не впливає із норм закону. Розробка профілактичних заходів із використанням спеціальних знань повинна бути морально-етичним обов'язком експерта, а оскільки профілактична робота проводиться експертом – процесуальною особою – тому вся вона носить процесуальний характер [2, 8–9].

Деякі розбіжності виникають з питанням про віднесення окремих видів профілактичної діяльності до тієї чи іншої форми. Більшість науковців вважає, що до процесуальної форми належать:

1. Проведення експертизи із встановлення обставин, що сприяли скоєнню правопорушення (проведення експертизи з питань профілактичного характеру).

2. Встановлення обставин, що мають значення для попередження правопорушень за власною ініціативою експерта (використання права експерта на ініціативу) [11; 12; 14].

До процесуальної форми профілактичної діяльності також відносять участь експерта у слідчих діях як спеціаліста [15, 69].

Спеціальні знання в процесі розслідування справ можуть використовуватися для встановлення різних фактів, що мають профілактичне значення. Ці факти частіше за все належать до об'єкта та об'єктивної сто-

рони складу злочину, вони можуть сприяти виявленню безпосередніх причин скоєння злочину чи таким, що сприяли йому. Іноді вони можуть мати значення для усунення таких причин і умов, які викликають або полегшують можливість скоєння інших правопорушень, а не тих, з приводу яких проводиться розслідування.

Експертиза з питань профілактичного характеру може бути призначена спеціально або питання про причини та умови, що сприяли скоєнню злочину, можуть бути поставлені разом з іншими.

В низці випадків призначення експертизи тільки з питань профілактичного характеру є правильнішим з точки зору тактики розслідування. Тому ми погоджуємося з тими авторами, які вважають, що питання про причини та умови, що сприяли скоєнню злочину, не є додатковими по відношенню до основних питань, поставлених перед експертом [14, 72–73].

Слід зазначити, що серед обставин профілактичного характеру, які можуть бути встановлені експертом, виділяють такі групи:

1. Обставини технічного характеру, тобто такі недоліки об'єктів, які роблять можливим злочинне посягання на цей об'єкт, недоліки технологій виробництва, конструктивні та заводські дефекти зброї, транспортних засобів та інші обставини, що сприяли скоєнню злочинів, для встановлення яких потрібні науково-технічні знання. До цієї групи також належать і неправильні, з професійної точки зору, дії осіб щодо експлуатації техніки.

2. Обставини організаційно-правового характеру:

а) недоліки правового регулювання виробництва, транспорту, звітності та іншої діяльності, яка є об'єктом експертного дослідження;

б) недоліки в організації виробництва, транспорту, звітності та ін., які виявляються у порушенні відповідними особами нормативних правил, що регулюють окремі види господарської діяльності;

в) недоліки в організації виробництва, транспорту та ін., які не пов'язані з пору-

шенням нормативних правил та недоліками правового регулювання.

3. Обставини медичного характеру:

а) обставини, що характеризують особу злочинця (наприклад, психопатичний розвиток особи, пов'язаний із перенесеною у дитинстві хворобою);

б) обставини, що викривають недоліки в медичному обслуговуванні населення, які сприяють, наприклад, вчиненню лікарських помилок чи отруєнь медичними препаратами [11, 17–19].

Якщо перед експертом ставляться питання профілактичного характеру, які виходять за межі його компетенції або для вирішення яких недостатньо наданих матеріалів, експерт складає повідомлення про неможливість дати висновок. Разом із тим він може порекомендувати, куди слід звернутися для вивчення тих питань, на які він не зміг відповісти. Якщо експерт не може дати відповідь на деякі питання, це повинно бути відображено у висновку [12, 33–34].

У постанові про призначення експертизи необхідно ретельно викласти факти та рекомендації, які можуть мати значення для виявлення обставин, що сприяли скоєнню правопорушення, а також розробці рекомендацій щодо їх попередження. Експерту слід надати всі необхідні матеріали – речові докази, зразки, документи, в яких містяться факти, що мають значення для виявлення обставин профілактичного характеру.

Висновок експерта з питань профілактичного характеру складається у звичайній формі, він повинен бути чітким, послідовним, не містити у собі протиріч. У дослідницькій частині описуються фактичні обставини, які, на думку експерта, могли сприяти скоєнню правопорушення. Повідомляються хід та результати експериментів, якщо вони проводились [2, 34].

Використання права експерта на ініціативу тепер є основною формою залучення спеціальних знань для встановлення обставин, що мають значення у попередженні правопорушень. Встановлення обставин профілактичного характеру, що належить до тієї області знань, в якій конкретний

спеціаліст проводить експертизи, хоча і не є процесуальним обов'язком експерта, повинно розглядатися як його професійний обов'язок [14, 81]. Право експерта на ініціативу дає експерту підґрунтя для встановлення ним обставин, що мають значення для попередження правопорушень, навіть якщо у постанові про призначення експертизи не містяться питання профілактичного характеру.

Встановлення відомостей, що не передбачені питаннями, які поставлені перед експертом, можуть стосуватися як досліджуваного речового доказу, так й інших речових доказів та зразків. Якщо при проведенні експертизи будуть отримані відомості, які вказують на можливість встановлення нових фактів, що мають значення для справи, спеціалістом іншої галузі знань, експерт повинен сповістити про це керівника експертної установи.

Спеціальні знання можуть використовуватися за власною ініціативою також при встановленні таких фактів, які хоча і не знаходилися в причинно-наслідковому зв'язку з подією, що розслідується, але в деяких випадках могли б призвести до шкідливих наслідків.

До процесуальної форми профілактичної діяльності співробітників експертних установ також відносять участь в огляді місця події та відтворенні обстановки та обставин події. Консультації спеціаліста щодо припинення злочинів іноді можуть надаватися спеціалістом в процесі проведення оперативно-розшукових заходів (наприклад, рекомендації щодо фотографування оперативним шляхом безтоварних документів).

До непроцесуальної форми профілактичної діяльності співробітників експертних установ належить узагальнення експертної, судової і слідчої практики, проведення наукових досліджень з питань експертної профілактики, надання на основі спеціальних знань науково-практичної допомоги державним та громадським організаціям у виявленні обставин, що мають значення для профілактики правопорушень.

Матеріалів конкретних експертиз часто буває недостатньо для дослідження обставин, які сприяли скоєнню правопорушень, а також розробки рекомендацій профілактичного характеру. Додаткові відомості можуть бути отримані за допомогою узагальнень експертної практики, які проводяться:

а) за об'єктами експертного дослідження (вони повинні ґрунтуватися на матеріалах, що пов'язані з окремими об'єктами, незалежно від місця скоєння злочину та юридичної кваліфікації). До таких об'єктів належать об'єкти судово-балістичної експертизи – для встановлення недоліків у виготовленні, зберіганні, використанні зброї та боєприпасів; об'єкти трасологічної експертизи – для виявлення недоліків у зберіганні та транспортуванні матеріальних цінностей, а також конструктивних дефектів окремих видів замків та інших замикаючих пристроїв; об'єкти почерково-навчої експертизи та криміналістичного дослідження документів – для виявлення порушень та недоліків, що мають місце у правилах оформлення та зберігання окремих видів документів, виготовлення та використання матеріалів письма, штампів, печаток; об'єкти автотехнічної експертизи – для встановлення причин дорожньо-транспортних пригод, що пов'язані з технічними недоліками транспортних засобів, а також порушеннями, що мали місце у роботі осіб, які відповідають за експлуатацію і ремонт транспортного засобу та ін.;

б) за територіальною ознакою (проводяться на основі експертних матеріалів, що належать до окремої території або діяльності конкретних установ). Наприклад, узагальнення причин і умов, що сприяють скоєнню крадіжок в окремих галузях господарства або в окремому регіоні, чи узагальнення причин, що привели до порушень правил техніки безпеки будівельних, сільськогосподарських та інших робіт, узагальнення причин, що привели до порушень правил протипожежної безпеки торгівельних підприємств, виробничих об'єктів та ін.;

в) за окремими категоріями та групами правопорушень (вихідними даними для

узагальнення такого роду можуть бути профілактичні пропозиції, що були розроблені при проведенні конкретних експертиз) [12; 14; 16].

В криміналістичній літературі немає однастайності в вирішенні питання, де експерт повинен викласти свої висновки профілактичного характеру – у своєму висновку чи в окремому документі (листі, повідомленні, рекомендації). Ряд авторів висловлює думку про те, що експерт не має права відображати встановлені обставини профілактичного характеру у висновку, інші науковці вважають, що крім висновку експерта не існує іншого процесуального документа, що відображає думку судового експерта. Останні вважають, що відображення профілактичних питань у висновку надає відомостям процесуального значення.

Вважаємо, що заслуговує на підтримку думка більшості авторів про те, що спосіб фіксації експертної профілактики залежить, в першу чергу, від форми, в якій вона здійснюється. Якщо профілактика здійснюється у процесуальній формі, то доцільно викласти обставини профілактичного характеру у висновку експерта. Рекомендації про усунення встановлених експертом обставин, які сприяли правопорушенню, також повинні бути викладені у висновку експерта.

З цього правила можна зробити винятки, якщо відомості, встановлені експертом, не можуть бути оприлюднені до закінчення кримінальної справи. В такому випадку експерт може викласти обставини, що сприяли скоєнню злочину, та висловити свої рекомендації в окремому листі.

Немає однастайності у вирішенні питання щодо адресата, якому повинні направлятися висновки експерта про обставини, що сприяли скоєнню злочину, та рекомендації щодо їх усунення. Вважаємо, що вказані документи повинні направляти-

ся органу, який призначив експертизу. Безпосереднє звертання у відповідні установи і організації допускається лише у тих випадках, якщо профілактичні рекомендації експерта не були використані особою чи органом, що призначили експертизу. При цьому спочатку повинен бути отриманий дозвіл слідчого чи прокурора на використання відповідних матеріалів при складанні профілактичних рекомендацій [9, 24–25].

Профілактичні рекомендації експерта можуть бути загальними та детальними. У загальних рекомендаціях вказуються тільки основні напрями, в рамках яких слід в подальшому вести науково-технічні дослідження для розробки заходів щодо попередження злочинів. Детальні рекомендації містять у собі конкретні заходи технічного або організаційно-правового характеру, які спрямовані на усунення обставин, що сприяли скоєнню злочину [11, 28–29].

Отже, існує дві форми профілактичної діяльності експерта: процесуальна та непроцесуальна. Процесуальна форма реалізується під час проведення експертизи з питань профілактичного характеру, використання права експерта на ініціативу, участі експерта у слідчих діях як спеціаліста. Непроцесуальна форма полягає в узагальненні експертної, судової і слідчої практики, проведенні наукових досліджень з питань експертної профілактики, наданні на основі спеціальних знань науково-практичної допомоги державним та громадським організаціям у виявленні обставин, що мають значення для профілактики правопорушень.

Питання про форми експертної профілактики потребує подальшої детальної розробки. Пропонуємо законодавчо закріпити способи фіксації експертної профілактики – прийняти Закон про профілактику злочинності, де б висвітлювалися питання і експертної профілактики, а також внести відповідні зміни до КПК України.

Список літератури:

1. *Аверьянова Т.В.* Судебная экспертиза / Т.В. Аверьянова. – М.: Норма, 2007. – 480 с.

2. **Алиев И.А.** Проблемы борьбы с преступностью на основе применения специальных познаний в эпоху ускорения научно-технического прогресса: мат. Всесоюзной науч.-практич. конф. [“Правовые, организационные и методические проблемы профилактической деятельности учреждений судебной экспертизы”], (Баку, 9-10 октября 1986 г.) / И.А. Алиев – Баку, 1986.
3. **Атаходжаев С.А.** Некоторые вопросы экспертной профилактики и ее организация / С.А. Атаходжаев // Проблемы судебной экспертизы. Сборник научных трудов. – Ташкент, 1979.
4. **Аринушкин Г.П.** Современное состояние и перспективы совершенствования профилактической деятельности в судебно-экспертных учреждениях Минюста СССР: материалы Всесоюзной научно-практической конференции [“Правовые, организационные и методические проблемы профилактической деятельности учреждений судебной экспертизы”], (Баку 9-10 октября 1986 года) / Г.П. Аринушкин. – Баку, 1986.
5. **Берлянд Г.С.** Некоторые вопросы профилактической деятельности экспертов и экспертных учреждений / Г.С. Берлянд // Вопросы судебной экспертизы. – Баку, 1973. – № 16.
6. **Давудов Ф.Э., Ханджанов Н.К.** Некоторые вопросы разработки профилактических организационно-технических мероприятий в экспертных учреждениях // Вопросы судебной экспертизы. Ч. 2. Материалы научной конференции по вопросам применения научно-технических средств предупреждения преступности (роль экспертов и экспертных учреждений в предупреждении преступлений), (Баку, 1965) / Ф.Э. Давудов, Н.К. Ханджанов. – Баку, 1965.
7. **Зинин А.М.** Судебная экспертиза / А.М. Зинин, Н.П. Майлис – М.: Право и закон, 2002. – 318 с.
8. **Корухов Ю.Г.** Нормативное регулирование экспертно-профилактической деятельности // Правовые, организационные и методические проблемы профилактической деятельности учреждений судебной экспертизы: Материалы Всесоюзной научно-практической конференции (Баку, 9–10 октября 1986 г.) / Ю.Г. Корухов. – Баку, 1986.
9. **Орлов Ю.К.** Вопросы правовой регламентации экспертно-профилактической деятельности: Материалы Всесоюз. науч.-практич. семинара [“Пути совершенствования методики и организации профилактической деятельности экспертных учреждений”], (Киев, 27–29 апреля 1976 г.) / Ю.К. Орлов. – М., 1978..
10. **Пинхасов В.И.** Некоторые вопросы использования специальных познаний экспертов для профилактики хищений / В.И. Пинхасов // Проблемы судебной экспертизы. Сборник научных трудов. – Ташкент, 1979. – № 598.
11. Предупреждение преступлений и судебная экспертиза. – М.: Юрид. лит., 1968. – 192 с.
12. Профилактическая деятельность экспертных учреждений системы Министерства юстиции СССР (методическое пособие для судей, следователей и судебных экспертов). – М., 1980. – 186 с.
13. **Сушко Ю.С.** Актуальні проблеми профілактичної діяльності при проведенні судово-економічних експертиз: автореф. дис... канд. юрид. наук / Ю.С. Сушко. – К., 1994. – 25 с.
14. **Фридман И.Я.** Использование данных судебной экспертизы для предупреждения правонарушений / И.Я. Фридман. – К.: РИО МВД УССР, 1972. – 168 с.
15. **Хань Г.А.** Профілактика злочинів (криміналістичний аспект) / Г.А. Хань; ДНДЕКЦ МВС України; КНУВС // Криміналістичний вісник: науково-практичний збірник. – К., 2006. – № 2(6).
16. **Эфендиев М.З.** Внепроцессуальные формы профилактической деятельности экспертного учреждения / М.З. Эфендиев // Вопросы судебной экспертизы. – Баку, 1973. – № 16.

РЕЗЮМЕ

В статье рассматриваются формы экспертной профилактики: процессуальная и не-процессуальная. Процессуальная форма реализуется во время проведения экспертизы по вопросам профилактического характера, использования права эксперта на инициативу,

участия эксперта в следственных действиях в качестве специалиста. Непроцессуальная форма состоит в обобщении экспертной практики, проведении научных исследований по вопросам экспертной профилактики и др. Способ фиксации экспертной профилактики зависит от того, в какой форме осуществляется профилактика.

SUMMARY:

The article concentrates on studying the forms of expert prevention as prosessual and nonprosessual. Prosessual form is realized during the preventive expertise accomplishment, the use of experts' right for initiative and participation in investigation actions as a specialist. Nonprosessual form is considered to make generalization and analysis of experts' practice, to realize scientific researches in the expert preventive questions etc. The method of fixation of expert prevention depends on the form of prevention, in which it realized.

*Рекомендовано кафедрою
кримінального процесу та криміналістики*

Подано 04.02.09



М.О. Богословська

(Донецький юридичний інститут Луганського
державного університету внутрішніх справ)
(Науковий керівник професор Н.І. Клименко)

Деякі аспекти судово-лінгвістичної експертизи

Ключові слова: *судова експертиза, лінгвістична експертиза, завдання, об'єкт, види.*

З судовою лінгвістикою тісно пов'язана лінгвістична експертиза, яка існує на практиці, проте ще не отримала свого визнання і правового статусу (Інструкція про призначення та проведення судових експертиз та експертних досліджень, яка затверджена Міністерством юстиції України від 8 жовтня 1998 р., не передбачає її в якості самостійної експертизи).

На сьогоднішній день така експертиза як лінгвістична активно розвивається в теоретичному і методологічному плані, стає більш затребуваною в процесі слідчих і судових дій [7, 175]. Лінгвістична експертиза для вирішення своїх питань використовує спеціальні знання в галузі лінгвістики, соціолінгвістики, психолінгвістики тощо. В спеціальній літературі деякі автори ототожнюють її з авторознавчою (О.В. Зайцев, Л.В. Свиридова), інші вважають її самостійним видом дослідження (С.М. Вул, Л.В. Кузниченко, О.В. Довженко, Т.В. Литвин та інші), окремі автори стверджують, що вона включає авторознавчу експертизу, проте значно ширша за неї, тому що вирішує ще додатково коло різноманітних питань.

Хоча Інструкція про призначення та проведення судових експертиз та експертних досліджень Міністерства Юстиції України 1998 р. зі змінами і доповненнями на 2006 р. не передбачає її як самостійну експертизу, додаток 4 до Положення про експертно-кваліфікаційні комісії та атестацію судових експертів, за якими при-

своюється кваліфікація судового експерта фахівцям науково-дослідних інститутів судових експертиз, в перелік основних видів судових експертиз включає дослідження писемного мовлення.

Писемне мовлення в останні роки досліджувалося як об'єкт лише авторознавчої експертизи [3; 13], проте воно є джерелом інформації не лише для вирішення завдань, пов'язаних з встановленням фактичних даних про автора документа [4, 99]. Деякі завдання щодо діагностичного дослідження писемного мовлення не відносяться до предмета авторознавчої експертизи [5], а саме: "питання щодо об'єму і змісту понять (договорів, трудових угод і тощо), лексичного значення слів і словосполучень, які використовуються у тексті, їх стилістичної різноманітності, змістового навантаження, їх тотожності або схожості, питань щодо характеру інформації, яку містить текст, чи є вона образливою, виражає погрозу або тиск по відношенню до конкретної особи, який характер її впливу на адресата повідомлення" [4, 99].

За останні роки збільшилась кількість цивільних та кримінальних справ щодо захисту честі, гідності та ділової репутації, за позовами щодо виборчих технологій, реклами, за кримінальними справами щодо наклепу й образи і т.д. Тобто виникнення лінгвістичної експертизи зумовлено сучасним етапом розвитку суспільно-мовної ситуації в Україні. Це стверджують в своїх працях Ю.Ф. Пра-

дід, Н.В. Атрикуца, С.М. Вул, О.В. Довженко [4; 5; 10] та інші вчені.

В сучасній експертній літературі відсутнє поняття об'єкта і предмета лінгвістичної експертизи. Аналізуючи літературні джерела і експертну практику, С.М. Вул дав визначення предмета судової експертизи писемного мовлення – це “фактичні дані, істотні для розслідування і судового розгляду кримінальних або цивільних справ, які становлюються за допомогою спеціальних знань в галузі судової лінгвістики” [4, 100] та об'єкта як продукту мовленнєвої діяльності людини (слова, словосполучення, текст, групи текстів), які викладені в письмовій формі [4, 100]. На нашу думку, об'єктом лінгвістичної експертизи є тексти мовленнєвої діяльності людини (слова, словосполучення) або окремі документи, які викладені в письмовій формі (зокрема усні тексти, які досліджуються у вигляді роздрукованих текстів звукових супроводів).

На думку Т.В. Литвин, судово-лінгвістична експертиза дозволяє диференціювати 14 видів спеціального викривлення писемного мовлення із застосуванням комп'ютерної системи. Створені методики визначення імітації мовлення особи протилегної статі, іншої вікової групи, представника конкретної професії, навмисного зниження грамотності, навмисної нейтралізації мовлення, імітації писемного мовлення конкретної людини, наслідування стилю конкретного письменника, імітації стресового стану, імітації мовлення людини із сталою патологією мовленнєво-розумових процесів, імітації мовлення кримінальних елементів. Т.В. Литвин запропонувала основні принципи дослідження складання тексту у співавторстві, під диктовку, в стані емоційної активації та операційної напруги, за наявності патології мовленнєво-розумових процесів (із розмежуванням локальних пошкоджень органічного походження, психічних захворювань без постановки діагнозу і вроджених порушень слуху) [9, 110].

Як в зазначеній Інструкції, так і в Переліку основних видів судових експертиз та експертних спеціальностей, за якими при-

своюється кваліфікація судового експерта фахівцям науково-дослідних інститутів судових експертиз Міністерства юстиції України відсутнє поняття “лінгвістичної експертизи” як окремого виду експертиз. Якщо вважати лінгвістичну експертизу лише дослідженням писемного мовлення, то це відноситься до авторознавчої експертизи, якщо ж лінгвістичним дослідженням усної мови – до експертизи відеозапису. Вважаємо, що на сьогодні відсутня чітка характеристика лінгвістичної експертизи, яка заявляє про себе як самостійний вид експертиз та має окреме, характерне лише їй коло завдань, таких експертних питань, на які не відповідає ні авторознавча, ні інші види судових експертиз.

У межах судово-лінгвістичної експертизи також успішно вирішуються питання про наявність різного роду порушень в оформленні документації процесуального і непроцесуального характеру, котрі мають важливе значення з позицій доказування: формулювання слідчим навідних питань під час допиту, участь слідчого у створенні явки з повинною, дізнавача в складанні заяви потерпілого тощо, а також юридична оцінка інформації, яка є у мовленнєвому повідомленні [9, 111].

Сучасні судові правовідносини вирішуються за допомогою питань, які виходять за межі авторознавчої експертизи. Вирішують ці питання та виконують лінгвістичні дослідження теж співробітники НДІСЕ з вищою філологічною освітою та кваліфікацією судового експерта за спеціальністю “Дослідження писемного мовлення”. Усні тексти досліджуються у вигляді роздрукованих текстів звукових супроводів рекламних відеороликів, розшифровок, телепередач, висловлювань або їх фрагментів, які трансливалися в ефірі каналів і т. ін. У зв'язку з розвитком комп'ютерних технологій і мереж (мобільних, Інтернету) кількість документів, що створюються в електронному вигляді, значно зросла. О.В. Замолуєв вважає, що “експертів-лінгвістів цікавить перш за все зміст документа, а не форма його подання, отже найбільш зручним для цього роду досліджень вважається елек-

тронне подання документа” [6, 106]. Тому електронні та усні тексти, які містяться на наданих електронних дисках із записами інформації, переносяться із застосуванням знакодрукуювальної техніки на аркуші паперу формату А-4. У разі призначення лінгвістичної експертизи, експерту ставлять наступні питання:

Чи є порушення формально-мовних і понятійно-сміслових структур частин тексту у статті? Якщо ні, тоді що на це вказує? Якщо так, тоді в чому це визначається?

Чи є абзаци № .. зі слів (...) і № .. зі слів (...) логічним продовженням абзацу № ..?

Чи взаємозв’язані між собою за змістом, включаючи назву статті, абзац № .., абзац № .. зі слів (...), абзац № .. і № .., який починається словами (...), з урахуванням розділових знаків і літературної побудови тексту?

Чи містить текстовий матеріал випусків АТН (...) образливу лексику?

Чи є тотожними найменування: ... (наприклад, ЗАО “СПЕЦАВТОМАТИКА” і ООО НПО “СПЕЦАВТОМАТИКА”)?

Чи дає автор тексту згоду на будівництво?

Чи вважає за можливе директор Державного підприємства “...” розташування об’єкта товариства ТОВ “Лотос” на ділянці площею 12,0 га?

Вирішення наведених питань дозволяє підвищити ефективність оперативно-розшукових заходів і слідчих дій, збільшувати на свій розсуд доказову базу, а також оцінювати достатність, повноту й допустимість зібраних у справі доказів [9, 110]. Лінгвістична експертиза розв’язує нетрадиційні завдання, котрі мають місце на практиці. Такими завданнями є: отождошення кількох текстів невідомого автора; встановлення факту створення тексту кількома авторами; диференціація автора і виконавця тексту документа; визначення належності тексту до певного функціонального стилю мовлення; конкретизація соціально-біографічних характеристик автора (ознаки писемного мовлення як відображення властивостей особистості автора мовного повідомлення).

Прикладом розширення кола лінгвістичних завдань, які виходять за межі лінгвістичної експертизи є цивільні, господарські, адміністративні і кримінальні справи. Так, 14 листопада 2006 р. в м. Києві газета “Україна молода” оскаржувала в апеляційному порядку рішення Шевченківського районного суду м. Києва, який задовольнив цивільні позови СБУ. Суддя не задовольнив жодного клопотання з боку відповідачів. Зокрема, в одному з них йшлося про те, що у спірній публікації було прокоментовано матеріали кримінальної справи № 236 щодо вчинення контрабанди виробів з алюмінію, яку розглядає районний суд у Донецьку, й остаточне рішення у цій справі ще не було прийнято. Саме цей випадок є таким, що підпадає під норму ст. 201 ЦПК України (п. 4 ч. 1) і дає підстави відповідачу звернутися до Шевченківського районного суду м. Києва з клопотанням зупинити провадження у справі за позовами. Суддя визнав за потрібне призначити судово-лінгвістичну експертизу для визначення, які уривки з текстів публікацій за змістом є критикою та оцінкою з боку відповідача певних дій позивачів, тобто є оціночними судженнями, і чи містить інформація, яка була використана відповідачем такі вирази, які можуть підірвати довіру або згальбити авторитет позивачів. Шевченківський районний суд Києва задовольнив цивільні позови, визнавши недостовірною інформацію, яка публікувалася у виданні щодо позивачів протягом 2005–2006 рр. та містила звинувачення їх у незаконних діях [15].

Практика застосування господарськими судами законодавства про рекламу та про інформацію (за матеріалами справ, розглянутих у касаційному порядку Вищим господарським судом України у Оглядовому листі Вищого господарського суду України від 16 березня 2006 р. № 01-8/638) свідчить про призначення судово-лінгвістичної експертизи для вирішення, зокрема, такого питання: чи несе повідомлення юридичної особи негативну інформацію про іншу юридичну особу [16].

Лінгвістичні експертизи допомагають вирішити не тільки господарські, кримі-

нальні, цивільні, адміністративні та інші справи, а й, наприклад, зробити відкриття в медицині. В 2006 р. хіміки з Массачусетського технологічного інституту навчилися проектувати нові високоефективні антимікробні препарати за допомогою методів лінгвістики. Вчені піддали лінгвістичному аналізу так звані антимікробні пептиди – дуже короткі білкові молекули, що складаються приблизно з 20–30 амінокислот, які виробляються клітинами тварин і людини для боротьби з мікробами. Послідовність амінокислот у молекулі пептиду розглядалася як речення, а окремі амінокислоти – як слова. Лінгвістичний аналіз дозволив виявити у відомих антимікробних пептидах близько 700 характерних граматичних структур або “фраз”, кожна завдовжки по 10 амінокислот (тобто, у “фразі” на першому місці завжди стоїть амінокислота Р, на другому – кожна з чотирьох амінокислот К, А, У або S, на третьому – або І, або L, або N, і так далі: P[KAYS][ILN][FGI]C[KPSA][IV][TS][RKC][KR]) [17].

Всі ці завдання судово-лінгвістичної експертизи виникли за соціальними та практичними потребами. Коло питань буде розширюватися з розвитком розслідування та розгляду судових справ, з появою нових судово-лінгвістичних завдань та з подальшим удосконаленням процесу доказування в цілому.

Приватні експертні заклади користуються можливостями лінгвістичної експертизи та надають платну допомогу громадянам та установам. За лінгвістичним дослідженням тексту проводяться такі різновиди лінгвістичних експертиз:

- **загальна** експертиза (на відповідність тексту сучасним нормам мови) – включає в себе коригування тексту із представленням звіту про недоліки, які було виправлено у письмовій або усній формі;
- **детальна (конкретна)** експертиза (аналіз тексту з метою уникнення різночитань, особливо істотно при укладанні договорів різними мовами, перекладу важливих текстів, законів, літературних творів тощо) – включає

в себе коригування тексту високопрофесійним коректором із маркацією найбільш важливих нюансів та грубих помилок, пояснення вживання ключових слів та інше;

- **поглиблена** експертиза (вичерпний аналіз конкретного випадку застосування слова, слів, словосполучень, фразеологізмів, ідіом тощо) – у разі виникнення спорів щодо значення певних сполучень слів у певному контексті; наукове роз’яснення застосування будь-якого слова; готується з урахуванням етимологічних, історичних, контекстуальних, фразеологічних, історичних та інших важливих факторів.

За характером конкретної проблематики здійснюються такі види досліджень: 1) дослідження текстів та елементів тексту на їх відповідність нормам українського правопису, правилам міжмовної транслітерації, законодавству України про мову; 2) дослідження записів офіційних документів: встановлення тотожності імен, власних назв, термінів та інших елементів тексту, що відрізняються орфографічними, граматичними, стилістичними чи іншими особливостями; 3) ідентифікація власних назв та імен, записаних українськими (російськими) літерами і латиницею; 4) аналіз якості перекладу, встановлення автентичності перекладного тексту (чи його елементів) тощо.

Судово-лінгвістична експертиза використовує лінгвістичні знання, знання психолінгвістики, соціолінгвістики, етнопсихолінгвістики, нейропсихолінгвістики, патопсихолінгвістики, філософії мови [14, 72]. Коло питань, які ставляться судовими та слідчими органами, дуже різноманітне. Тому питання, які стоять перед експертом, вирішуються не лише за допомогою спеціальних знань у галузі лінгвістики, а й інших (в тому числі соціопсихолінгвістики, нейролінгвістики та суміжних наук).

Серед видів досліджень, які проводять під час лінгвістичної експертизи можна виділити:

1. Класифікаційні дослідження, за допомогою яких встановлюють належність

об'єкта до якогось класу, роду, виду, групи [2, 130], тобто встановлення категоріальних, класифікаційних властивостей об'єкта [11, 187; 14, 63].

2. Ідентифікаційні дослідження для встановлення індивідуальних фактів, тожності досліджуваного об'єкта [8, 130].

3. Діагностичні дослідження, які з'ясовують причини й механізми виникнення явища, специфічні риси, внутрішні зв'язки, стани. Діагностика є методологічною основою вирішення неідентифікаційних завдань. Діагноз (технічний, фізичний, автоматичний) – окремий метод наукового пізнання, поняття є запозиченням з медицини. В діалектиці діагноз означає розпізнання, різницю, визначення [8, 133].

4. Ситуаційні (ситуалогічні) дослідження, що охоплюють подію з різних сторін (час, місце, структура, спосіб вчинення, механізм події або її елементів), встановлюють комплекс різних ознак, зворотів, окремих ситуацій [8, 137], передбачають моделювання ситуації [14, 74].

Дані завдання вирішуються, як правило, шляхом проведення комплексних досліджень в юридичній лінгвістиці під час проведення відповідних судових експертиз. Комплексні експертні дослідження передбачають розроблення типових комплексних завдань, в яких враховуються типові слідчі ситуації, що їх породжують.

Спірним є питання щодо видів лінгвістичних досліджень. С.М. Вул та О.В. Довженко виділяють лише два види: семантичне дослідження та дослідження найменувань [4, 100]. О.В. Замолуєв пропонує наступні три види: авторознавче, семантичне та дослідження найменувань [6, 106]. На нашу думку, лінгвістична експертиза включає три основних види досліджень, у зв'язку із завданнями, які вона вирішує, а саме:

1. Авторознавчі дослідження – аналіз тексту з метою встановлення авторства або характеристики автора (аналіз особливостей тексту як носія інформації щодо особистості його автора).

2. Семантичні, або смислові дослідження – аналіз тексту з метою виявлення в ньо-

му змісту і характеру впливу на адресата. Синтаксичний аналіз – які засоби вираження використано у тексті та які стилістичні фігури вибрано з метою впливу на реципієнта. Логіко-змістовий аналіз – який є текст за змістом. Лексичний та лексико-семантичний аналіз – який лексичний рівень в текстовому та позатекстовому планах.

3. Термінологічні дослідження – аналіз назв, торгових марок, іменних прізвиськ, і т.п. як результатів людської діяльності (аналіз понять, термінів, найменувань тощо як засіб позначення об'єктів діяльності людини). Аналіз однозначності та неоднозначності тлумачення терміна відповідно до мовленнєвої ситуації та у зв'язку із контекстом, аналіз семантичного поля слова, словосполучення та його значення.

Вже давно проводяться лінгвістичні дослідження змісту законопроектів, нормативних актів як України, так і зарубіжжя. В Центрі перекладів актів європейського права при Міністерстві юстиції України (створений відповідно до постанови Кабінету Міністрів України від 26 липня 1999 р. “Про Центр перекладів актів європейського права” його перекладачі, із залученням у разі потреби на довірчій основі інших фахівців, проводять термінологічну лінгвістичну експертизу перекладів актів європейського права, законодавства ЄС. З ініціативи науковців у галузі лінгвістики проводяться експертні дослідження Постанов Верховної Ради України.

Процеси розвитку й становлення мови юриста особливо важливі на сучасному етапі. Термінологічні неточності або різне тлумачення й подання однакових за назвою та формою понять (термінів) призводять до їх неоднозначного розуміння й виникнення термінологічних колізій, ігнорування та невірної сприйнятності понять, терміносполучень. Необхідність в новому (термінологічному) виді лінгвістичного дослідження викликана реальними потребами: 1) необхідністю правильного тлумачення усіх юридичних, наукових, законодавчих, спеціальних експертних визначень, понять, термінів, терміносполучень; 2) судово-експертною практикою у зв'язку із збільшенням цивільних позовів щодо

необхідності тлумачення слів, термінів, терміносполучень, пов'язаних із рекламою, виборчими, політичними технологіями, текстами договорів, захистом авторства, честі, гідності громадян, ділової репутації, інтелектуальної власності.

Для того, щоб забезпечити досконалість та ефективність кожного поняття або терміна потрібна лінгвістична (“термінологічна”) експертиза нормативно-правових документів, вона повинна стати

обов'язковою процедурою їх прийняття [10, 77].

Таким чином, незважаючи на дискусійність і недостатню розробленість понятійного та методологічного апарату лінгвістичної експертизи, практика вимагає її проведення в різних сферах життя, тому перед наукою постає завдання розробки її основ, визначення правового статусу і включення в реєстр основних видів експертиз Міністерства юстиції України.

Список літератури:

1. **Архарова Д.И., Изотова Т.М.** Лингвистическая экспертиза: построение развернутой дефиниции юридического понятия на основе информационно-смысловой интерпретации исходного определения / Д.И. Архарова, Т.М. Изотова // Актуальні питання судової експертизи та криміналістики: збірник матеріалів засідання “круглого столу”, присвяченого 85-річчю створення Харківського науково-дослідного інституту судових експертиз ім. засл. проф. М.С. Бокаріуса ; 11–12 листопада 2008 р. – Харків, 2008.
2. **Будко Т.В.** К вопросу о видах исследований текстовой информации для решения задач правоохранительных органов / Т.В. Будко // Современное состояние, проблемы и перспективы развития судебной экспертологии: материалы международной научно-практической конференции. – Симферополь: ДИАЙПИ, 2007.
3. Вопросы судебно-автороведческой диагностической экспертизы / под ред. С.М. Вула. – К., 1984.
4. **Вул С.М., Довженко О.В.** О лингвистической экспертизе как новом роде исследований в системе Минюста Украины / С.М. Вул, О.В. Довженко // Экспертное обеспечение правосудия: проблемы теории и практики: материалы международной научно-практической конференции (7–8 сентября 2006 г., Симферополь), 2006.
5. **Вул С.М., Кузниченко Л.В.** Автороведческая и лингвистическая экспертизы письменной речи / С.М. Вул, Л.В. Кузниченко // Теорія та практика судової експертизи і криміналістики. Збірник науково-практичних матеріалів. Випуск 5. – Харків: Право, 2005.
6. **Замолуев О.В.** Перспективные направления автоматизации судебной лингвистической (автороведческой) экспертизы / О.В. Замолуев // Экспертное обеспечение правосудия: проблемы теории и практики: материалы международной научно-практической конференции (7–8 сентября 2006 г., Симферополь), 2006.
7. **Касьянюк Т.Н., Жакова Т.М.** Дефиниция “оскорбление” в поле языка и права (оценка экспертной и судебной практики решения вопросов по делам об оскорблении личности) / Т.Н. Касьянюк, Т.М. Жакова // Актуальні питання судової експертизи та криміналістики: збірник матеріалів засідання “круглого столу”, присвяченого 85-річчю створення Харківського науково-дослідного інституту судових експертиз ім. засл. проф. М.С. Бокаріуса ; 11–12 листопада 2008 р. – Харків, 2008.
8. **Клименко Н.І.** Судова експертологія: курс лекцій / Н.І. Клименко. – К.: Ін Юре, 2007. – 528 с.
9. **Литвин Т.** Можливості судово-лінгвістичної експертизи на початку ХХІ ст. / Т. Литвин // Право України. – 2001. – № 1.
10. **Прадід Ю.Ф.** Вступ до юридичної лінгвістики: Навчальний посібник / Ю.Ф. Прадід; за ред. О.Н. Ярмиша. – Симферополь: Доля, 2002. – 104 с.
11. **Свиридова Л.В.** Про структуру та основні положення методики судово-авторознавчої класифікаційної експертизи / Л.В. Свиридова // Актуальні питання судової експертизи та кри-

міналістики: Збірник матеріалів засідання “круглого столу”, присвяченого 85-річчю створення Харківського науково-дослідного інституту судових експертиз ім. засл. проф. М.С. Бокаріуса ; 11–12 листопада 2008 р. – Харків, 2008.

12. *Стернин И.А.* Лексическое значение слова в речи / И.А. Стернин. – Воронеж, 1985.

13. Теоретические и методические вопросы криминалистического исследования письменной речи. Методическое пособие / Сост. С.М. Вул. – М., 1997.

14. Експертизи у судовій практиці / За заг. ред. В.Г. Гончаренка. – К.: Юрінком Інтер, 2005. – 388 с.

15. Інтернет-ресурс. – Режим доступу : <http://www.unian.net/ukr/news/news-173119.html>

16. Інтернет-ресурс. – Режим доступу : <http://www.ura-inform.com>

17. Інтернет-ресурс. – Режим доступу : <http://www.Likar.Org.Ua>

РЕЗЮМЕ

В статье рассматриваются вопросы назначения и проведения лингвистической экспертизы, которая до сего времени не получила научного признания и правового статуса. Автор обосновывает задачи, объект лингвистической экспертизы, ее виды (подвиды).

SUMMARY

This article is dedicated to the problem judicial-lingvistique examination is in the stage of forming. In this connection it is important to define the key concepts of this examination which play an important role both in theoretical and in a practical aspect.

*Рекомендовано кафедрою кримінального процесу
та криміналістики*

Подано 27.02.09



О.О. Гаркуша,
аспірант
(Академія адвокатури України)
(Науковий керівник доцент О.С. Захарова)

Поділ юрисдикцій: окремі проблеми понятійного апарату процесуальних кодексів

Ключові слова: юрисдикція, компетенція судів, судова справа, цивільне судочинство, адміністративне судочинство, господарське судочинство.

В теорії права прийнято вважати, що використання термінології в законах, як лінгвістичного позначення понять, підпорядковується певним вимогам, зокрема – це однозначність термінології, тобто один і той же термін повинен використовуватись у даному законі у одному й тому ж значенні; загальновизнаність, тобто слова не повинні бути використані в якомусь іншому значенні; стабільність змісту не може змінюватись з кожним новим законом; доступність для правильного розуміння [1, 107–108]. В цьому контексті необхідно нагадати, що у ЦПК України [8] поняття “цивільна справа” вживається у багатьох главах і розділах. У порівнянні з раніше діючим ЦПК законодавець у новому ЦПК України правомірно в багатьох випадках уникає застосування категорії “цивільна справа” в контексті нормативного регулювання процесуальних відносин, проте в Загальних положеннях ЦПК України 2004 р., зокрема в ст. 1 та в ч. 3 ст. 2 цього Кодексу зазначається, що завданням цивільного судочинства є справедливий, неупереджений та своєчасний розгляд і вирішення цивільних справ з метою захисту порушених, невизнаних або оспорюваних прав, свобод чи інтересів фізичних осіб, прав та інтересів юридичних осіб, інтересів держави. В інших главах і розділах ЦПК цивільне судочинство пов’язується також лише з розглядом цивільних справ.

Разом з тим ч. 2 ст. 15 ЦПК встановлює, що законом може бути передбачено розгляд інших справ за правилами цивільного судочинства. Отже, попередньо можна зробити висновок, що законодавець розрізняє категорії “цивільна справа” та “інші справи” в контексті цивільних процесуальних відносин, попри те, що ЦПК України, інші акти законодавства не містять нормативного визначення поняття “цивільна справа”.

Опосередковано поняття “цивільна справа” розкривається в ст. 15 ЦПК України “Компетенція судів щодо розгляду цивільних справ”, де встановлено, що суди розглядають в порядку цивільного судочинства справи про захист порушених, невизнаних або оспорюваних прав, свобод чи інтересів, що виникають із цивільних, житлових, земельних, сімейних, трудових відносин, а також з інших правовідносин, крім випадків, коли розгляд таких справ проводиться за правилами іншого судочинства. Аналіз компетенції судів щодо розгляду цивільних справ через призму ст. 1 ЦПК дають підстави стверджувати про визначення цивільної юрисдикції характером спірних правовідносин, а саме: відсутністю публічно-правового спору та прямої вказівки в законі про розгляд інших справ за правилами цивільного судочинства.

Ст. 3 Кодексу адміністративного судочинства України [4] містить визначення

адміністративної справи як переданого на вирішення адміністративного суду публічно-правового спору, у якому хоча б однією зі сторін є орган виконавчої влади, орган місцевого самоврядування, їхня посадова чи службова особа або інший суб'єкт, який здійснює владні управлінські функції на основі законодавства, в тому числі на виконання делегованих повноважень. В рамках такої справи можуть бути задоволені цивільно-правові вимоги про відшкодування шкоди, заподіяної неправними рішеннями, діями чи бездіяльністю суб'єкта владних повноважень або іншим порушенням прав, свобод та інтересів суб'єктів публічно-правових відносин (ч. 2 ст. 21 КАСУ).

Енциклопедичні джерела іменують визначення цивільної справи через призму виду судочинства, зокрема: "...Судові справи класифікуються за видами судочинства – кримінальні, цивільні, господарські, адміністративні та справи про адміністративні правопорушення" [9, 704; 10, 364;]. Наведена класифікація справ за видом судочинства або за процесуальною формою здійснення правосуддя є внутрішньо суперечливою, оскільки судочинства у справах про адміністративні правопорушення вітчизняне законодавство не знає. Форма здійснення судочинства жодним чином додатково не розкриває зміст цивільної юрисдикції. З іншого боку, Господарський процесуальний кодекс України не визначає справи, що розглядають господарські суди як господарські справи, а іменує їх як справи з господарського спору, або справи у спорах, що виникають при укладанні, зміні, виконанні та розірванні господарських договорів і т. ін.

В іншому випадку автори словника термінів дають визначення цивільної справи як будь-якої справи, що розглядається в суді загальної юрисдикції в порядку, передбаченому цивільним процесуальним законодавством [6, 602–603]. Видається, що і в цьому випадку не можна стверджувати про будь-яку новизну ознак, що характеризує судову справу як цивільну.

Необхідно зазначити, що в залежності від суб'єктного складу та характеру спо-

ру цивільна справа може розглядатись в порядку цивільного, господарського судочинства. В окремих випадках зміна компетенції судів щодо розгляду окремих справ обумовлюється політичними чинниками, наприклад, рішення законодавця щодо змін підсудності корпоративних спорів. З іншої сторони, використання у процесуальних відносинах категорії "цивільна справа" як змісту цивільної юрисдикції, і в той же час як позначення матеріально-правового спору у земельних та інших відносинах, що характеризуються виключно імперативним методом правового регулювання та нерівністю прав та обов'язків суб'єктів правовідносин, певною мірою ускладнює усвідомлення, сприйняття матеріально-правових (цивільних, адміністративних) та процесуальних відносин. Необхідно враховувати, що семантика категорії "цивільна" справа близька до змісту узагальнювального поняття "цивільістика", яке вживається для визначення суспільних відносин цивільно-правового змісту, пов'язаних з цивільним правом.

Видається, що позначення судових справ, що розглядаються в порядку, визначеному ЦПК України як "цивільних справ", було допустимим в умовах існування двох юрисдикцій: кримінальної та цивільної.

Розглядаючи питання правомірності використання категорії "цивільна справа" в контексті цивільної юрисдикції не можна оминати і питання правомірності позначення юрисдикції як "цивільної", що має бути обмежена нормативним регулюванням розгляду і вирішення приватно-правових спорів. В цьому контексті окремі автори стверджують, що поділ юрисдикцій має відбутися, коли буде наведене чітке визначення, що таке публічний спір, що таке приватно-правовий спір, який процесуальний порядок вирішення таких спорів, зважаючи на те, що процесуальний порядок набуває рис уніфікації [11, 62].

В контексті визначення юрисдикції через залучення неформалізованих понять (цивільна справа, господарські спори, адміністративна справа) в тексті закону виникає питання про їх зв'язок з нормативним ре-

гулюванням правил розмежування судових процедур за ЦПК, КАС, ГПК та їх вплив на “автономізацію” відповідних юрисдикцій. З зазначеної проблеми науковцями висловлені різні, в окремих випадках несумісні підходи до вирішення цього питання. Так, Д.М. Притика вважає, що господарський і цивільний процес значною мірою різняться – це, на його думку, стосується засобів доказування, строків розгляду справ. Далі він наводить аргументи, які, на нашу думку, мають в повному обсязі відношення і до цивільної юрисдикції, зокрема, він пише, що в господарському судочинстві позовне провадження у порівнянні з цивільним процесом повинно мати якісні відмінності, зумовлені специфічними потребами учасників відповідних відносин (потреб господарського обороту в оперативності вирішення спорів, надійного попереднього забезпечення доказів та виконання судових рішень, “легкості” доказування, мінімізації процедурних формальностей, швидкості виконання судових рішень [7, 16]. За переконливістю аргументів заслуговує на увагу думка В.В. Комарова з цього питання. Так, відповідаючи на питання щодо спеціалізації суддів і необхідності врахувати специфіку справ, автор переконливо стверджує, що ця практична проблема не може бути взята до уваги, покладена в основу твердження про необхідність конструювання певної моделі судочинства. Вказаний автор звертає увагу, що коли порівняти ЦПК, КАС, ГПК виникає питання доцільності цих різних нормативних актів, які по суті пронизані єдністю [5, 31].

Ю.М. Грошевий, аналізуючи проблеми спеціалізації процесуальних процедур, приходить до висновку, що система судів

загальної юрисдикції має будуватися за принципами: спеціалізації, територіальності, інстанційності. До юрисдикції місцевих судів необхідно віднести розгляд всіх категорій справ, в тому числі й тих, що за чинним законодавством розглядаються апеляційними судами. Водночас Ю.М. Грошевий справедливо зазначає, що необхідно створити місцеві окружні суди, до юрисдикції яких слід віднести розгляд по першій інстанції справ, що за чинним законодавством розглядаються апеляційними судами [3, 30].

Підсумовуючи викладене, необхідно зазначити, що законодавець у визначенні компетенції судів щодо розгляду судових справ не виправдано використав різні способи позначення одних і тих правових явищ, а саме: 1) виокремлення цивільної юрисдикції шляхом виключення з неї судових справ інших юрисдикцій; 2) визначення адміністративної юрисдикції шляхом нормативного визначення адміністративної справи за критерієм наявності публічно-правового спору і певного кола суб'єктів; 3) визначення господарської юрисдикції за суб'єктним складом та за певним переліком спорів. Видається, що поділ юрисдикції має відбуватися не через множину процесуальних кодексів, а за єдиним уніфікованим процесуальним кодексом, який має врахувати особливості кожної існуючої юрисдикції. При цьому можна досягти єдності понятійного апарату, зокрема відмовитись в уніфікованому процесуальному кодексі від визначення найменувань справ за галузевою ознакою, визначити спеціалізацію суддів за суб'єктним складом учасників справи, іншими формалізованими ознаками.

Список літератури:

1. *Алексеев С.С.* Право: азбука – теория – философия: Опыт комплексного исследования / С.С. Алексеев. – М.: Статут, 1999. – 712 с.
2. Господарський процесуальний кодекс України. Офіційний веб-сайт Верховної Ради України. – Режим доступу : <http://gska2.rada.gov.ua>
3. *Грошевий Ю.М.* Проблеми спеціалізації процесуальних процедур / Ю.М. Грошевий // Актуальні проблеми застосування Цивільного процесуального Кодексу та Кодексу адміністративного судочинства України: тези доповідей та наукових повідомлень учасників міжнародної

наук.-практ. конференції ; 25–26 січня 2007 р. / за заг. ред. В.В. Комарова. – Харків: Нац. юрид. акад. України, 2007.

4. Кодекс адміністративного судочинства України [Електронний ресурс] / Офіційний веб-сайт Верховної Ради України. – Режим доступу : <http://gska2.rada.gov.ua>

5. **Комаров В.В.** Проблеми уніфікації та диференціації судових процедур / В.В. Комаров // Питання удосконалення судової системи України: матер. наук.-практ. конференції / ред. кол.: Ю.В. Баулін [та ін.] – Харків: Кроссроуд, 2007.

6. Правознавство: словник термінів: навч. посіб. / за ред. В.Г. Гончаренка. – К.: Юрискон-сульт, КНТ. – 2007. – 636 с.

7. **Притика Д.М.** Вдосконалення судоустрою та господарського судочинства: проблеми і перспективи/ Д.М. Притика // Матеріали наук.-практ. конф. 12–13 квітня 2006 р., м. Донецьк, 2003.

8. Цивільний процесуальний кодекс України [Електронний ресурс] / Офіційний веб-сайт Верховної Ради України. – Режим доступу : <http://gska2.rada.gov.ua>

9. Юридична енциклопедія: в 6 т. / редкол.: Ю.С. Шемшученко [та ін.]. – К.: Укр. енцикл., 1998. – Т. 5: П–С. – 2003. – 736 с.

10. Юридична енциклопедія: в 6 т. / редкол.: Ю.С. Шемшученко [та ін.]. – К.: Укр. енцикл., 1998. – Т. 6: Т-Я. – 2004. – 768 с.

11. **Яцина В.Б.** Реалізація принципу спеціалізації в побудові судової системи України / В.Б. Яцина // Питання удосконалення судової системи України: матер. наук.-практ. конференції / ред. кол.: Ю.В. Баулін [та ін.]. – Харків: Кроссроуд, 2007..

РЕЗЮМЕ

В статье анализируются отдельные аспекты нормативного определения понятий “судебное дело” в процессуальных кодексах и их взаимосвязь с определением юрисдикций.

SUMMARY

The article analyses separate aspects of the normative definitions of the nations “trial case” in procedural Codes and their connections with the definitions of jurisdictions.

*Рекомендовано кафедрою
кримінального процесу та криміналістики*

Подано 15.12.08



О.В. Бурак,
аспірантка
(Академія адвокатури України)
(Науковий керівник доцент О.С. Захарова)

Конституційні основи організації судової влади у зарубіжних країнах

Ключові слова: *судоустрій, система судів, суди США, суди Німеччини.*

Державна влада складається з трьох відносно самостійних гілок, кожна з яких має своє юридичне обґрунтування. Ці гілки влади – законодавча, виконавча і судова – відокремилися в процесі суспільної еволюції як три основні інституційно-правові форми публічно-владної діяльності.

Судова влада, зокрема, вирішує спори про право, встановлює право (права та обов'язки) у конкретних ситуаціях і для конкретних суб'єктів. Зокрема, судові рішення дозволяють застосовувати правові примусові заходи по відношенню до конкретних суб'єктів.

Загалом поділ влади означає, що "... органи законодавчої, виконавчої і судової влади самостійні в межах своєї компетенції і не можуть втручатися в компетенцію один одного" [8, 53]. Крім цього, у взаєминах гілок влади повинні бути стримування і протидія, які не дозволяють жодній з гілок влади виходити за межі її компетенції і, навпаки, дозволяють одним гілкам влади утримувати інші в рамках їхньої компетенції [7, 151].

Ідея поділу законодавчої, виконавчої і судової влади супроводжує пошук людством ідеальної держави впродовж багатьох століть. У зародковому стані вона була присутня уже в поглядах давньогрецьких філософів (Арістотель, Полібій). Проте як основний принцип цілісного вчення про демократичну державну владу, концепція її поділу на три відносно автономні, взаємозалежні і контролюючі одна одну влади була сформульована Дж. Локком (1632–

1704) і розвинута пізніше Ш. Монтеск'є (1689–1755).

Дж. Локк пропонує систему стримувань і протидій – поділ влади на законодавчу, виконавчу і судову з передачею кожної окремому колу осіб. Тоді, наприклад, у правовій монархічній державі "... законодавчою владою може бути аристократичний парламент, вищою виконавчою – король, а судову має сенс пропорційно поділити між аристократичним і демократичним станами" [5, 143].

Ідеї про розподіл влади у найбільш чіткому викладі були сформульовані французьким просвітителем і правознавцем XVIII ст. Ш. Монтеск'є. Сформульоване ним вчення про розподіл влад заклало підвалини конституційного принципу, котрий був визнаний в державно-правовій теорії і практиці ряду країн вже наприкінці XVIII ст. Найбільшою мірою це вчення було сприйнято творцями конституції США 1787 р., чинної і сьогодні.

Дж. Медісон, один з головних "архітекторів" Конституції США, з цього приводу говорив, що доки органи державної влади "... не будуть пов'язані і переплетені до такої міри, щоб надати кожному з органів конституційний контроль над іншими, максимально необхідний рівень поділу, як суть вільного уряду, іноді на практиці не зможе бути організований належним чином" [4, 28].

В системі стримувань і протидій гілок влади важливу роль Конституція відводила

судовій владі [5]. Верховний суд США наділений правом скасування будь-якого закону як федерального, так і штатів, якщо буде визнано, що цей закон суперечить приписам і принципам Конституції (ст. 25 Закону про судоустрій). Більше того, Верховному суду належить остаточне право тлумачити Конституцію, тобто визначати, що є правом країни і що йому (праву) суперечить.

Паралельно з судами штатів функціонує федеральна судова система, яка складається з районних і окружних судів (на цей період їх кількість була визначена в 30 районних і 3 окружних суди). Останні наділені апеляційною владою відносно перших. Незважаючи на існування деяких місцевих відмінностей і технічних деталей, описати основні риси типової американської судової системи можна, уявивши собі її у вигляді піраміди. Внизу, в основі піраміди, знаходяться суди нижчої інстанції, розкидані територією всього штату. Ці суди мають справу з найменш серйозними проступками і злочинами і найменш серйозними цивільними позовами. Вони мають різні назви: транспортні, поліцейські, адміністративні, муніципальні суди тощо. Деякі з них спеціалізуються у вузькій сфері: транспортні суди розглядають випадки дорожніх пригод, поліцейські суди мають справу тільки з дрібними правопорушеннями тощо.

У певному сенсі ці суди являють собою основу правосуддя, їх “продукція” є доступною і недорогою. З іншого боку, судді в судах нижчої інстанції є звичайно досить високопрофесійними. Позовні суди також займають своє визначене місце в судовій системі. Певною мірою ці суди досить ефективні: сотні тисяч позовів проходять через подібні суди щороку.

Наступний рівень судової піраміди складається із судів загальної юрисдикції – основних процесуальних судів США. Кількісно таких судів менше, але вони звичайно відрізняються більшим професіоналізмом. Юрисдикція процесуальних судів звичайно охоплює більшу кількість людей і більш широку сферу права, ніж муніципальні або поліцейські суди. У багатьох штатах на

один округ припадає один основний процесуальний суд. Для основних процесуальних судів Сполучених Штатів не існує певної уніфікованої назви. У деяких штатах вони називаються окружними судами, в інших – районними судами.

У штатах, які мають невелике населення, таких, як Айдахо або Айленд, той, що програв судовий процес, має можливість безпосередньо апелювати до вищого суду штату, який звичайно називається верховним судом. Іншими словами, якщо прийняти процесуальний суд за перший рівень, то можна сказати, що ці штати мають дво-рівневі системи.

У трьохрівневих системах суд вищого рівня має можливість вирішувати, які справи приймаються, а які відхиляються для слухання. Той, хто програв процес, має право апелювати (принаймні один раз) до того ж самого суду. Але він практично не має ніяких можливостей вимагати слухання справи безпосередньо у верховному суді штату.

Федеральні суди також мають трьохрівневу структуру. Правда, у системи правосуддя на федеральному рівні відсутній найнижчий рівень (для розгляду дрібних справ). Також немає федеральних позовних судів або федеральних мирових судів. У штатах нижнім федеральним рівнем є регіональний (районний) суд – це основний федеральний процесуальний суд США.

Два інших рівні – окружні суди і Верховний суд Сполучених Штатів у своїй діяльності обмежуються розглядом апеляцій. Разом з тим в США існує близько сотні федеральних регіональних судів. На більш високому щаблі знаходяться апеляційні суди федеральних окружних судів Сполучених Штатів.

Окружні суди, на відміну від регіональних, не є судами з однією головною дійовою особою – суддею. Засідання проводить не один суддя, а колегія, що складається з трьох суддів. У більшості випадків, а фактично в переважній більшості, окружні суди є останньою інстанцією.

Верховний суд знаходиться на вершині піраміди федеральних судів. Він може

розглядати справи, які надійшли з вищих судів штатів, якщо вони торкаються досить важливих федеральних питань, тобто таких, які, як правило, підпадають під дію федеральної Конституції. Незалежність судової влади від законодавчої і виконавчої досягається тим, що члени Верховного суду призначаються Президентом США довічно.

Таким чином, Конституція США визначає лише загальні засади формування судової системи. У кожному штаті вона набуває конкретного вигляду на основі місцевих правових звичаїв і спеціальних законів. Сполучені Штати – федеративна держава. Тому судова система у цій країні пристосована саме до цієї форми територіального устрою. У невеликих штатах існує дворівнева, а у великих – трьохрівнева судова система.

У США паралельно функціонують федеральна судова система і система судів кожного штату. Однак в обох випадках суди здійснюють усі види судочинства. Компетенція федеральних судів і судів штатів відрізняється, головним чином, тим, яка норма застосовується у конкретній справі: федерального законодавства або законодавства штату.

Таким чином, головною особливістю судової системи США є її дуалізм, оскільки на території кожного штату діють і суди даного штату, і федеральні суди. Такий територіальний паралелізм виник історично, оскільки на момент створення США у кожному штаті склалася своя судова система, яка застосовувала власне законодавство. Зберігши цю систему, автори Конституції США передбачили федеральну судову систему, яка застосовує федеральне законодавство. Спеціально і досить складно було відрегульовано взаємозв'язок двох систем, у результаті кожна з них зберігає відносну автономію у юрисдикції, при цьому в окремих справах Верховний Суд США визнаний вищим органом усієї національної системи. Багато в чому компетенція федеральних судів перехреснується з компетенцією судів штатів і взаємозв'язок між цими системами є досить складним, як і взаємозв'язок

судових систем штатів між собою. Очолює всю судову систему країни Верховний суд США, який одночасно виконує функцію суду конституційної юрисдикції.

Основою законодавчої регламентації судової влади у Франції є, передусім, конституція П'ятої республіки 1958 р.

Загалом Конституція містить досить лаконічні положення щодо організації судової системи, її ієрархічної структури, інстанційності тощо. Тому у Франції існує спеціальний конституційний закон, що детально розвиває конституційні засади судової влади, – “Органічний закон про статус магістратури” 1978 р., а також Кодекс судоустрою Французької республіки від 16 березня 1978 р.

Німеччина – федеративна держава, тому важливим є питання про розмежування нормотворчої компетенції між Федерацією і землями, що входять до її складу. Це питання вирішується на рівні конституції. Землі мають право створення законодавства лише тоді, коли Федерація не використовує своїх законодавчих прав (ст. 72 Основного закону ФРН) [13, 150]. У зазначених сферах практично в повному обсязі регулювання здійснюється на федеральному рівні. Нормотворчість земель в галузі судоустрою й судочинства є незначною.

Згідно зі ст. 92 Основного закону ФРН судова влада здійснюється федеральним конституційним судом, федеральними судами й судами земель. Для здійснення правосуддя у сфері загальної (цивільної і кримінальної), адміністративної, фінансової, трудової й соціальної юстиції у відповідності із ст. 95 Конституції ФРН створені федеральні й земельні суди загальної юрисдикції, адміністративні суди, фінансові суди, суди з трудових справ, суди із соціальних питань.

Судочинство здійснюється дільничними судами – амтсгеріхтами (das Amtsgericht), земельними судами – ландгеріхтами (das Landgericht), Верховними судами земель – оберландесгеріхтами (das Oberlandesgericht) і Федеральним судом (der Bundesgerichtshof). У Берліні Верхо-

вний суд землі називається каммергеріхт (das Kammergericht) [2; 56].

Дільничні суди розглядають справи тільки по першій інстанції, у земельних судах здійснюється розгляд справ по першій і другій інстанціям. Верховний суд землі є інстанцією, що стоїть вище над ландгеріхтами, але є нижчою інстанцією по відношенню до Федерального суду. Верховний федеральний суд ФРН із місцем знаходження у Карлсруе визнається вищим органом в системі судів загальної юрисдикції. Федеральні адміністративні і фінансові суди, а також федеральні суди з трудових справ і з соціальних питань очолюють вертикалі самостійних спеціалізованих систем судів.

Отже, федеральні суди є третьою інстанцією; вони забезпечують однакове застосування права на всій території держави у формі так званого ревізійного провадження по скаргах на рішення земельних судів [2, 57]. Таким чином, у ФРН діє кілька самостійних і рівноцінних судових систем, серед яких можна виділити органи судів загальної юрисдикції і структури судів спеціальної юрисдикції [3, 116].

Підсумовуючи викладене, зазначимо, що принцип розподілу державної влади закріплений у конституціях переважної більшості демократичних і правових держав. Розподіл влади – необхідна передумова законності. Без розподілу влади не може бути правової держави і правових законів.

Державна влада суду має конкретний характер. А основною специфічною формою діяльності суду є правосуддя, тобто вирішення на підставі чинного права із застосуванням особливої процесуальної форми конкретних справ і спорів, які виникають внаслідок різних конфліктів у суспільстві між людьми, між людиною і державою, між різними структурами держав. Отже, судовій владі належить роль арбітра у спорах про право.

Соціальна роль судової влади полягає в забезпеченні верховенства права, в тому

числі й щодо держави. Ніхто, крім суду, не може здійснювати правосуддя від імені держави. Ніхто, у тому числі й держава в особі будь-яких її органів, не може втручатися у діяльність суду під час здійснення правосуддя.

Сила судової влади повинна ґрунтуватися на неухильному дотриманні закону, повазі до судового рішення. Таке ставлення до судової влади має виховуватися протягом тривалого часу й існує, передусім, у країнах з усталеними демократичними традиціями, де укорінився принцип верховенства права. Загалом можна сказати, що самостійність судової влади, високий ступінь поваги до неї з боку усіх членів суспільства – це свідчення руху країни до правової державності.

Основою законодавчої регламентації судової влади є, передусім, конституція. Проте конституції зарубіжних країн, як правило, містять досить лаконічні положення щодо організації судової системи, її ієрархічної структури, інстанційності тощо. Здебільшого у нормах основного закону згадуються верховні суди як вищі суди системи, при цьому може йтися про те, що нижчі суди створюються за законом (Конституція США). Така лаконічність пов'язана, насамперед, із тим, що хоча у сучасних демократичних країнах склалися та існують усталені, традиційні моделі судової організації, може виникати об'єктивна потреба вносити зміни у судові структури, не змінюючи при цьому конституційні тексти.

Більшість сучасних конституцій містить принаймні загальні положення щодо статусу судової влади (ст.3 Конституції США, розділ “Про судову владу” – у Конституції Франції, “Правосуддя” – у Конституції ФРН). Крім того, у багатьох країнах існує спеціальне законодавство, що детально розвиває конституційні засади судової влади.

Список літератури:

1. **Валуев. М.** Исторические типы философии / М. Валуев. – М.: Знание, 1992. – 310 с.
2. **Давтян А.Г.** Гражданское процессуальное право Германии / А.Г. Давтян. – М.: Городец-издат, 2000. – 320 с.
3. **Елисеев Н.Г.** Гражданское процессуальное право зарубежных стран: учеб. / Н.Г. Елисеев. – 2-е изд., перераб. и доп. – М.: ТК Велби, Изд-во Проспект, 2004. – 624 с.
4. **Карпендер Дж.** Познаем Америку / Дж. Карпендер. – СПб.: Академия, 1995. – 418 с.
5. **Каррі Д.П.** Конституція Сполучених Штатів Америки: посібник для всіх / Д.П. Каррі ; пер. з англ. О.М. Мокровольського. – К.: Веселка, 1993. – 290 с.
6. Конституційне право зарубіжних країн / за загальною редакцією В.О. Ріяки. – К.: Юрінком Інтер, 2004. – 544 с.
7. Конституційне право України / за ред. В.Ф. Погорілка. – К.: Наукова думка, 2005. – 734 с.
8. **Котюк В.О.** Основи держави і права / В.О. Котюк. – К.: Атіка, 2001. – 432 с.
9. **Монтескьє Ш.Л.** Избранные произведения / Ш.Л. Монтескьє. – М.: Госюриздат, 1955. – 396 с.
10. **Нарский И.С.** Западноевропейская философия XVII века / И.С. Нарский. – М.: Высшая школа, 1974. – 380 с.
11. Проблемы общей теории права и государства / ред. В.С. Нерсисянц. – М.: Норма, 2002. – 832 с.
12. Судебные системы европейских стран. Справочник / перевод с франц. Д.И. Васильева и с англ. О.Ю. Кобякова. – М.: Междунар. отношения, 2002. – 336 с.
13. Факти про Німеччину. – Франкфурт-на-Майні: Societats-Verlag, 1994. – 492 с.

РЕЗЮМЕ

В статье рассматриваются вопросы судебной системы в зарубежных странах, в частности, вопросы, связанные с системой специализированных судов.

SUMMARY

The article deals with the problem of judicial system in foreign countries, in particular, questions, connected with the system of specialized courts.

*Рекомендовано кафедрою
кримінального процесу та криміналістики*

Подано 25.11.08



*М.І. Копетюк,
кандидат юридичних наук, доцент
(Волинський національний університет
імені Лесі Українки)*

Деякі особливості прокурорського нагляду за законністю закінчення досудового слідства у справах неповнолітніх

Ключові слова: законність, прокурорський нагляд, досудове слідство, злочини неповнолітніх.

Заключним і значущим етапом процесуальної діяльності досудового провадження у кримінальних справах є закінчення досудового слідства, у тому числі і в справах неповнолітніх, який має самостійне значення. Його змістом є сукупність процесуальних дій та відповідних правовідносин, спрямованих на перевірку повноти, всебічності та об'єктивності зібраних у справі даних, на поповнення прогалин проведеного розслідування, остаточне оформлення досудового слідчого провадження, формулювання та обґрунтування висновків досудового слідства, забезпечення прав та законних інтересів учасників процесу, зокрема неповнолітніх, на перевірку висновків слідства прокурором методами прокурорського нагляду та визначення сутності подальшого спрямування кримінальної справи стосовно неповнолітнього обвинуваченого.

Закінчення досудового слідства є заключним етапом у розслідуванні кримінальних справ, у процесі якого слідчий аналізує, оцінює зібрані матеріали та приймає рішення про подальший рух справи. І здійснення прокурором нагляду на завершальній стадії розслідування кримінальної справи стосовно неповнолітнього є одним з найбільш відповідальних моментів нагляду за законністю в діяльності органів досудового слідства. Останнє закінчується складанням

обвинувального висновку чи винесенням постанови про звільнення неповнолітньої особи, яка вчинила злочин, від кримінальної відповідальності (ст. 7–10 КПК України) і направлення кримінальної справи у встановленому кримінально-процесуальним законом порядку через прокурора до суду для застосування примусових заходів виховного характеру або постанови про закриття кримінальної справи (ст. 6 КПК), або про закриття кримінальної справи та застосування примусових заходів виховного характеру (ст. 7³ КПК) стосовно неповнолітніх, які по досягненню одинадцятирічного віку і до досягнення віку, з якого можливе настання кримінальної відповідальності, вчинили суспільно небезпечне діяння, що підпадає під ознаки злочину.

Одержавши, та перевіrivши справу, яка поступила, наприклад з обвинувальним висновком, прокурор або його заступник приймає одне з наступних рішень: 1) затверджує обвинувальний висновок або складає новий; 2) повертає справу зі своїми письмовими вказівками для провадження додаткового розслідування; 3) закриває справу, склавши про це постанову з додержанням вимог ст. 214 КПК про порядок закриття справи [4, 470].

Ст. 212 КПК не розкриває сутності процесуальних форм закінчення досудового

слідства і підстав, необхідних для обрання відповідної форми. На відміну від цього ст. 215 КПК РФ, наприклад, вказує, що підставою для закінчення попереднього слідства з обвинувальним висновком є визнання слідчим того, що усі слідчі дії у кримінальній справі проведені, а зібрані докази є достатніми для складання обвинувального висновку [7, 570]. Досудове слідство визнається закінченим, якщо немає необхідності у проведенні будь-яких слідчих або інших процесуальних дій, спрямованих на збирання, перевірку і дослідження доказів, коли жодна із версій, які виникли, не залишилася неперевіреною, тобто коли в повному об'ємі виконані вимоги ст. 64 КПК про встановлення обставин, що підлягають доказуванню в кримінальній справі, та виконано ст. 22 КПК про всебічне, повне і об'єктивне дослідження всіх доказів у справі. Однак, крім обставин, передбачених ст. 64 КПК, прокурор має звернути увагу і на обов'язковість з'ясування слідчим додаткових обставин, передбачених ст. 433 КПК [4, 449, 188, 66, 850–851]. На цьому етапі кримінальна справа може (і має) перейти з досудових стадій кримінального процесу в судові, а може одержати і остаточне вирішення у формі закриття. Не розкриває сутності процесуальних форм закінчення досудового слідства і проект нового КПК України.

Підставою для закінчення досудового слідства є достатність зібраних доказів для прийняття підсумкового процесуального рішення про долю справи з огляду на доведеність вини особи, яка притягається до кримінальної відповідальності. Основною формою закінчення досудового слідства є направлення слідчим кримінальної справи з обвинувальним висновком прокуророві для затвердження висновку і скерування справи до суду для розгляду її по суті, коли немає підстав до її закриття.

Як слушно вказувала Н.А. Якубович, якщо у процесі розслідування добуті докази, на підставі яких слідчий дійшов висновку, що злочин розкрито, винні викриті, характер та розмір збитків визначені, заходів щодо їх відшкодування вжито, а умови та

причини, які сприяли його вчиненню, встановлені, то з'являється і підстава для визнання розслідування закінченим [14, 5]. У цьому випадку підсумковим процесуальним документом буде обвинувальний висновок, який складається в порядку, передбаченому ст. 217–224 КПК, і де формулюється остаточне обвинувачення, що підлягає розгляду в суді. І як самостійна завершальна стадія прокурорського нагляду за виконанням закону органами досудового слідства у справах неповнолітніх виділяється діяльність прокурора у справі, що надійшла з обвинувальним висновком [5, 78].

Передача справи на розгляд суду потребує виконання слідчим усіх завдань досудового слідства, а саме: 1) одержання достатніх доказів для розгляду справи в суді; 2) усунення за допомогою обґрунтованого застосування заходів процесуального примусу перешкод до руху справи; 3) забезпечення процесуальних прав сторін, перш за все, сторони захисту [7, 535–536]. Прокурор, здійснюючи нагляд, має перевірити виконання вимог, які пред'являють до обвинувального висновку ст. 223, 224 КПК відносно процесуального порядку закінчення досудового слідства з складанням обвинувального висновку, який містить такі етапи: 1) систематизація матеріалів кримінальної справи; 2) повідомлення потерпілого, цивільного позивача, цивільного відповідача та їх представників про закінчення слідства та ознайомлення їх із матеріалами кримінальної справи; 3) повідомлення про закінчення слідства обвинуваченого та його захисника, законного представника та ознайомлення їх з матеріалами кримінальної справи; 4) складання обвинувального висновку; 5) направлення справи прокуророві. Вимоги, які закон пред'являє до обвинувального висновку (ст. 223–224 КПК), дають змогу прокуророві оцінити відповідність викладених у ньому висновків (які мають базуватися на зібраних та досліджених у процесі розслідування кримінальної справи доказах), фактичним обставинам справи з огляду на наявність тверджень та аргументів, які обґрунтовують встановлення фактичних об-

ставин і є підставами для правових оцінок діяння обвинуваченого.

Як слушно відмічає О.Д. Назаров, по суті така перевірка, як процесуальна форма нагляду за додержанням законів на заключному етапі досудового слідства, є ревізійною діяльністю прокурора. Адже затверджуючи обвинувальний висновок, прокурор бере на себе відповідальність за те, що справа не містить порушень закону (слідчих помилок) і може бути розглянута судом без будь-яких ускладнень [6, 188]. Розглядаючи ці питання докладніше, слід зауважити, що відповідно до ст. 22 КПК, прокурор, слідчий, особа, яка провадить дізнання, зобов'язані вжити усіх передбачених законом заходів до всебічного, повного і об'єктивного дослідження обставин справи, виявити як ті обставини, що викривають, так і ті, що виправдовують обвинуваченого, а також обставини, що пом'якшують і обтяжують його відповідальність.

Під всебічністю розуміється виявлення всіх обставин, які підлягають доведенню (ст. 64 КПК), через вичерпну перевірку об'єктивно можливих версій. В той же час однобічність досудового слідства – це захоплення однією з версій, недостатнє дослідження, з огляду на об'єктивно можливі версії, обставин певної справи. Об'єктивність дослідження обставин справи означає відсутність будь-якої особистої зацікавленості у вирішенні справи; виявлення обставин, які як викривають, так і виправдовують обвинуваченого, а так само тих, які як пом'якшують, так і обтяжують його відповідальність; неупереджений підхід до оцінки зібраних доказів і прийняття рішень у кримінальній справі. Це, перш за все, вимога до оцінки зібраних доказів [8, 153–154]. Повноту розслідування слід розуміти як одержання такої сукупності доказів, яка є необхідною і достатньою для достовірного встановлення тієї чи іншої обставини, що підлягає доведенню у кримінальній справі. У справах про злочини неповнолітніх, як правило, неповнота розслідування поєднувалася з однобічністю і проявлялася в недостовірності тієї чи іншої обставини, відсутності необхідної

сукупності доказів. Особливо це стосується недостатності з'ясування додаткових обставин, передбачених ст. 433 КПК. Наявність обвинувального ухилу в стадії досудового слідства, коли слідчий по суті виконує виключно функцію обвинувачення, і через неможливість суміщення двох процесуальних функцій (обвинувачення та захисту) не повинен збирати виправдувальні докази. В той же час повноваження обвинуваченого та його захисника щодо збирання виправдувальних доказів обмежені [10, 160–165]. Вихід з ситуації деякі науковці вбачають у запровадженні у повному обсязі змалгальної моделі кримінального процесу на досудовому слідстві. У зв'язку з цим слід підтримати пропозицію О.В. Волколуп про розмежування функцій обвинувачення та захисту на досудовому слідстві. Проте не можна погодитися із пропозицією цього автора про виключення слідчого із числа суб'єктів, на яких покладається функція обвинувачення, і покладанням цієї функції на досудовому слідстві на державного обвинувача – прокурора [1, 11].

Як відомо, у науці кримінального процесу обвинувачення передбачається перш за все як в матеріальному (кримінально-правовому), так і формальному (кримінально-процесуальному) значеннях. У матеріальному – під обвинуваченням розуміють його “формулу” (предмет, зміст), обвинувальну тезу, твердження про винність обвинуваченого у вчиненому злочині [12, 13–28], сукупність поставлених у вину протиправних фактів [11, 46].

В.С. Зеленецький, посилаючись на певну самостійність кожного з названих аспектів обвинувачення, обґрунтовує, що конкретне обвинувачення в матеріально-правовому розумінні з моменту виникнення відбивається у процесуальних актах, але за відсутності діяльності воно стає статичним і може здійснюватися в ході процесуальної діяльності у процесуальному значенні [3, 51]. Осмислення наведених поглядів на цю проблему дозволяє зробити висновок, що однією з основних ознак, які характеризують сутність обвинувачення, є твердження, що містяться в кримінально-процесуальному

акті про вчинення певною особою злочину, передбаченого кримінальним законом. Другою ознакою, що окреслює сутність обвинувачення, є процесуальна діяльність з обґрунтування правильності обвинувальної тези. Нарешті, третьою ознакою, що характеризує сутність обвинувачення, є наявність суб'єктів, уповноважених законом формулювати обвинувачення. З огляду на це КПК (ст. 131, 132) пов'язує момент початку обвинувачення з винесенням слідчим мотивованої постанови про притягнення особи як обвинуваченого. Продовженням цієї діяльності є складання слідчим обвинувального висновку, в якому стисло викладається суть пред'явленого обвинувачення із зазначенням статті кримінального закону, яка передбачає даний злочин (ст. 223 КПК), і затвердження (або складання нового) обвинувального висновку прокурором.

На думку М.С. Строговича, саме з цього моменту прокурор замість нагляду починає виконувати іншу процесуальну функцію – здійснення кримінального переслідування, тобто обґрунтування обвинувачення перед судом, обвинувальну процесуальну діяльність, спрямовану проти цієї особи [9, 193–194]. Погоджуючись з означеними висновками, В.С. Зеленецький підкреслює, що порушення державного обвинувачення, яке виникає у момент затвердження прокурором обвинувального висновку, відбувається вирішальне переконання прокурора у винуватості конкретної особи у вчиненні злочину, тобто позицію державного обвинувача. Усі наступні дії, похідні від цього рішення прокурора і направлені на його реалізацію, мають обвинувальний характер [3, 26]. Отже, щоб мати таке внутрішнє переконання у винуватості конкретної особи у вчиненні злочину, прокурор, здійснюючи нагляд, має ретельно вивчити матеріали кримінальної справи, яка надійшла до нього з обвинувальним висновком, звернувши особливу увагу на законність розгляду слідчим заявлених обвинуваченим та іншими учасниками процесу клопотань та заяв і зобов'язаний перевірити наявність конкретних відповідей на питання, чи виконані вимоги, що містяться у ст. 228 КПК.

Отримавши кримінальну справу від слідчого, в порядку ст. 9 КПК щодо направлення в суд для вирішення питання про звільнення неповнолітнього від кримінальної відповідальності із застосуванням примусових заходів виховного характеру, а також в порядку ст. 7³ КПК України щодо застосування примусових заходів виховного характеру до неповнолітнього, який досяг 11-ти років, але не є суб'єктом злочину, прокурор зобов'язаний прийняти одне з трьох рішень: 1) дати письмову згоду з постановою слідчого і направити справу до суду; 2) скасувати постанову слідчого і повернути йому справу з письмовими вказівками; 3) змінити постанову слідчого або винести нову постанову.

Оскільки пізнання слідчим об'єктивної істини відбувається в міру руху кримінальної справи, що знаходить відображення у певних процесуальних актах, як етапах досягнення об'єктивної істини, прокурор не може обмежуватися тими знаннями, які він отримав під час здійснення нагляду за досудовим слідством у даній справі, а має вивчити всі її матеріали у сукупності. В підсумку важливо, щоб прокурор отримав позитивну відповідь на запитання: чи є у справі сукупність різноманітних доказів, які дозволяють довести винуватість обвинуваченого як такого, що визнає свою вину, так і такого, що не визнає її, на випадок, якщо він змінить в суді свої свідчення або відмовиться від них. У зв'язку з цим ми повністю підтримуємо пропозицію О.Д. Назарова про закріплення у законодавчому або відомчому порядку обов'язку прокурора на заключному етапі розслідування справ певної категорії (тяжких та особливо тяжких злочинів у випадку невизнання обвинуваченим своєї вини, у справах, де обвинувачений тримається під вартою) проводити наодинці або із захисником допит неповнолітнього обвинуваченого за підсумком розслідування справи. Основним змістом такого допиту було б з'ясування питань: чи вважає обвинувачений свою вину доведеною; чому він не визнає або визнає частково себе винним; чи не застосовувалися до нього з боку слідчого, працівників

міліції незаконні методи ведення слідства; чи був у обвинуваченого із слідчим психологічний контакт; чи роз'яснювалися обвинуваченому його права; чи було забезпечено йому право на захист; чи має він будь-які прохання, клопотання тощо. Адже дієвий прокурорський нагляд не може будуватися лише на документах та доповідях слідчого. Живе спілкування із центральною фігурою кримінального процесу – обвинуваченим інколи може виявитись найбільш ефективним у досягненні призначення кримінального процесу [6, 189].

Виконуючи наглядові повноваження, прокурор може повернути справу органам досудового слідства із своїми письмовими вказівками для провадження додаткового розслідування з метою усунення виявлених недоліків, винести постанову про закриття кримінальної справи у повному обсязі або у частині обвинувачення, повернути справу органу досудового слідства із своїми письмовими вказівками для перескладання обвинувального висновку або скласти свій, новий обвинувальний висновок.

При затвердженні обвинувального висновку прокурор має право винести постанову про заміну обсягу обвинувачення (в бік зменшення) чи кваліфікацію дій обвинуваченого за кримінальним законом про менш тяжкий злочин, прийняти рішення про скасування або зміни раніше обраного запобіжного заходу, доповнити або скоротити список свідків, які підлягають виклику до суду (крім списку свідків з боку захисту).

Посиленої прокурорської уваги потребує і нагляд за законністю рішення слідчого про закриття справи. О.Я. Дубинській закриття кримінальної справи визначив як діяльність, що складається з: а) аналізу та оцінки зібраних у справі доказів в їх сукупності з огляду на їх достатність для достовірного висновку про неможливість продовжити розслідування через наявність однієї з обставин, передбачених законом, як підстави для закриття справи; б) систематизації та належного оформлення матеріалів кримінальної справи; в) винесення постанови про закриття справи;

г) вирішення усіх питань, які впливають із рішення про закриття справи: скасування запобіжного заходу щодо обвинуваченого (підозрюваного), зняття арешту з майна, на яке його було накладено, повернення вилучених у обвинуваченого предметів тощо; г) повідомлення про закриття справи обвинуваченого, інших зацікавлених у справі осіб, вирішення їх клопотань тощо [2, 8]. Прокурор при здійсненні нагляду за законністю прийняття рішення про закриття кримінальної справи щодо неповнолітнього разом з перевіркою повноти, всебічності та об'єктивності її розслідування має ретельно дослідити наявність підстав для закриття справи та, з огляду на мотивацію, відповідність прийнятого рішення закону. Мотивація рішення полягає у письмовому аналізі та мотивації обґрунтованості чи необґрунтованості тих чи інших дій, рішень та клопотань, стосовно яких приймається відповідне рішення, а також наявності достатніх підстав для його прийняття. Так, відповідно до ст. 214 КПК слідчий закриває справу мотивованою постановою, в якій, крім відомостей, передбачених ст. 130 КПК, має бути вказано: дані про особу обвинуваченого, суть справи, підстави для закриття справи і ін. (ст. 81 КПК).

Копія зазначеної постанови надсилається прокуророві, особі, яка притягалася до кримінальної відповідальності, особі, за заявою якої була порушена кримінальна справа, а також потерпілому та цивільному позивачеві (ч. 3 ст. 214 КПК). На нашу думку, ця стаття має бути доповнена положеннями про те, що одночасно із надісланням копії зазначеної постанови таким особам, слідчий має роз'яснити їм право на ознайомлення з матеріалами справи та порядок оскарження постанови. Разом з тим вважаємо, що передбачений ст. 214 КПК порядок закриття справи, за якого прокурор дізнається про прийняте слідчим рішення тільки після одержання відповідної постанови (а інколи – і після надходження скарги), не забезпечує спрацювання прокурорського нагляду на усунення можливих порушень закону, оскільки прокурор стає перед фактом вже прийнятого рішення. Для

перевірки ж його відповідності закону прокурор має витребувати справу та її вивчити (як з власної ініціативи, так і у зв'язку із оскарженням постанови слідчого). А тому вважаємо, що заслуговує на увагу пропозиція С.А. Шейфера про необхідність закріплення у кримінально-процесуальному законодавстві обов'язкового надання згоди прокурора на закриття кримінальної справи. У подальшому така постанова може бути безпосередньо оскаржена до суду [13, 19].

Відповідно до ч. 4 ст. 215 КПК у разі оскарження постанови слідчого про закриття справи прокурор знайомиться із справою (хоч, на нашу думку, може і з власної ініціативи) і не пізніше 30-ти днів з дня надходження скарги скасовує постанову про закриття справи і відновлює досудове слідство. Підставою для скасування постанови про закриття справи є її незаконність або необґрунтованість, зокрема, недостатня доведеність нереабілітуючих підстав, несвоєчасне сповіщення осіб про прийняття такого рішення без врахування їх заперечень; наявність можливості для збирання додаткових доказів тощо. При поновленні кримінальної справи прокурор встановлює термін додаткового слідства в межах одного місяця з дня надходження справи слідчому. Подальше продовження

терміну досудового слідства провадиться на загальних підставах.

Погодившись із прийнятим слідчим рішенням, прокурор залишає скаргу без задоволення, про що повідомляє особу, яка подавала скаргу.

На наш погляд, тридцятиденний термін є надто тривалим для прийняття рішення по скаргі у справах неповнолітніх і доцільно його законодавчо зменшити до десяти днів.

Предметом прокурорського нагляду у справах про злочини неповнолітніх на стадії закінчення досудового слідства є додержання вимоги закону про достатність зібраних доказів для прийняття підсумкового процесуального рішення про подальший рух кримінальної справи з огляду на доведеність вини неповнолітньої особи, яка притягнута до кримінальної відповідальності, а також встановлення факту вчинення неповнолітньою особою у віці від 11-ти років і до досягнення віку, з якого можливе настання кримінальної відповідальності, суспільно небезпечного діяння, що підпадає під ознаки злочину (ст. 7³ КПК), виконання в повному обсязі вимог глави 36 КПК, а також забезпечення прав та законних інтересів усіх учасників досудового слідства.

Список літератури:

1. *Волколуп О.В.* Система уголовного судопроизводства и проблемы ее усовершенствования / О.В. Волколуп. – СПб: Юрид. центр Пресс, 2003. – 267 с.
2. *Дубинский А.Я.* Прекращение уголовного дела в стадии предварительного расследования / А.Я. Дубинский. – К.: КВШ МВД СССР, 1975. – 132 с.
3. *Зеленецкий В.С.* Отказ прокурора от государственного обвинения: учеб. пособ. / В.С. Зеленецкий. – Харьков: ХЮИ, 1979. – 116 с.
4. Кримінально-процесуальний кодекс України: науково-практичний коментар / за ред. В.Т. Маляренка, В.Г. Гончаренка. – К.: Форум, 2003. – 940 с.
5. *Маляренко В.Т., Вернидубов І.В.* Прокурор у кримінальному судочинстві: деякі проблеми та шляхи їх вирішення / В.Т. Маляренко, І.В. Вернидубов. – К.: Юрінком Інтер, 2001. – 240 с.
6. *Назаров А.Д.* Влияние следственных ошибок на ошибки суда / А.Д. Назаров. – СПб: Юрид. центр Пресс. – 2003. – 323 с.
7. *Смирнов А., Калиновский К.* Комментарий к УПК РФ / А. Смирнов, К. Калиновский ; под ред. А.В. Смирнова. – СПб: Питер. – 2003. – 1080 с.
8. *Соловьев А.Б., Токарева А.Е., Халилулин А.Г.* Прокурорский надзор за исполнением законов при расследовании преступлений / А.Б. Соловьев, А.Е. Токарева, А.Г. Халилулин. – М.: Юрилитформ, 2000. – 176 с.

9. *Строгович М.С.* Курс советского уголовного процесса / М.С. Строгович. – М.: Наука, 1968. – Т. 1. – 470 с.
10. *Трагнюк Р.Р.* Прокурорський нагляд за додержанням законів, що забезпечують права обвинуваченого: монографія / Р.Р. Трагнюк. – Харків: Факт, 2004. – 200 с.
11. *Фаткуллин Ф.Н.* Обвинение и судебный приговор / Ф.Н. Фаткуллин. – Казань: Изд-во Казан. ун-та, 1965. – 531 с.
12. *Финько В.Д.* Прокурорский надзор за рассмотрением в суде уголовных дел: учеб. пособ. / В.Д. Финько. – Харьков: ХЮИ, 1972. – 70 с.
13. *Шейфер С.А.* О формах осуществления прокурорского надзора в уголовном судопроизводстве / С.А. Шейфер // Прокуратура в системе политических и правовых институтов общества. – М.: ВНИИПП, 1994.
14. *Якубович Н.А.* Окончание предварительного следствия по делам, направляемым в суд / Н.А. Якубович. – М.: Госюриздат, 1962. – 147 с.

РЕЗЮМЕ

Стаття посвящена особливостям заключительного етапу досудебного виробництва по уголовним делам о преступлениях несовершеннолетних – окончания досудебного следствия.

SUMMARY

The article is devoted to special features of final stage of preliminary legal proceeding of criminal cases of preliminary investigation which deals with crimes of juvenile delinquents, inspection of developed investigation of public prosecutor by means of prosecutor's supervision.

*Рекомендовано кафедрою
кримінального процесу та криміналістики*

Подано 03.02.09



Н. Ч. Цакадзе,
аспірант
(Академія адвокатури України)
(Науковий керівник професор В. Г. Гончаренко)

Підтримання державного обвинувачення в суді – пріоритетна функція прокуратури України

Ключові слова: *прокуратура, функції прокуратури, обвинувачення, захист, доказування.*

Діяльність органів прокуратури, як і інших структур, проходить в умовах здійснення соціально-економічних і політико-правових реформ в Україні. Суттєве значення для діяльності прокуратури має Конституція України, яка зберегла прокуратуру як централізовану систему та визначила її функції на перспективу і на перехідний період – до стабілізації соціально-економічної і політичної ситуації в державі [8].

Однією з проблем, яка має теоретичне і практичне значення для повноцінного функціонування і визначення правового статусу прокуратури, є функція підтримання державного обвинувачення в суді, тому що ця функція прокуратури, яка передбачена чинною Конституцією України, застосовується у необґрунтованому теоретично і дуже небезпечному практичному змішуванні процесуальних функцій учасників судочинства і, що вже зовсім погано, у привласненні права представниками влади, засобів масової інформації, а то і так званими пересічними громадянами вирішувати остаточно і безапеляційно спірні питання по суті та проголошувати висновки щодо винуватості конкретних осіб, називаючи людей злочинцями [6, 33].

Ця проблема існує і до сьогодні та загострюється у зв'язку із вимогами привести діяльність прокуратури у відповід-

ність із Конституцією та міжнародними зобов'язаннями України, що викликає потребу у поглибленому науковому пошуку шляхів реформування в інтересах суспільства і держави.

Функція обвинувачення займає одне з важливих місць не тільки серед функцій прокуратури, а й у системі кримінально-процесуальних функцій. Без обвинувачення кримінальний процес був би безпредметним, а тому і не потрібним. Саме обвинувачення породжує інші функції та їх розвиток (наприклад, захисту, правосуддя, вирішення справи по суті тощо). Конституційна функція нагляду за додержанням законів органами, які проводять оперативно-розшукову діяльність, дізнання, досудове слідство, також зумовлена функцією державного обвинувачення, оскільки розслідування злочинів насамперед і спрямоване на їх розкриття, виконання вимог закону про невідворотність відповідальності за вчинений злочин, що неможливе без формування конкретного обвинувачення і підтримання його в суді [6, 33; 7, 39]. Процесуальна функція обвинувачення здійснюється за визначеними законом правилами процедури: з'являється і матеріалізується в момент підписання адресної чи знеособленої постанови про порушення кримінальної справи, в якій висловлений офіційно докір з приводу встановлення певних дій або бездіяльності, що

мають ознаки злочину. При цьому правовий докір повинен ґрунтуватися на встановлених ознаках злочину, а не на злочині, наявність якого є лише гіпотезою, що на якомусь етапі дослідження може виявитись і істинною, і хибною; збиранні доказів, пред'явленні обвинувачення, складання аргументованого обвинувального висновку, передачі справи до суду, підтриманні обвинувачення в суді [6, 34; 13, 846; 14, 262; 20, 473]. Це повинно відбуватися в описаній послідовності з постійним ініціюванням дій щодо доказування провини конкретної особи (осіб) обвинувачем, чийм незаперечним обов'язком і виключним правом є саме це доказування, яке має завершитись чіткою позицією обвинувача, обумовленою системою аргументів і його внутрішнім переконанням. Весь тягар доказування лежить на обвинувачеві, а тому всі недоліки здійснення функції обвинувачення залежать саме від якості його роботи. Більше того, законодавець цілком резонно передбачив можливість і обов'язок державного обвинувача відмовитись від підтримання обвинувачення, якщо відсутність достатніх аргументів, сумніви і не усунені протиріччя не дозволяють незаперечно стверджувати винуватість обвинуваченого, бо кожний, хто може звинуватити, може й виправдати. У цьому випадку обвинувальний процес не має продовження, хоча, як зазначає О.Р. Михайленко, кримінально-процесуальна процедура може застосовуватися не для обвинувачення і засудження, а для того, щоб публічно і гласно показати, що людина не чинила ніяких суспільно небезпечних дій [11, 20; 12, 15].

Треба також зауважити, що зараз не має єдиного авторитетного і відповідального господаря для виконання цієї функції, оскільки порушувати кримінальні справи (а, отже, і відкривати обвинувальний процес) має право безліч суб'єктів. В даній ситуації, оскільки функція обвинувачення здійснюється публічно від імені держави державними службовими особами і приватно (потерпілим у справах приватного обвинувачення), але процесуальний принцип публічності судочинства діє завжди, бо кримінальне правосуддя може бути лише

державним і здійснюватись від імені держави, то підтримувати обвинувачення протягом усього процесу повинна мати право (і обов'язок) лише одна особа – прокурор, оскільки за всім цим стоїть авторитет держави (демократичної, соціальної, правової) [2, 60; 6, 35; 16, 41].

Процесуальна функція захисту, будучи викликаною появою обвинувачення, діє протягом усього процесу одночасно як реалізація конституційного права громадян на захист. Захисна функція є абсолютною, а тому захисник, не зважаючи на будь-якого рівня переконливості обвинувачення, не має права відмовитися від здійснення функції захисту.

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. В той же час своєрідність становища захисту в сенсі доказування полягає в тому, що доказувати зобов'язаний той, хто стверджує, а не той, хто заперечує, оскільки за природою речей не може бути доказів для заперечення [1, 25; 6, 35].

Отже, у будь-якому випадку тягар доказування лежить на обвинувачеві, і обвинуваченому у разі його невинуватості та його захиснику зовсім не обов'язково доводити невинність обвинуваченого. Тут на повну потужність повинна діяти презумпція невинуватості.

Але є ситуації, коли тягар доказування ніби переходить на захисника. Відомо, що позиція захисника, не дивлячись ні на що, не може бути відмінною від позиції підзахисного, бо інакше він перетворився б на супротивника довірителя, що є нонсенс. Але якщо для захисника є очевидним самообмова, то він має право, повідомивши про це підзахисного, зайняти відмінну позицію і відстоювати його невинуватість. Саме тут виникає питання, чи переходить тягар доказування на захисника, адже він повинен, зайнявши свою позицію, спростовувати обвинувачення і доводити невинуватість підзахисного? Але це лише на перший погляд, бо захисник має право, а не обов'язок

доводити невинуватість, що, зрештою, лише покращує процес досягнення істини у справі, і захисник цілком може обмежитись вказівкою на суперечливість, неузгодженість доказів обвинувачення, що у разі дійсної невинуватості підзахисного зробити буде неважко, а тому тягар доказування винуватості буде лежати на обвинувачеві, який у такій ситуації обґрунтовано зможе відмовитись від обвинувачення [1, 27; 6, 35; 17, 57; 19, 25].

Наявність функцій обвинувачення є неодмінною умовою і підставою для виникнення функції вирішення справи по суті, наявність і нормальне здійснення якої забезпечує реалізацію обвинувачем своїх претензій і повноважень та досягнення ним передбаченої законом мети – встановлення в суді шляхом подання і аналізу доказів вини конкретної особи у вчиненні певного злочину.

Функція вирішення справи по суті належить до виключної компетенції суду. Здійснення функції вирішення справи по суті судом вимагає граничної неупередженості, рівного сприяння сторонам у виконанні ними своїх функцій, а обов'язком судді завжди є пошук істини, яка ніяким чином і ні на будь-якому етапі не може пов'язуватись з направленням справи на додаткове розслідування або з наданням йому права давати доручення органам досудового слідства і оперативно-розшуковим структурам під час судового розгляду уточнювати та перевіряти окремі обставини справи [4, 185; 5, 64] Гострота проблеми полягає у тому, що, з одного боку, слідчі органи не завжди забезпечують у достатній мірі доказову базу судового розгляду, і у суддів не вистачає аргументів для однозначного рішення, а з іншого, – направляючи справу на додаткове розслідування, суд зобов'язує слідчі органи будь-що виправити неповноту або неправильність першого розслідування доказами, які встановлювали б вину підсудного, бо для його виправдання достатньо сумнівів у його винуватості, що прямо впливає з презумпції невинуватості [10, 215]. Відверта неправильність такої позиції полягає у тому, що суд вільно чи не вільно, але однозначно

перебирає на себе функцію обвинувачення і тим самим повинен втратити право вирішувати справу по суті.

У цьому сенсі ще більше негативним є право суду “з метою перевірки і уточнення даних” доручати слідчим органам виконувати певні слідчі дії під час судового розгляду справи, бо слідчі дії проводяться не для перевірки і уточнення здобутих даних, а для здобування фактичних даних, які є доказами у справі і які, правда, можуть використовуватись і для перевірки та уточнення вже наявних даних. Які ж докази “перевіряються і уточнюються” шляхом проведених за дорученням суду, наприклад, обшуку або виїмки? Звичайно ті, які підтверджують (знімають сумніви) винуватість певної особи або доводять існування деяких обставин в системі обвинувачення, бо спеціально доводити невинуватість немає потреби. Отже, на суд переходить тягар доказування, який ще з часів давньоримських судових змагань лежить виключно на обвинувачеві [3, 203; 5, 17; 6, 35; 15, 97; 18, 197].

Ще одним моментом, який протирічить принципам судочинства, є право судді повертати справу на додаткове розслідування зі стадії попереднього розгляду справи. Органи досудового слідства мають більш, ніж достатньо часу, щоб ретельно і повно дослідити всі обставини справи і встановити вину певних осіб, прокурор, здійснюючи нагляд за досудовим слідством, може давати офіційні вказівки щодо змісту розслідування, повертати закінчену справу слідчому для проведення додаткових заходів. Здійснення обвинувальної функції, на відміну від захисної, забезпечується повною мірою, і незважаючи на вищесказане суддя, не дослідивши докази належним чином, ігноруючи принцип змагальності і, очевидно, бачачи, що обвинувачення у судовому засіданні не зможе достовірними і безперечними доказами довести винуватість підсудного, повертає справу на додаткове розслідування, щоб вину даної особи все-таки довести, що є неприпустимим [4, 185; 6, 36; 12, 20; 17, 60].

Ще одним питанням, яке викликає занепокоєння, є можливість порушення кримі-

нальної справи суддею. Системний аналіз діючого кримінально-процесуального кодексу і незаперечне слідування доктрині здійснення судочинства через відокремлені три функції – обвинувачення, захисту, вирішення справи по суті – дають всі підстави для висновку, що порушувати кримінальні справи можуть лише суб'єкти, які виконують функцію обвинувачення (прокуратура, органи внутрішніх справ, податкова міліція, Служба безпеки). Суд ні в якому разі не повинен порушувати кримінальні справи, бо він виконуватиме не властиву йому функцію обвинувачення і тоді його неупередженість ніяким чином не зможе бути гарантованою.

Що ж стосується норм кримінально-процесуального кодексу, які начебто приписують суду (судді) порушувати кримінальні справи у випадках виявлення ознак злочину, то вираз із ч. 1 ст. 4 КПК, що суд зобов'язаний порушити кримінальну справу в кожному випадку виявлення ознак злочину в межах своєї компетенції, чітко корелюється з ч. 3 ст. 98 КПК, яка передбачає право (і обов'язок) суду порушувати справи про злочини, зазначені в ч. 1 ст. 27 КПК (приватне обвинувачення [9; 5, 65]). Оце і є межа компетенції суду щодо порушення кримінальних справ. Непорозуміння ж у вирішенні цього питання, труднощі у тлумаченні названих норм та навмисні перекручення приводять до прийняття не правових рішень. І якщо у новому КПК передбачити виключне право порушення кримінальних справ прокурором, а у справах приватного обвинувачення – потерпілим (тут суддя лише відкриває провадження у справі), то все стане на свої місця.

Таким чином, лише поєднання і взаємодія названих трьох функцій складають кримінально-процесуальне провадження в його формальному і змістовому сенсах. При цьому поєднання функцій, цілісність процесу полягає в неодмінній наявності одночасно і аж до закінчення справи всіх трьох складових, а взаємодія означає постійний детермінуючий вплив одна на одну, в результаті чого кожна з них найбільш повно і результативно розкриває свої можливості.

Враховуючи проведення правової реформи, при розробленні нового проекту Закону України "Про прокуратуру" та внесення змін до основного закону Конституції України слід звернути увагу:

- категоричне вилучення інституту порушення кримінальної справи та дослідження зі судових стадій поставить розподіл функцій обвинувачення, захисту і вирішення справи по суті та принципи змагальності і рівності сторін у процесі на належне їм місце, а також, безумовно, сприятиме справжній демократизації кримінального процесу, неупередженому дослідженню доказів та значно посилить відповідальність органів досудового слідства, а разом з тим покращить якість їхньої роботи;
- закріплення обвинувальної функції за прокуратурою дасть змогу визначити правовий статус та роль прокуратури в державно-правовій системі, її взаємовідносин з іншими органами державної влади.

Список літератури:

1. *Альперт С.А.* Співвідношення обвинувачення і захисту: проблеми нормативного урегулювання / С.А. Альперт // *Правова держава України: проблеми, перспективи розвитку.* – Харків, 1995.
2. *Альперт С.А.* Суб'єкти уголовного процесса / С.А. Альперт. – Харьков: Нац. юрид. акад. Украины, 1997.
3. *Бутов В.Н.* Уголовный процесс / В.Н. Бутов. – Красноярск. – 1988.
4. *Грошевой Ю.М.* Профессиональное правосознание судьи и социалистическое правосудие / Ю.М. Грошевой. – Харьков: Высшая школа, 1986.

5. **Гончаренко В.Г.** Не судити, а розсуджувати / В.Г. Гончаренко // Український юрист. – 2003. – № 10.
6. **Гончаренко В.Г.** Onus probandi в контексті процесуальних функцій і етики спілкування / В.Г. Гончаренко // Вісник Академії адвокатури України. – К., 2005. – Вип. 4.
7. **Ісмаїлова Л.Б.** Деякі питання реалізації права на захист / Л.Б. Ісмаїлова // Вісник академії адвокатури України. – К., 2005. – Вип. 2.
8. Конституція України від 28 червня 1996. – К.: Преса України, 1997.
9. Кримінально-процесуальний кодекс України: Офіційне видання. – К.: ІнЮре, 2002.
10. **Лукашева Е.А.** Общая теория прав человека / Е.А. Лукашева. – М., 1996.
11. **Михайленко О.Р.** Правова допомога в системі видів державної та адвокатської діяльності / О.Р. Михайленко // Організація адвокатури і надання правової допомоги в демократичному суспільстві : доп. учасн. міжнарод. конф. – К., 2002.
12. **Михайленко О.Р.** Проблеми здійснення прокуратурою своїх функцій на досудовому слідстві / О.Р. Михайленко // Судова реформа в Україні: проблеми і перспективи : мат. наук.-практ. конф. – Харків, 2002.
13. **Ожегов С.В.** Словарь русского языка / С.В. Ожегов ; под ред. Н.Ю. Шведовой. – Изд. 10-е. – М.: Советская энциклопедия, 1973.
14. **Ривлин А.Л.** Понятие обвинения, его место в советском уголовном судопроизводстве / А.Л. Ривлин // Вопросы государства и права. – М.: Юрид. лит., 1970.
15. **Рябцев В.П.** Понятие и виды функций прокуратуры / В.П. Рябцев // Проблемы борьбы с преступностью. – Вып. 39. – М., 1983.
16. **Савицкий В.М.** Государственное обвинение в суде / В.М. Савицкий. – М.: Наука, 1971.
17. **Савицкий В.М.** Язык процессуального закона / В.М. Савицкий. – М.: Наука, 1987.
18. **Строгович М.С.** Курс советского уголовного процесса / М.С. Строгович. – М.: Изд-во АН СССР, 1958.
19. **Сульженко Ж.О.** Проблеми участі прокурора в судовому розгляді кримінальних справ: автореф. дис...канд. юрид.наук / Ж.О. Сульженко. – Харків, 1995.
20. Юридичний словник / за ред. В.Г. Гончаренка. – К.: Форум, 2005.

РЕЗЮМЕ

В статье рассматривается приоритетная функция прокуратуры – поддержание государственного обвинения в суде. На основе анализа действующего законодательства Украины, специфических задач уголовного процесса приходит к выводу о том, что функции обвинения должны быть закреплена за прокуратурой, что даст возможность определить правовой статус и роль прокуратуры в государственно-правовой системе органов власти, ее взаимоотношения с другими органами системы государственной власти.

SUMMARY

The article tackles the issue priority Prosecutor function – support state's charge in a court . On the analysis of Ukraine law, specific tasks and of the crime process, function, which non relevant for other authority government resume that function support state's charge in a court must be fasten Prosecutor power.

Рекомендовано кафедрой кримінального процесу та криміналістики

Подано 02.03.09



*А.В. Іванцова,
аспірантка
(Національна юридична академія України
імені Ярослава Мудрого)
(Науковий керівник професор І.Є.Марочкін)*

Проблеми реалізації адвокатом права на заняття адвокатською діяльністю

Ключові слова: *адвокатура, правовий статус, організаційні форми.*

Адвокатура організаційно існує у виді різноманітних адвокатських утворень. На сьогоднішній день її правова природа достатньо не визначена. Теоретичні дискусії щодо цього питання активно велися й раніше, але помітно загострилися останнім часом у зв'язку з обговоренням законопроекту про адвокатуру. Бракує єдності в розумінні того, яким шляхом піде її подальший розвиток, чи стане вона незалежною, самостійною, сильною, здатною ефективно виконувати покладені на неї важливі функції.

Згідно зі ст. 2 Закону України “Про адвокатуру” адвокатом може бути особа, яка має вищу юридичну освіту, підтверджену дипломом України або відповідно до міжнародних договорів України дипломом іншої країни, стаж роботи у галузі права не менш двох років, володіє державною мовою, склала кваліфікаційні іспити, одержала в Україні свідоцтво про право на зайняття адвокатською діяльністю та прийняла присягу адвоката України.

Адвокат має право займатися адвокатською діяльністю індивідуально, відкрити своє адвокатське бюро, об'єднуватися з іншими адвокатами в колегії, адвокатські фірми, контори та інші адвокатські об'єднання, які діють відповідно до Закону України “Про адвокатуру” і статутів адвокатських об'єднань [1]. Але перед тим, як він вирішить обрати ту чи іншу форму своєї подальшої діяльності, він має знати

переваги й недоліки усіх цих форм. Розглянемо їх.

Основне питання, на яке адвокат повинен дати перш за все собі відповідь: чи доцільно йому здійснювати адвокатську діяльність в індивідуальному порядку чи краще працювати у складі спеціалізованої адвокатської юридичної особи?

Що стосується заняття адвокатською діяльністю індивідуально, то у відповідності до п. 2.1 “Положення про Єдиний реєстр адвокатів України” відомості до цього реєстру вносяться Вищою кваліфікаційною комісією адвокатури на підставі повідомлень регіональних кваліфікаційно-дисциплінарних комісій адвокатури про видачу свідоцтва про право на заняття адвокатською діяльністю [5]. Адвокат реєструється в податкових органах, стає на облік у Пенсійному фонді, сплачує податки, обов'язкові платежі, відкриває рахунок у встановленому порядку, має свою печатку. Від свого імені він укладає угоди з громадянами чи юридичними особами про надання правової допомоги. Тобто, ця форма діяльності за своєю суттю фактично аналогічна індивідуальній підприємницькій діяльності без створення юридичної особи.

Адвокат, здійснюючий свою професійну діяльність індивідуально, має можливість заощаджувати значну частину коштів, завдяки відсутності необхідності утримувати окреме велике приміщення, виплачувати заробітну плату персоналу, на-

йним технічним працівникам та ін. Окрім цього, при укладенні угоди з клієнтом щодо юридичної допомоги тільки він має доступ до необхідної йому інформації, що значно підвищує рівень конфіденційності спілкування між адвокатом і клієнтом.

Ще однією перевагою можна назвати те, що адвокат є роботодавцем – фізичною особою й має можливість при прийомі на роботу персоналу застосовувати форму не колективного договору, як це має місце в адвокатських об'єднаннях, а трудового договору, згідно зі ст. 21 КЗпП України [3].

Далі, щодо питання сплати податку на додану вартість адвокатами й адвокатськими об'єднаннями. Якщо адвокати виконують свою діяльність на підставі Закону України “Про адвокатуру” і надають послуги без утворення юридичної особи, податок на додану вартість із суми наданих ними юридичних послуг не сплачується, оскільки вони не є суб'єктами підприємницької діяльності, як передбачено Законом України “Про податок на додану вартість”, а оподаткування одержаних адвокатами доходів провадиться відповідно до Закону України “Про податок з доходів фізичних осіб” від 22 травня 2003 р. [2].

Однак поряд з зазначеними перевагами, індивідуальна адвокатська діяльність має й свої недоліки. Основний з них – це те, що такий адвокат практично не має можливості працювати за призначенням. Як правило, розподіл заявок на участь адвокатів здійснюється між адвокатськими об'єднаннями – юридичними особами. Так, у ст. 47 КПК України передбачено порядок запрошення і призначення захисника. Особа, яка провадить дізнання, слідчий чи суд можуть призначити захисника у встановленому законом порядку через адвокатське об'єднання. Вимога про призначення захисника є обов'язковою для керівника адвокатського об'єднання. Чим крупніша юридична особа (адвокатське об'єднання), тим більше шансів у адвоката, який перебуває в її штаті, отримати заявку на здійснення захисту за призначенням від органу дізнання, слідчого чи суду. З огляду на те, що для певної категорії адвокатів, осо-

бливо з числа початківців, робота за призначенням є основним джерелом прибутку, це необхідно враховувати при обранні форми адвокатської діяльності. Але навряд чи доцільно обирати індивідуальну адвокатську форму особам з числа тих фахівців, які тільки роблять перші кроки на цій ниві.

І щодо організаційних форм адвокатури – адвокатського бюро та адвокатського об'єднання.

Адвокат, який бажає користуватися статусом юридичної особи, але бажає діяти один, може створити адвокатське бюро. Він має право наймати технічних та інших (крім адвокатів) працівників і користуватися всіма правами, які згідно із законодавством належать юридичній особі.

Два і більше адвокатів вправі створити адвокатське об'єднання. Це організаційна форма адвокатської діяльності, за якої адвокат для її здійснення об'єднується з іншими адвокатами. Перелік видів таких об'єднань, що наведений у законодавстві України, не є вичерпним. Закон передбачає право адвокатів створювати й інші форми адвокатської діяльності, які не суперечать чинному законодавству. Але чи є це законним? Адже Закон конкретизує тільки фірми, контори й адвокатські колегії!

Адвокатське бюро й адвокатські об'єднання – це юридичні особи, які діють на підставі своїх статутів, відкривають поточні і депозитні рахунки в банках на території України, мають печатку і штамп зі своїм найменуванням. Але недолік їх вбачається в тому, що між ними немає суттєвих відмінностей, які дали б змогу відокремлювати одну форму від іншої за певними критеріями, як це зроблено, наприклад, у Росії. Так, у ст. 20 Федерального закону № 63-ФЗ “Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации” [4], наданий такий перелік форм адвокатських утворень, як:

а) адвокатський кабінет; б) колегія адвокатів; в) адвокатське бюро; г) юридична консультація.

Що стосується адвокатського бюро й колегії адвокатів, то вони мають низку відмінностей, які впливають на організацію

роботи адвокатів, і на специфіку взаємовідносин останніх з клієнтами.

Перша відмінність між організаційно-правовим статусом колегії адвокатів і адвокатського бюро полягає у взаємовідносинах між адвокатами, які знаходяться в їх штаті. Члени колегії адвокатів здійснюють свою професійну діяльність незалежно один від одного, в той час як адвокати-партнери в адвокатському бюро виконують свою діяльність спільними зусиллями.

Звідси випливає друга відмінність – у суб'єктному складі погодження про надання юридичної допомоги. В адвокатській колегії зобов'язаною стороною перед довірителем виступає конкретний адвокат, а в адвокатському бюро – всі адвокати-партнери.

І третя відмінність – у наявності спільної відповідальності адвокатів-партнерів адвокатського бюро перед довірителем, на відміну від колегії адвокатів, де має місце самостійна відповідальність.

Наступна, четверта різниця, міститься в тому, що члени колегії адвокатів не мають обмежень у виборі своїх довірителів, тоді як адвокати-партнери при укладанні угоди мають з'ясувати, чи не надаються послуги їх адвокатським утворенням особі, інтереси якої суперечать інтересам особи, яка звернулася за допомогою.

П'ята відмінність полягає в особливому порядку зберігання адвокатського провадження, яке вийшло з бюро адвокатів. При виході з партнерського договору одного з партнерів він повинен передати керуючому партнеру провадження по всіх справах, у яких він здійснював юридичну допомогу.

Організаційно-правові статуси колегії адвокатів і адвокатського бюро різняться тим, що перша створюється на невизначений строк, а партнерський договір, який укладається при створенні адвокатського бюро, має певний строк і підлягає періодичному переукладенню. Це шоста відмінність.

Слід відмітити, на нашу думку, ще одну досить суттєву перевагу адвокатського бюро. У зв'язку з тим, що згода про надання юридичної допомоги з довірителем

укладається з керуючим партнером або іншим адвокатом від імені всіх партнерів на основі виданих їм довіреностей, адвокати-партнери є взаємозамінюючими учасниками процесу. Це дозволяє виключити або звести до мінімуму факт зриву слідчих або судових дій, оскільки замість одного з адвокатів-партнерів, що є основним представником довірителя по справі і який не має можливості брати участь у слідчих або судових діях через хворобу, відрядження, відпустку, зайнятість в іншому судовому засіданні тощо, в судовий процес оперативного може вступити інший адвокат-партнер.

З проведеного порівняльного аналізу організаційно-правових статусів адвокатського бюро й колегії адвокатів можна зробити висновок, що адвокатське бюро як форма адвокатської діяльності, значною мірою захищає права й законні інтереси довірителів, що виражається у відповідальності перед ним не окремого адвоката, а всього адвокатського утворення. У випадку укладення угоди про надання правової допомоги з адвокатським бюро громадянин може бути впевнений у тому, що надання йому кваліфікованої юридичної допомоги не буде залежати від особистості одного адвоката, адвокатський статус якого може бути призупинений або припинений з різних підстав (в тому числі і у зв'язку із його смертю). Якщо ж громадянин уклав угоду про надання правової допомоги з адвокатом, який є членом адвокатської колегії або здійснює свою діяльність у формі адвокатського кабінету, то у випадку призупинення його статусу, такій особі загрожує втрата грошей, виплачених адвокатами авансом. Отже, як бачимо, вибір однієї з двох форм адвокатської діяльності може визначатися співвідношенням двох чинників: 1) при обранні адвокатського утворення у формі бюро група адвокатів отримує в розпорядження більш надійну, з точки зору довірителя, юридичну особу, що може послужити додатковим стимулом залучення клієнтури; 2) при виборі такої організаційної форми, як колегія адвокатів, кожен з такої групи адвокатів не зазнає ризику щодо несення відповідальності за свого колегу.

Насамкінець зауважимо, що законодавство РФ є досконалішим і конкретнішим щодо кожної з організаційних форм адвокатської діяльності, де передбачено всі умови їх створення, функціонування, а

також відмінності однієї форми від іншої, що не можна сказати про чинне українське законодавство. Вважаємо, що воно має багато прогалин і суперечностей та потребує вдосконалення і внесення суттєвих змін.

Список літератури:

1. Закон України “Про адвокатуру” від 19 грудня 1992 р. // Офіційний Вісник України. – 2006. – № 49. – Ст. 3238.
2. Закон України “Про податок з доходів фізичних осіб” від 22 травня 2003 р. // Офіційний Вісник України. – 2008. – № 1. – Ст. 1
3. Кодекс законів про працю України від 10 грудня 1971 р. зі змінами від 3 березня 2005 р. // Відомості Верховної Ради України. – 2005. – № 16. – Ст. 259.
4. **Питулько К.В., Коряковцев В.В.** Постатейный комментарий к ФЗ “Об адвокатской деятельности и адвокатуре в РФ” / К.В. Писулько, В.В. Коряковцев. – СПб: Питер, 2003. – 320 с.
5. Положення про Єдиний реєстр адвокатів України. Затверджено постановою Вищої кваліфікаційної комісії адвокатури 10 березня 2000 р. № 2 // Науково-практичний коментар до Закону України “Про адвокатуру”: Законодавство про адвокатуру та адвокатську діяльність / за ред. Т. Варфоломеевої та С. Гончаренка. – К.: Юрінком Інтер, 2003. – 432 с.

РЕЗЮМЕ

В статье автор рассматривает актуальные вопросы реализации адвокатом права на занятие адвокатской деятельностью. На основе анализа действующего законодательства Украины и РФ рассматриваются преимущества и недостатки организационных форм адвокатских образований (коллегия, бюро, кабинет, объединение), в рамках которых адвокат реализует свое право на занятие адвокатской деятельностью.

SUMMARY

The article deals with the current questions of they bar’s right for official activity. Prerogatives and drawbacks of the bar’s organizational forms (such as: collegium, beauro, office, unit) are shown in the frames of which the attorneys fulfil their bar’s duties on the basis of current legislation of Ukraine and RF.

*Рекомендовано кафедрою
адвокатської майстерності*

Подано 21.01.09



*О.М. Коротун,
суддя Київського апеляційного господарського
суду
(Науковий керівник кандидат юридичних наук
А.М. Бірюкова)*

Функції суддівського самоврядування за законодавством України

Ключові слова: *функція, судова влада, суддівське самоврядування, компетенція.*

Енциклопедичні джерела визначають категорію “функція” як обов’язок, коло діяльності; призначення, роль; явище, яке залежить від іншого явища, є формою його виявлення і змінюється відповідно до його змін і т. ін. [15, 498]. В соціології під функцією прийнято вважати стандартизовану соціальну дію, врегульовану певними нормами і контрольовану соціальними інститутами [14, 908]. Отже, попередньо можна зробити висновок, що функція — це не є суто юридичне явище, проте є категорією, що опосередковано визначає коло діяльності певного суб’єкта.

В науковій літературі висловлені різноманітні підходи до класифікацій функцій судової влади, в основу яких покладені різні критерії, як-то: суб’єкти, об’єкти, форма здійснення судочинства тощо. Так, судова влада визначається як незалежна самостійна гілка влади, яка здійснюється уповноваженими на те державними органами — судами, призначенням якої є розв’язання виникаючих у суспільстві правових конфліктів. Зазначається, що судова влада здійснює специфічні функції, які формуються в процесі її становлення та розвитку. При цьому об’єктивно і закономірно поширюються межі функціонування судової влади [5, 80]. Аналізуючи судову владу, її функції, дослідники не пояснюють природу динамічного розвитку функцій суб’єктів судової влади, поняття функцій,

їх зміст, співвідношення категорій функцій і компетенції тощо. Висловлене в літературі ототожнення завдань органів суддівського самоврядування, сформульоване в ст. 103 Закону “Про судоустрій України”, з функціями такого самоврядування не дає відповіді на вищенаведені та інші питання про функції самоврядування.

В межах сучасної концепції організаційного розвитку соціальних систем [3, 47–61] суддівське самоврядування правомірно розглядати як окрему соціальну систему, організацію (сукупність суддів, що здійснюють певну цілеспрямовану діяльність). Отже, уявляється доцільним звернутися до системної методології дослідження правових явищ, яким уявляється інститут суддівського самоврядування за законодавством України. Відомо, що в межах теорії організації соціальних систем використовується системно-структурний і системно-функціональний метод пізнання і конструювання систем.

Видається, що суддівське самоврядування є управлінням високоорганізованих соціальних систем, тому дослідження цієї системи через призму функціональних аспектів допоможе знайти відповідь про структурні проблеми суддівського самоврядування або про їх відсутність. В цьому контексті В.Г. Афанас’єв, зазначаючи, що “... саме функції визначають структуру, зміст... системи, визначення ролей, повно-

важень і відповідальності будь-якого органу управління системою, будь-якого працівника цього органу” [2, 31], вказує, що функції також визначають і цілеспрямованість системи. В контексті нормативно визначених завдань органів суддівського самоврядування (ст. 103 Закону “Про судоустрій України”) і, одночасно, певної невизначеності функцій суддівського самоврядування, зв’язок між функціями суддівського самоврядування та її цілеспрямованістю може засвідчувати, наскільки система функцій самоврядування відповідає її завданням. Інакше кажучи, реальні функції системи визначають не власне цілеспрямованість суддівського самоврядування, які нормативно визначені, а лише ступінь відповідності реальної і задекларованої в нормі права цілеспрямованості суддівського самоврядування, тобто функції в цьому випадку є виразом її дійсної, а не віртуальної цілеспрямованості. Вказану тезу допустимо проілюструвати в розрізі завдань щодо контролю за організацією діяльності судів та інших структур у системі судової влади на прикладі низової ланки суддівського самоврядування – зборів суддів. Збори суддів не повноважні здійснювати контроль в цій сфері, тому нормативно визначена контрольна цілеспрямованість (п. 5 ч. 1 ст. 103 Закону “Про судоустрій України”) виявляється віртуальною функцією щодо зборів суддів.

В літературі зазначається, що функції соціальних систем присутні є потенційними їх характеристиками, які не можуть бути етапами діяльності, тобто матеріальним процесом, а лише напрямками такої діяльності, еволюційно необхідними [3, 32].

Так, контрольні функції самоврядування залишаються потенційним напрямом діяльності. При цьому вони одночасно є необхідними, оскільки за відсутності реалізації контрольної функції система суддівського самоврядування та судова гілка влади буде розбалансована. Жодна з функцій будь-якої динамічної системи може бути реалізована лише через інформаційно-матеріально-енергетичний обмін (І-М-Е). При цьому зазначається, що для соціальних

систем визначальною специфікою такого обміну є її інформаційна складова. Таким чином, функції соціальних систем завжди реалізуються не через сукупність більш простих функцій, а завдяки І-М-Е обміну, певної технології функціонування. В цьому контексті виникає риторичне питання про стан інформаційного обміну в системі суддівського самоврядування, коли суб’єкти самоврядування не мають власного апарату, а залежать від Державної судової адміністрації, коли низові суб’єкти суддівського самоврядування не мають постійно діючого органу, а виконання їх рішень залежить від посадової особи, що діє в іншій системі суб’єктів судового управління.

Загальноприйнятою в теорії державно-правової організації соціальних систем є взаємна опосередкована кореляція функцій і структури соціальної системи.

Кожна соціальна система має власну внутрішню структуру. В літературі зазначається, що в кожній соціальній системі потрібно виокремити а) організаційну структуру; б) ресурсну структуру; в) інформаційну структуру; г) цільову структуру (сукупність цілей); г) функціональну структуру тощо [3, 48]. Отже, структура соціальної системи дозволяє забезпечити власне процес функціонування. Стосовно суддівського самоврядування організаційна та ресурсна структура визначаються, як автономні підсистеми інших систем. Автономність ресурсної системи, що виявляється через функціонування ДСА України, засвідчує умовність ресурсної структури суддівського самоврядування.

Започаткування в 90-х роках інституту суддівського самоврядування означає створення нової соціальної системи. Створення суддівського самоврядування відбулося шляхом перерозподілу функцій в системі державної влади, що викликало на першому етапі ускладнення зв’язків між системами та їх елементами. В цьому випадку суддівське самоврядування необхідно розглядати як підсистему, що є складовою системи – судової влади, яка, в свою чергу, є підсистемою суперсистеми – держави Україна. Таким чином, суддівське самоврядування,

маючи власну структуру, взаємодіє з навколишнім середовищем, представленим у вигляді інших системних об'єктів.

В цьому контексті видається, що суддівське самоврядування, як система самоуправління може виявляється на рівні власної підсистеми – зборів суддів відповідного суду та у відносинах “суддівське самоврядування” (система) → “держава Україна” (суперсистема) або у відносинах з іншими системами навколишнього соціального середовища. В першому випадку, саме на цьому рівні судді відповідного суду здійснюють в межах повноважень, визначених законом, незалежне, самостійне, автономне самоуправління. В другому випадку, самоуправління в межах судової влади також характеризується як автономне управління, певною мірою незалежною від інших гілок державної влади. Інші відносини в системі самоврядування, на нашу думку, характеризуються як суто управлінські відносини. Таким чином, попередньо можна зробити висновок, що попри відсутність в системі суддівського самоврядування вертикально інтегрованої владної вертикалі, вищі органи суддівського самоврядування у відносинах з іншими суб'єктами самоврядування є суб'єктами управління судової влади, а у відносинах з іншими суб'єктами державної влади вони уособлюють автономний характер управління суддями.

Інше важливе положення, що впливає з теорії організаційного розвитку соціальних систем, полягає в тому, що будь-яка соціальна система знаходиться в процесі свого організаційного розвитку. Кожна система в процесі функціонування проходить етапи кризового стану. В літературі зазначається, що з організаційної точки зору ці кризи необхідно розглядати як ряд дисбалансних функцій, тобто невідповідність елементів системи між собою, а також щодо нормативних цілей системи.

Уявляється, що на сучасному етапі суддівське самоврядування знаходиться в стадії перманентної кризи, обумовленої як внутрішньо системними чинниками, так і кризовими явищами, що характеризують суперсистему – державу (політична, еконо-

мічна криза), систему судової влади (незавершеність судово-правової реформи).

До внутрішніх чинників, що обумовлюють кризовий стан необхідно віднести невідповідність організаційного розвитку самоврядування визначеним в законі завданням, тобто про низький рівень оптимальності розвитку суддівського самоврядування. Важливою умовою оптимальності є показник синергічного ефекту, як додатковий результат, що виникає в процесі взаємодії елементів.

Інакше кажучи, функціонування всієї системи суддівського самоврядування повинно давати більший результат у порівнянні з ізольованим функціонуванням її окремих елементів. Важливим є правильне розуміння співвідношення понять “функція” і “компетенція”. У вітчизняній літературі щодо поняття “компетенція” є стале розуміння її природи, а саме: компетенція є явищем юридичним – сукупність встановлених в офіційній – юридичній чи не юридичній – формі прав і обов'язків, тобто повноважень будь-якого органу або посадової особи, які визначають можливості цього органу або посадової особи приймати обов'язкові до виконання рішення, організовувати та контролювати їх виконання, вживати у необхідних випадках заходів відповідальності тощо [17, 196]. Характерним в цьому плані є твердження В.Б. Авер'янова, що “... компетенція є ніщо інше, як юридичне вираження функцій органу” [1, 62].

Отже, функції суддівського самоврядування можна виявити через визначену в законі компетенцію органу самоврядування. В цьому контексті необхідно зазначити, що Закон “Про судоустрій України” визначає органами суддівського самоврядування лише з'їзд суддів України та Раду судів України. В ст. 103 вказаного Закону теза про коло органів суддівського самоврядування, що обмежується Радою суддів України та з'їздом суддів знаходить своє підтвердження, оскільки завдання органів суддівського самоврядування не персоніфікуються з іншими суб'єктами суддівського самоврядування. Поряд з визначенням компетенції вищих органів суддівського самоврядуван-

ня, вказаний Закон визначає права зборів суддів, конференцій, рад суддів. В цьому контексті правомірним виглядає лише визначення зборів, конференцій суб'єктами суддівського самоврядування, але не органами самоврядування. Проте вказаний підхід дозволяє говорити про функції цих суб'єктів самоврядування, які впливають з визначених законом їх прав.

Таким чином, виходячи з розуміння, що функції соціальних систем, являють собою еволюційно необхідні або можливі напрями діяльності соціального цілого, потенцією, яка стосовно необхідного у період життєвого циклу реалізується постійно, а відносно можливого – відповідно до об'єктивних умов реалізації еволюційно можливого [3, 35], а також враховуючи, що юридичне виявлення функцій органу, посадової особи органу відбувається через визначення компетенції [1, 62], можна зробити висновок, по-перше, про наявний дисбаланс функцій суб'єктів суддівського самоврядування відповідно до нормативно визначених завдань органів суддівського самоврядування України, а по-друге, слід зауважити, що нормативно не визначено перелік обов'язкових і допоміжних функцій, а визначені функції, як правило, не персоніфіковані щодо конкретних суб'єктів самоврядування. Все це дає підстави вважати, що технологія функціонування суддівського самоврядування в Україні на сучасному етапі не може бути оптимальною.

Необхідно зазначити, що всім суб'єктам самоврядування, але в різних обсягах, притаманні функції в сфері судового управління, в т.ч. контрольні. Управлінські функції зборів суддів з питань внутрішньої діяльності суду опосередковано можуть реалізуватися шляхом контролю за роботою конкретних суддів, в т.ч. суддів, які займають адміністративні посади в даному суді, працівників апарату суду; через систему обрання делегатів на відповідні конференції суддів та на з'їзд суддів України; ініціювання скликання зборів, конференцій суддів. Вищим органам суддівського самоврядування та частково конференціям суддів та її радам притаманні управлінські функції:

- 1) контроль за організаційним, кадровим, матеріально-технічним, фінансовим забезпеченням судів загальної юрисдикції та діяльності суддів;
- 2) призначення суддів на адміністративні посади;
- 3) вирішення питань дисциплінарної відповідальності суддів;
- 4) призначення суддів за відповідною квотою до органів, визначених законом та їх відкликання;
- 5) соціальний і побутовий захист суддів та їхніх сімей.

Фактично на сьогодні за законодавством України функціонує підсистемою, як органу суддівського самоврядування з визначеною компетенцією, можна вважати лише з'їзд суддів України, Раду суддів України та її органи.

За таких обставин на сучасному етапі про синергійний ефект в системі суддівського самоврядування не можна вести мову.

З урахуванням викладеного можна зробити висновок, що суддівському самоврядуванню властиві лише управлінські функції з питань внутрішньої діяльності судів. Видається, що функції суддівського самоврядування – це необхідні або можливі напрями діяльності всіх суб'єктів суддівського самоврядування для забезпечення незалежності судів і суддів. Функції суб'єкта суддівського самоврядування виявляються через призму компетенції конкретного органу або через статус професійного судді.

В ст. 130 Конституції України [7] зазначено, що для вирішення питань внутрішньої діяльності судів діє суддівське самоврядування. З цього лаконічного конституційного визначення можна зробити принаймні декілька, на нашу думку, несуперечливих висновків про природу такого самоврядування. По-перше, ключове слово у розумінні явища, про яке йдеться – це слово “самоврядування”. У енциклопедичних джерелах [18, 413] та тлумачному словнику української мови [11, 142] **самоврядування** визначається як тип соціального управління, за якого суб'єкт і об'єкт управління збігаються, тобто самі люди управляють своїми справами, спільно приймають рішення та діють з метою їх реалізації. В літературі зазначається, що основними властивостями **самоврядування** є: належ-

ність влади всьому колективу, її здійснення колективом або безпосередньо, або через обрані органи; єдність, збіг суб'єкта та об'єкта управління; самоконтроль та саморегуляція завдяки спільно прийнятим соціальним нормам; спільне ведення загальних справ; самофінансування; відстоювання та захист спільних інтересів на основі самодіяльності й самовідповідальності тощо [18, 413–414]. Отже, самоврядування – це є різновид управління, який за енциклопедичними джерелами необхідно сприймати як функцію високоорганізованих систем, що забезпечує їхню структурну цілісність, підтримання заданого режиму діяльності, реалізацію програми досягнення мети. Управління – це процес безперервної циркуляції інформації каналами прямого і зворотного зв'язку між керуючою і керованою системами управління [16, 657].

В контексті вищенаведених властивостей самоврядування необхідно зазначити, що суддівське самоврядування не відповідає всім вимогам такого типу управління. Так, суддівське самоврядування імперативно визначено законом, а відтак це самоврядування не є наслідком вибору певної моделі поведінки, не засновано на принципах самоорганізації. Питання самофінансування органів суддівського самоврядування також не може бути його ознакою, оскільки відповідно до ст. 117 Закону України “Про судоустрій України” забезпечення роботи органів суддівського самоврядування здійснюється державною судовою адміністрацією за рахунок коштів Державного бюджету України. Крім того, наведені ознаки і властивості самоврядування характеризуються наявністю особливих суб'єктів, в нашому дослідженні – це колектив, корпус суддів. Видається, що колектив суддів, як суб'єкт самоврядування, необхідно сприймати через призму правового статусу судді. В літературі справедливо зазначається, що первинним елементом суддівського співтовариства є професійні судді. Особливості їх правового і суспільного статусу справляють неабиякий вплив на форми і методи управління в судовій системі [9, 43].

Обрана чи призначена на посаду судді особа наділяється повноваженнями розглядати всі правові спори, які виникають у суспільстві, державі в цілому. В цьому випадку ми абстрагуємось від правил підсудності і підвідомчості, а акцентуємо увагу на особливому правовому статусі судді в суспільстві, державі. Зокрема, професійні судді є носіями судової влади в Україні, які здійснюють правосуддя незалежно від законодавчої та виконавчої влади. Судді є посадовими особами судової влади, які, відповідно до Конституції України, наділені повноваженнями здійснювати правосуддя і виконувати свої обов'язки на професійній основі. Судді у своїй діяльності щодо здійснення правосуддя є незалежними, підкоряються тільки законам і нікому не підзвітні. Вищенаведені та інші особливості правового статусу судді безпосередньо обумовлюють особливості суддівського самоврядування. В цьому контексті виникають питання: окремі обмеження свободи вибору поведінки в певній сфері правовідносин мають бути компенсовані через механізм суддівського самоврядування? Так, суддя не може належати до політичних партій та профспілок, брати участь у будь-якій політичній діяльності, мати представницький мандат, обіймати будь-які інші оплачувані посади, виконувати іншу оплачувану роботу, крім наукової, викладацької та творчої.

З іншого боку, ст. 102 Закону “Про судоустрій України” відносить до питань внутрішньої діяльності судів соціальний захист суддів та їх сімей тощо. Не буде перебільшенням твердження про певне заміщення загальноприйнятих функцій профспілкових організацій органами суддівського самоврядування щодо забезпечення суддів і їх сімей житлом, контроль за створенням належних умов для нормальної роботи судів, у визначенні оптимальної завантаженості, чисельності суддів тощо. Так, в свій час голова ради суддів господарських судів України Є.В. Першиков, розмірковуючи про роль і місце органів суддівського самоврядування, зазначає, що повноваження органу суддівського самоврядування можуть співпадати з повноваженнями профспілкових органів

щодо питань, пов'язаних з забезпеченням суддів та їх сімей житлом, укладанням колективних угод між керівниками судових органів та професійними суддями щодо умов їх праці, відпочинку в процесі виконання службових обов'язків та в період відпустки [4, 421]. В.С. Стефанюк прямо вказував, що суддівське самоврядування, як своєрідна профспілка, повинно мати відповідні повноваження і важелі для вирішення професійних проблем суддів [13, 40]. На сторінках фахових видань судді справедливо запитують про те, як діяти судді, наприклад, у разі виникнення спору між рядовим суддею і керівником щодо оплати праці? Хто має його розглядати? [8, 47]. Загальні правила про вирішення трудових спорів не поширюються на суддів, за виключенням права на оскарження до суду свого звільнення. Так, з приводу оплати праці, перевodu з палати в палату, завантаженості, тобто з приводу зміни умов праці, суддя позбавлений права на оскарження. Окремі судді не безпідставно вважають, що колектив, у якому кожний є носієм судової влади, може сам поставити крапки над “і” в спорі між суддями щодо зміни умов праці, оплати праці і та ін. В іншому випадку виникає риторичне питання: яким чином колектив суддів може вплинути на рішення голови суду про ненадання надбавок до окладу, позбавлення премії тощо, якщо це є прерогативою і правом керівника? Отже, що стосується питань, безпосередньо не пов'язаних із здійсненням правосуддя, це – прерогатива органів суддівського самоврядування, наділених такими повноваженнями Законом України “Про судоустрій України”, рішення яких є обов'язковими до виконання.

Однак визначені у ст. 102, 103 Закону “Про судоустрій України” інші питання, що безпосередньо не пов'язані із здійсненням правосуддя, стосуються управлінської діяльності в судах, в т.ч. контрольної функції щодо роботи суддів на адміністративних посадах та інших структур у системі судової влади. Невипадково в літературі зазначається, що завдання суддівського самоврядування певною мірою визначають

функції органів суддівського самоврядування [12, 64]. Отже, для розуміння механізму функціонування суддівського самоврядування важливо відповісти на питання: яку соціальну роль виконує суддя при здійсненні, реалізації суддівського самоврядування? Інакше кажучи, знайти відповідь: службову роль виконує в цьому випадку суддя чи не службову? Відповідаючи на це питання, є очевидним той факт, що реалізація суддівського самоврядування безпосередньо не пов'язана із здійсненням правосуддя.

В той же час, в цьому випадку суддя виконує визначену законодавцем соціальну роль – безпосередньо реалізує судову владу. Очевидно, що тільки певний суддівський колектив може бути суб'єктом суддівського самоврядування. В цьому контексті не можна не погодитись з висловленим в літературі твердженням, що під забезпеченням належного відправлення функцій судової влади слід розуміти здійснення від імені держави соціального контролю в механізмі поділу влади, з одного боку, та соціально значущої поведінки конкретного суб'єкта права, – з іншого [10, 6].

Як зазначалося, самоврядування визначається як тип соціального управління, за якого суб'єкт і об'єкт управління збігаються, тобто самі люди управляють своїми справами. Безумовно, що колектив суддів, в т.ч. кожен окремий суддя, від місцевого суду до найвищого є не тільки суб'єктом управлінської діяльності, але й являє собою особливий об'єкт управлінського впливу. Не можна не погодитись з В.В. Кривенком, коли він говорить, що суб'єктами управління у судовій системі виступають голови судів та їх заступники, голови судових палат, а також певними управлінськими повноваженнями, безпосередньо пов'язаними з розглядом конкретних справ, наділено також і суддів [9, 61].

Управлінські повноваження реалізуються суддями також шляхом їх участі у діяльності внутрішньо судових управлінських структур і суддівського самоврядування відповідно до визначених законом повноважень та функцій. Організація виконання нормативно визначених функцій

суддівського самоврядування не може відбуватися сама по собі. Це складна за змістом діяльність, і вона сама має бути належним чином організована. Невипадково в літературі при розгляді проблем державного управління зазначається, що управління має органічно поєднувати дві функції: внутрішню організаційну, зміст якої полягає в упорядкуванні відносин всередині структур, які покликані організувати виконання законів всіма іншими суб'єктами, і власне виконавчо-розпорядчу. Далі автори логічно приходять до висновку, що “... **державне управління здійснюється й на рівні внутрішньої організаційної діяльності органів** державної влади, причому як влади виконавчої, так й **інших гілок**. Адже в діяльності всіх органів державної влади можна виділити два основних компоненти: внутрішню організаційну діяльність і профільовану функціональну (тобто зовнішню) діяльність, причому реалізація другої неможлива без першої (курсив – О.К.)” [6, 21–22].

Таким чином, система самоврядування розкривається через функції, що

визначають внутрішню діяльність судів, і саме цим суддівське самоврядування має обмежуватися, оскільки інше розуміння суддівського самоврядування суперечило б визначенню, наведеному в Основному Законі. Остання теза про “вирішення питань внутрішньої діяльності судів” найбільш складна з точки зору здатності повно і несуперечливо розкрити природу такого самоврядування через функції, які Конституцією не визначені та з огляду на доволі широкі “основні властивості самоврядування”, про які згадується в науковій літературі і які цитуються.

В ст. 17 Закону “Про судоустрій України” дослівно відтворено наведений конституційний припис про суддівське самоврядування з одним застереженням: суддівське самоврядування діє відповідно до Закону “Про судоустрій України”. Отже, попередньо можна в загальних рисах визначити суддівське самоврядування як один з різновидів відправлення функцій судової влади, що здійснюється відповідно до Закону “Про судоустрій України”.

Список літератури:

1. **Аверьянов В.Б.** Функция и структура органа государственного управления / В.Б. Аверьянов. – К.: Наукова думка, 1979. – 150 с.
2. **Афанасьев В.Г.** Системность и общество / В.Г. Афанасьев. – М.: Политиздат, 1980. – 368 с.
3. Введение в теорию государственно-правовой организации социальных систем / под общей ред. Е.Б. Кубко. – К.: Юринком, 1997. – 192 с.
4. Вдосконалення судоустрою та господарського судочинства: проблеми і перспективи: матеріали науково-практичної конференції ; 12–13 квітня 2006 р. м. Донецьк.: Лана –ЛТД, 2006. – 541 с.
5. **Городовенко В.В.** Проблеми становлення незалежної судової влади в Україні / В.В. Городовенко. – К.: Фенікс, 2007. – 224 с.
6. Державне управління: проблеми адміністративно-правової теорії та практики / за заг. ред. В.Б. Авер'янова. – К.: Факт, 2003. – 384 с.
7. Конституція України [Електронний ресурс] // Офіційний веб-сайт Верховної Ради України. – Режим доступу : <http://gska2.rada.gov.ua>
8. **Косарев В.І.** Суддівське самоврядування: становлення і перспективи / В.І. Косарев // Вісник Верховного Суду України. – 2004. – № 6.
9. **Кривенко В.В.** Демократизація судової системи України: проблеми і перспективи: дис... канд. юрид. наук / В.В. Кривенко. – Одеса, 2006. – 216 с.
10. **Марочкін І.Є., Крючко Ю.І., Москвич Л.М., Назаров І.В., Трагнюк Р.Р.** Статус суддів: навчально-практичний посібник / І.Є. Марочкін, Ю.І. Крючко, Л.М. Москвич, І.В. Назаров, Р.Р. Трагнюк. – Харків: Видавець СПД ФО Вапнярчук Н.М., 2006.

11. Новий тлумачний словник української мови / укладачі: В. Яременко, О. Сліпушко. – К.: Аконті, 1999. – Т. 2. – 871 с.
12. Організація судової влади в Україні. Перший аналіз нормативного змісту Закону України “Про судоустрій України” / **А.О. Селиванов, Є.В. Фесенко, Н.С. Рудюк** [та ін.]. – К.: Юрінком-Інтер, 2002. – 112 с.
13. **Стефанюк В.С.** Судова система України та судова реформа / В.С. Стефанюк. – К.: Юрінком Інтер, 2001. – 176 с.
14. Философский словарь. – К.: А.С.К., 2006. – 1056 с.
15. Философский энциклопедический словарь. – М.: ИНФРА-М, 2006. – 576 с.
16. Філософський енциклопедичний словник. – К.: Абрис, 2002. – 742 с.
17. Юридична енциклопедія: в 6 т. – К.: Українська енциклопедія, 1998. — Т. 3: К-М. – 2001. – 792 с.
18. Юридична енциклопедія: в 6 т. – К.: Українська енциклопедія, 1998. — Т. 5: П-С. – 2003. – 736 с.

РЕЗЮМЕ

В статье анализируются функции судейского самоуправления и отдельные проблемы их нормативного регулирования.

SUMMARY

The article gives the analyses of court's selfgovernment and several issues of its normative regulation.

*Рекомендовано кафедрою
кримінального процесу та криміналістики*

Подано 03.02.09

Л.Г. Фалалєєва,
кандидат юридичних наук
(Академія адвокатури України)

В.В. Мараховський,
кандидат юридичних наук
(Національна академія служби безпеки України)

Дипломатичні імунітети: принципи, норми, практика застосування

Ключові слова: особиста недоторканність дипломата, недоторканність приміщень дипломатичного представництва, імунітет засобів пересування дипломатичного представництва, дипломатичний імунітет, службовий імунітет.

Майже два сторіччя тому, 19 березня 1815 р., на Віденському конгресі було розроблено перші конвенційні норми посольського права – Регламент про ранги дипломатичних представників (далі – Віденський Регламент). Враховуючи роль і значення Віденської конференції ООН 1961 р. з дипломатичних зносин та імунітетів, зокрема кодифікацію міжнародного права у сфері дипломатичних привілеїв та імунітетів, чимало делегацій європейських країн і австрійська преса назвали її Другим Віденським конгресом. Йшлося про конвенційне закріплення норм не з окремих питань посольського права, як це було на Віденському і згодом на Аахенському конгресах (Аахенський протокол від 21 листопада 1818 р. доповнив Віденський Регламент, запровадивши новий ранг міністра-резидента), а комплексу норм, покликаних регламентувати широке коло питань, серед яких особливе місце посідають дипломатичні привілеї та імунітети, що залишилися поза увагою Віденського конгресу 1815 р. [9, 531–532]. Результатом роботи Віденської конференції (березень–квітень 1961 р.), в якій взяли участь майже сто держав з різними зовнішньополітичними концепціями, правовими системами і дипломатичною практикою, стала не тільки систематизація норм дипломатичного права, а й зміна правової природи цих

норм, удосконалення юридичної форми внаслідок їх трансформації зі звичаєвих у конвенційні, а в окремих випадках, скажімо, у сфері митних привілеїв, з норм ввічливості у міжнародно-правові норми. Аналіз природи дипломатичних привілеїв та імунітетів переконливо свідчить, що в основі походження привілеїв є, насамперед, ввічливість, а в основі походження імунітетів – звичай. Поступово дипломатичні привілеї та імунітети набули договірною характеру, конвенційного закріплення.

Віденська конвенція про дипломатичні зносини (далі – Конвенція 1961 р.), яка структурно складається з 53 статей і преамбули, була прийнята 18 квітня 1961 р. [4, 510–528] на конференції ООН більшістю в 72 голоси за однієї держави, що утрималась (Туніс), та жодної “проти”. У такий спосіб було регламентовано основні питання дипломатичних зносин, привілеїв та імунітетів, що, поза сумнівом, сприяло покращенню умов діяльності дипломатів, дипломатичних представництв, за допомогою яких здійснюється переважна більшість повсякденних міждержавних зносин [10, 124–127].

Основні зміни, яким було піддано інститут дипломатичних привілеїв та імунітетів і які вплинули на кодифікацію норм міжнародного права у цій сфері, полягають у тому, що відбулось відокремлення привілеїв та

іmunітетів дипломатичного представництва, як органу держави, від привілеїв та іmunітетів його співробітників, які перебувають і діють у державі акредитації не тільки як дипломатичні агенти*, а і як фізичні особи. Відтоді дипломатичне представництво вважається не установою при послові або посланнику, а органом держави і саме в такій якості воно наділяється відповідними привілеями та іmunітетами. Водночас привілеями та іmunітетами користуються і співробітники дипломатичного представництва, хоч, як правило, у різному обсязі.

Конвенція 1961 р. закріпила привілеї та іmunітети дипломатичного представництва відокремлено від привілеїв та іmunітетів його співробітників. Скажімо, про **недоторканність приміщень дипломатичного представництва**, а також про те, що вони, як і предмети їх обстановки та інше майно, яке є в них, та засоби пересування дипломатичного представництва користуються іmunітетом від обшуку, реквізиції, арешту і виконавчих дій йдеться у статті 22 Конвенції 1961 р., а про **недоторканність приватної резиденції дипломатичного агента** — у ст. 30. За змістом обидва виділені іmunітети однакові, адже передбачають, що приватна резиденція дипломата “користується такою ж недоторканністю і захистом, що й приміщення представництва” (ст. 30 Конвенції 1961 р.). Втім, є різною природа зазначених іmunітетів. Недоторканність приватної резиденції дипломата впливає з його особистої недоторканності, а недоторканність приміщень представництва не зумовлена недоторканністю глави представництва, а є атрибутом акредитуючої держави. Останнє стосується і засобів пересування дипломатичного представництва щодо користування іmunітетом від обшуку, реквізиції, арешту і виконавчих дій.

Коло дипломатичних привілеїв та іmunітетів не зазнало суттєвих змін з часу виникнення постійних дипломатичних представництв, йому, як і суті дипломатичних привілеїв та іmunітетів, а також відмін-

ностям між дипломатичними іmunітетами та дипломатичними привілеями приділено увагу в науці міжнародного права. Водночас доводиться констатувати, що за винятком праць Б.І. Гуменюка, В.М. Репецького, К.К. Сандровського, проблематика особистої недоторканності дипломата, недоторканності приміщень, іmunітету засобів пересування дипломатичного представництва досі не знайшла ґрунтовного висвітлення у вітчизняній доктрині. У радянській науці міжнародного права дана проблематика так само майже не досліджувалася. Фактично єдиним юристом-міжнародником, який приділив детальну увагу іmunітету засобів пересування дипломатичного представництва, був Д.Б. Левін. Зрештою, окремі аспекти зазначеної теми у цей період висвітлювалися у роботах таких вчених, як І.П. Бліщенко, Ю.Г. Дьомін, В.Н. Дурденевський, А.В. Кравець, Н.М. Мінасян, Л.А. Моджорян, В.А. Романов та інших. Дещо більший інтерес до дипломатичних іmunітетів спостерігається у роботах західних вчених: Ф. Кайє, Дж. В. Макклєнана, Д.Е. Наскімєнто е Сільва, Й.А. Сальмона, Ж. Серре, Р.Г. Фелтема, М. Харді, А. Чатерведі та інших, які присвятили даній темі свої праці.

При цьому привертає увагу, що переважна більшість досліджень на тему дипломатичних іmunітетів, проведених як вітчизняними, так і іншими юристами-міжнародниками, були написані кілька десятиліть тому, а відтак, не повною мірою враховують новітню практику держав та сучасні тенденції розвитку інституту привілеїв та іmunітетів, що й визначає актуальність обраної тематики. До того ж донині відсутні наукові праці, які б розкривали вітчизняну практику в даній сфері. Саме зростаюча теоретична і практична значимість дипломатичних іmunітетів спонукали проаналізувати основні з них та переосмислити деякі традиційні підходи до вирішення цієї проблеми.

Суть дипломатичних іmunітетів пов'язана з теоретичним питанням, яке, як з'ясувалось на Віденській конференції, має практичне значення, — питання про

* Дипломатичний агент (надалі у статті — дипломат) — особа, яка має дипломатичний ранг.

обґрунтування дипломатичних імунітетів. У ході дискусії з питання обґрунтування дипломатичних імунітетів представники низки країн, серед яких США, Японія, Мексика, Іспанія, Норвегія, Великобританія, наполягали на тому, щоб функціональна теорія, інакше кажучи, принцип функціональної необхідності, було визнано єдиним обґрунтуванням. Проте, віддаючи належне делегації СРСР, зауважимо, що саме на її пропозицію у преамбулі Конвенції 1961 р. наголошено на представницькому характері посольств і місій як одному з обґрунтувань дипломатичних імунітетів. У преамбулі Конвенції 1961 р. закріплено положення, згідно з яким "... привілеї та імунітети надаються не для вигід окремих осіб, а для забезпечення ефективного здійснення функцій дипломатичних представництв як органів, що представляють держави".

Ми не поділяємо думку тих вчених, які вважають, що принцип функціональної необхідності, як вираз зовнішньої функції суб'єкта міжнародного права, слугує підставою, свого роду методологічною основою для надання конкретних привілеїв та імунітетів. На їх погляд, саме характер функцій визначає сукупність привілеїв та імунітетів, якими користуються дипломати. В основу дипломатичних привілеїв та імунітетів покладено необхідність безперешкодної реалізації ними своїх функцій [2, 335–348], або "імунітет – це мінімум, необхідний для безперешкодного виконання органами зовнішніх зносин держави та їх співробітниками покладених на них функцій" [18, 90]. Як відомо, юристи-міжнародники послуговуються у різних модифікаціях трьома принципами юридичного обґрунтування надання дипломатичних привілеїв та імунітетів – екстериторіальності, представницьким і функціональної необхідності. Екстериторіальність (лат. *ex* – поза межами *terra* territorialis – той, що знаходиться на території) означає абсолютний імунітет особи чи установи від юрисдикції держави перебування; при цьому відповідна особа або установа вважається такою, що наче знаходиться на території власної держави [11, 183–184]. Доцільність застосування

принципу екстериторіальності, як юридичного обґрунтування надання дипломатичних привілеїв та імунітетів, переконливо спростовується аналізованим нижче п. 1 ст. 41 Конвенції 1961 р. На наше переконання, принцип функціональної необхідності та принцип представницького характеру посольств і місій ефективно взаємодоповнюють один одного.

Дипломатичні привілеї та імунітети надаються не тільки з метою забезпечення безперешкодного здійснення функцій, а й з урахуванням представницького характеру діяльності дипломата. "По суті, в основу привілеїв та імунітетів покладено право на міжнародне представництво, яке, в свою чергу, ґрунтується на суверенітеті держав, що є стрижнем теорії представницького характеру привілеїв та імунітетів" [8, 268–269]. Відтак, як обґрунтування дипломатичних імунітетів у Конвенції 1961 р. цілком слушно фігурують у поєднанні два принципи: принцип функціональної необхідності та принцип представницького характеру посольств і місій.

З огляду на обсяг дослідження, вважаємо за доцільне обмежитись стислим аналізом основних видів дипломатичних імунітетів, передбачених Конвенцією 1961 р., які мають стосунок до висвітлюваних питань, зокрема особистої недоторканності дипломата; вилучення його з-під юрисдикції держави перебування; недоторканності приміщень дипломатичного представництва; наділення приміщень дипломатичного представництва, предметів їх обстановки та іншого майна, що є в них, а також засобів пересування представництва імунітетом від обшуку, реквізиції, арешту і виконавчих дій.

Згідно зі ст. 29 Конвенції 1961 р., недоторканність особи дипломата означає, що "він не підлягає арешту або затриманню в якій би то не було формі. Держава перебування зобов'язана ставитись до дипломата з належною повагою і вживати всіх необхідних заходів для запобігання будь-яким посяганням на його особу, свободу або гідність". Імунітет від юрисдикції звільняє дипломата від підсудності судам держави

перебування та застосування щодо нього примусових заходів, передбачених її законодавством. Принагідно зауважимо, що хоч у Конвенції формально не закріплено, що розуміти під поняттям “юрисдикція”, цю прогалину заповнила доктрина міжнародного права, в якій превалує визначення юрисдикції як суверенного права кожної держави здійснювати свої виняткові владні повноваження у сфері як правотворчості, так і правозастосування у цивільних, кримінальних та адміністративних справах.

Принцип недоторканності дипломата вступає в силу з часу його прибуття на територію держави перебування і припиняється при його від'їзді після завершення своєї місії. З урахуванням принципу взаємності недоторканність дипломата зберігається і при розірванні дипломатичних відносин між акредитуючою державою та державою перебування. Якщо ж дипломат після завершення своєї місії залишається на постійне проживання у державі перебування, то він втрачає право на дипломатичні привілеї та імунітети.

З огляду на зростання кількості порушень недоторканності дипломатів та інших осіб, які користуються спеціальним захистом згідно з міжнародним правом, що не тільки підриває засади механізму, призначеного для забезпечення ефективного міжнародного співробітництва, а й перешкоджає досягненню цілей і реалізації основних принципів міжнародного права, 14 грудня 1973 р. було укладено Конвенцію про запобігання та покарання за злочини проти осіб, які користуються міжнародним захистом, включаючи дипломатичних агентів. У цій Конвенції знайшла закріплення система заходів боротьби з уже вчиненими злочинами та заходів щодо запобігання вчиненню злочинів, зокрема проти дипломатів. У п. 1 ст. 2 Конвенції про запобігання та покарання за злочини проти осіб, які користуються міжнародним захистом, включаючи дипломатичних агентів 1973 р. розкрито юридичний склад злочину й наголошено, що суб'єктивна сторона злочину характеризується тільки прямим умислом. Нагадаємо, що до проекту даної

Конвенції Комісія міжнародного права ООН включила “незалежно від мотиву”, втім з остаточної редакції ці слова були вилучені. Об'єктивною стороною злочину визнано: “а) вбивства, викрадення або інші напади, спрямовані проти особи або свободи особи, яка користується міжнародним захистом; б) насильницький напад на офіційне приміщення, житлове приміщення або *транспорні засоби* особи, яка користується міжнародним захистом, котрий може загрожувати особі або її свободі; с) погрози будь-якого такого нападу; d) спроби будь-якого такого нападу; е) дії як співучасника будь-якого такого нападу повинні розглядатись кожною державою-учасницею згідно з її внутрішнім законодавством як злочин” [5, 18–19].

Важливо враховувати, що підписання Конвенції про запобігання та покарання за злочини проти осіб, які користуються міжнародним захистом, включаючи дипломатичних агентів 1973 р. зобов'язує держави-учасниці включити до кримінальних кодексів однаково сформульовані статті з аналогічними санкціями, що, безумовно, забезпечує координацію діяльності держав у боротьбі з перерахованими злочинами. Зрештою, неучасть у Конвенції 1961 р. та Конвенції про запобігання та покарання за злочини проти осіб, які користуються міжнародним захистом, включаючи дипломатичних агентів 1973 р. не звільняє державу від дотримання належної поведінки щодо дипломатів іноземних держав, принаймні, зважаючи на норми міжнародного звичаєвого права.

Всіма дипломатичними привілеями та імунітетами користуються також всі члени сім'ї дипломата, які живуть разом з ним, якщо вони не є громадянами держави перебування (п. 1 ст. 37 Конвенції 1961 р.). Дещо інакше вирішується у міжнародно-правовій практиці питання про дипломатичні привілеї та імунітети адміністративно-технічного персоналу. Варто зауважити, що нині грань між дипломатичним і адміністративно-технічним персоналом поступово усувається. У Конвенції 1961 р. значно розширені привілеї та імунітети співробітників

адміністративно-технічного персоналу дипломатичних представництв, за якими визнаються ті ж права і привілеї, що й за дипломатами, за винятком, що імунітет від цивільної та адміністративної юрисдикції не поширюється на дії, вчинені ними не при виконанні службових обов'язків. Такими ж правами користуються й члени їх сімей, які живуть разом з ними, якщо вони не є громадянами держави перебування або не проживають в ній постійно.

Члени обслуговуючого персоналу, які не є громадянами держави перебування або не проживають в ній постійно, користуються імунітетом щодо дій, вчинених ними при виконанні своїх службових обов'язків.

У сучасному дипломатичному праві існує стійка тенденція, спрямована на заміну службового, тобто функціонального, імунітету дипломатичним. У ході підготовки Віденської конвенції про дипломатичні зносини 1961 р. виявились серйозні розбіжності у позиціях держав стосовно імунітетів адміністративно-технічного та обслуговуючого персоналу дипломатичних представництв. СРСР, США, Великобританія і ряд інших держав пропонували, зокрема, надати адміністративно-технічному персоналу дипломатичні імунітети у повному обсязі. Проти такої ініціативи висловилося чимало африканських та азійських, а також значна кількість європейських держав [17, 160–164].

У результаті в Конвенції 1961 р. були закріплені норми, що передбачають надання дипломатичного імунітету адміністративно-технічному персоналу. Виняток становить те, що від цивільної та адміністративної юрисдикції адміністративно-технічний персонал має лише службовий імунітет. Щодо обслуговуючого персоналу, то він наділений тільки службовим імунітетом. Надання службового імунітету означає, що особа, яка користується ним, звільняється від кримінальної, цивільної та адміністративної юрисдикції держави перебування щодо дій, вчинених нею при виконанні службових обов'язків. Якщо правопорушення вчинено не при виконанні службових обов'язків, така особа може

бути притягнута до відповідальності. Доктрина міжнародного права зазвичай віддає переваги терміну “службові обов'язки”, хоч у формулюваннях положень численних двосторонніх міжнародних договорів, які передбачають надання службового імунітету, існують особливості, зумовлені відповідними положеннями, закріпленими у Конвенції 1961 р. До прикладу, зазначена Конвенція 1961 р. встановлює, що адміністративно-технічний та обслуговуючий персонал згідно пп. 2–3 ст. 37 користуються імунітетом “щодо дій, вчинених ними при виконанні своїх обов'язків”. Дипломат, який є громадянином держави перебування або постійно в ній проживає, користується лише імунітетом від юрисдикції та недоторканністю “щодо офіційних дій, вчинених ним при виконанні своїх функцій” (п. 1 ст. 38). Колишній співробітник дипломатичного представництва користується імунітетом “щодо дій, вчинених такою особою при виконанні своїх функцій співробітника представництва” (п. 2 ст. 39). При цьому перше із зазначених понять за змістовим наповненням включає поняття “дії, вчинені при виконанні своїх функцій”, котре водночас поєднує в собі поняття “офіційні дії, вчинені при виконанні своїх функцій”. Важливо з'ясувати, знаходилась чи ні та або інша особа в момент вчинення правопорушення при виконанні службових обов'язків, проте аналіз підходів вітчизняних та зарубіжних юристів-міжнародників вказує на те, що у доктрині міжнародного права донині не вироблено прийнятної позиції стосовно критеріїв такого визначення [6, 204–205; 16, 117–118], а також того, до чиєї компетенції – держави перебування чи акредитуваної держави – належать такого роду питання та який механізм їх вирішення. Скажімо, дипломат – громадянин держави перебування, який керує автомобілем, прямує у службових справах, навряд чи вчиняє “офіційні дії при виконанні своїх функцій”, разом з тим очевидно, що водій посольства або місії, який керує автомобілем, прямує у службових справах, вчиняє дії “при виконанні своїх обов'язків”.

Особливе значення для формування міжнародно-правових норм у сфері дипломатичних привілеїв та імунітетів має дипломатична практика [3; 12; 13; 14; 15]. Після прийняття Конвенції практика багатьох держав, серед яких США, Канада, Великобританія, пішла шляхом заміни службового імунітету дипломатичним на двосторонній основі. Такі угоди, як правило, передбачають поширення дипломатичних привілеїв та імунітетів у повному обсязі на адміністративно-технічний та обслуговуючий персонал. До прикладу, Великобританія надає дипломатичні привілеї та імунітети на взаємній основі адміністративно-технічному персоналу дипломатичних представництв таких країн, як Бельгія, Болгарія, Франція, Індонезія, Люксембург, Нідерланди, Польща та ін.

Саме низка проблем, пов'язаних з повноцінною реалізацією службового імунітету, як, зрештою, і невизначеність поняття “службові обов’язки” зумовили еволюцію практики держав у напрямі заміни службового імунітету дипломатичним. Практика останніх років переконливо свідчить про поступове усунення відмінностей в обсязі привілеїв та імунітетів, які держави надають дипломатичному та адміністративно-технічному персоналу, що дає підстави припустити можливість поглиблення зазначених тенденцій і, як наслідок, зникнення інституту службового імунітету в перспективі.

Недоторканність приміщень, службових і приватної резиденції, передбачає, насамперед, неприпустимість будь-яких примусових дій щодо них з боку органів влади держави перебування. Більше того, на державу перебування покладено обов’язок забезпечення належного функціонування дипломатичного представництва. Згідно з п. 2 ст. 22 Конвенції 1961 р. «на державі перебування лежить спеціальний обов’язок вживати всіх належних заходів для захисту приміщень представництва від будь-якого вторгнення або заподіяння шкоди та для запобігання будь-якому порушенню спокою представництва або образі його гідності».

Крім особистої недоторканності дипломата та недоторканності приміщень, дипломатичні імунітети передбачають також недоторканність дипломатичного кур’єра (п. 5 ст. 27 Конвенції 1961 р.), архівів і документів представництва (ст. 24 Конвенції 1961 р.), офіційної кореспонденції представництва (п. 2 ст. 27 Конвенції 1961 р.) тощо. Зосередимось на прикладі дипломатичної пошти – одному з видів зв’язку між акредитуючою державою і дипломатичними та іншими її установами за кордоном з метою забезпечення належного функціонування останніх відповідно до загальноновизнаних принципів і норм міжнародного права. Дипломатична пошта, яка згідно з п. 3 ст. 27 Конвенції 1961 р. не підлягає ні розпакуванню, ні затриманню, є одним з основних засобів реалізації свободи зносин акредитуючої держави з її установами за кордоном, зокрема дипломатичними представництвами. Всі місця, що складають дипломатичну пошту, – “мішок, сумка, конверт або будь-якого виду пакет, які містять документи або предмети, призначені для офіційного користування” [2, 207], повинні мати видимі зовнішні ознаки, що вказують на їх характер і супроводжувальний документ. Вони можуть містити тільки дипломатичні документи та предмети, призначені для офіційного користування (п. 4 ст. 27 Конвенції 1961 р.).

У дипломатичній практиці більшості держав з’являється тенденція до обмеження імунітету дипломатичної пошти. Їх позиція зводиться до того, що за наявності серйозних підозр щодо використання дипломатичної пошти в злочинних цілях держава перебування має право вимагати її розпечатування, а в разі відмови – повернути її відправникові. В законодавчих актах деяких країн закріплено вимогу, щоб таке “вмістище” було закрито і опечатано сургучевою печаткою або опломбовано (або те й інше) компетентними органами держави-відправника. Зазначимо, що в Україні це “вмістище” прийнято іменувати “дипломатична валіза”, у практиці США – *rouch*, у деяких європейських країнах – *bag*, у Франції – *valise*. Кожна

дипломатична валіза складає місце дипломатичної пошти.

За часів розробки Конвенції 1961 р. у практиці держав дипломатична пошта майже завжди відправлялась у супроводі дипломатичних кур'єрів (професійних або так званих *ad hoc*) або командирів екіпажів цивільних повітряних суден, які у таких випадках не вважаються дипломатичними кур'єрами. Однак упродовж останніх десятиріч з'явилась тенденція ввіряти дипломатичну пошту капітанам або членам екіпажу морських або річкових суден, які у таких випадках теж не вважаються дипломатичними кур'єрами, або направляти не супроводжувану дипломатичну пошту, яка забезпечується супроводжувальним листом, звичайними каналами зв'язку. Дипломатична пошта, таким чином, має дві форми: супроводжувану та не супроводжувану. Як справедливо зауважив офіційний доповідач Комісії міжнародного права ООН з питання про статус дипломатичного кур'єра та дипломатичної пошти, не супроводжуваної дипломатичним кур'єром, А. Янков, "існують, як мінімум, п'ять суттєвих компонентів, які взаємно переплітаються і в поєднанні становлять правове поняття дипломатичної пошти:

- функція пошти;
- її зміст;
- зовнішні характеристики, які стосуються її ідентифікації як такої;
- необхідні документи, які вказують на характер пошти;
- режим, наданий їй владою держави перебування або держави транзиту згідно з міжнародним правом" [7, 16].

Змістове наповнення досліджуваного поняття, на наш погляд, найбільш вдало розкрито у такій дефініції: "дипломатична пошта – це закрите і опечатане сургучевою печаткою або опломбоване з зовнішнього боку уповноваженими органами держави місце, яке: має видимі зовнішні знаки і супроводжувальний документ, які вказують на його характер; містить офіційну кореспонденцію, документи або предмети, призначені для офіційного користування;

направляється державою (зазвичай, в особі її відомства закордонних справ) своїм представництвам за кордоном, останніми своєму відомству закордонних справ або одним одному, де б вони не знаходились, як у супроводі дипломатичного кур'єра, командира або члена екіпажу морського або повітряного судна, так і без супроводу, через поштові канали зв'язку; наділене спеціальним режимом на основі міжнародного договірною та звичаєвого права, а також практики держав" [1, 161–162].

Не менш важливим є імунітет засобів пересування дипломатичних представництв, передбачений п. 3 ст. 22 Конвенції 1961 р.: "Засоби пересування представництва користуються імунітетом від обшуку, ревізії, арешту і виконавчих дій". Йдеться про будь-які транспортні засоби – суходільні, повітряні та водні, які належать, орендуються або передаються для регулярного користування дипломатичним представництвам, співробітникам дипломатичного персоналу та членам їх сімей.

Номерні знаки спеціальних серій є необхідним атрибутом засобів пересування дипломатичних представництв, що підтверджують їх особливий статус, вказують на наявність у них дипломатичних імунітетів. Цифрові позначення на номерних знаках означають код відповідної держави, дипломатичному представництву якої належить транспортний засіб, а літери: CDP – глави дипломатичного представництва, DP – дипломатичного персоналу, S – адміністративно-технічного персоналу посольств і місій, власне, вказують на категорії персоналу дипломатичного представництва. Крім того, в Україні такі номерні знаки мають білий фон, в Єгипті – зелений, в Росії – червоний тощо. Відмова у видачі номерних знаків або їх вилучення органами влади держави перебування рівноцінні відмові в поширенні імунітету на засіб пересування дипломатичного представництва, суть якого полягає в тому, що транспортний засіб не підлягає обшуку, ревізії, арешту і виконавчим діям. Варто наголосити, що імунітет від обшуку, ревізії, арешту і виконавчих дій, який надається засобам

пересування дипломатичного представництва, співробітникам дипломатичного персоналу і членам їх сімей, поширюється також на засоби пересування співробітників адміністративно-технічного персоналу та членів їх сімей (п. 2 ст. 37 Конвенції 1961 р.). Комісія міжнародного права ООН мотивувала це тим, що вона розглядає функції дипломатичного представництва як органічного цілого, а не окремо оцінює роботу, що фактично виконується кожним співробітником. Чимало адміністративно-технічних співробітників виконують роботу, яка з точки зору цілей дипломатичного представництва іноді є важливішою за роботу дипломата. Беручи до уваги зазначене, Комісія міжнародного права ООН запропонувала надати адміністративно-технічному персоналу “в принципі, всі привілеї і всі імунітети, що надаються дипломатичному персоналу” [17, 27]. Зауважимо, що до прийняття Конвенції 1961 р. у міжнародному праві не існувало таких норм, а практика держав була різноманітною. Поширення імунітету на засоби пересування співробітників обслуговуючого персоналу Конвенцією 1961 р. не передбачено.

Зрештою, основні положення про імунітет дипломатичного представництва та його засобів пересування, закріплені у Конвенції 1961 р., відповідають загальноновизнаним принципам і нормам сучасного міжнародного права, не містять застережень, які могли б слугувати приводом для порушення імунітету, й за умови їх чіткого і неухильного дотримання здатні забезпечити стабільні критерії визначення меж імунітету засобів пересування дипломатичного представництва та належні умови роботи дипломатичного представництва в цілому.

Навіть не вдаючись до ретельного аналізу, не складно помітити спільну характерну рису всіх вищезазначених видів імунітету – звільнення дипломата та дипломатичного представництва від застосування до них заходів відповідальності, санкцій, примусу, котрі зазвичай передбачаються законодавством і, відповідно, є правомірними. Втім це не означає, що дипломат, наділений імунітетом, звільняється від

обов'язку поважати закони і постанови держави перебування, задля забезпечення виконання котрих встановлено такі заходи, до прикладу, дотримуватись встановлених правил дорожнього руху. Імунітет від юрисдикції не надає права особі, яка ним користується, на вчинення злочинів та інших неправомірних дій.

У Конвенції 1961 р. обов'язок особи, наділеної привілеями та імунітетами, поважати закони і постанови держави перебування закріплено чітко і недвозначно: “без шкоди для їх привілеїв та імунітетів усі особи, які користуються такими привілеями та імунітетами, зобов'язані поважати закони і постанови держави перебування (п. 1 ст. 41). Положення “Без шкоди для їх привілеїв та імунітетів” означає, що до дипломатів не можуть застосовуватись примусові заходи, передбачені законодавством держави перебування. Отже, дипломатичний імунітет передбачає не абсолютне вилучення дипломата, дипломатичного представництва, його транспортних засобів тощо з-під дії правопорядку держави перебування, а тільки зі сфери застосування заходів, які забезпечують дотримання правопорядку, – зі сфери адміністративної та судової відповідальності, застосування санкцій та інших примусових заходів, передбачених законодавством держави перебування.

За державою перебування зберігається право обмежувально застосовувати будь-яке з положень Конвенції 1961 р., включаючи статті про дипломатичні імунітети, “через обмежувальне застосування цього положення до її представництва в акредитуєчій державі” (п. 2 а) ст. 47). У такий спосіб Конвенція 1961 р. санкціонує можливість обмежувального застосування на основі принципу взаємності закріплених у ній імунітетів. При цьому варто враховувати, що мова йде про такі обмеження, котрі стосуються лише *обсягу* імунітетів, а не самого факту їх надання. Аналізована ст. 47 не дає права державі перебування взагалі не надавати передбачені Конвенцією 1961 р. імунітети. Більше того, керуючись принципом взаємності держави вправі

розширювати коло привілеїв та імунітетів, закріплених у Конвенції 1961 р. В інтересах зміцнення інституту дипломатичних привілеїв та імунітетів застосування принципу взаємності нині практикується, переважно, коли йдеться про надання більш широких, а не обмежених привілеїв та імунітетів порівняно із тими, що закріплені у Конвенції 1961 р.

Одним з полемічних є питання про зміст та практику застосування принципу свободи пересування співробітників дипломатичного представництва акредитуючої держави територією держави перебування. При цьому, як правило, віддаються переваги концепції повної свободи пересування, відповідно до якої співробітники дипломатичних представництв іноземних держав вправі “безперешкодно пересуватись по території держави перебування”, за винятком невеликої кількості постійно закритих зон.

Проте, аналіз ст. 26 Конвенції 1961 р. дає підстави констатувати неспроможність концепції повної свободи пересування співробітників дипломатичного представництва акредитуючої держави територією держави перебування. Нагадаємо, що Комісія міжнародного права ООН відхилила пропозицію про включення до проекту Конвенції 1961 р. такого формулювання: “Держава перебування повинна дозволяти... повну свободу пересування ... її територією всім членам персоналу дипломатичного представництва [19, 85]. Таким чином, не випадково у ст. 26 Конвенції 1961 р. не йдеться про “повну” свободу пересування, а свобода пересування співробітників дипломатичних представництв іноземних держав територією держави перебування забезпечується настільки, наскільки вона відповідає законам і правилам цієї держави про “зони, в’їзд до яких забороняється або регулюється з міркувань державної безпеки”. Підтвердженням цьому є і зміст коментаря Комісії міжнародного права ООН до проекту Конвенції 1961 р., в якому роз’яснюється, що “свобода пересування не повинна суперечити законам і правилам держави перебування про зони, в’їзд до

яких забороняється або регулюється з міркувань державної безпеки” [19, 87].

Як бачимо з викладеного, ст. 26 Конвенції 1961 р. в цілому не обмежує право держави перебування на встановлення зон, в’їзд до яких співробітникам дипломатичних представництв забороняється або регулюється з міркувань державної безпеки. Крім того, це можуть бути не тільки зони, в’їзд до яких забороняється або регулюється на підставі конкретних списків, що доводяться до відома дипломатичних представництв іноземних держав, а й тимчасово закриті зони. Зазначене робить міжнародно-правомірним запровадженняповідомлювального порядку пересування співробітників дипломатичного представництва акредитуючої держави територією держави перебування, оскільки співробітник дипломатичного представництва, який запланував поїздку, повинен отримати офіційну інформацію від органу влади держави перебування про те, які міста і райони є закритими в той чи інший час. Запровадження і застосування такого порядку є виправданим і з огляду на інші причини. До прикладу, в Комісії міжнародного права ООН і на Віденській конференції з дипломатичних зносин та імунітету справедливо відзначалось, що окремі ділянки території держави перебування можуть бути вразливими з точки зору необхідності забезпечення державної безпеки залежно від того, в який спосіб ведеться за ними спостереження. Відтак, цілком виправдано, якщо держава перебування наряду зі встановленням, скажімо, вимоги отримання співробітниками дипломатичних представництв “спеціальних дозволів для деяких поїздок” [19, 86] запроваджуватиме і певні обмеження щодо пересування деякими маршрутами і видами транспорту. Водночас надання державі перебування широких прав щодо регламентації порядку пересування співробітників дипломатичних представництв іноземних держав її територією не означає, що вона нічим не обмежена у своєму праві, адже, насамперед, даний порядок не повинен створювати штучні перешкоди для здійснення дипломатичними представництвами офіційних функцій, інак-

ше може постати питання про міжнародну відповідальність держави перебування.

Особливе місце серед джерел дипломатичного права займають двосторонні міжнародні договори, що є результатом розвитку дипломатичних відносин між державами, які прагнуть зміцнити і стабілізувати взаємовідносини укладенням взаємоприйнятних договорів, котрі, з іншого боку, збагачують зміст дипломатичного права і забезпечують досягнення більшої збалансованості інтересів акредитувочої держави і держави перебування, зокрема з питань регулювання дипломатичних привілеїв та імунітетів, боротьби зі зловживаннями ними.

Підсумовуючи, підкреслимо, що за останні півстоліття дипломатичне право зазнало кардинальних змін та перетворень. Конвенція 1961 р. має велике значення для розвитку сучасного дипломатичного

права, вона помітно зміцнила інститут дипломатичних привілеїв та імунітетів, а кодифікація останніх прислугується консолідації міжнародного правопорядку і забезпеченню правової основи відносин між державами, на якій повинна базуватися їх співпраця. Чітка регламентація норм інституту привілеїв та імунітетів покликана запобігати конфліктним ситуаціям у відносинах між державами, сприяти взаєморозумінню, активній і плідній співпраці між ними, а також зміцненню міжнародного правопорядку в цілому. Втім сучасний динамічний розвиток міжнародних відносин переконливо свідчить, що наявності комплексу міжнародно-правових норм у сфері дипломатичних імунітетів нині замало, особливого значення набуває необхідність удосконалення міжнародно-правової бази в напрямі забезпечення її послідовного і неухильного дотримання усіма державами.

Список літератури:

1. **Барулин П.Г.** Статус дипломатической почты и дипломатического курьера / П.Г. Барулин // Советский ежегодник международного права, 1983. – М.: Наука, 1984.
2. **Блищенко И.П., Дурденевский В.Н.** Дипломатическое и консульское право / И.П. Блищенко, В.Н. Дурденевский. – М.: Изд-во ИМО, 1962.
3. **Буриан А.Д.** Введение в дипломатическую практику / А.Д. Буриан. – М.: Изд-во Агс, 2001.
4. Действующее международное право: в 3-х томах / составители Ю.М. Колосов и Э.С. Кривчикова. – Т. 1. – М.: Изд-во МНИМП, 1999.
5. Действующее международное право : в 3-х томах / составители Ю.М. Колосов и Э.С. Кривчикова. – Т. 3. – М.: Изд-во МНИМП, 1999.
6. **Демин Ю.Г.** О проблеме служебного иммунитета в международном праве / Ю.Г. Демин // Советский ежегодник международного права, 1988. – М.: Наука, 1989.
7. Док. ООН А/CN. 4/347 Add. 2
8. **Левин Д.Б.** Дипломатический иммунитет / Д.Б. Левин. – М.; Л.: Изд-во АН СССР, 1949.
9. **Мартенс Ф.Ф.** Собрание трактатов и конвенций, заключенных Россіей съ иностранными державами / Ф.Ф. Мартенс. – Т. III (1808–1815). – СПб, 1876.
10. **Музыка А.** Питання удосконалення правового статусу дипломатичних представництв у науці міжнародного права / А. Музыка // Право України. – 2006. – № 12.
11. Правознавство: словник термінів / за ред. В.Г. Гончаренка. – К.: Юрисконсульт, КНТ. – 2007.
12. **Сандровский К.К.** Право внешних сношений / К.К. Сандровский. – К.: Вища школа, 1986.
13. **Сатоу Э.** Руководство по дипломатической практике / Э. Сатоу. – М.: ИМО, 1961.
14. **Соловьев Э.Я.** Основы дипломатического права / Э.Я. Соловьев. – М.: Ось-89, 2005.
15. **Barker J.C.** The Abuse of Diplomatic Privileges and Immunities / J.C. Barker. – Dartmouth, 1998.

16. **Hardy M.** Modern Diplomatic Law / M. Hardy/ – Manchester University, 1998.
17. International Law Commission. Report to the General Assembly covering the work of its tenth Session, 28 Apr. – 4 July 1958 // Yearbook of the International Law Commission. – N. Y., 1958. – Vol. 2.
18. **Sen B.** A diplomats handbook of international law and practice / B. Sen. – The Hague, 1979.
19. Yearbook of the International Law Commission. – N.Y., 1957. – Vol. 1.

РЕЗЮМЕ

В статье проанализирована новейшая практика государств и современные тенденции развития применения дипломатического иммунитета, его отличия от служебного иммунитета.

SUMMARY

In the article the author analyzes the practice of the states and modern development tendencies of diplomatic immunity apply and its differ from service immunity.

*Рекомендовано кафедрою прав людини,
міжнародного та європейського права*

Подано 12.12.08



Х.В. Кметик,
старший викладач
(Інститут повітряного і космічного права
Національного авіаційного університету)

Особливості правового регулювання створення та діяльності нових організаційно-правових форм юридичних осіб згідно з правом Європейського Союзу

Ключові слова: *Європейський Союз, Європейське товариство (ЄТ), Європейське об'єднання з економічних інтересів (ЄОЕІ), Європейське кооперативне товариство (ЄКТ), Європейська асоціація (ЄА), Європейське товариство взаємодопомоги (ЄТВ).*

Постановка проблеми у загальному вигляді та її зв'язок із важливими теоретичними чи практичними завданнями.

В умовах глобалізації посилилася тенденція до транснаціонального та національного злиття та поглинання, що, в свою чергу, свідчить про загострення конкуренції на світовому ринку та динамічний розвиток світової економіки. На початку ХХІ ст. цей процес знайшов своє відображення в Європейському Союзі (надалі в тексті – ЄС) [2]. Правове регулювання злиття по поглинання – це один з основних інструментів формування юридичної інфраструктури для єдиного внутрішнього ринку ЄС, створення якого є основною ціллю європейської інтеграції на її сучасному етапі. Одним із підходів до вирішення даного завдання є створення нових організаційно-правових форм юридичних осіб згідно з правом ЄС – Європейського об'єднання з економічних інтересів (далі – ЄОЕІ), Європейського товариства (далі – ЄТ), Європейського кооперативного товариства (далі – ЄКТ), Європейської асоціації (далі – ЄА), Європейського товариства взаємодопомоги (далі – ЄТВ), діяльність яких регулювалася

би нормами, що підлягають прямому застосуванню у всіх державах Співтовариства, а також внутрідержавним правом держав-членів ЄС.

Механізм регулювання корпоративного злиття в ЄС становить великий інтерес для нашої держави, оскільки ЄС на сьогодні є найбільшим тогівельно-економічним партнером України, а Україна активно прагне інтегруватися у світову економіку. Правове регулювання діяльності компаній є однією з небагатьох сфер, де удосконалення законодавства України відбувається одночасно з аналогічними процесами у ЄС. Так, відповідно до ст. 51 Угоди про партнерство та співробітництво між Україною і Європейськими Співтовариствами та їх державами-членами, Україна взяла на себе зобов'язання привести своє чинне та майбутнє законодавство у відповідність до вимог законодавства ЄС [3].

Аналіз останніх досліджень і публікацій. У сучасній зарубіжній і вітчизняній правовій літературі тема даної статті достатньо розроблена. Серед вітчизняних та зарубіжних фахівців, які досліджують питання корпоративного права ЄС варто на-

звати М. Юрьєва, А. Єфименко, Г.О. Калашнікова, Р. Ханік-Посполітак, Г.С. Фединак та інших авторів.

Цілі публікації. Відповідно до вибору теми, в даній статті автор має на меті здійснити комплексне дослідження правового статусу нових організаційно-правових форм юридичних осіб згідно з правом ЄС та визначити особливості правового регулювання їх створення та діяльності в рамках ЄС.

Виклад основного матеріалу.

На сьогодні в Європі простежується процес переходу компаній до нових організаційно-правових форм ведення бізнесу.

Вперше ідею про створення Європейського товариства або Європейського акціонерного товариства (*Societas Europaea*) як нової форми господарювання було озвучено у Франції у 1960 р. на Міжнародному конгресі нотаріусів [10]. У 1970 р. ця ідея отримала своє перше практичне втілення у відповідному проекті, підготовленому Комісією Європейських Співтовариств. Цікаво, що питання стосовно ЄТ розроблялося у двох напрямках: перший – створення статуту ЄТ, другий – створення довготермінової програми уніфікації національного законодавства про компанії, яка реалізувалася за допомогою директив Комісії Європейських Співтовариств [5]. У зв'язку з неузгодженістю щодо окремих питань, наприклад, структури органів компанії, оподаткування, участі працівників в управлінні компанією тощо, проект обговорювався впродовж 30 років і лише 8 жовтня 2001 р. Європарламент остаточно затвердив Регламент (ЄС) № 2157/2001 про Статут Європейського Товариства [6] та Директиву № 2001/86/ЄС про доповнення Статуту ЄТ стосовно участі найманих працівників в управлінні ЄТ [7]. Обидва документи вступили в силу 8 жовтня 2004 р., оскільки початок їх дії був відкладений на три роки через необхідність включення даних документів у національні правові системи [10].

Ієрархія джерел, що регулюють створення і діяльність ЄТ, передбачена ст. 9 Регламенту (ЄС) № 2157/2001 Ради про

Статут ЄТ і має такий вигляд: а) Регламент (ЄС) № 2157/2001 Ради про Статут ЄТ; б) положення статутів окремих ЄТ з питань, які безпосередньо вказані у Регламенті (ЄС) № 2157/2001 Ради про Статут ЄТ; в) норми національного права, які спеціально спрямовані на регулювання діяльності ЄТ, а також норми національного права, які спрямовані на регулювання акціонерних товариств загалом; г) інші положення статутів окремих ЄТ, що застосовуються аналогічно з положеннями статутів національних акціонерних товариств.

ЄТ має статус юридичної особи і є аналогом акціонерних товариств (публічних компаній – у Великобританії) національного права. Воно вноситься до реєстру однієї з держав-членів ЄС, а відомості про нього публікуються в порядку, передбаченому Першою Директивою Ради № 68/151/ЄЕС (“Директива про публікації”) від 9 березня 1968 р. Капітал ЄТ розподілений на акції і загалом повинен складати не менше 120 тисяч євро, причому 50 тисяч з них повинні виражатися у фунтах стерлінгів (для ЄТ, зареєстрованого у Сполученому Королівстві Великобританії та Північної Ірландії).

Перед офіційним найменуванням ЄТ обов'язково ставиться позначення “SE”, яке не може бути частиною офіційної назви компанії будь-якого іншого типу. Однак, якщо компанії, фірми або інші юридичні особи, зареєстровані в державі-члені ЄС до набрання чинності даного Регламенту, у своїх найменуваннях мали скорочення SE, то органи влади не можуть вимагати зміни їх найменування.

ЄТ самостійно вирішує питання про структуру своїх органів управління [6]. З точки зору управління, ЄТ може мати один рівень (іноді цю систему називають англійською дволанковою) – загальні збори акціонерів та адміністративний орган або два рівні (німецька триланкова система) – до вищезазначених органів додається спостережна рада. Зазначимо, що більшість ЄТ обирають систему одного рівня [10].

Якщо окремі питання щодо діяльності ЄТ не входять до предмета регулювання Регламенту, ЄТ прирівнюється до національ-

них акціонерних товариств тієї держави, на території якої зареєстроване його місцезнаходження. При цьому зареєстроване місцезнаходження ЄТ та його центральна адміністрація повинні знаходитися з однієї і тієї самій державі. Така вимога введена з метою недопущення виникнення конкуренції між національними законодавствами у створенні найбільш сприятливого для ЄТ правового режиму. Як приклад наведемо існуючу конкуренцію між окремими штатами США. За відсутності цієї норми ЄТ могли б обходити незручні для них правові положення окремих країн ЄС через вказівку на наявність зареєстрованого місцезнаходження в іншій державі-члені, яка має більш ліберальніше законодавство. А це надавало би ЄТ зручніше становище у порівнянні з національними юридичними особами приймаючої держави [2].

Вагомою перевагою ЄТ у порівнянні з аналогічними національними формами, є можливість змінювати своє місцезнаходження, тобто переносити юридичну адресу і центральне управління з однієї держави до іншої. Таке перенесення юридичної адреси може бути виконане лише через два місяці після публікації повідомлення про даний намір. Після завершення двох місяців компетентний орган (нотаріус чи суд) тієї держави, в якій зареєстроване ЄТ, видає свідоцтво про дотримання всіх необхідних процедурних вимог і правил, які регулюють перенесення адміністративного центру компанії з однієї держави-члена ЄС до іншої. Водночас, національна влада може виступити проти такого перенесення, обґрунтовуючи це тим, що перенесення суперечить державним інтересам, як наприклад у випадку, коли компанія має значну заборгованість щодо сплати податків до державного бюджету [6].

Ст. 2 Регламенту визначає порядок заснування ЄТ, що передбачає кілька способів його створення, а саме:

1) Утворення ЄТ шляхом злиття акціонерних товариств, які були засновані відповідно до права однієї з держав-членів і які мають на території ринку ЄС зареєстроване місцезнаходження і адміністративний

центр (статті 27–31 Регламенту). При цьому мінімум дві з компаній, які беруть участь у злитті, повинні мати національність різних держав-членів. Варто зазначити, що заснування організаційно-правової форми ЄТ вперше дозволило створити правовий механізм здійснення транснаціонального злиття;

2) Створення холдингової компанії акціонерними товариствами та товариствами з обмеженою відповідальністю, які були створені відповідно до права однієї з держав-членів і які мають на території ринку ЄС не тільки своє зареєстроване місцезнаходження, а й адміністративний центр (статті 32–34 Регламенту). Мінімум дві компанії повинні мати національність різних держав-членів або одна з них повинна мати дочірню компанію на території іншої держави впродовж не менш ніж двох років;

3) Утворення ЄТ як дочірньої компанії: воно може бути здійснене будь-якими юридичними особами публічного чи приватного права, які мають на території ринку ЄС своє зареєстроване місцезнаходження та адміністративний центр (статті 35–36 Регламенту). Мінімум дві компанії повинні мати національність різних держав-членів або одна з них повинна мати дочірню компанію на території іншої держави впродовж не менш ніж двох років. У процедурі створення ЄТ як дочірньої компанії повинні брати участь щонайменше дві материнські компанії. Крім того, саме ЄТ може створити дочірню компанію такої ж організаційно-правової форми;

4) Перетворення діючого акціонерного товариства однієї з держав-членів у ЄТ за умови, що дане товариство має дочірню компанію на території іншої держави впродовж не менш ніж двох років (ст. 37 Регламенту) [4, 92–93].

Як бачимо, всім вказаним способам створення ЄТ притаманна одна ознака – транскордонність, тобто у товариство повинні входити як мінімум дві компанії з різних країн ЄС. Найбільш поширеним є створення ЄТ шляхом злиття або перетворення [10].

Отже, нова організаційно-правова форма у вигляді ЄТ надає можливість компанії, що функціонує у декількох державах-членах ЄС, діяти на території ЄС за єдиними правилами й застосовувати уніфікований підхід до її управління.

Зауважимо, що положення Регламенту (ЄС) № 2157/2001 Ради про Статут ЄТ не застосовуються до України, незважаючи на зобов'язання, взяті Україною в Угоді про партнерство та співробітництво між Україною і Європейськими Співтовариствами та їх державами-членами, оскільки даний документ має пряму дію виключно на території ЄС. Створити таку компанію можуть тільки суб'єкти господарської діяльності держав-членів ЄС і тому окремі положення Регламенту можуть бути використані лише як певна правова модель для удосконалення українського законодавства [3].

Європейське об'єднання з економічних інтересів (ЄОЕІ) (European Economic Interest Grouping) – ще одна нова організаційно-правова форма, створена правом ЄС. Її заснування було передбачене Регламентом (ЄС) № 2137/85 Ради від 25 липня 1985 р., який зобов'язував держави-члени прийняти необхідні заходи для забезпечення прямої дії його норм на своїй території до 1 липня 1989 р.

ЄОЕІ не є комерційною організацією на відміну від тих юридичних осіб, які є його членами: його діяльність тільки сприяє діяльності його членів і не може виходити за межі предмету діяльності членів об'єднання. ЄОЕІ не має власного статутного капіталу, не може отримувати інвестиції і фінансується лише учасниками, які несуть необмежену солідарну відповідальність щодо боргів даного об'єднання. Крім того, член, який вийшов з ЄОЕІ, продовжує нести відповідальність щодо тих боргів об'єднання, які виникли в період його членства, впродовж п'яти років після припинення членства.

ЄОЕІ володіє самостійною правосуб'єктністю, тобто від власного імені може набувати будь-які права та обов'язки, самостійно виступати в суді. Питання щодо визнання за ним статусу юридичної особи

вирішується на розсуд держав-членів ЄЕС. Так, воно визнане юридичною особою у всіх державах, крім ФРН та Італії, що здебільшого, пов'язано з особливостями режиму оподаткування.

ЄОЕІ створюється шляхом підписання договору між його членами і внесення його до офіційного реєстру тієї держави, в якій буде знаходитися юридична адреса об'єднання. Юридична адреса визначається за місцем знаходження центральних органів управління самого об'єднання чи однієї з його компаній-членів.

Членами (засновниками) ЄОЕІ можуть бути особи, які мають національність (громадянство) не менше двох держав-членів ЄЕС, а саме:

- компанії чи фірми відповідно до ст. 48 Римського договору про створення ЄЕС, тобто компанії і фірми, які мають на меті отримання прибутку і які створені на основі права однієї з держав-членів. Крім того, такі компанії повинні мати зареєстроване місцезнаходження, адміністративний центр чи основне підприємство та території загального ринку ЄЕС. Якщо з ринком ЄЕС компанію пов'язує тільки зареєстроване місцезнаходження, то компанія повинна довести наявність у неї "ефективного та довготривалого зв'язку" (*prima facie*) з економікою ЄЕС, як, наприклад, діяльність постійного філіалу чи дочірньої компанії;
- будь-які інші правосуб'єктні утворення, створені у відповідності з правом будь-якої держави-члена, які мають своє зареєстроване місцезнаходження і центральне управління на території Співтовариства. Це, наприклад, некомерційні організації та комерційні організації, але які не мають статусу юридичної особи;
- фізичні особи, які професійно займаються підприємницькою діяльністю на території Співтовариства.

Члени ЄОЕІ вправі утворювати будь-які органи управління, однак попри це обов'язковим є функціонування в ньому

загальних зборів членів та виконавчого органу з одного чи кількох директорів. Питання про відповідальність керівних осіб перед членами об'єднання регулюється внутрішнім правом держав-членів [8].

Зважаючи на необмежену відповідальність членів об'єднання, неможливість залучення інвестицій, неможливість здійснення об'єднанням власної виробничо-господарської діяльності тощо (наприклад, штатний склад об'єднання не може мати більше 500 робітників), ЄОЕІ не може ефективно використовуватися великим бізнесом для здійснення комерційної діяльності у рамках ЄС. З цією метою і було створено вже проаналізоване вище ЄТ.

Окрім зазначених двох організаційно-правових форм юридичних осіб – ЄТ та ЄОЕІ, право ЄС передбачає створення та діяльність й інших компаній нового типу – Європейського кооперативного товариства (ЄКТ) [9], Європейської асоціації (ЄА) та Європейського товариства взаємодопомоги (ЄТВ).

Список літератури:

1. Гармонізація законодавства України та ЄС у сфері регулювання діяльності та бухгалтерської звітності компаній [Електронний ресурс] / А. Єфименко // Юридичний журнал. – 2002. – № 3. – Режим доступу : <http://www.justinian.com.ua/article.php?id=488>. – Назва з екрану.
2. **Калашиников Г.О.** Регулирование слияния компаний по праву ЕС : вопросы контроля / Г.О. Калашиников // Международное публичное и частное право. – 2004. – № 2(17).
3. Статут європейської компанії як модель для українського законодавства [Електронний ресурс] / Р. Ханік-Посполітак // Юридичний журнал. – 2004. – № 9. – Режим доступу : <http://www.justinian.com.ua/article.php?id=1400>. – Назва з екрану.
4. **Фединак Г.С.** Правосуб'єктність транснаціональних корпорацій у час глобалізаційних процесів (аспекти міжнародного права та міжнародного приватного права) / Г. С. Фединак. – Київ: Атіка, 2007.
5. **Юрьев М.Е.** Европейская компания (Societas Europaea) : новая организационно-правовая форма юридического лица по праву ЕС / М.Е. Юрьев // Московский журнал международного права. – 2005. – № 3. – С. 131-150.
6. Council Regulation (EC) No 2157/2001 of 8 October 2001 on the Statute for a European company (SE). – Режим доступу : <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2001:294:0001:0021:EN:PDF>.
7. Council Directive 2001/86/EC of 8 October 2001 supplementing the Statute for a European company with regard to the involvement of employees [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://eur-lex.europa.eu/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi!celexapi!prod!CELEXnumdoc&lg=EN&numdoc=32001L0086&model=guichett.
8. Council Regulation (EEC) No 2137/85 of 25 July 1985 on the European Economic Interest Grouping (EEIG) [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://eur-lex.europa.eu/smartapi/cgi/>

Висновки.

1. Створення нових організаційно-правових форм згідно з правом ЄС сприяє вирішенню проблеми мобільності компаній в рамках Співтовариства та відкриває нові можливості для розвитку бізнесу в ЄС.

2. Окремі питання правового регулювання наднаціональних юридичних осіб згідно з правом ЄС мають практичне значення для вітчизняних компаній, які співпрацюють з європейськими компаніями.

3. ЄТ могло би успішно конкурувати на світових ринках з американськими та японськими суперниками та сприяло б формуванню великих підприємств з великим економічним потенціалом. Крім того, створення ЄТ надало би можливість компанії, яка здійснює свою діяльність у кількох державах-членах ЄС, функціонувати на території ЄС за єдиними правилами й застосовувати уніфікований підхід до управління компанією.

sga_doc?smartapi!celexapi!prod!CELEXnumdoc&numdoc=31985R2137&model=guichett&lg=en.

9. Council Regulation (EC) No 1435/2003 of 22 July 2003 on the Statute for a European Cooperative Society (SCE). – Режим доступу : http://eur-lex.europa.eu/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi!celexapi!prod!CELEXnumdoc&lg=EN&numdoc=32003R1435&model=guichett

10. Societas Europaea / Георгий Дмитриев // Эксперт Северо-Запад. – 2007. – № 26 (328) [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.expert.ru/printissues/northwest/2007/26/europeyskaya_kompaniya/. – Назва з екрану.

РЕЗЮМЕ

Статья посвящена правовому регулированию деятельности новых организационно-правовых форм юридических лиц на территории Европейского союза. Проводится комплексный анализ процесса формирования наднационального законодательства в рамках Европейского Союза, в основе которого лежат механизмы унификации и гармонизации некоторых аспектов деятельности компаний на территории ЕС.

SUMMARY

The article is devoted the legal regulation of activity of the new legal forms of legal entities on the European Union territory. The author conducted complex analysis of process of supranational legislation forming within the European Union and set as principles the mechanisms of unification and harmonization of some aspects of activity of companies on the territory of EU.

*Рекомендовано кафедрой
прав людини, європейського та міжнародного права*

Подано 03.02.09



Н.В. Ботвина,
кандидат філологічних наук, доцент
(Академія адвокатури України)

Роль кінетичних невербальних засобів спілкування у міжнародній діловій комунікації

Ключові слова: *жест, дотик, міміка, погляд, поза, міжособистісний простір, символічний жест.*

Відомо, що діловий контакт під час бесіди передбачає обмін поглядами, думками. Наприклад, у ході бесіди сторони можуть домовитися про співробітництво й окреслити подальші кроки. Бесіду краще планувати заздалегідь. Основна мета бесіди полягає в обміні інформацією, що полегшує процес підготовки [10, 469]. Тема майбутніх бесід попередньо узгоджується. У процесі підготовки потрібно:

- визначити коло питань, бажаних для обговорення;
- підготувати документи, які подаються партнерам в ході бесід (наприклад, матеріали про роботу вашої установи), аргументи на користь співпраці з вашою організацією. Частина інформації може бути повідомлена усно, інша – письмово (пам'ятні записки, рекламні проспекти тощо);
- сформулювати питання, які треба поставити партнеру.

Готуючись до бесіди, треба виділити час для підготовки питань партнером та їх повідомлень.

Правила побудови ділової бесіди можна віднести до звичаєвих норм суспільства. Такі норми дуже різноманітні, їх надзвичайно багато. Звичаєві норми зобов'язують людину до певної зовнішньої поведінки в певних обставинах, у певному середовищі, серед певної національної групи, в певному

регіоні. Тому, хоча мовні канали зв'язку між діловими партнерами мають пріоритетне значення, ні в якому разі не можна ігнорувати невербальні (несловесні) засоби комунікації. Результати деяких досліджень дозволяють вважати, що вони складають більш ніж 90% усього обсягу комунікації між двома людьми [3, 134].

Як підкреслюють дослідники, невербальна комунікація інколи надає нам набагато більше інформації, ніж слова. Відомий французький письменник Ф. Ларошфуко, який жив у XVII ст., стверджував: “У звуках голосу, в очах і у всьому вигляді того, хто говорить, міститься не менше красномовності, ніж у виборі слів”.

У науковій літературі до головних різновидів невербальних засобів відносять: *кінетичні*, або *кінесичні* (жест, торкання, поза, міміка, погляд та ін.), і *фонаційні* (інтонація та її складові: тон, сила звучання, тембр, пауза та ін.).

Дослідженням невербальної комунікації займаються представники різних наук: психології, лінгвістики, педагогіки, медицини, риторики, фізіогноміки та ін. Велику роль у дослідженні невербальних засобів відіграли відомі праці Ч. Дарвіна (“Вираження емоцій у людини і тварин”, 1872), Кречмера (“Фізичні дані і характер”, 1925), Шелдона (“Варіації фізичних характеристик людини”, 1940), Ефрона (“Жести й навколишнє середовище”, 1941), Холла

“Німа мова”, 1959), Фаста (“Мова тіла”, 1970) та ін.

Істотний внесок у вивчення невербального спілкування зробили Н. Горголюк, І. Горелов, Б. Ломов, І. Казімірова, Г. Колшанський, М.Б. Маккаскі, В. Морозов, Р. Дж. Ніколс, Дж. М. Прінс, О. Сагайдак, Т. Стоян, В. Табунська, Е. Файнберг, Р. Фішер та ін.

Важливою особливістю невербальних засобів у порівнянні з вербальними є їх *ситуативність* [5, 18]. Невербальні повідомлення відображають те, що відбувається з людьми в процесі взаємодії “тут” і “зараз”, у рамках конкретної ситуації, певного контексту. Тон голосу, сила звуку, інтенсивність, жести, міміка, рухи вказують тільки на теперішній стан тих, хто говорить, їх ставлення один до одного й предмета розмови в момент спілкування. Вербальні ж повідомлення можуть існувати незалежно від їх автора, інформувати про відсутні предмети та явища.

Слід враховувати, що багато з невербальних дій *мимовільні, спонтанні й підсвідомі*, важко піддаються контролю, навіть якщо люди намагаються приховати свої наміри або емоції.

Невербальну комунікацію відрізняє також *полісенсорна природа*, бо вона реалізується одночасно через різні органи відчуттів (слух, зір, торкання та ін.); незалежність від семантики мовлення (слова можуть означати одне, а невербальні дії – інше); *еволюційно-історична давність* у порівнянні з вербальним мовленням.

Вивченням мови тіла та його частин займається наука, яка отримала назву “кінетика”. Її творцем вважають відомого американського антрополога Р. Бірдвістелла, котрий видав монографію “Вступ до кінетики: анотована система запису рухів рук і тіла” (1952), у якій були представлені результати багатолітніх дослідів ученого та його колег. Слід відзначити, що, починаючи з античних часів, мові рухів тіла завжди приділялась значна увага. Наприклад, у творах римського теоретика ораторського мистецтва Квінтіліана міститься немало інформації про жести, що використовувались у ті часи.

Велику роль у соціальних відносинах мова тіла відігравала в середні віки. Невипадково культуру Середньовіччя інколи називають жестовою культурою [5, 20].

У сучасній науці не існує єдиної класифікації **жестів**. Відносно загальноприйнятим у кінесиці вважається виділення серед жестів трьох основних груп: 1) емблематичних жестів (емблеми); 2) ілюстративних жестів (ілюстратори); 3) регулятивних жестів (регулятори).

Дослідники відзначають два типи жестів-емблем – комунікативні і симптоматичні.

Комунікативні жести-емблеми несуть інформацію, яку людина спеціально передає адресатові, наприклад, прикласти палець до губ, похитати головою, показати великий палець тощо. Деякі комунікативні жести містять вказівку на учасників спілкування, конкретні предмети, місце, час, що відповідають комунікативній ситуації. Їх називають вказівними (дейктичними): показати рукою (на конкретний предмет), підкликати рукою (когось), поманити очима (кудись) і т.п. Вказівні жести вважаються найдавнішими в системі будь-якої мови.

Серед комунікативних жестів виділяють так звані *етикетні жести*, наприклад, жести привітання і прощання (вставання, уклін, реверанс), застільні жести (підняття келиха) та ін.

Симптоматичні жести-емблеми виражають емоційний стан: прикрити рот рукою (здивування), ламати руки (відчай), барабанити пальцями по столу (нетерпіння), закрити обличчя руками (сором) і т.д. Симптоматичні жести можуть бути мимовільними, відображаючи справжній емоційний стан людини, і довільними, такими, які імітують ту чи іншу емоцію.

Жести-ілюстратори – це жести, що супроводжують мовлення в комунікативному акті, зображують те, що вже висловлено, наприклад: ритмічне відбивання складів при скандуванні; рухи, що описують просторові відношення (ось такий, тут, там); жести, що імітують описувану дію (різання або згинання предмета) і т. ін.

Жести-регулятори. До них належать рухи, які підтримують і регулюють як

вербальний, так і невербальний діалог. Наприклад, кивки, закривання і відкривання очей, зміна поз, певним чином орієнтовані рухи тіла і т.п.

Діловій людині доцільно при жестикуляції дотримуватися ряду правил, сформульованим Полем Сопером [8, 180]:

1. Жести мають бути природними. Використовувати їх необхідно тільки тоді, коли вони потрібні.

2. Жестикуляція не повинна бути безпервною. Слід пам'ятати, що не кожна фраза потребує супроводу у вигляді жеста.

3. Потрібно керувати жестами. Жест не повинен відставати від підкріплюваного ним слова.

4. Жестикуляція має бути різноманітною. Не слід користуватися одним і тим самим жестом у всіх випадках.

5. Жести повинні відповідати своєму призначенню, тобто відповідати характеру мовлення й адресатові. Під час розмови “не слід виражати своє незадоволення мімікою або жестами” [4, 23].

Жести-символи мають різне значення у представників різних націй: “ОК” – американський знак “усе добре” (великий і вказівний пальці створюють букву “О”). Але у Франції цей жест означає “нуль”, в Японії – гроші, а у Туреччині – “я тебе вб'ю”. Поцілунок у маківку в Саудівській Аравії означає вибачення. В Йорданії проведення по зубах великим пальцем символізує обмеження фінансових можливостей та ін. Якщо у нас піднятий вгору великий палець символізує найвищу оцінку, то в Греції він означає “заткнись”.

Ще одну групу утворюють жести-адаптори. Одним із них є “шпилеподібний жест”, коли пальці рук торкаються, утворюють шпиль, який може бути спрямований верхівкою вгору чи вниз. Цей жест вказує на впевненість людини у собі.

У діловому спілкуванні також прийнято виділяти такі кінетичні засоби, як **дотики**, які поділяються на групи: 1) професійні (функціональні); 2) ритуальні (соціальні); 3) дружні (приятельські).

Рукоштовання – найбільш поширена форма дотику-вітання у діловому світі,

символ довіри, знак поваги, аспект у протоколі ділового вітання, хоча за допомогою потиску руки можна засвідчити не тільки повагу, щирість, дружбу тощо, а й погорду, байдужість, зневагу. За свідченням Еразма Роттердамського, рукоштовання було введено в кінці XVII ст.; цей жест був задуманий як привітання рівних за статусом, оскільки уклін або здіймання капелюха мали небажаний відтінок нерівності того, хто робить ці жести, й адресата.

Кваліфікований політик користується типово американським рукоштованням: правою рукою береться права рука партнера і покривається зверху лівою. Інша форма – потискуючи правицю, лівою плескають по плечу. Але це можливо лише між добрими знайомими. Взагалі потиск рук повинен бути не швидким і не повільним, не сильним і не безвольним. Особливо важливий цей жест для жінок у діловій зустрічі. Їм необхідно опанувати тверде рукоштовання, щоб продемонструвати рівність і захиститися від чоловічого бажання підкреслити перевагу своєї статі. Жінка, яка хоче виявити ширі почуття до іншої жінки, не потискує їй руку, а тільки м'яко бере її в свої руки та відповідним виразом обличчя засвідчує симпатію.

І чоловік, і жінка мають потискати руки відповідно до існуючих норм. Простягаючи руку для вітання, треба подивитися людині у вічі та усміхнутися. При цьому під час знайомства називається повне ім'я. Потиск руки має бути твердим і не дуже довгим (два – максимум три рази). Руки при цьому повинні бути сухими.

Рукоштовання має регіональні властивості. Так, у США воно тверде, 2–3 рази. У Німеччині – це один твердий потиск. У Франції та Бельгії – легке, швидке рукоштовання. У Швеції – твердий потиск рук з обов'язковим контактом очима.

При цьому в Європі чоловік чекає, коли жінка першою простягне руку. У США такої різниці немає. В Азії також, як правило, чоловік має чекати, коли жінка простягне руку. Якщо ж вона не зробить цього, не слід простягати у відповідь свою. В Японії все залежить від ситуації, тут важливе значення

має кивання головою. В арабських країнах чоловіки та жінки не тиснуть руки один одному. Не треба дивуватися, якщо перш ніж привітатися, деякі з чоловіків-арабів накривають руку одягом. Неодмінним елементом привітання в Бразилії, Мексиці, Греції, Іспанії, Об'єднаних Арабських Еміратах, Саудівській Аравії є обійми та поцілунок.

Цікавим, але неоднозначним виявом ввічливості з боку чоловіків до жінок є цілування руки. До цього звичаю треба підходити, так би мовити, творчо. Якщо, скажімо, в Польщі він застосовується повсюдно, то в інших країнах, наприклад, скандинавських, сприймається неоднозначно, якщо не сказати більше. Тому, на погляд О. Сагайдак, найбільш прийнятним є варіант, коли “чоловік, який хоче виявити свою повагу до жінки, схиляється перед нею і, беручи простягнуту йому руку, підносить її до вуст, не цілує. Натомість абсолютно не буде зайвим поцілувати руку старшої жінки, мамі чи бабусі” [7, 225].

Слід пам'ятати, що чоловіки цілують руку дами тільки в закритих приміщеннях. Цілуєчи руку, чоловік її не піднімає, а сам схиляється до руки. Якщо чоловік поцілував руку одній жінці, він зобов'язаний поцілувати руку всім іншим присутнім жінкам [9, 88]. На Сході існує і таке правило: неетично чоловікові... вітати красиву жінку; можна вітати тільки некрасиву. При цьому жінка повинна бути настільки стримана у вчинках і словах, щоб не дати приводу до виникнення безцеремонності щодо неї [9, 91].

Значущою інформацією про стан людини, про її взаємостосунки зі співрозмовником містить і **поза**, тобто розташування людського тіла. Науковці називають близько 1000 різноманітних поз. Ось деякі з них: невимущена, недбала, сором'язлива, провокаційна, сумна, втомлена, меланхолійна; поза мислителя, прохача та ін.

Найбільш вивченими вважаються три групи поз, що показують ставлення до партнера:

- *включення або виключення з ситуації* (відкритість чи закритість). Ознаки

закритої пози – схрещені на грудях руки; сплетені в замок пальці, що фіксують коліно людини, яка сидить “нога на ногу”; відхилення спини назад і т.д. Відкрита поза – людина посміхається, голова і тіло повернуті до партнера, корпус нахилений вперед;

- *домінування* (“нависання” над партнером, рука “забута” на плечі співрозмовника і т.д.) або *залежність* (погляд знизу; ситуативна сутулість і т.д.);
- *протистояння* (людина стоїть стиснувши кулаки, виставивши плече вперед тощо) або *гармонія* (пози синхронізовані, відкриті, вільні).

Етикетні норми використання різних поз, як і жестів, багато в чому визначаються культурними традиціями народів. Наприклад, у європейській та американській культурах на знак поваги до партнера зазвичай встають перед ним, а на островах Фіджі й Тонга приймають сидяче положення. На знак вітання чоловіки-європейці часто знімають капелюха й роблять легкий уклін, а у деяких народів Полінезії в цей момент, навпаки, голова чоловіка має бути прикрита й корпус випростаний.

Різне ставлення спостерігається і до такої пози, як глибокий уклін. Наприклад, у європейців та американців ця поза розцінюється як знак підкорення, а в Японії – це знак поваги до іншої людини.

На переговорах з партнером не слід приймати позу, що характеризує закритість у спілкуванні й агресивність: насуплені брови, схилена вперед голова, широко розставлені на столі лікті, стиснуті кулаки. Партнер, який прагне досягти згоди, буде використовувати один із жестів іншого [2, 133] або прийматиме так звані “дзеркальні пози”, коли поза співрозмовника збігається з позою іншої сторони.

Міміка – це рухи м'язів обличчя, які виражають внутрішній душевний стан людини. Як вважають спеціалісти, обличчя – це мультисигнальна система. Зареєстровано більш ніж 1000 різних рухів м'язів обличчя, значна частина яких навіть не має назви.

Американські дослідники М. Непп і Д. Холл виділили різні стилі виразів обличчя, які можуть проявлятися у різноманітних життєвих ситуаціях чи бути постійними для певних людей:

- *приховування*. Обличчя стримує вираження реального емоційного стану. Дуже мало рухів м'язів обличчя;
- *відкривання*. Цей стиль протилежний попередньому. Після погляду на обличчя людини зникають сумніви в тому, що вона відчуває. Наприклад, варіант такої групи мімічних рухів – губи міцно стиснуті, ніздрі роздуті, – описується психологом Еріком Берном як ознака крайнього гніву (особливо коли так ведуть себе обое співрозмовників) і агресії, хоча науковець вважає найкращим виходом із такої ситуації щирий сміх і дружнє потискання руки [1, 23];
- *мимовільний показ емоцій*. Цей стиль, як правило, належить до обмеженої кількості експресій, які людина, як вона гадає, приховує: *Як ти дізнався, що я розсердився?* Дійсно, “часто людина не усвідомлює, що вона ображена й роздратована, але її невербальні реакції говорять зовсім інше. Інколи їхні ознаки слабкі: живе обличчя перетворюється на байдуже, руки схрещуються на грудях, голова трохи відкидається назад” [6, 69];
- *безпристрасний*. Людина переконана, що емоція відображається на її обличчі, але її оточення бачить лише спокійну маску;
- *замінювач*. Вираз обличчя показує не ту емоцію, яку він має відображати на думку самої людини;
- *заморожений*. Цей стиль характерний принаймні для половини емоційних виразів; у нейтральному, розслабленому стані кутики рота трохи опущені, або, навпаки, певний емоційний вираз ніби застигає на обличчі [5, 28].

Міміка також має національні особливості. Зокрема, усмішки на обличчях

британців, скандинавів або німців позначають прогрес у переговорах, але вони можуть виражати знічення чи гнів, якщо усміхаються японці.

У культурі ділового спілкування важливе значення має **погляд**.

Очі є найвиразнішою частиною нашого тіла. У поліактивних культурах, де великий “простір комфортного спілкування”, співрозмовники дивляться один на одного увесь час. Особливо це помітно в Іспанії, Греції та в арабських країнах. В Японії така поведінка сприйматиметься як груба: як правило, в очі дивляться 10 секунд (частіше це буває перед початком розмови), потім очима зустрічаються принагідно.

Контакт очей позначає довіру співрозмовників один до одного, їх відкритість, однак затримка погляду на очах партнера свідчить про намагання домінування. Встановлено, що співрозмовники з дуже високим статусом дивляться один на одного досить рідко. Люди часто дивляться на того, чий статус набагато вищий від їх власного, і значно рідше – на людину з нижчим статусом.

Традиції слов'янського етикету вимагають, щоб ті, хто говорить, дивились один на одного, причому не “пустими очима”, а уважно й зацікавлено. А в японському етикеті правила слухання дещо інші. Наприклад, при офіційних відносинах не дозволяється дивитись в очі людині з вищим статусом. Це розглядається як виклик, неповага.

У спілкуванні слід враховувати і такий важливий фактор, як **міжособистісний простір** – відстань, на якій співрозмовники знаходяться один від одного. Виділяють чотири типи відстані між співрозмовниками:

1) *інтимна відстань* (до 45 см) – найбільш приватна зона міжособистісного контакту; проникати в неї дозволяється тільки тим, хто перебуває в найтіснішому емоційному контакті з людиною;

2) *особиста відстань* (від 46 см до 1,2 м) – оптимальна відстань для розмови; варіації в цих межах різноманітні – від ввічливої до теплої цікавості до співрозмовника, від роздратування до співчуття і т.д.;

3) *соціальна відстань* (від 1,2 до 3,6 м) – дистанція, найзручніша для формального спілкування, для розмови сторонніх людей;

4) *публічна відстань* (більше 3,6 м) – при адресації до великої групи людей.

На близькій відстані спілкуються араби, японці, жителі Південної Африки, французи, греки, іспанці, італійці. Середня відстань є звичною для англійців, шведів, жителів Швейцарії, німців, австрійців, тим часом як великої відстані вимагає спілкування з білим населенням Північної Америки, австралійцями, новозеландцями.

Багато можна дізнатися про людину, споглядаючи її *ходу*. У країнах Сходу і нині зберігається стиль руху по вулиці високопоставленої особи. І чим важливіша особа, тим повільніше вона повинна рухатися. Цим забезпечується її важливість і можливість устигнути вклонитися зустрічним.

Нарешті, існує ще одна група невербальних комунікативних знаків – Р. Фішер виділяє їх як *символічні жести*: “Вираження симпатії або співчуття, відвідування кладовища, невеличкий подарунок для онука,

рукопритискання чи обійми, спільний обід – усі ці дії надають безцінну можливість змінити ворожу емоційну ситуацію з мінімальними витратами для себе” [11, 61–62]. Ми виділяємо цю групу комунікативних знаків через те, що вона поєднує в собі вербальне і невербальне спілкування, відтак утворюючи своєрідний симбіоз; на нашу думку, такі символічні жести призначені виключно для налагоджування контакту і носять суто цілеспрямований характер.

Таким чином, дослідження невербальних засобів спілкування приносить велику користь, оскільки допомагає орієнтуватися в численних, на перший погляд непомітних підказках людської природи, виробити власний прийнятний стиль невербальної поведінки, покликаний притягати успіх у ділових колах. У перспективі ж вважаємо можливим і актуальним аналіз історії розвитку і застосування невербальних засобів ділового спілкування в історичному та політологічному контекстах, з’ясування місця таких засобів в історії української та світової дипломатії.

Список літератури:

1. *Берн Э.* Игры, в которые играют люди. Психология человеческих взаимоотношений; Люди, которые играют в игры. Психология человеческой судьбы/ Э. Берн ; пер. с англ. – СПб: Лениздат, 1992. – 400 с.
2. *Ботвина Н.* Міжнародні культурні та етичні норми ділової комунікації: навчальний посібник / Н. Ботвина. – вид. 3-тє, доп. та перероблене. – К.: АртЕк, 2006. – 220 с.
3. *Маккаски М.Б.* Тайный язык руководителей / М.Б. Маккаски // Эффективное деловое общение ; пер. с англ. – М.: Альпина Бизнес Букс, 2006.
4. *Николс Р.Дж., Стивенс Л.А.* Учимся слушать людей / Р.Дж. Николс, Л.А. Стивенс // Эффективное деловое общение ; пер. с англ. – М.: Альпина Бизнес Букс, 2006.
5. *Павлова Л.* Основы делового общения: учебное пособие / Л. Павлова– Ростов н/Д: Феникс, 2008. – 311 с.
6. *Принс Дж.М.* Как сделать совещания творческими через разделение власти / Дж.М. Принс // Эффективное деловое общение ; пер. с англ. – М.: Альпина Бизнес Букс, 2006.
7. *Сагайдак О.* Дипломатичний протокол та етикет: навч. посіб. / О. Сагайдак. – 2-ге вид., перероб. і доп. – К.: Знання, 2006. – 380 с.
8. *Сопер П.* Основы искусства речи / П. Сопер. – М., 1958. – 428 с.
9. *Стоян Т.* Діловий етикет: моральні цінності й культура поведінки бізнесмена: навчальний посібник / Т. Стоян. – К.: Центр навчальної літератури, 2004. – 232 с.
10. Сучасне діловодство: зразки документів, діловий етикет, інформація для ділової людини / уклад.: Н. Г. Горголюк, І. А. Казімірова; за ред. В. М. Бріцина. – К.: Довіра, 2007. – 687 с.

11. **Фишер Р.** Как добиться ДА, или Переговоры без поражения: Гарвардский метод / Роджер Фишер, Уильям Юри, Брюс Патон. – М.: Эксмо, 2008. – 288 с.

РЕЗЮМЕ

В статье рассмотрены основные кинетические средства невербального общения и их роль в определении возможного дальнейшего хода деловых отношений.

SUMMARY

In the article basic kinetic means of non-verbal communication have been considered as much as their role in supposing possible further business relations development.

*Рекомендовано кафедрой
української філології та культурології*

Подано 22.12.08



Т.І. Конончук,
професор
(Академія адвокатури України)

Етико-естетичний дискурс в епістолярії Василя Стуса

Ключові слова: етико-естетичний дискурс, епістолярій, творчість, вимогливість, громадянські мотиви, психологія творчості.

Виходимо з тієї точки зору, що епістолярій письменника має художньо-естетичну вартість, відкриває реалії авторського буття, є способом письменницького самовираження і в такій формі виходить за межі інформативності, несе високий ступінь синтезу поглядів про події і явища. Українське літературознавство напрацювало певний досвід наукових дослідів письменницького епістолярію, зокрема в працях Л. Вашків [1], І. Забіяки [2], М. Коцюбинської [3], В. Кузьменка [5], Г. Мазохи [7] та ін. Справді, “лише листування дає можливість дізнатися про широкий діапазон складних і дрібних проблем – від найвідомішого до найпотамнішого в житті автора листа, суспільства відповідного періоду” [2, 3]. Безперечно, має рацію В. Кузьменко, коли зазначає, що “вивчення письменницького епістолярію повинно проходити не стільки у фактографічному аспекті, (...) скільки у психологічному та естетичному” [5, 45–46]. На наш погляд, актуальним є вивчення етико-естетичного дискурсу в епістолярії, особливо, коли йдеться про таку постать, як Василь Стус. Його епістолярій цінний тим, що дозволяє глибше зрозуміти позицію автора, його етико-естетичні критерії, демонструє те, що і за умов ув’язнення митець був активним учасником літературного процесу.

Специфіка листів з ув’язнення у В. Стуса зокрема витікає з обмеженої можливості

спілкування, а відтак листи навіть при їх дозованості (відомо, що листування для ув’язнених було лімітоване певною кількістю листів) виступають засобом комунікації із зовнішнім світом. Вони містять багато роздумів з різних приводів минулого, майбутнього. Фактаж сьогоденного з життя адресата, тим більше безрадісного, не принесе, за розумінням їх автора, емоційного задоволення читачам, особливо рідним, тому вишукуються теми, що виводять лист на рівень есеїстики, мемуаристики, в чому також особлива їх цінність. Навіть листи до рідних є явищем літератури, оскільки містять багато тематичних пластів, що мають не лише родинно-побутове значення, а несуть у собі загальнолюдський зміст, виконують пізнавальну та естетичну функції, розкривають особу автора-письменника, особливості його творчої майстерності, відповідно листи з іншими художніми текстами створюють багатогранний і глибший портрет творчої особистості.

Як відомо, письменницький епістолярій є безцінним джерелом глибшого пізнання психології творчості автора, його етико-естетичного дискурсу, який накладається на поведінку й творчість. Безцінною часткою творчої спадщини Василя Стуса, зокрема, її морально-етичної парадигми є листи, які склали два томи у його повному зібранні творів. Це дві книги шостого тому, де до

першої книги увійшли листи до рідних (до батьків, дружини й сина), а до другої – до друзів та знайомих. З листів Василь Стус окресленіше постає як людина, поет, громадянин.

Функціонально письменницький лист адресується до широкої аудиторії, хоча й має конкретного адресата. Багатофункціональне спрямування забезпечується насамперед такими чинниками, як широкий тематичний спектр, діалогізація, специфічна структура, формалізована рамка, створювана за допомогою прескрипту й клаузули, поєднання різних стильових систем тощо.

Для розгляду візьмемо родинні листи, які, на перший погляд, можуть мати домінуючий приватний дискурс [8]. Але характер Василя Стуса – письменника і громадянина, обставини буття в умовах ув'язнення виявляють потужну етико-естетичну парадигму, морально-етичні пріоритети; відтак приватні листи несуть у собі могутній етико-естетичний дискурс, яскраво виявляють творчу особистість автора, який і в умовах несвободи залишається спраглим до своєї творчості і до нового освоєння світового творчого досвіду.

Родинні листи ілюструють широке тематичне розмаїття. В них зустрічаємо наскрізні теми чи епізодичні, хоча епізодичність не несе в собі змісту фрагментарності, недовомленості: тема завжди лаконічно маркує широкий контекст. Зокрема, про авторські інтенції, як-от: “Боюсь наврочити, але поки я маю кілька добрих днів для писання, і дай Боже, аби так було і надалі” [8, 114]. Наприклад, коли автор веде мову про свій окремий твір, то через нього відкривається потужна робота поетичної думки. Наприклад, у листі до дружини від 7.01.1975 “Тепер, Вальочку, перепису трохи своїх дозвершень...” [8, 115]. Далі автор записує свої вірші. Чи в тому ж листі наводиться переклад із Рільке російською мовою з журналу “Филологические науки”, називається перекладач Н. С. Литвинець, дається оцінка перекладу, через яку виявляються естетичні критерії і художній смак самого діариста, вимоги до перекладацької діяльності, оцінка конкретного зразка: “Пе-

реклад нерівний, початок енергійний і досить оригінальний, але багато самодоточень і розріджень авторового тексту” [8, 115].

Висловлювання в кожному разі своєї думки, позиції щодо того чи іншого мистецького явища виявляє своєрідний епістолярний дискусійний чинник. Аргументаційними опонуючими фактами наводяться твори, як, наприклад, у випадку з текстами Рільке в перекладі російською; в іншому епізоді автор повертається також до своїх перекладів улюбленого автора. Думки Стуса опонують іншому перекладачеві, виявляють скрупульозні пошуки точного, відповідного до Рільке слова, образу, як-от, наприклад: “Маю клопіт із місцинами, а особливо – “місць моїх” – але, Бог відає, що там я, шукаючи знайду, хоч усе зрозуміло, що мав на увазі Рільке, але чого я віддати поки не можу” [8, 115]. Отже, Стус підкреслює, що його переклад ще в роботі, він нотує свої переклади сонетів з Рільке, фіксує думки стосовно знайдених варіантів, хоча авторські пошуки тривають: “Це третій сонет. Маю такі варіанти... (вони наводяться – Т. К.). Справді, “між висловлюваннями встановлюються діалогічні стосунки” [7, 161], і це виявляє своєрідний ефект і дискусії, і самодискусії, і скрупульозного саморедагування.

Листи ілюструють високі естетичні критерії і вимогливість до свого поетичного слова. Наприклад, у листі до батьків від 7–10.12. 1975 р.: “Тим часом переписую свої старі вірші. Хочу мати їх підправлений і дороблений чистопис. Отже, дещо доробляю, дещо змінюю, дещо відкидаю. (...) Поки переписав понад 60 віршів. Приміряю їх до концентру, а цей концентр має орієнтовний смисл палімпсестів” [8, 199].

У листах В. Стуса простежуємо вимоги автора до оточуючих, родини, до себе. Педагогічні настанови базуються на етико-естетичних засадах автора, справді, це “своєрідна педагогічна поема” [4, 234]. Наприклад, до сина Дмитра в листі від 26.02.1976 р. читаємо, що треба гартувати здоров’я, бо “від здоров’я залежить, чи будеш ти козаком, чи ні” [8, 217]. Тисну, каже, руку, – знову етичний чинник і авторське

пояснення, яке в цьому переконує: “бо ж чоловікатися хлопцям не подобає” [8, 217].

Вчить вдумливо сприймати мистецькі явища, вчитися оцінювати їх, як-от кіно: “Ти бачив кіно, чи гру. Перекажи його, подумай, чи добре грав той чи інший актор чи гравець” [8, 217]. Запрошує сина описувати свої враження: “Отак напиши, а через місяць – перечитай. Побачиш, що міг би написати краще” [8, 217]. Це, розуміємо, із власного досвіду: вимогливість до свого слова, вивіряння його на влучність, точність, довершеність. Слушно відзначила дослідниця творчості та адресат дуже багатьох листів В. Стуса Михайлина Коцюбинська: Стусові “поради – не сухо-дидактичні, інтонація – спокійна, роздумлива, довірча. Без нетерпимості, безапеляційного “так і тільки так” [4, 235]. А наприклад, лист від 1.02 1985 р. з порадами до сина стосовно його майбутньої праці, загального рівня взагалі, це поради, що несуть у собі критерії етичного й естетичного для кожної людини, бо засновані на високих морально-етичних принципах, спрямовують на орієнтування в океані світової культури, будування себе і своєї перспективи в світі. Ці поради будуть актуальними завжди як етико-естетичні настанови, вочевидь, людям різного віку, взагалі всім, хто потребує перегляду своїх життєвих орієнтирів.

З оцінками Василя Стуса естетичних явищ важко не погодитися, як і з тим, що таке вища освіта: “А що стосується касти людей із вищою освітою – то це вже залежить од кожного: хто чого вартий, до чого прагне” [8, 483].

Як і Григорій Сковорода у філософських трактатах, так і Василь Стус у листах наводить багато підтверджувальних прикладів із світової культури, хоча вже свою думку висловив. Як-от із прикладом з філософського трактату “На самоті з собою” Марка Аврелія, який писав, що “кожен вартує стільки, скільки варта мета, до якої людина прагне. Що більша мета – то більша людина. Отож, смисл життя – мати якомога більшу мету, цю мету зробити своєю, зробити собою, тобто помінятися з нею місцями, інакше – з головою зануритися в ній – геть до остан-

ку, до повної втрати самого себе” [8, 483]. Приклад давньоримського імператора й філософа і коментар адресанта становлять єдине ціле по суті, бо обрані автором для аргументації, для переконливості. І наступна фраза В. Стуса в цьому вкотре переконує: “Оце єдиний принцип для твого, Дмитре, віку. Хай ця мета, як океан, розбудить у тобі океанічні сили. І не для того, щоб ти став великий, а для того, щоб ти став океаном, щоб загубив себе у великому. А велике – це єдина комора схову, куди варто здавати свої речі. Шкода людей, які не мають свого океану” [8, 483]. Приклад у наведеному вище листі 1985 р. універсальний, його морально-етичне спрямування в підтексті – до широкої аудиторії.

Так само універсальним акцентом виявляє себе думка, висловлена 1976 р. синові Дмитрові на його 10-річчя: “Будь щасливий, сину, тобто прагни гідно прожити своє життя” [8, 250]. Отже, домінуючий критерій для Стуса – гідність. І він розгортає свою думку: “Таке щастя – в наших руках. І воно дається – сміливим і чесним людям” [8, 250]. Життя самого Стуса – у названих ним критеріях.

Інший приклад-настанови для молоді, що впливає з конкретного прикладу-побажання сестрі Тані в листі 4.04.83 р. Вона не вступила до вузу, і брат наставляє її, як важливо обрати правильно життєвий шлях, не втратити, не розгубити коштовний час, якого в молодості здається багато: “Юність, Таню, небезпечна тим, що все є (тут і далі підкреслення В. Стуса – Т. К.), а тому тяжко вибрати: очі розбігаються. В цьому перевага й вада молодості. Але: треба обрати правильно (вища освіта – це елементарна необхідність, бажано лише, аби впізнати свої на ціле життя інтереси), а юність не втратить на своїх розкошах. У житті найнебезпечніше (хоч, здається, все навпаки) – середина. Скажімо: вуз потрібен не заради диплому, а заради шляху” [8, 435].

Листи Василя Стуса виказують мудру, толерантну людину в прагненні спрямувати молодших, поділитися власним досвідом найкращих етико-естетичних спостере-

жень, вражень. Прикметно, що в цьому контексті виявляє і ставлення самого Василя Стуса до епістолярію інших. Так, у листі від 15.04.82 р. він радить синові почитати листи Флобера: “Ти матимеш велику відраду – яка це була прекрасна, ніжна, мудра душа!” [8, 421]. Таким постає і Василь Стус у листах до своїх рідних: уважним, ніжним, щирим, люблячим.

Василь Стус стоїчного плану людина, і це його осмислена поведінка, його етичний імператив. Він знаходить суголосність своєї поведінки з прикладами в світовій культурі і повідомляє своїм рідним в одному з листів (3.03.85 р.): “Недавно надивався на цікаве зауваження Жана Кокто, сучасника і друга Пабло Пікассо. Він пише: “Дев’ять муз повідали мені ще в юності, що поет – у принципі опозиціонер, що його особа являє своєрідну тюрму, звідки втікають твори, за якими суспільство посилає навздогін поліцію і собак, oprіч тих випадків, коли їхню незвичну ходу приймають за викаблучування блазня або п’яниці. Він звинувачений від народження, оскаржений за професією, оскаржений по службі” [8, 487]. Підтверджується суголосність наведеної фрази лаконічним авторським коментарем: “Цікаво, правда? Отож, усе в мені так, як і має бути – в справжньому варіанті” [8, 487].

Листи до рідних містять багато прикладів безкомпромісної вимогливості. І це стосується різних аспектів людського життя, як і творчості. Наприклад, стосовно раннього шлюбного наміру сина в листі від 1.02.85 р. Батько стурбований, але знаходить заспокоєння в тому, що, можливо, такий шлюб убереже сина “од химерників перехідного віку” [8, 484], бо для Василя питання шлюбу, сім’ї, як бачимо і з його життя, і з його листів, – одне з найвищих людських чеснот. Тому він наводить етичні традиції роду, даючи батьківську настанову: “Нагадаю тільки, що ми, Стуси, могли б повторити за Гайяватою: ми із роду давніх азрів, / як полюбили – вже до гробу” [8, 484].

Неодмінним чинником епістолярію, безумовно, постає автобіографічний. Події суспільного життя, що конкретно стосуються родини, села, виливаються в листах

у своєрідний літопис епохи. Такими автобіографічними сторінками є картини спогадів з дитинства, що ілюструє особливості психології, творчої натури, а окремі факти подають узагальнюючі картини біографії народу, як-от, наприклад, у листі до сина 25.04.79 р. Крім спогадів суто особистих, описано враження від третього голоду ХХ ст. – 1946–1947 рр. Василь Стус поміщає інформацію не лише про рідного Дмитрового діда і свого батька, а й через нього показує типову для України того часу картину переживання голоду: “Коли мені було 9 літ, ми будували хату. І помирав тато – з голоду спухлий. А ми пхали тачку, місили глину, робили саман, виводили стіни. Голодний я був, як пес. Пам’ятаю коржі зі жмиху, які пекла мама, а мені від них геть боліла голова. То був мій 3–4 клас. Тоді, на тій біді, я став добре вчитися. Вже 4 клас кінчив на відмінно – і до кінця школи мав похвальні грамоти, де в овалах були портрети Леніна і Сталіна” [8, 346].

Автор листа в лаконічних рядках дав інформацію, якої більше в підтексті, аніж вочевидь: портрети вождів на грамотах, даних дитині в соціалістичній країні, де люди пухли з голоду, а батько помирав від того голоду, а народ рятувався коржами зі жмиху, тим, що мало б викидатися, але в екстремальних умовах було рятівною соломинкою порятунку за життя. Цей лист містить багато коротких, але красномовних фактів про “щасливе” Стусове дитинство і реалії радянської тоталітарної країни. І про перші штанення (лише десь років у чотирі), про перший костюмчик у четвертому класі, який мати пошила для сина сама, про перший сукняний костюм аж у 9–10 класі тощо. Про пізніші, вже після голоду 1946–1947 рр., факти, коли селянинові, як і раніше, не дозволялося підібрати для першої життєвої потреби колоски вже з вижатого поля, власне зі стерні: “Пам’ятаю, як 1951 р. я їздив у село, до бабуні. Збирав колосся – по стерні за мною гнався об’їждчик – я втівав, але він – верхи на коні (безтарка з парокінню) – наздогнав мене, став видирати торбинку, а я кусав його за його гідкі червоні руки. І таку злість мав,

що одібрав торбу. А другого дня стерню зорали” [8, 347]. Без коментарів подано етичний ідеал радянської системи: нехай зогніє, але людям не дозволити взяти. Автор лаконічно каже, що збирав колоски по стерні, отже, урожай уже зібрано й вивезено. Але й до стерні людям зась!

Стус закладає високий етичний ідеал суспільних відносин через приклади великих постатей. Наприклад, у розповіді про Бетховена захоплюється стійкістю і волею цієї людини; говорячи про Бетховена, водночас у підтексті каже і про себе: “...або світ прийме мене таким, як я є, як мене народила мати – або вб’є, знищить мене. Але я – не поступлюся!” [8, 348]. Для посилення логічних наголосів, експресії вдається, як бачимо, до індивідуальної пунктуації, яка логічна й переконлива. Етичний ідеал виявляє ставлення до життя, до питання самореалізації, що подано синові як приклад з життя Бетховена, а прочитується і як самовираження автора: “І з кожної своєї миті, з кожного почуття й думки своєї зроблю свій портрет, тобто портрет цілого світу: хай знає цей світ, що душив, гнув мене, а я вижив, зберігся, доніс до людей усе, що хотів” [8, 348]. З того, що хотів донести, розшифровуючи, автор висновує загальнолюдські морально-етичні пріоритети гуманістичного співжиття: “А що хотів донести? Що люди мають жити, як янголи: з любов’ю одне до одного, з почуттям, що всі люди – брати, рівні, чесні, богоподібні, всесильні, незламні, кришталеві. (...) Бо все – живе і хоче жити. Тож хай живе – усе, що росте, цвіте, пасеться, розриває зубами, кігтями. (...) Усе, що ми зробимо доброго, піднесе небо ще вище, від нашої доброти хмари стануть біліші, а небо – голубіше, а сонце – ясніше” [8, 349].

Роздуми про Бетховена і людину взагалі, її морально-етичний код сповнено публіцистичними інтонаціями, вони природні в даному контексті, оскільки автор, спрямовуючи до етичного, прагне іти до адресата через почуття – цей тонкий індикатор ставлення до людини. Даний лист Василя Стуса до сина є своєрідною програмою позиції і поведінки в житті самого

автора. Він знає силу прикладу. Тому після розповіді про Бетховена, який створив себе, довів свою самотність (а цю здатність, за Стусом, має кожна людина), він переходить на образ провідника народу і для цього звертається до біблійного образу Мойсея. Не маючи змоги безпосередньо спілкуватися з сином, ретельно описує історію Мойсея, його народу, що довго жив у єгипетській неволі, і про те, що Мойсей, хоч і “купався в молоці при дворі фараона” [8, 349], відмовився від єгипетського для себе раю, прийняв рішення вивести свій народ із рабства. Автор наголошує в коментарях на етичних параметрах людини, що для неї не сита їжа важлива, а “воля – найвище в світі, чого потребує людина” [8, 350]. Логічні і в характері Стуса висновки про те, що він, прочитавши поему про Мойсея, “став літератором” [8, 350], причому, як бачимо, в месіанському значенні. Звертання В. Стуса до сина і спрямування – саме до найвищих етичних критеріїв: “Я дуже хочу, аби ти виріс чесним, мужнім, мудрим чоловіком. Бо людина буває тільки така” [8, 350].

Авторські порівняння, метафори виявляють поетичну натуру діариста: “Інша (людина – Т.К) проживе, проскніє, прожере не з одного єгипетського глечика – поки й гегне. А чи була вона людина? Чи було в неї життя? Чи залишила вона по собі добрий слід?” [8, 350]. Стилістичний прийом введення запитальних речень посилює публіцистичність, спрямовану на адекватність розуміння думки.

Епістолярій ілюструє оцінювання явищ літератури, які по мірі можливості, за обставин ув’язнення й заслання, Стус тримає в полі зору. Як-от, наприклад, про перечитане оповідання Григора Тютюнника в журналі “Вітчизна”, судячи з листа, вочевидь, 1981 р., порівнює його письмо з Василем Шукшиним: “він чистий варіант Шукшина Василя – і не бідніший, ні” [8, 412]. Виявлення естетичних ознак у текстах інших авторів демонструє авторські підходи, його власні пріоритети. Наприклад, стосовно повісті Маркеса “Історія одного вбивства” нотує: “Прегарне письмо, але теми, звичай-

но, не дуже багато в творі, хоч є прагнення до притчовості, побагачення...” [8, 412].

Справді, епістолярна спадщина Василя Стуса, як зазначає Михайлина Коцюбинська, – “своєрідний нерукотворний пам’ятник собі. Магічне свічадо, в якому віддзеркалено і навечно збережено для нащадків образ поета і людини” [4, 240]. Його епістолярій розкриває “специфіку письменницького листування” [6, 59], виявляє його особливості в умовах несвободи. І навіть у приватній кореспонденції письменника

спостерігаємо безпосередній зв’язок із сучасним авторів літературним процесом, органічну вписуваність у цей процес. Отже, у творчих зв’язаннях до рідних (дружини, батьків, сестри) листи Василя Стуса виступають як записи намірів, ілюструють реалізацію творчої інтенції в оригінальних віршах, перекладах, виявляють естетичні та етичні критерії стосовно різних явищ і фактів людської діяльності, складають своєрідну еталонну матрицю етико-естетичного дискурсу автора.

Список літератури:

1. **Вашків Л.** Епістолярна літературна критика / Л. Вашків. – Тернопіль, 1998.
2. **Забіяка І.** Епістолярна спадщина Василя Горленка / І. Забіяка. – К., 2002.
3. **Коцюбинська М.** “Зафіксоване й нетлінне” / М. Коцюбинська. – К., 2001.
4. **Коцюбинська М.** Епістолярна творчість Василя Стуса / М. Коцюбинська // В. Стус. Твори: у 4 т., 6 кн. – Т. 6 (додатковий). – Кн. 2. – Листи до друзів та знайомих. – Львів, 1997.
5. **Кузьменко В.** Письменницький епістолярій в українському літературному процесі 20 – 50-х років ХХ ст. – К., 1998.
6. **Кузьменко Н.** Ніжин в епістолярній прозі М. Гоголя і Є. Гребінки // Чернігів. – 2001. – № 17. – С. 59 – 63.
7. **Мазоха Г.** Український письменницький епістолярій другої половини ХХ століття: Жанрово-стильові модифікації / Г. Мазоха. – К., 2006.
8. **Стус В.** Твори: у 4 т., 6 кн. / В. Стус. – Т. 6 (додатковий). – Кн. 1. – Листи до рідних. – Львів, 1997.

РЕЗЮМЕ

В статье прослеживаются характерные особенности этического-эстетического дискурса в эпистолярной Василия Стуса на примере его писем к родным, в которых проявляется позиция автора к творческим вопросам, развитию творческих особенностей человека, критерии этических и эстетических идеалов.

SUMMARY

The article deals with peculiar demonstration of ethic and esthetic discourse in the letters of Vasyl Stus to his alliance. These letters show author's position towards arts and creative issues, development of creative abilities of a man, criteria of ethic and esthetic ideals.

*Рекомендовано кафедрою
української філології та культурології*

Подано 27.03.09



*Н.М. Антонюк,
кандидат педагогічних наук, доцент,
професор кафедри іноземних мов і перекладу
(Академія адвокатури України)*

Міжнародні технології навчання правничої термінології у змісті іноземномовного перекладу

Ключові слова: *новітні міжнародні технології, Болонський процес, правнича термінологія, іноземномовний переклад, комунікація, текст, креативний підхід.*

Вчені світу у буремному 21-му столітті продовжують керуватись гаслом Френсіса Бекона про те, що знання – це сила. Знання іноземних мов – рушійна сила спілкування. Адже майбутнє за тим, хто володіє сучасними, новітніми міжнародними технологіями. Особливо актуальним є в наш час наближення і гармонізації систем освіти країн Європи розвиток власного освітнього продукту. Згідно ідеології Болонського процесу відбувається формування єдиного інтелектуального простору. Постає логічне питання інтелектуальної власності. Тематика сфери інтелектуального права звучить не тільки на заняттях з правознавства, але й при викладанні іноземних мов студентам-майбутнім юристам, адвокатам, фахівцям в галузі міжнародного права та перекладачам.

Вивчаючи англійську, німецьку, французьку, італійську мови, а також латинську, грецьку, іспанську, студенти, для прикладу, залюбки перекладають з української вищеперерахованими мовами статтю про інтелектуальну власність зі “Словника термінів” за ред. В.Г. Гончаренка [5, 247]. Адже стаття дає цікаву і вичерпну інформацію про поняття інтелектуальної власності, введене у 1967 році Конвенцією про створення Всесвітньої організації інтелектуальної власності (І.В.). Відбувається саме при перекладі цієї інформації інтеграція міждисциплінарних зв’язків: правознавства, української та іноземної мов.

Студенти перекладають, вивчають і повторюють, що І.В. традиційно поділяється на авторське право і право промислової власності, засвоюють при перекладі основні нормативні акти, що регулюють відносини І.В.

В ході “болонізації” системи освіти реальна інтеграція в Європу неможлива без інтеграції освітніх технологій взагалі і міжнародних технологій навчання будь-якої сучасної термінології, зокрема життєво-важливої, дієвої правничої термінології у змісті іноземномовного спілкування та перекладу.

Міжнародні сучасні технології іноземномовного перекладу включають як класичні підходи, так і абсолютно новітні.

До речі, за кордоном зараз існує дуже суворя система відстеження прав І.В.

А світ зараз вимагає абсолютно нових знань і технологій. Виникло навіть нове термінологічне поняття: нанотехнологія. Це щось на кшталт нових стратегій, що випереджають сучасний інтелектуальний ринок.

Найбільш “просунуті” науковці впевнені, що від екологічних, політичних катастроф, від перенаселення і негативізмів врятують нанотехнології.

Класичні міжнародні технології навчання, зокрема в контексті перекладознавства, базуються на ділових рольових іграх, театралізовано-життєвореалістичних

персоніфікованих дійствах, “круглих столах”, науково-практичних конференціях, колоквиумах, семінарах.

А от для перекладу іноземними мовами та уявної, віртуальної міжпланетної конференції студентам пропонується термін “НАНО” (від грецького “nanos” – карлик). Нано – це префікс, що означає 10 в мінус дев’ятому ступені, або одну мільярдну частину. Один нанометр – це величина, яка співставляється з розмірами окремих молекул.

Перекладацьку та інтелектуальну майстерність студентів стимулює інформація про те, що сам термін “нанотехнології” як загальний опис молекулярних технологій придумав у 1986 році студент Масачусетського технологічного інституту Ерик Дрекслер, який у своєму футуристичному есе “Машини творення” писав про те, що поява нанотехнологій стала справжнім революційним переходом від маніпуляцій з речовиною до маніпуляцій з окремими атомами для побудови принципово нової речовини. Сьогодні вчені представляють собі три основні напрями розвитку нанотехнологій.

По-перше, зборка нових матеріалів з незвичними властивостями (наприклад, надміцні углеродні нанотрубки). По-друге, виробництво електронних мікрочипів, розміри яких будуть співставлені з молекулами. І, по-третє, найперспективнішим напрямом вважається створення нанороботів розміром з молекулу. Перші такі механізми, як вважають експерти журналу Scientific America, з’являться вже у 2025 році. Похідним цього стане революція в сільському господарстві: нанороботи будуть виробляти їжу, замінивши рослини і тварини. Стабілізується екологічна обстановка – нова нанотехнологічна промисловість вже не буде виробляти сміття, що забруднює планету, а нанороботи зможуть ліквідувати наслідки старих забруднень. Поки що перелік товарів, які створені з допомогою нанотехнологій, досить невеликий. На ринку нанопродуктів сьогодні популярні діодні дисплеї для мобільних телефонів і комп’ютерів, антибактеріальні, і антикоро-

зійні емульсії та лабораторне устаткування для аналізу клітин ДНК.

Звичайно, при перекладі використовується відносно нова, але вже майже класична технологія комп’ютерного перекладу, виходу у віртуальний галактичний простір.

Переклад – як текст. Сучасна лінгвістика розглядає текст перш за все як інструмент спілкування. Перекладний текст повинен бути повноцінною заміною вихідного тексту перш за все у комунікативному плані – в плані свого словесного чи емоційного впливу.

Студенти залюбки перекладають серію текстів під рубрикою “главенство закону”. Для прикладу, текст “Нобелівський номінал не уникне страти” викликає, зазвичай, піднесення темпу діалогічного мовлення студентів, розвиток їх уяви і включення іноземномовного пасивного глосарію. Суть вище названого тексту не залишає байдужим жодного студента незалежно від рівня володіння іноземною мовною лексикою.

Апеляційний суд Сан-Франциско відмовився замінити смертний вирок Стенлі Уільямсу, відомому “вихователю” злочинців всього світу. Він став таким праведним після того, як у 1981 році сколотив лос-анжелєвську молодіжну вуличну банду “Крибз”. Потрапивши до в’язниці, Уільямс почав писати дитячі книжки, розвернув активну діяльність з перевиховання ув’язнених та розробив міжнародну програму захисту підлітків від бандитизму і наркотиків. За ці зусилля його прихильники п’ять разів висували кандидатуру Уільямса на Нобелівську премію світу. Останній раз така пропозиція надійшла у 2001 році з боку депутатів парламенту Швейцарії. Заслуги Стенлі залишилися непоміченими апеляційним судом. Жюрі присяжних визначило, що за свої злочини Стенлі Уільямс заслуговує смертної кари. Він мав можливість звернутись з апеляцією до Верховного суду США.

У процесі навчання і життєдіяльності у студента, перекладача, дослідника з’являється потреба у своїй професійній реалізації, інакше кажучи, у передачі іно-

земною мовою певної наукової інформації, результатів дослідницьких пошуків, викладенні своїх ідей, поглядів, позиції шляхом наукової публікації. Звідси іноземно мовне наукове повідомлення має на меті насамперед комунікацію, тобто передачу виробленого досвіду, знань, а вже потім вплив на реципієнта. Зрозуміло, автор попередньо в деталях обмірковує процес наукового спілкування, який складається з таких етапів: визначення завдання комунікації; вибір способу і засобів спілкування; безпосередній процес спілкування; прогнозування зворотного зв'язку – реакції читача. З приводу останнього зазначимо, що автор не в змозі безпосередньо сприймати і розуміти реакцію свого співрозмовника і коригувати при потребі власні дії, він здатний лише уявити, передбачити його висновки з прочитаного. Тому для досягнення взаєморозуміння комунікатор повинен відшукати адекватні засоби для передачі певної інформації, а також врахувати запити і рівень знань читачів.

Онтологію перетворення у текст суб'єктивних мотивів автора, що впливають з його відношенням з реальною дійсністю, А.Р. Лурія зобразив таким чином: задум, думка, внутрішнє і зовнішнє мовлення. Мотив зумовлює виникнення задуму, який далі трансформується у внутрішнє мовлення (з певним змістом, але згорнуте і графічне аморфне), а потім у зовнішнє мовлення (текст) з властивою йому граматичною структурою.

Комунікатор має спрямувати свої зусилля на те, щоб зацікавити читача у сприйнятті нової інформації і разом з тим переконати його у надійності пропонованих ним наукових відомостей. Остання обставина і зумовлює специфіку наукового стилю передачі інформації. Оскільки завданням наукової прози є доведення відповідних положень, гіпотез, їх аргументацій, точний і системний виклад питань, з метою опису і інтерпретації явищ природи й суспільного життя, то науковий стиль характеризується специфічними властивостями організації письмового повідомлення: точністю і об'єктивністю, повнотою і однозначністю,

послідовністю викладу матеріалу і прагненням наукової мов до адекватної передачі думки. Дослідники вказують і на таку специфічну рису наукового тексту, як тенденція до “відокремлення”, що виявляється у використанні певних семантичних моделей речень і різних знакових систем. Всі ці моменти має враховувати перекладач при тлумаченні наукової публікації.

Науковий текст, на відміну від, наприклад, поезії, не має властивої їй сили інтонації, ліричного натиску, коли почуття виявляються багатшими від слів і думок.

Наукова література має показати щось наперед визначене, яке не терпить багатозначності, а тому обмежене певною логікою у викладі, правилами використання вербальних і невербальних знаків. Проте і вона, особливо її популярне відгалуження, не позбавлена емоційності, експресивності, яких надає своєму творінню, можливо не свідомо, автор з метою впливу на читача, встановлення з ним емоційного контакту.

Читач вступає у наукове спілкування, діалог з перекладачем дослідником і водночас з автором тексту з метою одержання певної інформації. Безперечно, щоб у електричній мережі виник струм, потрібна різниця потенціалів: на одному кінці – мінус, на іншому – плюс. Отже, читач має потребувати нової інформації для поповнення своїх знань і тоді, звичайно, з'явиться необхідність у передачі певних відомостей і досягненні взаєморозуміння між відправником і одержувачем інформації.

Окремої уваги заслуговує передача іноземною мовою правничої наукової інформації. Саме переклад сприяє виникненню та розповсюдженню еквівалентів лексичних одиниць, які або одночасно запозичуються кількома мовами з єдиного джерела, або проходять кілька проміжних етапів послідовних запозичення у межах того чи іншого ланцюга мов. Отже, переклад теж відіграє далеко не останню роль у розвитку мов. Бо це не лише намагання передати певну інформацію засобами іншої мови, але й випробування можливостей мови перекладу, її здатності передавати думку, висловлену іншою мовою. І якщо у мові перекладу

бракує необхідних лексичних одиниць, саме перекладачі першими намагаються створити відповідний лексичний еквівалент у мові перекладу, коли вони натрапляють на лакуни.

Особливо часто такі ситуації виникають при юридичному та технічному перекладі. Бувають випадки, коли той чи інший термін, який дуже широко вживається в одній мові, ще не зареєстровано в іншій. Лакуна рано чи пізно заповниться, але завжди виникає питання, як саме вона повинна заповнитися. Зараз науково-технічна термінологія створюється, як правило, організовано, за участю термінологічних комісій та інших установ, на які покладено таке завдання. Проте окремі перекладачі теж істотно впливають на створення нових термінів. Нові терміни при перекладі можуть або просто запозичуватись, або передаватися засобами рідної мови. Але незалежно від способу перекладу незареєстрованих термінів, цей переклад здійснюється з метою одержання їхніх формальних еквівалентів. Причому, таким еквівалентом може бути навіть довільне словосполучення типу конкурентноспроможна продукція. Перекладачеві інколи доводиться самостійно створювати еквівалентні терміни рідною мовою, причому основна проблема, яку доводиться розв'язувати перекладачеві науково-технічної літератури, полягає саме у перекладі термінів, що веде до появи неологізмів, які становлять досить великий відсоток всієї лексики у перекладах. Справа в тому, що перекладачі змушені винаходити засоби передачі відсутнього терміна для подальшого його стандартизації та закріплення у відповідних термінологічних словниках. А виходячи з того, що будь-який словник претендує на істину в останній інстанції, перекладач має своїм завданням враховувати не лише досвід найбільш розвинених мов світу, але й місцеві умови та традиції, пов'язані зі словниковим складом мови. Важливу роль відіграє також фонетична та граматична будова мови. Отже, виникає інша проблема: якомога вдаліше поєднати національні традиції з позитивним світовим досвідом. Особливо це стосу-

ється мов, у яких національна термінологія перебуває на стадії формування, де саме переклади наукової правничої літератури з інших мов служать одним із основних шляхів поповнення фахових терміносистем та їх стандартизації [6].

Інколи саме перекладачі звертають увагу на те, що той чи інший термін рідної мови не відповідає основним вимогам термінотворення, бо якраз перекладачі, як ніхто інший, мають можливість порівнювати термінологічні еквіваленти мови оригіналу та мови перекладу. Під невідповідальністю того чи іншого терміна може розумітися його надмірна громіздкість, нездатність утворювати деривати тощо. Часом перекладачі просто заступають невдалий термін його іншомовним еквівалентом. Це може відбуватися як узгодження, так і стихійно.

Для прикладу, майже інтернеціаналізмів стало англomовне слово “dealer” – торговець, дилер, посередник. Словосполучення англійською мовою “dealer in foreign exchange” – продавець іноземномовної валюти; “dealer in stolen property” можна передати українським еквівалентом “торговець краденим”.

Різні моно лінгвістичні, двомовні та тлумачні словники юридичної лексики по – різному трактують ті, чи інші поняття і лише контекст та креативний підхід до перекладу тексту призводять до адекватності.

Для розвитку монологічного та діалогічного, юридичного, іноземного мовлення студентів в базі міжнародних технологій – віртуальна консультація адвоката та клієнта, яку залюбки “програють” студенти. Дійові особи: Адвокат (Україна), перекладач, клієнт (Великобританія).

Намагання клієнта розібратись у такому:

Конституція України гарантує кожному право на судовий захист і передбачає, що держава має забезпечувати фінансування та належні умови для функціонування судів та діяльності суддів. З огляду на це у державному бюджеті України окремо визначаються видатки на утримання судів. Не секрет, що здійснення правосуддя в

цивільному судочинстві потребує великих фінансових затрат. Частково такі затрати компенсуються державі шляхом обкладання судовим збором (державним митом) заяв, з якими особа звертається до суду. Другим джерелом фінансування судової діяльності є кошти, які сплачує зацікавлена сторона за розгляд судової справи, зокрема це витрати на інформаційно-технічне забезпечення; витрати на правову допомогу: витрати сторін та їхніх представників, що пов'язані з явкою до суду; витрати, необхідні для залучення свідків, спеціалістів, перекладачів та проведення судових експертиз, та витрат, пов'язані з проведенням огляду доказів за місцем їх знаходження та вивченням інших дій, необхідних для розгляду справи [4].

Роз'ясніть і прокоментуйте. Відтворіть цю ситуацію в діалогах між дійовими особами адвокатської практики.

Популярне англійське прислів'я говорить: "There are no limits to perfection" – немає меж досконалості. Тому міжнародні технології навчання іноземномовній комунікації в ході перекладу будь-якої соціальної термінології, рівно як і правничої, базується на креативному підході до інтерпретації тем, текстів, діалогів в писемному та усному мовленні, на використанні комп'ютерних програм та сучасних лінгвістичних "нанотехнологій" – родзинок і знахідок викладача іноземної мови, перекладача і фахівців в галузі правничої лексики.

Список літератури:

1. **Антонюк Н.М., Краснолуцьки К.К.** Міжнародні організації: навчальний посібник (англ. та укр. мовами) / Н.М. Антонюк, К.К. Краснолуцьки. – Вінниця: Нова книги, 2004. – 240 с.
2. **Антонюк Н.М.** Правнича термінологія у змісті викладання іноземних мов / Н.М. Антонюк // Вісник Академії адвокатури України. – 2005. – № 3(4).
3. **Антонюк Н.М.** Болонська система: іноземні мови та переклад / Н.М. Антонюк // Вісник Академії адвокатури України. – 2007. – № 3(10).
4. **Захарова О.С.** Витрати на правову допомогу за ЦПК України / Захарова О.С. // Вища школа. – 2008. – № 6.
5. Правознавство: словник термінів / за ред. В.Г. Гончаренка. – К.: Юрисконсульт, КНТ. – 2007.
6. **Д'яков А.С.** та ін. Основи термінотворення / А.С. Д'яков [та ін.]. – К.: Вид-во дім "KM Academia", 2000. – 218 с.
7. **Коломієць Л.В.** Концептуально-методологічні засади сучасного українського поетичного перекладу / Л.В. Коломієць. – К.: Видавничо-поліграфічний центр "Київський університет", 2004. – 522 с.
8. Переклад англійської наукової і технічної літератури / В.І. Карабан. – Вінниця: Нова книга, 2004. – 576 с.
9. **Карабан В.І.** Англійсько-український юридичний словник / В.І. Карабан. – Вінниця: Нова книга. 2004. – 1088 с.
10. **Корнизя О.М.** Лабіринти розуміння / Корнизя О.М. – К.: Знання, 1990. – 48 с.
11. **Латышев Л.К., Проворотов В.И.** Структура и содержание подготовки переводчиков в языковом вузе / Л.К. Латышев, В.И. Проворотов. – М.: НВИ. ТЕЗАУРУС, 2001. – 136 с.
12. **Sonja Larsen and John Bourdeau.** Legal Research for Beginners, New York 1997. – 294 с.
13. **Rise B. Axelrod, Ch.B. Cooper,** Reading Critically, Writing Well, st. Martine's Press, New York. 1998. – 546 с.
14. **A.S. Hornby.** Oxford Student's Dictionary of Current English / A.S. Hornby. – М., 1998. – 769 p.
15. **Rob Nolasco and Lois Arthur Conversation.** Oxford University Press. 1996. – 148.
16. **G.P. Ladousse.** Role Play. – Oxford, 1997. – 174 с.
17. **Curry D.** More Dialogs for Everyday Use / D. Curry. – Washington. D.C., 2004. – 136 с.

РЕЗЮМЕ

Статья освещает методологическое видение международных технологий обучения юридической терминологии в содержании иноязычного перевода.

SUMMARY

The article deals with methodological vision of international techniques in teaching legal terminology in the context of foreign language translation.

*Рекомендовано кафедрой
іноземних мов та перекладу*

Подано 08.04.09



*Н.М. Антонюк,
кандидат педагогічних наук, доцент,
професор кафедри іноземних мов
і перекладу
(Академія адвокатури України)*



*О.Ю. Титаренко,
доцент кафедри іноземних мов
і перекладу
(Академія адвокатури України)*



*І.В. Горохова,
старший викладач
(Академія адвокатури України)*

Вивчення іноземних мов в контексті гуманістичної освіти

Ключові слова: комунікація, інноваційні методи, інтерактивне навчання, комунікативна компетенція.

Важливою складовою демократичного суспільства, яке розбудовується в Україні, є орієнтація на гуманістичні цінності світової культури. Громадськість, політики, науковці та освітяни дедалі глибше усвідомлюють потребу у побудові єдиної Європи, зокрема, наукового й освітянського простору без кордонів. Особлива увага приділяється вищій освіті, університетам, їх інтелектуальному потенціалу, який постійно зміцнюється і використовується в загальноєвропейському інтеграційному процесі, для поширення необхідних знань з метою усвідомлення спільних цінностей [2].

Держава потребує висококваліфікованих фахівців із знанням іноземної мови, професіоналів, зданих абсорбувати все нове і прогресивне, готових до генерації і запровадження свіжих оригінальних ідей, а також до вигідної участі у міжнародному співробітництві і формуванні нового ставлення до України в Європі і світі.

Вимоги часу й розпочата радикальна реформа системи освіти в Україні орієнтують нинішніх і майбутніх студентів та викладачів на відмові від авторитарного стилю навчання на користь гуманістичного підходу, на застосування методів, які сприяють розвитку творчих засад особистості з урахуванням індивідуальних особливостей учасників навчального процесу й спілкування.

Основним засобом людського спілкування є мова, а в багатомовному просторі – декілька мов. Ось чому вивчення іноземних мов набуває особливого статусу в нашій країні.

Сучасний стан міжнародних зв'язків України у різноманітних сферах життєдіяльності, вихід її у європейський та світовий простір, нові політичні, соціально-економічні та культурні реалії потребують певних трансформацій і у сфері освіти як важливого державного інституту, у тому числі й у галузі навчання іноземних мов. Сьогодні, як ніколи раніше, статус іноземної мови має тенденцію до постійного зростання. Серед світової спільноти вона все ширше набуває ролі засобу міжкультурного спілкування. Усе це зумовлює визначення основних стратегічних напрямків удосконалення цілей, змісту, методів, прийомів і засобів навчання іноземної мови [3].

Соціально-економічні та культурні тенденції розвитку сучасного суспільства викликають необхідність навчання учнів іноземної мови як важливого засобу міжкультурного спілкування. Оволодіння іноземною мовою надає додаткові можливості для самореалізації особистості в сучасних умовах. Цілі навчання іноземних мов зорієнтовані на розвиток іншомовної комунікативної компетенції (мовленнєвої, мовної, соціокультурної, навчально-пізнавальної) та розвиток і виховання студентів засобами іноземної мови.

Формується характерна тенденція до посилення комунікативної спрямованості навчального процесу, його наближення до реального процесу спілкування. Отже, методичним змістом сучасного уроку іноземної мови має бути комунікативність.

Існування людства неможливо уявити поза комунікативною діяльністю. Незалежно від статі, віку, освіти, соціального стану, територіальної й національної приналежності й багатьох інших даних, що характеризують людську особистість, ми постійно запитуємо, передаємо й зберігаємо інформацію, тобто активно займаємося комунікативною діяльністю.

Сьогодні проблема комунікативності вбачається дуже актуальною та значущою для процесу вивчення іноземних мов, адже має на меті не лише навчити вільного іншомовного спілкування, але й продемонструвати свою унікальність як творця. Інтерес

до комунікативності не є випадковим, переваги методу безперечні. Комунікативний метод набуває все більшого значення в навчанні іноземних мов, він не лише навчає мовленнєвій діяльності та іншомовному спілкуванню загалом, але й дає можливість активізувати творчі можливості особистості. Основним призначенням тверджень іноземною мовою, є процес спілкування, мовна комунікація.

“Комунікація” розтлумачується як повідомлення, спілкування. У словнику синонімів поняття “комунікація” й “спілкування” характеризуються як близькі синоніми, що дозволяє вважати ці терміни еквівалентами.

Комунікативний підхід базується на тому, що при успішному оволодінні іншомовним мовленням, студенти повинні опанувати не тільки мовні форми, але в них повинно бути сформоване уявлення про те, як їх використати в реальній комунікації.

У процесі навчання за комунікативним методом студенти набувають комунікативної компетенції – здатності користуватись мовою залежно від конкретної ситуації. Вони навчаються комунікації у процесі самої комунікації. Відповідно усі вправи та завдання повинні бути комунікативно виправданими дефіцитом інформації, вибором та реакцією. Англійською мовою ці поняття позначаються як “information gap”, “choice”, “feedback”. Найважливішою характеристикою комунікативного підходу є використання автентичних матеріалів, тобто таких, які реально виокремлюються носіями мови. Мовленнєва взаємодія студентів інколи, хоч і далеко не завжди, проходить за співучастю викладача в найрізноманітніших формах: парах, триадах, невеликих групах, з усією групою. З самого початку студенти оволодівають усіма чотирма видами мовленнєвої діяльності на понадфразовому і текстовому рівнях при обмеженому використанні рідної мови. Об'єктом оцінки є не тільки правильність, але й швидкість усного мовлення та читання.

Таким чином, в процесі навчання студенти повинні оволодіти іноземною мовою

як засобом спілкування і уміти користуватися цією мовою в усній формі. Усна форма включає розуміння звучної мови на слух – аудіювання і вираз своїх думок англійською мовою – говоріння. Аудіювання, говоріння, читання – це види мовленнєвої діяльності, які повинні бути сформовані у студентів для здійснення спілкування в усній формі.

Комунікативна спрямованість визначає всі складові навчально-виховного процесу щодо англійської мови. Зазвичай, починають навчати говорінню з основ, тобто із становлення вимовних навиків, формування лексичних і граматичних навиків, навиків аудіювання. Для того, щоб мова була мовою по суті, а не тільки формою, треба пам'ятати про те, що в основі породження і стимулювання мови лежить мотив, тобто намір, що говорить брати участь в спілкуванні.

Для того, щоб розвивати усне мовлення необхідно створювати певні умови: знання теми, володіння відповідним мовним матеріалом, розуміння ситуації і наявність стимулу для висловлювання. При навчанні говорінню дуже важливо враховувати співвідношення його найважливіших форм монологу, діалогу і полілогу. Ці форми співіснують і переходять одна в іншу. Монолог – це безпосередньо спрямований до співрозмовника чи аудиторії організований вид усного мовлення, який передбачає висловлювання однієї особи. Діалоги розрізняють стандартні і вільні. Стандартні діалоги обслуговують типові ситуації, особливо при викладанні юридичної термінології (“attorney-witness” – адвокат-свідок, “prosecutor-defendant” – прокурор-відповідач), вільні діалоги бувають наступних типів (інтерн’ю, розпитування, бесіда). Дуже поширеним варіантом діалогу є полілог. Найбільш відповідним прийомом розвитку полілогу є різні форми драм, включаючи рольові ігри.

На заняттях іноземної мови необхідно навчати говорити, а не тільки обмірковувати та мислити. Таким чином, будь-яка комунікативна задача є мовленнєво-мисленнєвою, мислення виконує свою комунікативну функцію, і безпосередньо

пов’язане з мовою, мовленням. Неодмінною та обов’язковою умовою продуктивності педагогічного спілкування виступає адекватність комунікативної задачі. Слід погодитись з думкою педагогів, що найбільш бажаним є демократичний стиль спілкування при урахуванні індивідуальних особливостей студентів. Таким чином, проблема спілкування на заняттях іноземної мови є важливою умовою і потребує ефективного вирішення.

Групова форма організації навчального процесу має ряд переваг: вона сприяє підвищенню мотивації до навчання, вчить об’єктивно оцінювати себе та інших, підвищує діловий статус студента в колективі. Для сучасної методики навчання іноземним мовам найбільш ефективними і доступними є такі форми роботи, як драматизація і рольова гра. Ще однією формою групового спілкування близькою до справжнього спілкування є дискусійна гра, в ході якої обговорюються актуальні для студентів питання. Використовуються колективні форми роботи, парні, групові, проектні форми роботи, де успіх кожного студента матеріалізується в успіху всієї групи.

Таким чином, які б прийоми не використовувалися для формування і розвитку усного мовлення залежить не тільки і навіть не стільки від об’єму лексичного матеріалу скільки від моментів психологічних. Тому необхідно допомогти студентам подолати цей бар’єр, після чого почнеться розвиватися мовленнєва діяльність.

Для досягнення комунікативної компетенції – комунікативних вмінь, сформованих на основі мовних знань, навичок і вмінь – викладач іноземної мови використовує новітні методи навчання, що поєднують комунікативні та пізнавальні цілі. Інноваційні методи навчання іноземних мов, які базуються на гуманістичному підході, спрямовані на розвиток і самовдосконалення особистості, на розкриття її резервних можливостей і творчого потенціалу, створюють передумови для ефективного поліпшення навчального процесу у вищих навчальних закладах. Основними принципами сучасних методів є: рух від цілого до окремого,

орієнтація занять на учня (learner-centered lessons), цілеспрямованість та змістовність занять, їх спрямованість на досягнення соціальної взаємодії при наявності віри у викладача в успіх своїх учнів, інтеграція мови та засвоєння її за допомогою знань з інших галузей наук. Існують різні варіанти цього напрямку в сучасній методиці, які мають різні назви – “Whole Language Content Approach” (загально-лінгвістичний підхід), “Cognitive Approach” (пізнавальний підхід), “Content-Based ESL Program” (змістово-орієнтовані програми), “Cognitive Academic Language Approach” (когнітивний академічний лінгво-підхід), “Co-operative Learning” (навчання у співдружності), “Interactive training” (інтерактивна практика) [3].

Інтерактивний метод надає можливість вирішити комунікативно – пізнавальні задачі засобами іншомовного спілкування. Категорію “інтерактивне навчання” можна визначити як: а) взаємодію вчителя і учня в процесі спілкування; б) навчання з метою вирішення лінгвістичних і комунікативних завдань. Інтерактивна діяльність включає організацію і розвиток діалогічного мовлення, спрямованих на взаєморозуміння, взаємодію, вирішення проблем, важливих для кожного із учасників навчального процесу.

В системі інтерактивного навчання виділяють такі основні принципи методики співробітництва:

- позитивна взаємозалежність – група досягає успіху за умови гарного виконання завдань кожним студентом;
- індивідуальна відповідальність – працюючи в групі, кожен студент виконує своє завдання, відмінне від інших;
- однакова участь – кожному студенту надається однаковий за обсягом час для ведення бесіди або завершення завдання;
- одночасна взаємодія – коли всі студенти залучені до роботи [6].

В процесі спілкування студенти навчаються:

- вирішувати складні задачі на основі аналізу обставин і відповідної інформації;

- висловлювати альтернативні думки;
- приймати виважені рішення;
- спілкування з різними людьми;
- приймати участь у дискусіях.

Сучасна комунікативна методика пропонує широке впровадження в учбовий процес активних нестандартних методів і форм роботи для кращого свідомого засвоєння матеріалу. У практиці виявили досить високу ефективність такі форми роботи: як індивідуальна, парна, групова і робота в команді.

Найбільш відомі форми парної і групової роботи:

- внутрішні (зовнішні) кола (inside/outside circles);
- мозковий штурм (brain storm);
- читання зигзагом (jigsaw reading);
- обмін думками (think-pair-share);
- парні інтерв'ю (pair-interviews) та інші [7].

Наприклад, читання зигзагом означає такий вид діяльності, що включає поділ тексту на частини або використання різних текстів за тією ж тематикою. Уривки тексту роздають студентам для читання з подальшим обговоренням з метою виявлення змісту всього тексту або висловлювання різних точок зору щодо прочитаного.

Слід зазначити, що всі вище згадані форми інтерактивного навчання ефективні в тому випадку, якщо поставлена проблема попередньо обговорювалась на заняттях і студенти мають певний досвід і думки, набуті раніше в процесі навчання.

Викладач також має враховувати той факт, що теми для обговорення не повинні мати обмежений характер. Однією з особливостей інтерактивних форм навчання є те, що вони мотивують студента не лише висловлювати власну точку зору, але й змінювати її під аргументованим впливом партнерів у процесі спілкування.

Серед визначених переваг інтерактивного навчання слід виділити:

1. Встановлення дружньої атмосфери і взаємозв'язків між учасниками спілкування.

2. Студенти мають можливість бути більш незалежними і впевненими в собі.

3. Викладач заохочує студентів до співпраці, підбадьорює їх, вони не бояться робити помилки.

4. Студенти отримують можливість подолати страх перед мовним бар'єром.

5. Викладач не домінує.

6. Кожен студент залучений до роботи; має певне завдання.

7. Слабкі студенти можуть отримати допомогу від більш сильних.

8. Студенти можуть використовувати свої знання і досвід, набутий раніше.

Таким чином, новітні методи навчання іноземних мов сприяють одноразовому вирішенню проблем комунікативного, пізнавального та виховного характеру: розвивати уміння і навички спілкування, встановити емоційний контакт із студентами, навчити їх працювати в команді, зважати на думки і висловлювання інших.

Як показує попередній досвід, використання зазначених методів навчання знімає нервову напругу студентів, змінює форми діяльності, привертає увагу до основних питань заняття з іноземної мови.

Отже, вивчення і застосування на практиці інноваційних методологічних підходів надають можливість викладачам іноземної мови впровадити та удосконалити нові методи роботи, підвищити ефективність навчального процесу і рівень знань студентів.

Нове бачення освіти має на меті створення мотиваційного середовища для учнів у процесі вивчення іноземних мов. Принцип функціонального підходу у процесі вивчення іноземних мов є основним. У цьому підході комунікативність, як основна функція мови, більш повно виконується, як в лінгвістичному, так і в концептуально-тематичному спрямуванні. Зростаюче значення культурних обмінів, інтеграція в Європу, доручення до світових цінностей, процес глобалізації збільшили можливості контактів з носіями мови. Отже, вивчення іноземної мови в вищій школі набуває практичного значення, а комунікативна функція мови відіграє головну роль в процесі вираження почуттів, суджень та засвоєнні інформації, знань, що подаються у будь-якій формі.

При використанні мови домінує одна мета: отримати інформацію, спонукати до дії, виразити почуття і т.д. Така матеріалізація актів комунікації може набирати різноманітних форм вираження, від найпростіших до найскладніших.

Аналіз практики викладання іноземних мов у вищому навчальному закладі показав, що підручники та методичні розробки, які використовуються в процесі навчання, ще недостатньою мірою враховують роль і значення мотиваційної сфери студентів, динаміку смислотворних мотивів навчання в процесі викладання, міру та характер взаємозв'язку мотиваційної готовності до засвоєння знань, до оволодіння способами такого засвоєння з конкретними методичними прийомами.

Тому актуальною проблемою є вивчення мотиваційної сфери студентів, вироблення шляхів та методів її корекції та розвитку.

Провідними мотивами викладання іноземної мови як фахової дисципліни студентам вищого навчального закладу є мотиви професійного досягнення, комунікативні, пізнавальні та мотиви зовнішні. Засобом їх формування слугує методика викладання та зміст англійської мови як навчального предмета.

Специфічними спонукками вивчення іноземної мови є комунікативні мотиви. Найважливішою умовою їх формування та розвитку є надання комунікативного характеру всьому курсу викладання іноземної мови у вищій школі.

Новаторський статус викладача іноземної мови в системі нормативно-розвиваючого навчання, а саме активного регулятора процесу викладання, надає йому свободу дій в методико-дидактичній діяльності та у всіх його ініціативах. Навколо особистості студента зосереджуються всі дидактичні ініціативи. Демократизація двобічних відносин "учень-вчитель" має на меті не тільки свободу рішень з боку студентів, а й відповідальність з боку викладача в процесі перевірки набутих знань студентів. Викладач повинен створити студентам мотиваційне середовище, адекватне для вивчення іноземних мов.

Таким чином, можна зробити висновок, що ефективність комунікативно спрямованого навчання іноземних мов у вищій школі залежатиме від бажання і здатності вчителів і викладачів скористатися позитивним досвідом вітчизняних і іноземних учених і практиків щодо гуманістичного підходу у навчанні, розуміння необхідності відмовитися від авторитарних і схоластичних методів. Методи навчання іноземних мов,

які ґрунтуються на гуманістичному підході, допомагають розкрити творчий потенціал студентів і сприяють розвитку та самовдосконаленню навчально-комунікативного процесу, формуванню майбутніх свідомих патріотів своєї країни, толерантних громадян світу. А це забезпечує входження України до європейського освітянського простору.

Список літератури:

1. **Антонюк Н.М.** Правнича термінологія у змісті викладання іноземних мов / Н.М. Антонюк // Вісник Академії адвокатури України – 2005. – № 3(4).
2. **Крючков Г.** Болонський процес як гармонізація Європейської системи вищої освіти / Г. Крючков // Іноземні мови в навчальних закладах. – Педагогічна преса, 2004.
3. **Коваленко О.** Концептуальні зміни у викладанні іноземних мов у контексті трансформації іншомовної освіти / О. Коваленко // Іноземні мови в навчальних закладах. – Педагогічна преса, 2003.
4. **Stern, H.H.** (1983). *Fundamental Concepts of Language Teaching*. – Oxford: Oxford University Press.
5. **Blair, R.W.**, ed (1982). *Innovative approaches to language teaching*. – New York: Newbury House.
6. **Celce – Hurcia, H.**, ed (1991). *Teaching English as a Second or Foreign Language*. Heinle L Heinle Publishers. Boston, Massachusetts.
7. Комунікативні методи та матеріали для викладання англійської мови. – Oxford University Press, 1998.
8. **Betty Schampfer Azar** (1999). *Basic English Grammar*. Longman.

РЕЗЮМЕ

Стаття посвящена проблеме инновационных методов изучения иностранных языков в контексте гуманистического образования, рассматриваются основные принципы методики обучения студентов, формы парной и групповой работы, преимущества интерактивного обучения.

SUMMARY

The article is devoted to the investigation of innovative methods of studying foreign languages in the context of humanistic education, main principles of methodology of teaching languages, the forms of individual and group's work, advantages of interactive studying.

*Рекомендовано кафедрою
іноземних мов та перекладу*

Подано 08.04.09

Тези наукової конференції “Склад злочину: проблемні питання”

Є. В. Фесенко,
доктор юридичних наук
(Академія адвокатури України)

Проблеми структури об'єкта як елемента складу злочину

Останні роки дедалі більше прихильників знаходить так звана ціннісна теорія об'єкта злочину, запропонована автором цієї доповіді у 1997 р. і уточнена в подальших публікаціях 1999 - 2004 р. р.

Відповідно до цієї концепції **об'єктом злочину** визнаються охоронювані законом цінності, проти яких спрямовано злочинне діяння і яким спричиняється чи може бути заподіяна шкода. Компонентами (різновидами) вказаних цінностей є потерпілі, їхні права та інтереси, соціальні зв'язки, а також матеріалізовані або нематеріалізовані блага.

Під потерпілими визнаються як окремі індивіди, так і група осіб, юридичні особи, суспільні об'єднання, держава (в тому числі й іноземна) та її структури тощо. Отже поняття “потерпілий” як один з різновидів цінностей, на які посягає злочин, має більш широкий зміст порівняно з поняттям “потерпілий”, що вживається в кримінально-процесуальному законодавстві.

Інтереси – це нормативно захищена чи об'єктивована у формі загальновизнаної настанови зацікавленість потерпілої сторони у задоволенні її потреб законним способом.

Права – це суб'єктивні права потерпілих, закріплені тим чи іншим нормативним актом, який надає потерпілому відповідного

правового статусу, повноваження діяти певним чином або не вчинювати певних дій, мати певні блага тощо.

Соціальні зв'язки – це суспільно корисні взаємозв'язки або взаємодії учасників суспільних відносин. При цьому під поняттям “взаємозв'язок” розуміється обопільно усвідомлений суб'єктами фактичний стан відносин між ними, за якого вони можуть вчинювати певні дії, що торкаються їхніх інтересів чи інтересів третьої сторони, або утримуватися від певних дій. А взаємодії – це активна поведінка учасників суспільних відносин, спрямована на певні зміни у сфері інтересів цих суб'єктів чи третьої сторони або на недопущення таких змін.

Блага – це те, що задовольняє потреби людей, відповідає їхнім інтересам, цілям і намірам.

Матеріалізоване благо в означеному аспекті – це предмет злочину, тобто один із різновидів людських благ, матеріалізоване утворення, безпосередньо діючи (впливаючи) на яке способом його вилучення, знищення, створення, зміни вигляду або правового режиму тощо, винна особа посягає на охоронювані законом цінності.

Нематеріалізованими є блага фізичного, психологічного, етичного, естетичного, духовного або політичного чи іншого соціального характеру, що задовольняють

потреби індивіда або групи людей, громадських і державних структур чи суспільства в цілому, яким може бути заподіяна чи спричиняється шкода внаслідок вчинення злочину.

По суті ця теорія не вносить кардинально нових положень у вчення про об’єкт злочину. Вона лише синтезує, вбирає всі позитивні результати попередніх досліджень цієї проблеми як дореволюційних часів, так і радянського та післяреформеного періоду. З іншого боку, знімає, по можливості, спірні питання, що породжувались звуженням підходом до проблеми прибічниками теорії “об’єкт – суспільні відносини” та деякою розпливчастістю формули “об’єкт – блага (інтереси)”.

Тому, мабуть, тільки через непорозуміння деякі опоненти з числа апологетів теорії “об’єкт – суспільні відносини” не зовсім коректно і доречно піддавали цю концепцію критиці, оскільки вона не виключає соціальні зв’язки з структури об’єкта складу злочину, а навпаки, підкреслює їх важливість, особливо у випадках, коли вони є бланкетними ознаками.

Дехто з науковців, зокрема М.Й. Коржанський вдався до такої критики надто емоційно, у грубо неетичній формі. Оскільки причини такого “критиканства” суб’єктивні, ці випадки навіть не заслуговують на увагу. Єдина шкода від цього хіба що у тому, що спостерігається побоювання окремих молодих науковців приєднатись до “крамольної” концепції.

Поряд з цим, навряд чи можна оцінити позитивно і спроби модернізувати наведену вище модель об’єкта злочину. Парадоксально, але деякі науковці, приєднуючись по суті до запропонованої автором концепції, вельми спірно, вдаючись до софістики, відмічають її “суперечливість”, “еклектичність” тощо. Така форма оцінок позиції, яка ними ж запозичується, з одночасним “навішуванням ярликів” не тільки алогічна, а й неетична. Мають місце також прояви кон’юктурності, “реверансів” у бік впливових юристів тощо. На жаль, це простежується в дисертаціях деяких молодих науковців, що не тільки не прикрашає їх

наукові праці, а й віддаляє від оптимального вирішення проблеми.

Взагалі у обмежених обсягом наукових працях, предметом дослідження яких є окремий склад злочину, неможливо вирішити фундаментальні кримінально-правові проблеми, тим паче – новачкам у науці. На мій погляд, цілком вірно і мудро визначилась авторка однієї з кандидатських дисертацій по прикладній темі, яка, маючи до речі досить солідний досвід викладацької роботи, констатувала, що проблема об’єкта є предметом самостійних глибоких досліджень, тому вона обмежилася лише стислим поясненням щодо вибору концепції, яка, на її погляд, є більш прийнятною, і ретельно розглянула при цьому питання щодо об’єкта конкретного злочину.

З цих же міркувань виходив і автор цієї доповіді, працюючи навіть над докторською дисертацією. Розуміючи багатоглибкість проблеми, автор і не ставив завдання дослідити весь спектр питань. Ним здійснена спроба розглянути її лише в одній площині, найважливішій з практичної точки зору – об’єкт як елемент складу злочину та його структура. Адже склад злочину це словесно-юридичний портрет злочинної поведінки певного виду. Одна з основних його функцій полягає в тому, що в ньому змодельована сукупність ознак, специфічних для злочинної поведінки певного виду. Орієнтуючись на цей “еталон”, суб’єкт застосування норми шукає серед маси фактичних злочинних проявів саме те діяння, за яке передбачена кримінальна відповідальність певною статтею КК і за якою кваліфікуються ці дії. Так само, як працівники правоохоронного органу, тримаючи в руках словесний портрет підозрюваного у злочині, шукають серед маси людей саме цю особу.

З врахуванням такого призначення вказаних моделей вони мають відповідати двом основним вимогам: 1) містити всі параметри, за якими буде визначатись співпадіння зазначених у ній ознак з ознаками фактичного явища; 2) ці ознаки мають бути зазначені максимально чітко і конкретно. Крім того, в моделі складу злочину можуть

зазначатись лише ті ознаки, які передбачені кримінально-правовою нормою.

Але в наукових та навчальних працях, підготовлених на базі традиційних визначень об'єкта, структура цього елемента складу злочину або зовсім не визначається, або лише частково і при цьому надто узагальнено, “розмито”. Між тим, навіть умовно не можна собі уявити, щоб, скажімо, в словесному портреті підозрюваного було вказано щось на кшталт такого: “розшукується людина, яка є уособленням суспільних відносин, оскільки вона є категорією соціальною, а соціальні відносини – основа суспільства, які мають універсальний характер тощо”. Так само лише з гумором можна уявити, щоб у наказі артилерійському підрозділу було б зазначено щось аналогічне стосовно об'єкта обстрілу. Викладене порівняння не є значним перебільшенням, оскільки об'єкт злочину теж є своєрідною мішенню злочинного діяння, визначати його треба також конкретно і точно, за всіма необхідними для з'ясування цього питання позиціями.

Відсутність, неповнота або суперечливість чи розпливчастість рекомендацій щодо структури об'єкта є свідченням суттєвої неповноти кримінально-правової теорії та її недостатньої придатності допомогти суб'єкту застосовування норми у питаннях кваліфікації злочинних діянь. Не випадково, вирішуючи ці питання, практичні юристи аналізують ознаки об'єктивної та суб'єктивної сторін і суб'єкта злочину, які чітко і конкретно визначені теорією кримінального права, а об'єкт злочину майже не досліджують, хіба що з'ясовують іноді ознаки предмета злочинного посягання. Отже фактично одна четверта цієї інформаційної моделі, якою є склад злочину, прак-

тично “не працює”. То що, виходить, вона не потрібна? – Ні, це необхідно і важливо, адже встановлення ознак об'єкта злочину дозволяє встановити спрямованість злочинного діяння, характер його небезпеки тощо. Але це можливо лише за дотримання зазначених вище вимог.

Так звана ціннісна теорія об'єкта таким вимогам відповідає і в цьому її основний позитив.

Науковці, які підтримують цю теорію і одночасно її критикують (так би мовити союзники-опоненти), модернізують цю концепцію шляхом скорочення переліку компонентів об'єкта злочину, акцентуючи увагу лише на перших трьох і нехтуючи такі його важливі структурні частини, як матеріалізовані або не-матеріалізовані блага. Але “модернізація” вказаної концепції об'єкта злочину у такий спосіб вихолощує саму ідею і практичну значущість цієї теорії і зводить її до демагогії, повертаючи до тієї ж невизначеності та неповноти.

Як зазначалось, відповідно до відтвореної вище моделі об'єкт як елемент складу злочину включає п'ять компонентів – як п'ять пальців на руці. Союзники-опоненти “підтримують” цю ідею, але враховують лише три пальці. Але тоді це, вибачаюсь за образне порівняння, хоч і рука, але рука інваліда.

Звичайно, вчення про об'єкт злочину включає широкий діапазон проблем – про співвідношення об'єкта злочину та об'єкта кримінально-правової охорони, класифікацію об'єктів тощо. Звертаючись до своїх союзників та опонентів у поглядах на ці проблеми, прошу шановних колег: “Досліджуйте її, розширюйте, поглиблюйте, уточнюйте, але тільки на покращання”.

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

Склад злочину: юридична фікція чи правова реальність?

1. Коли виникло питання про виступ на цьому науковому форумі, перше формулювання теми виступу, яке сплигло на думку звучало так: “Чи знає теорія, практика, законодавство що таке склад злочину?” Звісно, перший порух душі найбільш щирий і відображає наболіле. Проте звучить така тема надто епатажно і довелося власну думку “причесати”. Хоча, за великим рахунком, говорити буду про те ж саме:

- що юристи, а вслід за ними й всі інші розуміють під складом злочину;
- чи потрібне це поняття;
- чи заслуговує конструкція складу злочину на те, щоб визнаватися одним із центральних кримінально-правових понять;
- що слід зробити для наповнення поняття складу злочину реальним змістом та адекватним його застосуванням.

2. Говорити про склад злочину як юридичну фікцію – вигадане юристами положення, коли реально не існуючі обставини видаються за дійсні, – доводиться з врахуванням не удаваної, а реальної ролі цього поняття. Воно широко використовується теоретиками, проте не існує однастайності щодо основних положень, які його характеризують; законодавчі формулювання суперечливі; на практиці це поняття або не застосовується, або ж використовується для маскувння необґрунтованих, суперечливих, протизаконних рішень. Щоб не бути голослівним, спробую конкретизувати висунуті закиди.

3. Поняття складу злочину – *corpus delicti* – було відоме ще давньоримським юристам, як наукове поняття воно введене

в обіг понад дві сотні років тому. Можна було б очікувати, що за цей час викристалізуються основні постулати, що його характеризують. Однак до сьогодні існує більше положень, які дискутуються, ніж загальновизнаних. Неоднозначні оцінки викликає, зокрема:

- визначення поняття складу злочину. Це, цілком природно, враховуючи дискусійність окремих ознак, які характеризують це поняття;
- роль і значення складу злочину – це поняття законодавче чи суто теоретична конструкція, становить воно собою факт дійсності чи є вигадкою юристів;
- становить собою склад злочину сукупність ознак чи систему ознак;
- що є первинним в системі складу злочину – елемент, ознака чи щось інше;
- які ознаки утворюють склад злочину, яким має бути перелік таких ознак. Зокрема, одні автори говорять, що причинний зв’язок становить самостійну ознаку, інші – що є атрибут наслідків, оскільки в складі злочину значущим є лише спричинені наслідки; емоційний стан особи (сильне душевне хвилювання) інколи виділяється як окрема ознака, інколи ж ні; часто пишуть про “форми злочину”, а що це за ознака і як вона співвідноситься з іншими – замовчують. Як наслідок – непросто дати відповідь на найпростіше питання – скільки ознак є у складі злочину;
- як ознаки розподіляються (чи групуються) за елементами складу

злочину. На думку одних авторів, наслідки – це те, що стосується об'єкта, а інші вважають їх окремою ознакою об'єктивної сторони. Ще складніше, коли спробуєш проаналізувати конкретну статтю КК під кутом зору того, які ж використані там поняття відносяться до яких елементів та ознак складу злочину. Наприклад, особлива жорстокість при вминому вбивстві – це ознака, яка характеризує спосіб вчинення цього злочину чи мотив дій винного;

- співвідношення складу злочину та інших кримінально-правових категорій – злочину, статті кримінального закону, кримінально-правової норми;
- де передбачені ознаки складу злочину – лише у КК, чи й в інших актах;
- поділ ознак складу злочину на обов'язкові та факультативні;
- послідовність аналізу елементів та ознак складу злочину. Поряд з позицією, згідно з якою спочатку доказують наявність ознак суб'єкта злочину, а вже потім його об'єктивної сторони. Зустрічається і зворотна послідовність;
- які є види складу злочину. Зокрема, чи доцільно використовувати поняття “юридичний склад злочину” (а чи може склад злочину бути не юридичним?); що таке “фактичний склад злочину”, чи може склад злочину бути “привілейованим”.

Перелік дискусійних в теорії питань можна продовжувати й продовжувати. Очевидно, що відсутність їх вирішення в кримінально-правовій науці відображається на стані кримінального законодавства та правозастосовній практиці.

4. У КК України 1960 р. поняття складу злочину використовувалося один раз – для вказівки на одну з умов добровільної відмови. У чинному ж КК його використання розширилося за рахунок положень, викладених у ч. 1 ст. 2 (склад злочину як підстава кримінальної відповідальності);

ч. 1 ст. 13 (визначення закінченого злочину як такого, коли вчинене діяння містить усі ознаки складу злочину, передбаченого відповідною статтею Особливої частини цього Кодексу), ч. 2 ст. 258³ КК (відсутність складу іншого злочину як умова звільнення від кримінальної відповідальності при позитивній посткримінальній поведінці учасника терористичної групи чи терористичної організації). Крім того, у ч. 2 ст. 17 збереглася і вказівка на те, що особа, яка добровільно відмовилася від доведення злочину до кінця, підлягає кримінальній відповідальності лише в тому разі, якщо фактично вчинене нею діяння містить склад іншого злочину.

Застереження викликають, насамперед, самі формулювання КК, які містять посилання на склад злочину. Одне з них стосується визначення співвідношення складу злочину в цілому та окремих його ознак. Використане в ч. 1 ст. 2 КК формулювання “діяння, яке містить склад злочину” вносить повну плутанину в думки того, хто знає, що діяння у формі дії або бездіяльності саме є ознакою складу злочину, його частинкою та задумується над тим, що частина не може містити в собі все ціле. Не витримує критики і законодавча теза про склад злочину, передбачений статтею Особливої частини КК. Якби таке сказав студент, то “напросився” б на уточнюючі запитання про співвідношення Загальної та Особливої частини КК, про те, як у статті Особливої частини відображені ознаки, що стосуються, наприклад, осудності.

Але ще більше зауважень викликає те, як викладені ознаки окремих складів злочинів у статтях КК. Законодавець цілком ігнорує те, що в одній статті Особливої частини КК (і в різних частинах такої статті) потрібно викладати ознаки лише одного складу злочину, що склади різних злочинів потрібно викладати так, щоб їх можна було розрізняти між собою та щоб склади злочинів відрізнялися від складів інших правопорушень тощо.

Викладені в ст. 64 КПК України положення про предмет доказування у кримінальній справі свідчать, що поняття складу

злочину пройшло поза увагою авторів і цього закону.

5. Попри те, що практичні працівники постійно оперують поняттям складу злочину, надто вже часто вони підтверджують повне ігнорування цієї правової категорії. В Україні щороку реєструється біля півмільйона злочинів, а засуджується приблизно півтори сотні тисяч осіб. Отже, величезна кількість кримінальних справ закривається і улюбленою слідчими і працівниками органів дізнання підставою для цього є передбачена ч. 2 ст. 6 КПК України відсутність складу злочину. Та ж відсутність складу злочину є й найпоширенішою підставою для відмови в порушенні кримінальних справ. При цьому не доводилося бачити відповідної постанови, у якій би вказувалося:

1) відсутність складу якого саме злочину вбачає автор процесуального документа. Адже відсутність складу одного злочину зовсім не виключає того, що наявний склад іншого злочину;

2) яка саме ознака (чи ознаки) вважаються відсутніми і чому саме. А без цього постановою про відмову у порушенні кримінальної справи чи про її закриття стає голословною, малозрозумілою для потерпілого, непереконливою для будь-кого (крім, певно, її автора та прокурора, який затверджує такі шедеври вітчизняної юриспруденції, не читаючи).

Не доводилося бачити і матеріалів кримінальних справ, у яких більш-менш детально, з використанням відповідної термінології аналізувалась би наявність ознак складу злочину. Більшість із цих ознак практикою презюмується. Так, є під-

стави стверджувати, що така ознака складу злочину як його об’єкт, зовсім не привертає уваги слідчих, прокурорів і суддів.

Все це свідчить, що поняття складу злочину аж ніяк не відноситься до тих, які реально “працюють” на практиці. Та й у розмовній мові як правників, так і фігурантів кримінальних справ частіше почуєш вираз “підвести під статтю” ніж “встановити наявність обов’язкових ознак складу злочину”. Відповідне поняття звичайно вживається в тому значенні, яке надавалося йому сотні і тисячі років тому – факт вчинення злочину, наявність особи, яка підлягає відповідальності.

6. Доводити необхідність використання юридичної конструкції складу злочину – однієї з центральних категорій кримінального права означає ломитися у відкриті двері. Спроби взагалі відмовитися від неї (серед найбільш активних вітчизняних послідовників цієї ідеї – І.П. Малахов) виявилися не результативними, проте корисними. Вони привели до того, що юристи замислюються над цією проблемою. Тому слід думати над тим, як подолати основні теоретичні розбіжності, стимулювати законодавця до правильного і послідовного вираховування надбань теорії, заставити практику реально враховувати поняття складу злочину.

7. Враховуючи сучасний стан вітчизняної юриспруденції та юридичний позитивізм, який процвітає на всіх рівнях та виявляється у всіх аспектах кримінального права, єдиний шлях – це закріпити відповідні положення у нормах матеріального та процесуального кримінального права. А як це зробити потрібно думати і зважувати.

С.Д. Шапченко,
кандидат юридичних наук, доцент
(Київський національний університет
імені Тараса Шевченка)

Склад злочину як кримінально-правовий феномен: сутність та основні форми існування

1. Як предмет наукового дослідження і категорія науки кримінального права *склад злочину* має довгу і складну історію [1]. Важливими етапами його дослідження були праці видатних німецьких правознавців, провідних російських та радянських криміналістів, визначних представників науки кримінального права України. В межах цих досліджень накопичений значний масив конструктивних наукових положень (“позитивних знань”), що дало підставу окремим науковцям говорити про відносно самостійне *вчення (загальне вчення)* про склад злочину. Водночас деякі підходи щодо конкретного розуміння складу злочину, в тому числі концептуального характеру (сутність, юридична природа, основний кримінально-правовий зміст), принципово відрізняються між собою, а інколи і виключають один одного.

2. Узагальнення та певна систематизація різних підходів до конкретного розуміння складу злочину, дозволяють, зокрема, зробити такі висновки:

1) існує *домінуючий підхід* в конкретному розумінні складу злочину; такий підхід проявляється, насамперед, у виділенні кількох однакових (або принаймні однотипних) ознак (характеристик), які, на думку більшості криміналістів, розкривають сутність цього кримінально-правового феномену;

2) в межах домінуючого підходу наявні деякі *особливості*; такі особливості стосуються окремих сторін цього кримінально-правового феномена або проявляються у різному розумінні окремих його характеристик;

3) мають місце окремі *особливі (альтернативні домінуючому) підходи* щодо

конкретного розуміння складу злочину; порівняно з домінуючим підходом вони розкривають сутність цього кримінально-правового феномена принципово по-іншому.

3. Здійснюючи подальшу конкретизацію цих висновків та поєднуючи певним чином відповідні “авторські” формулювання, можна, зокрема, констатувати наступне.

Домінуючий підхід в конкретному розумінні складу злочину проявляється в таких його ознаках (характеристиках): а) склад злочину – це результат (“продукт”) *пізнавально-оціночної діяльності* людей; за своїм змістом він являє собою “сукупність (систему) ознак”, “описання (нарис)”, “правове поняття”, за сучасною термінологією – “*інформаційну модель*”, що певним чином характеризує злочин; б) така інформаційна модель (сукупність ознак) характеризує, як правило, *злочин певного виду*; як конкретний результат пізнання та оцінки вона надає певному типу девіантної (суспільно небезпечної) поведінки вигляду злочину окремого виду – крадіжки, хуліганства, зґвалтування тощо; в) відповідна інформаційна модель (сукупність ознак) злочину певного виду обов’язково відтворюється (“об’єктивізується”, “закріплюється”) в праві, стає відносно самостійним *елементом змісту кримінального права*; лише після цього вона може виконувати функцію певного нормативного орієнтира.

Особливості конкретного розуміння складу злочину в межах домінуючого підходу вбачаються, зокрема, у тому, що: а) одні науковці наголошують, що склад злочину утворюють (мають утворювати) лише ознаки, які відображають *зовнішню* сторону

злочину; інші вважають, що склад злочину включає ознаки, які характеризують як *зовнішню*, так і *внутрішню* сторони злочину; б) більшість авторів розглядає склад злочину виключно як “описання (нарис)” *окремого виду* злочину; є, однак, і такі, які розрізняють *особливий склад* – сукупність ознак окремого виду злочину і *загальний склад* – сукупність ознак *будь-якого* злочину (злочину “взагалі”); в) одні криміналісти підкреслюють, що склад злочину є сукупністю ознак, які характеризують злочин певного виду *в цілому*; інші допускають, що ця “інформаційна модель” може відображати і *окремі різновиди* злочину певного виду.

4. *Особливі підходи* щодо конкретного розуміння складу злочину – альтернативні домінуючому підходу – найбільш яскраво представлені в публікаціях Н.Ф. Кузнецової та І.П. Малахова. В межах *першого особливого підходу* наголошується на необґрунтованості розуміння складу злочину як інформаційної моделі, законодавчого описання злочину і констатується: склад злочину – це “діяння, що містить описані в кримінальному законі ознаки злочину” [2, 98], або ж “сукупність фактів, з якою норма пов’язує кримінально-правові наслідки” [3, 131].

3 позицій *другого особливого підходу* склад злочину – це “конструкція... суто теоретична, наукова абстракція, яку майже кожен автор, котрий торкається проблеми складу злочину, розуміє і тлумачить по-своєму” [4, 76]. Вона не має свого втілення ні в нормах кримінального права, які описують ознаки злочинних діянь, ні в самих злочинних діяннях. Як “теоретична побудова”, створена до того ж з порушенням законів “діалектичної логіки”, склад злочину не може виконувати юридично значущих функцій, зокрема, бути підставою кримінальної відповідальності [5, 37–43].

5. Подальше дослідження сутності складу злочину передбачає перш за все оцінку наведених вище підходів щодо його розуміння і на її підставі – уточнення, доповнення і, можливо, спростування відповідних конкретних характеристик. Окремими

“фрагментами” такого дослідження можуть бути наступні положення:

1) на наш погляд, склад злочину у його сучасному розумінні дійсно являє собою певну *модель злочину*. При цьому як результат пізнавально-оціночної діяльності людей він поки що може існувати лише як *словесна (мовна) модель*. Словесна форма складу злочину є, так би мовити, первинною (матеріальною, “фізичною”) формою його існування, без якої неможливі будь-які інші його форми;

2) як словесна модель злочину його склад містить певні змістові характеристики злочину, виконуючи перш за все *інформаційну* функцію. Водночас, повністю “зняти” елемент *оцінки*, що мав місце при створенні складу злочину, такі характеристики не можуть – окремі з них мають форму так званих оціночних ознак. Під цим кутом зору склад злочину може розглядатись не лише як *інформаційна*, а і як *інформаційно-оціночна модель злочину*;

3) особливості кримінально-правового регулювання виключають можливість визнання поведінки людини злочином за якимись його загальними (“родовими”) характеристиками (наприклад, безпосередньо за рівнем суспільної небезпеки). Тому склад злочину завжди містить певний мінімум його *видових характеристик*, а якщо різне кримінально-правове значення надається *окремим різновидам* злочину певного виду, цей мінімум доповнюється характеристиками таких різновидів. Таким чином, склад злочину – це завжди *модель злочину певного виду* або його *окремого різновиду*;

4) будучи моделлю злочину, а не просто поняттям про нього, склад злочину набуває певних властивостей *системи*. Ці властивості проявляються, зокрема, в тому, що його характеристики мають *структурну* (елементи, зв’язки між ними) та *змістову* (ознаки) сторони. При цьому важливо підкреслити: всупереч “буквальному” розумінню склад злочину може включати характеристики, які фіксують не лише “внутрішні” зв’язки між окремими елементами (компонентами) власне діяння, а і “зовнішні” зв’язки діяння з іншими юридичними

фактами (типами юридичних фактів).

6. Якщо склад злочину як його словесна інформаційна (інформаційно-оціночна) модель “включається” в механізм кримінально-правового регулювання, він набуває кількох *додаткових правових характеристик*. Зміст кожної з них є специфічним – він визначається характером взаємодії конкретної моделі з окремими складовими (елементами) цього механізму. Відповідна специфічна правова характеристика надає такій моделі “статусу” відносно *самостійного правового явища*, яке, крім зазначених вище сутнісних (змістових і структурних) характеристик, має *особливу форму* свого існування (“юридичного” буття).

7. Відповідно до пункту 22 частини першої статті 92 Конституції України виключно законами України визначаються діяння, які є злочинами, та відповідальність за них. Тому в межах правової системи України склад злочину як певна його словесна модель обов’язково набирає *законодавчої (власне правової) форми*. При цьому з урахуванням особливостей кримінального законодавства України така форма складу злочину має вигляд специфічної *нормативної юридичної конструкції – юридичного складу злочину*. Саме юридичний склад злочину має бути єдиним правовим (нормативним) орієнтиром для визнання конкретного діяння у поєднанні з іншими обставинами злочином певного виду чи окремим різновидом такого злочину.

8. Як специфічна нормативна юридична конструкція юридичний склад злочину є об’єктом пізнання і оцінки різних людей – пересічних громадян, юристів-практиків, правознавців. В процесі пізнання та оцінки відповідні його змістові і структурні характеристики “переміщуються” у сферу свідомості зазначених суб’єктів і там обов’язково систематизуються, уточнюються, конкретизуються. В результаті цього з’являється окрема (відносно самостійна) форма складу злочину як певного *елементу (“фрагмента”) індивідуальної і колективної правосвідомості*. Важливо підкреслити: в індивідуальній і колективній правосвідомості та її “матеріалізованих”

джерелах (коментарях, підручниках, монографіях тощо) склад злочину існує як *своєрідна нормативно-теоретична юридична конструкція*.

Теоретична складова такої конструкції перш за все включає *загальні положення* – в окремих джерелах їх називають загальним складом злочину, загальним поняттям про склад злочину тощо [6, 81]. Крім того, в межах теоретичної складової систематизуються, конкретизуються та уточнюються окремі *видові характеристики*, що передбачені у складі злочину певного виду чи склада окремих його різновидів.

Очевидно, що теоретична складова складу злочину як елементу правосвідомості може містити окремі спірні положення. Однак повністю виключити нормативний зміст і тим самим перетворити цю його форму в суто теоретичну юридичну конструкцію суб’єкт не може – певний мінімум нормативних характеристик в ній завжди залишається.

9. Для окремих теоретичних джерел характерне спрощене розуміння ситуації, в якій вирішується питання про злочинність *конкретного діяння*. Воно зводиться, зокрема, до наступного: діяння у поєднанні з іншими юридичними фактами зіставляється з кількома юридичними складами злочинів (нормативними юридичними конструкціями) і з них обирається той, який найбільш повно і точно передбачає це діяння. В дійсності зміст такої ситуації значно складніший: оскільки висновок про злочинність діяння є результатом певних оціночно-пізнавальних процесів, що відбуваються у *свідомості (правосвідомості)* відповідного суб’єкта, зіставляються не реальні юридичні факти і нормативні юридичні конструкції, а певні інформаційні (інформаційно-оціночні) їх моделі як окремі складові (“фрагменти”) його (суб’єкта) свідомості (правосвідомості).

Якщо результатом такого зіставлення стає висновок про відповідність конкретної моделі фактичних обставин певній моделі юридичного складу злочину, така модель фактичних обставин відтворюється у відповідному процесуальному документі (“до-

судовим слідством встановлено...”; “суд встановив...”). Саме ця *модель фактичних обставин*, по суті, – *конкретизованих видових характеристик* злочину певного виду чи його окремого різновиду і є ще однією формою складу злочину – так званим *фактичним складом злочину*.

10. Викладене вище дозволяє сформулювати наступні загальні висновки: 1) за своєю *сутністю* склад злочину є словесною інформаційною (інформаційно-оціночною) моделлю злочину певного виду або окремого його різновиду; 2) якщо така модель “включається” в механізм кримінально-правового регулювання, вона набуває певних правових (юридичних) властивостей, зміст яких визначається характером її взаємодії з відповідними елементами цього механізму; ці властивості зумовлюють “розщеплення” складу злочину на декілька відносно самостійних правових явищ, кожне з яких має свою *форму* існування (“юридичного буття”); 3) як компонент (елемент) змісту кримінального права склад злочину набуває форми специфічної *нормативної юридичної конструкції*, існує у вигляді *юридичного складу злочину*; 4) будучи відображенням у свідомості людей, юридичний склад злочину зазнає певних змін: окремі його характеристики уточнюються, конкретизуються, систематизуються; тому як компонент (“фрагмент”) індивідуальної та колективної правосвідомості склад злочину набуває форми своєї *нормативно-теоретичної юридичної конструкції*; 5) при

визначенні злочинності *конкретного діяння* відповідний суб’єкт обов’язково створює інформаційно-оцінчну модель фактичних обставин (діяння у поєднанні з іншими юридичними фактами); якщо суб’єкт робить висновок про відповідність такої моделі певному юридичному складу злочину, він відтворює цю модель у відповідному процесуальному документі; така модель *конкретизованих характеристик* злочину певного виду чи окремого його різновиду набуває форми так званого *фактичного складу злочину*.

Список літератури:

1. Советское уголовное право. Общая часть. – М., 1981.
2. Советское уголовное право. Общая часть. – М., 1981 – С.98
3. Болдырев Е.В., Галкин В.М. Уголовно-правовая норма и состав преступления /Е.В. Болдырев, В.М. Галкин // Проблемы совершенствования советского законодательства: Труды. – М., 1977. – Вып. 10 – С. 131.
4. Малахов И.П. Основания уголовной ответственности / И.П. Малахов // Советское государство и право. – 1991. – № 6. – С. 76.
5. Малахов И.П. Основы уголовного права. Общая часть. Разд. I. Основания уголовной ответственности: учеб. пособие / И.П. Малахов. – К.: МАУП, 2000. – С. 37–43.
6. Кримінальне право України: Загальна частина: Підручник для студентів юрид. спец. вищ. закладів освіти. – Київ – Харків: Юрінком Інтер – Право, 2001. – С. 81.

В.П. Тихий,
доктор юридичних наук, професор,
академік Академії правових наук України

Підстава кримінальної відповідальності

Підстава кримінальної відповідальності – її поняття, сформульоване в статті 2 Кримінального кодексу України, яка має таку ж назву і в частині першій, визначає, що “підставою кримінальної відповідальності є вчинення особою суспільно небезпечного діяння, яке містить склад злочину, передбаченого цим Кодексом”. У частині другій цієї статті відтворюється конституційне положення про презумпцію невинуватості (частина перша статті 62 Конституції України): “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”.

Саме вчинення особою суспільно небезпечного діяння, яке містить склад злочину, передбаченого законом, є фактичною підставою кримінальної відповідальності. Злочин як підстава кримінальної відповідальності характеризується чотирма елементами (об’єкт, суб’єкт, об’єктивна та суб’єктивна сторони злочину), які утворюють склад злочину. Те чи інше суспільно небезпечне діяння є злочином лише за умови, що воно містить у собі склад злочину, передбаченого законом – лише наявність у вчиненому особою суспільно небезпечному діянні складу злочину свідчить про скоєння нею злочину. Якщо у діянні особи встановлено склад злочину, то тим самим встановлено вчинення нею злочину. Отже, притягнути особу до кримінальної відповідальності можна лише тоді, коли у вчиненому нею суспільно небезпечному діянні є склад злочину, передбачений законом. Тому в літературі і правозастосовній практиці визначають, що *нормативно-правовою (законною) підставою кримінальної відповідальності є склад злочину*. Відсутність у діянні особи складу злочину означає відсутність підстави

кримінальної відповідальності і навпаки. Підстава кримінальної відповідальності має місце з моменту вчинення особою суспільно небезпечного діяння, яке містить склад злочину. Останній, з точки зору логіки, ні що інше як зміст (основний) злочину.

Для реалізації кримінальної відповідальності необхідним є обвинувальний вирок, який розглядається у цьому аспекті як *процесуальна правова підстава кримінальної відповідальності*. Ніхто не зобов’язаний доводити свою невинуватість у вчиненні злочину (частина друга статті 62 Конституції України). Доведення наявності підстави кримінальної відповідальності покладається на органи, які проводять дізнання і досудове слідство, та прокуратуру, а перевірку звинувачення, вирішення питання про те, чи має місце підстава кримінальної відповідальності – право і обов’язок суду. Якщо в інкримінованому особі діянні немає складу злочину, тобто відсутня підстава кримінальної відповідальності, кримінальна справа не може бути порушена, а порушена справа підлягає закриттю. Якщо ж справа передана до суду – виноситься виправдувальний вирок.

Згідно з Кримінальним кодексом України законодавство про кримінальну відповідальність становить Кримінальний кодекс України, який ґрунтується на Конституції України та загальновизнаних принципах і нормах міжнародного права (ч. 2 ст. 3); закони України про кримінальну відповідальність, прийняті після набуття чинності Кримінальним кодексом, включаються до нього з часу набрання ним чинності (ч. 2 ст. 3); злочинність діяння, а також його караність та інші кримінально-правові наслідки визначаються тільки Кримінальним кодексом (ч. 3 ст. 3); застосування закону про кримінальну відповідальність за ана-

логією заборонено (ч. 4 ст. 3); злочином є передбачене Кримінальним кодексом України суспільно небезпечне винне діяння (дія або бездіяльність), вчинене суб'єктом злочину (ч. 1 ст. 11). З цих законодавчих положень випливає, що тільки закон про кримінальну відповідальність встановлює об'єктивні та суб'єктивні ознаки, сукупність яких утворює підставу кримінальної відповідальності.

Склад злочину визначається нормами як Загальної так і Особливої частини Кримінального кодексу України. У зв'язку з цим склад злочину має місце як при закінченому, так і при незакінченому злочині (готуванні до злочину та замаху на злочин), у діях як виконавця злочину, так і інших співучасників злочину. При незакінченому злочині є склад готування до злочину чи склад замаху на злочин, а при співучасті у злочині – склад співучасті у злочині, що відбивається в їх кваліфікації.

На базі матеріального поняття злочину (ст. 11 КК України) у статтях Особливої частини Кримінального кодексу України визначаються конкретні склади злочинів, перелік яких є вичерпним. У частині першій ст. 2 КК України передбачена загальна підстава кримінальної відповідальності за вчинення будь-якого злочину. Але кримінальна відповідальність може мати місце лише тоді, коли в діянні особи є склад конкретного злочину. Тому в кожному окремому випадку повинна бути встановлена підстава кримінальної відповідальності за даний конкретний злочин, відповідність вчиненого суспільно небезпечного діяння складу злочину, передбаченого диспозицією певної статті Особливої частини Кримінального кодексу України. Тільки при встановленні у діянні особи певного конкретного складу злочину, передбаченого Особливою частиною Кримінального кодексу України, можлива кримінальна відповідальність. Якщо у діях особи не встановлено складу злочину, кримінальна відповідальність не може мати місця ні за яких умов.

У радянській літературі висловлювалася думка, що підставою кримінальної відповідальності є не склад злочину, а вина,

винуватість, особливі властивості злочинця тощо. Ця позиція не узгоджується з захистом прав і свобод людини і громадянина, ставить визнання підстави кримінальної відповідальності в повну залежність від розсуду правоохоронних органів і суду, ігнорує те, що підстава кримінальної відповідальності за одні й ті самі юридично однакові діяння має бути визначена у законі і бути єдиною в усіх випадках застосування даного закону. Інша справа, що наявність складу злочину у діянні особи, хоча і є необхідною і достатньою підставою кримінальної відповідальності, але автоматично не вирішує питання про притягнення до кримінальної відповідальності в тих чи інших конкретних випадках. Остаточне вирішення питання про доцільність кримінальної відповідальності залежить не тільки від складу злочину, а й від урахування інших певних обставин справи, які не входять до складу злочину, знаходяться за його межами. У той же час ці обставини не можуть зробити злочинне діяння незлочинним і, навпаки, незлочинне – злочинним.

Крім правової підстави, кримінальна відповідальність, як й інші види юридичної відповідальності фізичних осіб, має і *загально-теоретичну підставу*, яка далеко виходить за межі кримінального права і права взагалі і пов'язана з розв'язанням суто філософських проблем причинності, детермінізму, свободи волі тощо. Існування відповідальності, і зокрема кримінальної, визначення, чому і за що особа несе відповідальність, на чому базується право держави вимагати певної поведінки і притягати за злочини та інші правопорушення тощо, обґрунтовується тим, що людина має, хоча й відносну, але реальну об'єктивну свободу вибору своєї поведінки і, таким чином, можливість не порушувати правові заборони, утримуватись від цього, діяти (вчиняти) інакше. Це і є загальнотеоретичною підставою відповідальності людини за вчинені нею дії. Саме тому юридична відповідальність, і перш за все кримінальна, здатна примушувати обирати правові, незлочинні варіанти, способи поведінки.

М.І. Хавронюк,
доктор юридичних наук
(Верховний Суд України)

Відсутність складу злочину: кримінально-правовий аспект

Відповідно до статті 6 Кримінально-процесуального кодексу України (далі – КПК) кримінальну справу не може бути порушено, а порушена справа підлягає закриттю, зокрема, за відсутністю в діянні складу злочину.

Автори коментарю Кримінально-процесуального кодексу України зазначають, що у діях конкретної особи відсутній склад злочину, коли встановлено, що діяння, у якому є ознаки злочину, не передбачене чи не розцінюється Кримінальним кодексом України (далі – КК) як злочин. На думку зазначених авторів, останнє [під останнім, напевно, мається на увазі те, що діяння **не розцінюється** КК як злочин – М.Х.] стосується необхідної оборони та інших обставин, що виключають злочинність діяння (статті 36–43 КК); крім того, склад злочину в діях особи буде відсутній і у разі її добровільної відмови від доведення злочину до кінця, якщо фактично вчинене нею не містить складу іншого злочину (ст. 17 КК) [1, 17–20]. Російські автори вважають, що відсутність у діянні складу злочину (п. 2 частини 1 ст. 24 КПК Росії) означає: 1) відсутність хоча б одного з елементів складу злочину; 2) наявність обставин, що виключають відповідно до закону злочинність діяння; 3) малозначність діяння [2, 330–331].

Наведеними двома позиціями, які є вельми поширеними і вважаються загальноприйнятими, зазвичай дискусії з питання про те, коли саме можна не порушувати або закрити кримінальну справу з такої підстави, як «відсутність складу злочину», і обмежуються.

Але на практиці виникають питання і щодо правильної кримінально-

правової (а відтак згодом – і кримінально-процесуальної) оцінки деяких фактичних обставин як таких, що можуть виключати наявність складу злочину. Загалом же практичне значення має складення повного і вичерпного переліку відповідних обставин, за наявності яких необхідно застосовувати пункт 2 частини 2 ст. 6 КПК, а так само суміжних обставин, наявність яких, однак, не дає підстав для застосування вказаної норми.

На нашу думку, говорячи про **обставини, які виключають наявність складу злочину**, можна мати на увазі насамперед відсутність хоча б одного з елементів складу злочину.

Так, виключає наявність складу злочину відсутність:

а) об'єкта. Це має місце у випадках, коли дією чи бездіяльністю заподіяно шкоду відносинам, які не охороняються кримінальним законом. Наприклад, чинним КК не охороняються відносини, закріплені приписами канонічного права або статеві відносини між подружжям. Тому відсутній об'єкт злочину і немає складу злочину у діях особи, яка заперечує існування Бога або особи, яка вчинила подружню зраду. Як вказано у ст. 1 КК, він охороняє лише такі об'єкти, як права і свободи людини і громадянина, власність, громадський порядок та громадську безпеку, довілля, конституційний устрій України, мир і безпека людства. Усі інші об'єкти можуть перебувати під охороною Цивільного і Господарського кодексів України, Кодексу України про адміністративні правопорушення, Кодексу законів про працю України, інших законів, що містять юридичні санкції, але не під охороною КК. Навіть якщо має місце юридична

помилка в об'єкті і особа щиро вважає, що вчинене нею діяння є злочином, який вона бажала вчинити (уявний злочин), складу злочину однак немає.

Немає також об'єкта, якщо йдеться про:

- не обіцяне заздалегідь переховування злочинця, знарядь і засобів вчинення злочину, слідів злочину чи предметів, здобутих злочинним шляхом, або придбання чи збут таких предметів, за винятком випадків, передбачених статтями 198 та 396 КК (ч. 6 ст. 27 КК);
- обіцяне до закінчення вчинення злочину неповідомлення про достовірно відомий підготовлюваний або вчинюваний злочин, за винятком випадків, коли вчинене діяння містить ознаки іншого злочину (ч. 7 ст. 27 КК);
- йдеться про деякі інші види діянь (ч. 2 ст. 385 і ч. 2 ст. 396 КК).

У цих трьох випадках відповідне діяння прямо виключається законом із числа суспільно небезпечних, тобто таких, що посягають на визначені ст. 1 КК об'єкти.

До такого елементу складу злочину як об'єкт прийнято включати також предмет і потерпілого. Тому виключає наявність складу злочину через відсутність об'єкта відсутність відповідного предмета чи потерпілого. Так, відсутній предмет (і об'єкт) злочину, передбаченого ст. 201 КК, у діях особи, яка переміщує через митний кордон річ, яка лише нагадує зброю, але не є нею; відсутній потерпілий (і об'єкт) злочину, передбаченого ст. 171 КК, в діях особи, яка умисно перешкоджає законній професійній діяльності письменника, який не є журналістом;

б) об'єктивної сторони. Немає об'єктивної сторони, якщо:

- відсутнє діяння як таке (у т.ч. незакончене);
- відсутня така, що є невід'ємною ознакою відповідного діяння, ознака місця, часу, способу, засобу, знаряддя чи обставини;
- відсутні передбачені як обов'язкова ознака простого складу злочину су-

спільно небезпечні наслідки.

Наприклад, якщо немає факту викрадення (скажімо, особа не викрала, а взяла річ у тимчасове користування, і ще до моменту виявлення пропажі ця річ була повернута власнику через посередника) чужого майна, то не можна говорити про існування складу злочину, передбаченого ст. 185 КК; якщо командир залишив корабель у ситуації, коли корабель не гинув, то не можна говорити про існування складу злочину, передбаченого ст. 428 КК; якщо не настала ні смерть потерпілого, ні реальна загроза смерті, то немає складу закінченого злочину, передбаченого ст. 115 КК, і т. ін.

Так само немає об'єктивної сторони, якщо діяння визнається злочином за умови наявності так званої адміністративної (або дисциплінарної) преюдиції – коли діяння вважається злочином лише у разі його повторного – після адміністративної чи дисциплінарної санкції – вчинення. Незважаючи на задекларовану відмову від неї, вона все таки зустрічається у багатьох статтях чинного КК. Йдеться про статті 209¹, 337, 390 і 391 КК. Причому у ст. 209¹, якою КК було доповнено у січні 2003 р., вказівка на адміністративну преюдицію має відвертий характер;

в) суб'єкта. Немає суб'єкта злочину, якщо діяння вчинене:

- не фізичною особою;
- неосудною особою;
- особою, яка не досягла віку кримінальної відповідальності. Причому у цьому випадку йдеться про особу, яка вже досягла 11-річного віку, оскільки стосовно особи, яка не досягла на час вчинення суспільно небезпечного діяння 11-річного віку, справа у всіх випадках закривається на підставі п. 5 частини 1 ст. 6 КПК.

Крім того, виключає наявність складу злочину вчинення діяння особою, яка не є спеціальним суб'єктом, якщо цей злочин може бути вчинений тільки спеціальним суб'єктом (частина друга ст. 18 КК);

г) суб'єктивної сторони. Не можна говорити про наявність суб'єктивної сторони у випадках, коли:

- відповідне діяння визнається суспільно небезпечним незалежно від того, вчинене воно умисно чи необережно, але у даному конкретному випадку психічне ставлення до нього особи, яка його вчинила, не характеризувалось ані умислом, ані необережністю (тобто йдеться про невинне діяння, зокрема казус);

- відповідне діяння визнається суспільно небезпечним лише якщо воно вчинене умисно, але у даному конкретному випадку психічне ставлення до нього особи, яка його вчинила, характеризувалось необережністю;
- відповідне діяння визнається суспільно небезпечним лише якщо воно вчинене з певною метою чи спрямованістю або з певних мотивів (і, відповідно, лише з прямим умислом), але у даному конкретному випадку у особи, яка його вчинила, такої мети (спрямованості) або такого мотиву (і прямого умислу) не було;
- відповідне діяння визнається суспільно небезпечним лише якщо воно вчинене умисно або через злочинну самовпевненість, але у даному конкретному випадку психічне ставлення до нього особи, яка його вчинила, характеризувалось необережністю у виді злочинної недбалості;
- йдеться про діяння, вчинене виконавцем, якщо воно не охоплювалось умислом співучасників – стосовно останніх. Якщо мав місце ексцес виконавця, то стосовно організатора, підбурювача, пособника або ж іншого виконавця кримінальна справа не порушується або закривається за п. 2 ч. 1 ст. 6 КПК.

Як правило, відсутні об'єкт та/або суб'єктивна сторона складу злочину за наявності *обставин, які відповідно до закону виключають злочинність діяння*. Йдеться про:

- дії у стані необхідної оборони і затримання злочинця (статті 36, 38 КК);
- перевищення меж необхідної оборони і перевищення заходів, необ-

хідних для затримання злочинця, крім випадків, прямо передбачених у статтях 118 і 124 КК (статті 36, 38 КК);

- дії у стані уявної оборони у певних випадках (ст. 37 КК);
- дії або бездіяльність у стані крайньої необхідності (ст. 39 КК);
- перевищення меж крайньої необхідності, дії або бездіяльність, вчинені під впливом фізичного примусу, внаслідок якого особа зберігала можливість керувати своїми діями, а також психічного примусу – у певних випадках (ст. 39, ч. 2 ст. 40 КК);
- дії або бездіяльність, вчинені під безпосереднім впливом фізичного примусу, внаслідок якого особа не могла керувати своїми вчинками (ч. 1 ст. 40 КК);
- дії або бездіяльність, вчинені з метою виконання законного наказу чи розпорядження (ч. 1 ст. 41 КК);
- відмову від виконання явно злочинного наказу (ч. 3 ст. 41 КК);
- дії або бездіяльність, вчинені з метою виконання злочинного наказу або розпорядження, якщо особа не усвідомлювала і не могла усвідомлювати його злочинного характеру (ч. 5 ст. 41);
- дії або бездіяльність, вчинені в умовах виправданого ризику (ч. 1 ст. 42 КК);
- вимушене заподіяння шкоди правоохоронюваним інтересам особою, яка відповідно до закону виконувала спеціальне завдання, беручи участь в організованій групі чи злочинній організації з метою попередження чи розкриття їх злочинної діяльності, за окремими винятками (ст. 43 КК).

Тому у всіх перелічених випадках кримінальна справа не порушується або закривається з посиланням на пункт 2 частини 1 ст. 6 КПК.

З іншого боку, *не можна не порушити або закрити кримінальну справу за відсутністю складу злочину* (пункт 2 частини 1 ст. 6 КПК) у випадках, коли:

1) діяння містить склад іншого злочину. Наприклад: якщо речі, що знаходяться при вбитих чи поранених, викрадені не на полі бою, то немає складу злочину, передбаченого ст. 432 КК, але є склад злочину, передбаченого ст. 185 КК; якщо посягання вчинене не на спеціального потерпілого, то немає складу злочину, передбаченого ст. 112 КК, але є склад злочину, передбаченого ст. 115 КК, і т. ін.

З цього випливає доцільність замінити у пункті 2 частини 1 ст. 6 КПК слова “за відсутністю в діяння складу злочину” словами “за відсутністю в діянні складу *будь-якого* злочину”;

2) має місце помилка:

а) юридична щодо незлочинності діяння – особа вважала, що діяння не є злочином, однак за законом воно визнається злочином. Адже відповідно до ст. 68 Конституції України “незнання законів не звільняє від юридичної відповідальності”;

б) фактична – особа помилялась стосовно об’єктивних властивостей вчиненого нею суспільно небезпечного діяння (об’єкта, предмета, потерпілого, засобів і знарядь, розвитку причинного зв’язку). Йдеться зокрема про так звані замах на непридатний об’єкт і замах з непридатними засобами, які є особливими формами злочину і з урахуванням спрямованості злочинного наміру тягнуть за собою кримінальну відповідальність на загальних підставах (утім, з огляду на конкретні обставини такий замах може бути визнаний малозначним діянням);

3) йдеться про малозначне діяння. Адже у цих випадках склад злочину (об’єкт,

об’єктивна сторона, суб’єкт і суб’єктивна сторона) фактично є, хоча шкода об’єкту завдається мізерна (неістотна). Кримінальна справа у таких випадках не порушується або закривається за частиною 2 ст. 11 КК;

4) йдеться про готування до злочину невеликої тяжкості (ч. 2 ст. 14 КК) – спеціальний випадок, коли закон прямо визнає діяння малозначним (наприклад, готування до побойів – ч. 1 ст. 126 КК). У таких випадках кримінальна справа не порушується або закривається з посиланням на ч. 2 ст. 14 КК.

З двох останніх випадків впливає необхідність доповнення частини 1 статті 6 КПК ще одним пунктом (скажімо, з номером 2¹) такого змісту:

“2¹) якщо дія чи бездіяльність, хоча формально і містить ознаки будь-якого діяння, передбаченого Кримінальним кодексом України, але через малозначність не становить суспільної небезпеки, у тому числі якщо вчинена дія чи бездіяльність являє собою готування до злочину невеликої тяжкості”.

Список літератури:

1. Кримінально-процесуальний кодекс України : науково-практичний коментар. / за заг. ред. В.Т. Маляренка, В.Г. Гончаренка. – вид. четверте, переробл. та доповн. – К.: Юрисконсулт, КНТ. – 2007. – 896 с. – С. 17–20.

2. **Григорьев В.Н., Победкин А.В., Яшин В.Н.** Уголовный процесс: учебник / В.Н. Григорьев, А.В. Победкин, В.Н. Яшин. – М.: Изд-во Эксмо, 2005. – С. 330–331.

Є.Л. Стрельцов,
доктор юридичних наук,
(Одеський національний університет
ім. І.І. Мечникова)

Склад злочину: традиційне та нове

Вітчизняні доктрина кримінального права та законодавство про кримінальну відповідальність визнають єдиною підставою кримінальної відповідальності вчинення особою суспільно небезпечного діяння, яке містить склад злочину, передбачений Кримінальним кодексом України. Можна сказати, що склад злочину це законодавча модель, якщо бажаєте, законодавча “формула”, яка дає змогу визнавати конкретне суспільно небезпечне діяння злочином і надає єдині необхідні та достатні підстави для кримінальної відповідальності особи, яка вчинила таке діяння (ч. 1 ст. 2 КК України). Склад злочину також дозволяє вибрати необхідну кримінально-правову норму при правовій оцінці такого діяння, є необхідною умовою законності при застосуванні кримінально-правових норм тощо [2, 5].

Відомо, що ця законодавча модель була сприйнята на початку минулого сторіччя у німецькій класичній школі кримінального права [3, 3]. Потрібно додати, що, як це можливо не виглядає дивно, практично такий же підхід до визначення підстав кримінальної відповідальності існує і в країнах, де офіційно не проголошується “склад злочину” як єдина підстава кримінальної відповідальності. В цих країнах, для цього використовуються “сукупність” інших ознак, наприклад, “матеріальні” і “моральні”. Але якщо подивитесь на це ближче, то розумієш, що при принциповій оцінці, великої різниці немає. Тут потрібно сказати, що, на нашу думку, в такий універсальній моделі притягнення особи до кримінальної відповідальності закладені всі спроби, весь тривалий досвід людства щодо найбільш оптимального вирішення цієї проблеми.

Звісно, якщо повернутись до нашого досвіду, то потрібно сказати, що за ці сто років ми багато в чому не тільки відійшли від “німецької” моделі, але й постійно достатньо критично оцінюємо як традиційні так і більш нові позиції з цього приводу. Взагалі, це повинно, на нашу думку, за низкою причин розглядатись як позитивні процеси. По-перше, наявність єдиного законодавчого підходу при вирішенні питання щодо притягнення до кримінальної відповідальності примушує постійно обговорювати усі аспекти такого підходу, їх якість, формальні ознаки, незалежно від терміну використання, здатності реально відображати реалії об’єктивного світу, різні види людської поведінки тощо. По-друге, такі процеси, в свою чергу, потребують, щоб така дискусія була дійсно об’єктивною, належно науково-методично забезпеченою і т. ін.

Говорячи про такі дискусії, потрібно звернути увагу не тільки на те, що вони є достатньо постійними, а й на те, що така загальна тенденція все ж має певні суспільні, часові та інші коливання. На нашу думку, остання така “хвиля” почала зароджуватись в 90-роках минулого століття. Вона відбувається не тільки в вітчизняній науці. Найбільш серйозні дискусії, почали відбуватись при обговоренні такого елементу складу, як об’єкт. Для такого обговорення є необхідні аргументи. Реформи, які відбуваються у нас, змінюють об’єктивно чи, можливо, більше в уявленні членів суспільства, оцінку багатьох груп соціальних цінностей. Потрібно відмітити, що об’єкт злочину завжди достатньо плідно досліджувався вітчизняними фахівцями. Його досліджували В.Я. Тацій та М.Й. Кор-

жанський, потім – С.Б. Гавриш. Зараз – це Є.В. Фесенко і В.І. Осадчий. Аналізуючи родовий та видові об’єкти злочинів, ми також досліджували цю проблему. Серед закордонних фахівців – один з перших, хто почав сучасне обговорення об’єкта, вважається А.В. Наумов.

Потрібно сказати, що взагалі усі такі дискусії, обговорення, постійні спроби додаткового дослідження елементів та ознак складу злочину, їх науково-практичного коментарю та ін., все ж залишають низку положень, які не мають єдиного визначення і є предметом перманентного обговорення.

Підтримуючи необхідність таких дискусій, необхідно звернути увагу на одне, дуже важливе, з нашої точки зору, положення. Його сутність полягає в тому, що коли мова йде про обговорення одного з основних та принципових положень в сучасному кримінальному праві та законодавстві про кримінальну відповідальність, а саме складу злочину, то завжди необхідно розуміти, що будь-яка така дискусія може мати не тільки “зримі” наслідки. Тут починає працювати відоме загальне правило, що дискусія, яка стосується найважливіших положень у будь-якій науці і практиці, може мати і наслідки, які не “рахувались”, не очікувались, можуть породжувати нову, в тому числі і принципову дискусію. Так, час від часу, трапляється і при науковому обговоренні складу злочину. Зараз так, на нашу думку, трапляється при обговоренні саме такого елементу складу злочину, як об’єкт.

Не аналізуючи детально дискусію, яка зараз триває, можна сказати, що її, на нашу думку “неочікуваними” наслідками може бути “переведення” злочину як суспільно небезпечного діяння на рівень конфлікту приватного значення. Не можна сказати, що це зовсім нова точка зору. Певною мірою всі такі тенденції є наслідками фейєрбахівського розуміння злочину, як діяння, що посягає на чийсь право, а внаслідок цього об’єкт злочину – це ущемлений приватний інтерес. Але зараз така тенденція набуває більш конкретного вираження.

В зв’язку з цим, зупинимось більш детально на достатньо складному і принципо-

вому положенні, яке вже почало достатньо активно обговорюватись в останній час і яке стосується проблеми “природного та одночасного” існування в кримінальному праві публічних та приватних основ. До цього вже наводяться приклади з діючого вітчизняного законодавства про кримінальну відповідальність, коли в ньому вже є достатня кількість статей, де саме позиція потерпілого є, умовно кажучи, домінуючою при вирішенні питання про притягнення або звільнення від кримінальної відповідальності особи, яка вчинила відповідні дії. В зв’язку з цим, маючи певні обмеження в обсязі цієї публікації, зупинимось тільки на окремих положеннях, розуміючи, що продовження дискусії з цього приводу потребує більш деталізованого аналізу.

Потрібно відмітити, що сучасна західна кримінально-правова теорія і практика такий підхід до оцінки принципових начал в кримінальному праві відстоює вже певний час. Така позиція ґрунтується на, умовно кажучи, запереченні наявності суспільної небезпеки в злочинному діянні не тільки як на формальній ознаці такого діяння, а й сутності самого такого вчинку, що, в свою чергу, заперечує і публічно-правовий характер кримінального права. Один з основних прихильників цього підходу є Говард Зер, який є розробником відповідної теорії [1]. Сутність такого підходу полягає в тому, що злочин потрібно розуміти не як суспільно небезпечне діяння, а “тільки” як протиправне та каране. Продовжуючи це, він вважає, що таке діяння потрібно розглядати не з позицій суспільної небезпеки, а з точки зору шкоди, яка завдається, наприклад, конкретній людині. В зв’язку з цим, діяння потрібно розглядати не стільки в залежності від потреб суспільства, скільки в залежності від бажання потерпілого, що надає останньому “перевагу” при вирішенні питань про притягнення до кримінальної відповідальності людини, яка вчинила такі дії. Така позиція знаходить своє відображення у кримінальному та кримінально-процесуальному праві низки західних країн.

Але аналізуючи це, потрібно спробувати відповісти на питання, яка мета лежить в

існуванні такого підходу, що дійсно дає змогу вирішити її наявність. З нашої точки зору, ця теорія направлена в основному на спрощення, якщо бажаєте, навіть здешевлення існуючої системи західного кримінального судочинства. Ми розуміємо, що сучасна система кримінального судочинства є дійсно достатньо складною і зовсім не дешевою. Наявність достатньо детального та докладного кримінального законодавства потребує для реалізації його положень відповідного механізму, який включає в себе цілу гілку відповідних судових та правоохоронних органів, наявність певного кола експертних установ, адвокатських організацій та ін. Функціонування такого механізму це дійсно складний і достатньо дорогий механізм, який в основному здійснюється за рахунок держави, що, в свою чергу, має свої складнощі, які пов'язанні з необхідністю встановлення певної "субординації" у використанні бюджетних коштів. Тому певне спрощення та "здешевлення" системи кримінального судочинства, мабуть, є однією з важливих задач для кожної держави, і різні спроби це зробити можуть викликати певне розуміння, але якщо вона не набуває рис абсурду*.

Говорячи про такі тенденції, все ж потрібно, на нашу думку, зробити два суттєвих зауваження, які корегують основні акценти цієї проблеми. Перше полягає в тому, що загальне покращення функціонування системи кримінального судочинства повинно відбуватися не стільки за рахунок можливості мати певні "компромісні" варіанти рішень між представниками цієї системи і обвинувачуваними або між потерпілими і обвинувачуваними, а на необхідності більш ретельного та обґрунтованого підходу до

проблем криміналізації та декриміналізації діянь, виключенні надання кримінальному праву певних політичних, більш декларованих заходів в подоланні складних проблем суспільного життя, що, в свою чергу, може мати свої достатньо негативні наслідки. Потрібно звернути необхідну увагу і на положення кримінально-процесуального законодавства. Тут є на чим працювати. І друге, будь-які спроби покращити функціонування цієї системи, ніколи не мають позбавляти кримінальне право публічно-правового характеру [4].

Завершуючи цю публікацію, необхідно зробити загальний висновок, який сформулює нашу позицію з цього приводу. Ми вважаємо, що будь-яка цивілізована держава повинна регулювати та захищати публічні та приватні цінності й інтереси. Робити це вона повинна і з урахуванням своїх як загальних правових можливостей, так і на рівні галузей права. Але тут потрібно враховувати, що саме особливості кожної галузі права, її галузева специфіка надає такому регулюванню та охороні свої особливості. Якщо в регулюючих галузях права, наприклад, цивільному, держава готова захищати приватні інтереси фізичних або юридичних осіб, але, умовно кажучи, тільки за первинної ініціативи саме цих осіб це робити, то в галузях публічного права, в тому числі і в кримінальному, робити це за своєї ініціативи держава вважає „природним”. Західні фахівці вважають, що публічне право, яке раніше називали *jus gentium*, повинно застосовуватися до будь-якої особи повсюдно саме за ініціативою держави [5]. Саме такий підхід потрібний при визначенні публічно-правового характеру кримінального права.

Список літератури:

1. Зер Х. Восстановительное правосудие: новый взгляд на преступление и наказание / Х. Зер ; пер. с англ. – М., 1998. – 453 с.
2. Кримінальний кодекс України: науково-практичний коментар / відп. ред. Є.Л. Стрельцов. – видання п'яте, перероблене та доповнене. – Харків: ТОВ "Одіссей", 2008.

* Наприклад, в невеликому місті в Читинській області в Росії 13 березня ц.р. було викрадено двох малолітніх хлопчаків. За показаннями свідків був встановлений можливий підозрюваний у цій справі, його розшуком займалися 200 співробітників міліції. Але в зв'язку з тим, що протягом декількох днів такі пошуки не дали позитивного результату, правоохоронні органи звернулись з офіційною пропозицією до цієї особи: якщо вона відпускає хлопчаків, то не буде притягатися до кримінальної відповідальності. Але виникає питання: на основі яких законодавчих положень можливо прийняти таке рішення?

3. **Мартин Финке** (університет Пассау, Баварія, ФРГ). Предисловие к комментарию Уголовного кодекса Украины. Уголовный кодекс Украины. Комментарий : Под редакцией Ю.А. Кармазина и Е.Л. Стрельцов. – Харьков, ООО “Одиссей”, 2001.

4. Современное уголовное законодательство в странах переходного периода: перспективы совершенствования. Крими-

нальний кодекс України 2001 р.: проблеми застосування і перспективи удосконалення // матеріали міжнародної науково-практичної конференції 13-15 квітня 2007 р.: у 2 ч. – Львів: Львівській державний університет внутрішніх справ, 2001. – Ч. 1. – 388 с.

5. **Тускоз Жан**. Міжнародне право: підручник / Жан Тускоз ; пер. з франц. – К.: “АртЕк”, 1998. – 416 с.

В.І. Борисов,
доктор юридичних наук, професор
(Національна юридична академія України
імені Ярослава Мудрого)

Склад злочину як правова модель

1. Сутнісним досягненням вітчизняного кримінального права є встановлення єдиної загальної структури всіх злочинів та побудова на цій основі складу кожного виду злочину, який можна розглядати як спрощену правову модель, необхідну для встановлення відповідності реального злочину нормі кримінального закону та визнання вчиненого підставою кримінальної відповідальності.

2. Незважаючи на широке вживання в теорії кримінального права та у правозастосовній діяльності поняття “склад злочину” та посилення на нього у кримінальному законі (ч. 1 ст. 2, ч. 2 ст. 17 КК) визначення юридичної природи цієї правової категорії залишається і на теперішній час дискусійним. Більшість науковців притримуються *нормативістського* погляду на склад злочину, вважаючи його законодавчого моделю. Так, у підручнику з Загальної частини Кримінального права України зазначається: “Склад злочину – це законодавче поняття про злочин і вказує лише на ті його ознаки, що закріплені в законі про кримінальну відповідальність” [5, 69]. Прихильник цього напрямку А.О. Пінаєв у своєму курсі лекцій із Загальної частини кримінального права України визначає такі особливості складу злочину: він формулюється тільки в законі про кримінальну відповідальність; право на конструювання складу злочину має лише Верховна Рада України; склад злочину утворюють ознаки, що зазначені в законі; до складу злочину не можна включати ознаки, що в законі не зазначені [10, 67]. Вбачається, що витоки такого підходу ґрунтуються на вченні про склад діяння, що склалося у середині 19 століття у Німеччині, згідно з яким склад діяння це опис у законі кримінально-релевантної поведінки у виді

дії або бездіяльності [3, 132–133]. Таке ж визначення складу діяння міститься і в сучасній редакції Кримінального кодексу ФРН, згідно з яким це поняття ототожнюється із диспозицією кримінально-правової норми Особливої частини [1, 96].

3. Вітчизняна наука кримінального права при визначенні змісту поняття “склад злочину” віддала перевагу системно-структурному методу пізнання суспільно небезпечного явища дійсності, визнаному кримінальним законом злочином. На відміну від розуміння складу діяння в Німеччині, українські, російські, як і більшість науковців інших країн колишнього СРСР, визначають склад злочину як сукупність чотирьох елементів – об’єкта, об’єктивної сторони, суб’єкта і суб’єктивної сторони, та ознак, їм притаманним. Разом із тим прихильники нормативістського погляду зазначають, що ознаки складу злочину містяться в законі про кримінальну відповідальність, вони немов би “розсіпані” у Кримінальному кодексі. Завдання юристів, підкреслює А.О. Пінаєв, полягає у тому, щоб усю цю сукупність ознак зібрати воедино, утворивши тим самим неподільне поняття складу шпигунства, бандитизму, вбивства, крадіжки тощо [11, 66]. На відміну від такого погляду певна частина науковців бачать у *складі структуру злочину, його систематизовану суспільну небезпечність* [6, 17]. Ґрунтуючись на такому підході, В.О. Навроцький зазначає, що *склад злочину це юридична конструкція, що вироблена теорією кримінального права* [8, 136]. Ще більш категоричний у намаганні дистанціювати склад злочину від кримінального закону В.П. Малахов. На його думку, склад злочину – це теоретична конструкція, наукова абстракція,

якої не знає кримінальний закон і котру майже кожний автор розуміє і тлумачить по-своєму [7, 163]. Незважаючи на певну обмеженість наведених визначень, слід визнати правильним висновок В.О. Навроцького, що формулювання “склад злочину, передбачений кримінальним законом” не є правильним, якщо мати на увазі не злочин, а склад. Дійсно, кримінальний закон визначає злочин, а не склад злочину. Саме диспозиція Особливої частини відображає та закріплює узагальнені, типові та найбільш характерні ознаки певного виду суспільно небезпечного явища, що визнається кримінальним законом злочином. Ознаки злочину, що закріплені в законі, повинні бути розпізнавані, читаємі, перевіряємі, тобто відповідати принципу виразності (ясності) [4, 137]. Вочевидь, що законодавець формулюючи таким чином закон, менше всього міркує про його відповідність вимогам складу злочину. Його завдання інше – сформулювати заборону в кримінальному законі таким чином, щоб кожний суб’єкт охоронюваних ним відповідних суспільних відносин міг її (заборону) сприйняти та витримувати свою поведінку у відповідності з правовими приписами, нормами моралі, визнаними загальнонародськими правилами спілкування тощо.

4. Використання прибічниками ненормативного погляду для визначення складу злочину терміносполучень “юридична конструкція”, “юридична модель” тощо є дещо невдалим, оскільки саме слово “юридичний” у загальноновизнаному його значенні пов’язується із законодавством, правовими нормами і практичним їх застосуванням [9, 850]. Більш **правильним вбачається використання при визначенні складу злочину терміносполучення “правова модель”**, оскільки склад злочину є правовою категорією, джерелами формування якої виступають кримінальний закон, теорія кримінального права та практика застосування кримінального закону, в першу чергу – судова. Окрім того, на склад злочину покладаються достатньо різноманітні галузеві функції: кримінально-правові, кримінально-процесуальні, кри-

мінологічні, криміналістичні [2, 96]. Що стосується кримінально-правових функцій, то завдяки складу злочину забезпечуються при застосуванні кримінального закону такі принципи кримінального права як законність та індивідуалізація кримінальної відповідальності. Завдяки складу злочину також вирішується питання щодо підстави кримінальної відповідальності, якою є вчинення особою суспільно-небезпечного діяння. Будучи певною моделлю, на яку орієнтується правозастосувач, склад злочину дозволяє останньому, особливо на початкових стадіях застосування кримінального закону, обмежитися встановленням лише тих об’єктивних і суб’єктивних ознак злочину, сукупність яких необхідна та достатня для констатації у вчиненому діянні підстави кримінальної відповідальності. Нарешті на склад злочину покладається кваліфікаційна функція, яка використовується на всіх стадіях руху кримінальної справи та завдяки якій констатується відповідність вчиненого суспільно небезпечного діяння нормі кримінального закону.

Список літератури:

1. **Бажанов М.И.** О функциях состава преступления / М.И. Бажанов // Проблемы законности. – Вып. 29. – Харьков, 1995.
2. **Бажанов М.И.** Вказана праця.
3. **Жалинский А.Э.** Современное немецкое уголовное право / А.Э. Жалинский. – М.: ТК Велби, Изд-во Проспект, 2004.
4. **Жалинский А.Э.** Вказана праця.
5. Кримінальне право України. Загальна частина: Підручник (Ю.В. Александров, В.І. Антипов, О.О. Дудоров та ін.). – Вид. 4-ге, переробл. та допов. / За ред. М.І. Мельника, В.А. Клименка. – К.: Атіка, 2008.
6. **Кузнецова Н.Ф.** Проблемы квалификации преступлений: лекции по спецкурсу “Основы квалификации преступлений” / Науч. ред. и предисл. академика В.Н. Кудрявцева. – М.: Издательский дом “Городец”, 2007.
7. **Малахов В.П.** Основания уголовной ответственности / В.П. Малахов. – К.: Украинская акад. внутр. дел., 1994. – С. 163.

8. **Навроцький В.О.** Теоретичні проблеми кримінально-правової кваліфікації / В.О. Навроцький. – К.: Атіка, 1999.

9. Новий тлумачний словник української мови, у трьох томах. Том 3 – Київ, вид. “Аконіт”, 2001.

10. **Пинаев А.А.** Курс лекций по Общей части уголовного права Украины / А.А. Пинаев. – Харьков: “Харьков юридический”, 2002.

11. **Пинаев А.А.** Вказана праця.

О.О. Дудоров,
доктор юридичних наук, доцент
(Луганський державний університет внутрішніх
справ імені Е.О. Дідоренка)

Про місце бланкетної диспозиції кримінально-правової заборони у конкретизації змісту складу злочину

Встановлення змісту конкретного складу злочину, здійснюване з урахуванням диспозиції відповідної норми Особливої частини КК України, має специфіку у випадку бланкетного способу викладення диспозиції кримінально-правової заборони. За всіх відмінностей у позиціях науковців, які досліджують феномен бланкетності у кримінальному праві, суть бланкетної диспозиції норми КК та її місце у кримінально-правовій характеристиці складу злочину визначаються в юридичній літературі приблизно однаково. Зазвичай йдеться про те, що бланкетна диспозиція кримінально-правової норми, називаючи або частково описуючи склад злочину, для з'ясування повного змісту його ознак зобов'язує правозастосувача звертатись до норм інших галузей законодавства, які конкретизують (деталізують, уточнюють) визначені у КК ознаки того чи іншого складу злочину. Правий Б.О. Курінов, який називає зафіксовані у бланкетних диспозиціях ознаки складів злочинів важливими, істотними, оскільки саме вони визначають перелік і характер кримінально караних дій, обсяг злочинної поведінки [4, 60–61].

Так, диспозиція ст. 212 КК України носить описово-бланкетний характер: з одного боку, ця диспозиція чітко вказує на суб'єкта злочину, форму вини і суспільно небезпечні наслідки, з іншого – вона робить необхідним звернення до чинного податкового законодавства, яке, визначаючи правила поведінки учасників податкових правовідносин, закріплює коло обов'язкових платежів, що входять у систему оподатку-

вання, встановлює конкретних платників, їх обов'язки, строки і механізм виконання податкових зобов'язань, ставки і пільги щодо податків і зборів, а це врешті-решт визначає специфіку злочинних діянь, які означають ухилення від оподаткування. Відсутність звернення до норм податкового законодавства унеможлиблює застосування ст. 212 КК, що підтверджує її бланкетну природу, засвідчує, що ухилення від сплати податків, зборів, інших обов'язкових платежів є злочином із змішаною (кримінально-правовою та податково-правовою) протиправністю.

Положення нормативних актів інших галузей законодавства, до яких відсилає бланкетна диспозиція норми КК, стають “клітинкою” кримінально-правової матерії (А.В. Наумов), використовуються у кримінально-правовому регулюванні (О.М. Бібік), включаються до складу логічної кримінально-правової норми (В.П. Коняхін), деталізують ознаки складу злочину із змішаною протиправністю при тому, що самостійної підстави кримінальної відповідальності не утворюють (М.І. Пікуров). І.В. Шишко, яка здійснила фундаментальне дослідження проблеми бланкетності стосовно злочинів у сфері економічної діяльності (глава 22 КК РФ), специфіку бланкетного способу викладення диспозиції норми КК вбачає в описанні елементів складу злочину за допомогою узагальнюючих ознак та ознак-понять, які є “законодавними” (їх зміст логічно не впливає із самої диспозиції кримінально-правової норми), а тому для з'ясування потребують звернення до пов'язаних із

кримінальним інших галузей законодавства [6, 54–63]. Принагідно зауважу, що питання про галузеву належність нормативних актів, безпосередньо пов'язаних із бланкетними диспозиціями норм КК, вирішується в літературі суперечливо: частина науковців визнає такі акти джерелами кримінального права (зокрема Л.Д. Гаухман, В.П. Коняхін, А.В. Наумов, В.О.Навроцький, С.С. Пірвагідов, Ю.Є. Пудовочкін, П.С. Яні), інші вчені заперечують тезу про “кримінально-правову належність” нормативних актів, до яких відсилають бланкетні диспозиції (О.М. Бібік, С.Г. Келіна, Л.Л. Кругліков, М.І. Пікуров, І.В. Шишко та інші).

З урахуванням того, що умови притягнення до кримінальної відповідальності за злочини із змішаною протиправністю одночасно визначаються як КК, так й іншими нормативними актами, теза про підпорядковану, допоміжну роль останніх, яка, так би мовити, панує в юридичній літературі, видається небезспірною. Як слушно зазначає М.І. Пікуров, застосування кримінально-правової норми із бланкетною диспозицією неможливе без одночасної юридичної оцінки вчиненого діяння з точки зору норми іншої галузі права. При кваліфікації злочинів із змішаною протиправністю повинні встановлюватись ознаки, які містяться не лише у кримінальному законі, а й в інших нормативних актах, і за ступенем обов'язковості встановлення ці ознаки є однаковими [5, 385]. Невипадково Пленум Верховного Суду України у роз'ясненнях, присвячених застосуванню норм КК із бланкетними диспозиціями, неодноразово наголошував на тому, що питання про кримінальну відповідальність особи у таких випадках слід вирішувати з обов'язковим урахуванням нормативних актів, до яких відсилають бланкетні диспозиції норм КК (наприклад, п. 27 постанови від 25 квітня 2003 р. № 3 “Про практику застосування судами законодавства про відповідальність за окремі злочини у сфері господарської діяльності”, п.2 постанови від 10 грудня 2004 р. № 17 “Про судову практику у справах про злочини та інші правопорушення проти довілля”). Викладене вище дозволяє зробити

висновок про те, що не варто протиставляти такі звороти, як визначення меж злочинної поведінки та встановлення дійсного обсягу злочинної поведінки, позначеної нормами КК із бланкетними диспозиціями, адже з точки зору кримінально-правової оцінки скоєного таке протиставлення нічого не дає.

Існування кримінально-правових норм із бланкетними диспозиціями призводить до того, що чимало ознак складів злочинів (господарських, екологічних, транспортних, проти безпеки виробництва тощо) визначаються не лише КК, а й іншими нормативними актами, які не є законом про кримінальну відповідальність і серед яких можуть зустрічатись як закони, так і підзаконні акти. Наприклад, застосовуючи ст. 232¹ КК України, яка передбачає відповідальність за розголошення та використання інсайдерської інформації, ми повинні враховувати те, що належність інформації до інсайдерської згідно з ч. 4 ст. 44 Закону “Про цінні папери та фондовий ринок” визначається Державною комісією з цінних паперів та фондового ринку. На результативність кримінально-правової протидії інсайдерським зловживанням в сучасних умовах негативним чином впливає зокрема та обставина, що у прийнятому у порядку делегування повноважень законодавцем рішенні ДКЦПФР від 21 листопада 2006 р. № 1344 “Про визначення інформації, яка належить до інсайдерської” фігурує занадто вузький перелік відповідних відомостей.

Сказане наводить на думку про те, що стосовно злочинів, передбачених кримінально-правовими нормами із бланкетними диспозиціями, законодавча вказівка про визначення злочинності діяння тільки Кримінальним кодексом (ч. 3 ст. 3 КК України) є занадто категоричною. Вважаю за доречне нагадати, що у справі про зворотну дію кримінального закону в часі Конституційний Суд України визнав такою, що суперечить п. 22 ч. 1 ст. 92 Конституції України, можливість зміни кримінального закону підзаконними нормативними актами, на які посилається бланкетна диспозиція статті КК, зокрема постановами Верховної

Ради України, указами Президента України та актами Кабінету Міністрів України. Якщо буквально сприйняти наведену аргументацію, бути послідовним до кінця і виходити з конституційно-правового припису про визначення злочину виключно законом, то взагалі можна дійти досить несподіваного висновку про неконституційність існування кримінально-правових норм із бланкетними диспозиціями.

Подібні претензії адресує російському законодавцю Л.Д. Гаухман, на погляд якого відсутність у КК РФ вказівки на те, що у разі застосування його норм з бланкетними диспозиціями обов'язковим є врахування інших галузей законодавства, в яких визначені ознаки складів злочинів, спотворює уявлення про коло джерел кримінального права. Існування бланкетних диспозицій означає, на думку науковця, ніщо інше, як делегування належного лише законодавцю права встановлювати, скасовувати або змінювати злочинність і караність діянь міністерствам і відомствам – органам виконавчої влади, які дістають можливість безпосередньо впливати на розширення або обмеження сфери застосування кримінальної відповідальності. У такому посяганні на виняткову прерогативу законодавця дослідник вбачає елементи поліцейської держави – антиподу правової держави [1, 24; 2, 22–23; 3, 245–246].

На моє глибоке переконання, не варто вбачати панацею у досягненні такого стану нормативного регулювання, за якого бланкетні диспозиції норм КК відсилають лише до законів. Наведу всього один приклад, який показує неможливість такого стану речей. Кваліфікуючи вчинене за ст. 231 і ст. 232 КК України, які визнають злочинами незаконне збирання, використання та розголошення відомостей, що становлять у тому числі комерційну таємницю, не можна не брати до уваги те, що відповідно до ст. 36 Господарського кодексу України склад і обсяг відомостей, які становлять комерційну таємницю, визначаються суб'єктом господарювання. За великим рахунком документ (джерело), до якого потрібно звертатись у порядку

застосування норми КК із бланкетною диспозицією, як цілком обґрунтовано зауважує І.В. Шишко [7, 83–84], залежить виключно від того, у чиєму віданні знаходиться правове регулювання тих суспільних відносин, що охороняються відповідною нормою Особливої частини КК. Якщо вітчизняний законодавець, керуючись певними міркуваннями, вирішив, що визначення переліку відомостей, які становлять інсайдерську інформацію, є компетенцією ДКЦПФР, я б не став вбачати у цьому прояв “поліцейської держави”. У плані ефективності кримінально-правової охорони нормально функціонування фондового ринку за допомогою ст. 232¹ КК принципове значення має не те, ДКЦПФР у своєму рішенні чи законодавець безпосередньо у Законі “Про цінні папери та фондовий ринок” визначив перелік інсайдерської інформації, а те, наскільки цей перелік є виваженим і кваліфікованим, а так само чи доведений він до відома учасників фондового ринку. Разом із тим принцип законності у випадку, коли бланкетна диспозиція норми КК відсилає до підзаконного нормативного акту, зобов'язує правозастосувача з'ясувати, чи відповідає цей акт відповідному закону.

При всіх вадах існування бланкетності у кримінальному праві ґрунтується на системному характері права і взаємозв'язку його галузей і норм, відповідає вимогам стабільності і компактності КК, а тому є не просто доцільним, а неминучим. За таких обставин зусилля доктрини мають спрямовуватись на розв'язання тих злободенних проблем бланкетності, які у теоретичному і практичному аспектах є найбільш значущими, а саме: пошук шляхів зниження рівня бланкетності диспозицій кримінально-правових заборон; визначення місця посилення на нормативні акти, які не є кримінальним законом, у правозастосовних актах і з'ясування того, яким чином здійснювати таке посилення у випадку неоднозначності положень регулятивного законодавства; дослідження впливу змін, яких зазнають пов'язані з бланкетними диспозиціями нормативні акти, на зміст ознак конкретних

складів злочинів і можливість тлумачення поліпшення правового становища особи внаслідок таких змін як опосередкованої декриміналізації або як зміни обстановки; встановлення змісту умислу у злочинах, передбачених нормами КК із бланкетними диспозиціями, а так само специфіки юридичної помилки при вчиненні злочинів із змішаною протиправністю.

Насамкінець зазначу, що вирішення проблеми бланкетності у кримінальному праві, на мою думку, лежить як у площині вдосконалення КК (збільшення питомої ваги описового елемента в описово-бланкетних диспозиціях норм КК, закріплення у них достатньої кількості криміноутворюючих ознак), так і в площині, не пов'язаній із вдосконаленням кримінального закону. Це підвищення фахового рівня та поглиблення спеціалізації працівників правозастосовних органів, оперативне видання якісних науково-практичних коментарів до найбільш проблемних в аспекті бланкетності розділів КК України і, вочевидь, підвищення статусу результатів проведення так званих “правових експертиз” у кримінальних справах про злочини, передбачені нормами КК із бланкетними диспозиціями.

Список літератури:

1. *Гаухман Л.Д.* Нужен новый УК РФ / Л.Д. Гаухман // Законность. – 1998. – № 7.
2. *Гаухман Л.Д.* Нужна ли правовая экспертиза по уголовным делам / Л.Д. Гаухман // Законность. – 2000. – № 4.
3. *Гаухман Л.Д.* Квалификация преступлений: закон, теория, практика / Л.Д. Гаухман. – М.: АО “Центр ЮрИнфоР”, 2001.
4. *Куринов Б.А.* Научные основы квалификации преступлений / Б.А. Куринов. – М.: Изд-во МГУ, 1976.
5. *Пикуров Н.И.* Особенности применения норм уголовного права с учетом его системных свойств / Н.И. Пикуров // Современные разновидности российской и мировой преступности: состояние, тенденции, возможности и перспективы противодействия / Сборник научных трудов под ред. д.ю.н., проф. Н.А. Лопашенко. – Саратов, Саратовский Центр по исследованию организованной преступности и коррупции: Сателлит, 2005.
6. *Шишко И.В.* Экономические правонарушения: Вопросы юридической оценки и ответственности / И.В. Шишко. – СПб.: Юридический центр Пресс, 2004.
7. *Шишко И.В.* Вказана праця. – С. 83–84.

А.В. Савченко,
кандидат юридичних наук
(Київський національний університет
внутрішніх справ)

Склад злочину: проблеми визначення конструктивних елементів та ознак

Однією з найважливіших і найзмістовніших категорій у кримінальному праві України є склад злочину, за допомогою якого здійснюється нормативне позначення конкретного злочину, опис відповідних елементів й ознак, а також реалізація провідних завдань, без яких неможливе існування галузі кримінального законодавства та доктрини кримінального права. За суттю склад злочину чи склад правопорушення (лат. “*corpus delicti*”) – це комплексний міжгалузевий інститут, який є складовою частиною теорії держави та права, філософії права, міжнародного, кримінального та інших галузей права. Разом із тим, поняття складу злочину, зміст й обсяг його елементів та ознак, його функціональне навантаження та законодавче регулювання можуть бути неоднаковими, якщо йдеться про кримінально-правові традиції різних країн, тим більше, коли ці країни належать до неоднакових правових сімей. Але і в межах однієї правової сім’ї спостерігаються досить суттєві відмінності у підходах щодо розуміння окремих характеристик складу злочину. Більше того, відчутна різниця щодо визначення й розуміння елементів та ознак складу злочину може спостерігатися навіть в межах кримінального права однієї держави, якщо мова йде про позиції різних кримінально-правових шкіл. На дослідженні цих та інших проблемних положень і хотілося б зупинитися далі докладніше.

Відомо, що Україна, яка раніше була представлена “соціалістичною” правовою сім’єю, трансформувалася (стала орієнтуватися) до романо-германської правової сім’ї [2, 685; 6, 20]. При цьому ні в кого не викликає заперечень, що вагомими репре-

зентантами романо-германської правової сім’ї є зокрема Франція та Німеччина. Однак, порівняно з Україною, кримінальному законодавству тієї ж Франції не відоме поняття “склад злочину”, але воно знає три елементи злочину: 1) легальний (діяння закріплене у законі); 2) матеріальний (об’єктивні ознаки злочинного діяння); 3) моральний (суб’єктивні ознаки злочинного діяння) [7, 51]. Не вживається термін “склад злочину” й у кримінальному законодавстві та доктрині Німеччини, а замість цього там йдеться про “склад діяння” (§ 13 КК ФРН), що також може перекладатися як “склад закону” чи “законний склад” [5, 38]. Отже, очевидно, що при такій ситуації важко дискутувати, що ж є складом злочину у Франції чи Німеччині, які його елементи й ознаки.

У кримінальному праві державах англо-американської правової сім’ї (зокрема, в Англії та США) також не йдеться про склад злочину; замість нього доктрина та судова практика виокремлюють два елементи злочину – “*actus reus*” (характеризує об’єктивну сторону злочину) та “*mens rea*” (характеризує суб’єктивну сторону злочину), які мають поєднуватися, утворювати одне ціле, “іти в парі”, інакше не буде підстав для притягнення особи до кримінальної відповідальності та призначення їй відповідного покарання [1, 207]. При цьому “*actus reus*” – це вчинене особою протиправне вольове діяння (дія чи бездіяльність), яке часто позначається терміном “поведінка” (“*conduct*”); щодо причинності, то сторона обвинувачення має довести, що дії особи були закономірною та безпосередньою причиною небезпечних наслідків.

“*Mens rea*” (у перекладі – “винний дух”, “злий розум”, “заборонений умонастрій”) – це кримінальний намір, стан психіки, що відбиває винність особи. Отже, кримінальне право держав англо-американської правової сім’ї також оминає питання щодо “складу злочину”.

Невирішеним залишається це питання й у кримінальному праві держав інших правових сімей (зокрема, у державах-репрезентантах правової сім’ї Далекого Сходу чи мусульманської правової сім’ї). Навіть якщо аналізувати кримінальне право сусідніх із Україною держав (зокрема, Російської Федерації чи Республіки Білорусь), то і там можна знайти суттєві відмінності щодо законодавчих і доктринальних поглядів на проблему складу злочину. Наприклад, якщо за КК Російської Федерації, так само як і за КК України, підставою кримінальної відповідальності є все ж таки склад злочину (ст. 8), то за КК Республіки Білорусь – не склад злочину, а власне злочин як винне заборонене КК діяння (ст. 10) [4]. Таким чином, кримінальне право Республіки Білорусь категорично відмовилося від терміну “склад злочину” і такий підхід, на наш погляд, не зовсім вписується у законодавчі традиції та законодавчу ментальність пострадянських держав.

Разом із тим, навіть при принципово однаковому підході українського та російського законодавця щодо проблеми складу злочину, все ж таки очевидно чимало різниць при аналізі елементів та ознак цієї кримінально-правової категорії в кожній окремій державі. Наприклад, визначення видів вини сформульоване в кримінальному законодавстві України та РФ зовсім по-різному, зокрема: КК України акцентує увагу на суспільно небезпечному характері діяння при визначенні видів умислу, а КК РФ – на суспільній небезпеці самих дій; КК України оперує поняттям “непрямої умисел” і “злочинна самовпевненість”, а КК РФ – “побічний умисел” і “легковажність”; КК України не визначає поняття “невинне спричинення шкоди (казусу)”, а КК РФ – це робить тощо. У більш глобальному порівнянні щодо інших елементів і ознак

складу злочину (елементів злочину) різниця між ними в межах навіть однієї правової сім’ї може бути більш відчутною. Так, якщо суб’єктом складу злочину в Україні та Російській Федерації може бути тільки фізична особа, то у Франції – як фізична, так і юридична особи, тощо (і це при тому, що всі три держави – Україна, РФ та Франція – належать до репрезентантів романо-германської правової сім’ї).

Якщо звернутися тільки до положень кримінального права України, то, як вже зазначалося вище, у доктрині також можуть існувати різні погляди щодо елементів, ознак та інших характеристик складу злочину. Зазначимо, що у національній теорії кримінального права **склад злочину** – це передусім сукупність юридичних (об’єктивних і суб’єктивних) ознак, що характеризують вчинене суспільно небезпечне діяння як злочин. Загальновизнаною є позиція, що склад злочину утворює обов’язкова (універсальна) кількість властивих йому елементів, а саме: 1) об’єкт; 2) об’єктивна сторона; 3) суб’єкт; 4) суб’єктивна сторона. При цьому кожен з елементів складу злочину містить відповідні йому ознаки. Ми підтримуємо позицію, відповідно до якої розрізняють двадцять ознак складу злочину, а саме: 1) ознаки об’єкта складу злочину: суспільні відносини (власне об’єкт злочину); предмет злочину; потерпілий від злочину; 2) ознаки об’єктивної сторони складу злочину: суспільно небезпечне діяння; суспільно небезпечні наслідки; причинний зв’язок між суспільно небезпечним діянням і наслідками, що настали; місце; час; спосіб; обстановка; знаряддя; засоби вчинення злочину; 3) ознаки суб’єкта складу злочину: фізична особа; осудність; вік, з якого може наставати кримінальна відповідальність; ознаки спеціального суб’єкта; 4) ознаки суб’єктивної сторони складу злочину: вина; мотив; мета; емоції (емоційний стан) [3]. Однак у теорії кримінального права наявні різні підходи щодо переліку та змісту конкретних ознак, які їх утворюють. Наприклад, одні вчені визнають, що об’єктом злочину є суспільні відносини (В.Я. Тацій, М.Й. Коржанський та ін.),

інші – що це охоронювані кримінальним правом блага (С.Б. Гавриш) чи соціальні цінності (Є.В. Фесенко, П.П. Андрушко та ін.). В одних працях потерпілий є ознакою об'єкта складу злочину (Ю.В. Александров, В.А. Клименко), в інших це заперечується (С.Г. Волкотруб, О.М. Омельчук, В.М. Ярін та ін.). Теж саме стосується й емоційного стану, оскільки в одних джерелах він є ознакою суб'єктивної сторони складу злочину (В.М. Короленко), а в інших про нього взагалі не згадують (В.І. Борисов, М.І. Мельник, М.І. Хавронюк). Щодо ознак об'єктивної сторони складу злочину, то в ній окремі вчені пропонують не виділяти знаряддя та засоби вчинення злочину (М.І. Панов) або ж, навпаки, виділяти ситуацію вчинення злочину, як поєднання місця, часу й обстановки (Є.В. Фесенко), а також джерело вчинення злочину (В.К. Матвійчук). Складною в розумінні та остаточно нерозробленою є проблема причинно-наслідкового зв'язку при вчиненні злочину. У зв'язку із розробкою проекту Закону України “Про відповідальність юридичних осіб за вчинення злочинів” та вимогами Концепції реформування кримінальної юстиції в Україні актуальним також є питання щодо криміналізації дій юридичних осіб.

Усе зазначене вище свідчить про те, що проблема складу злочину в кримінальному праві України не є вирішеною до кінця, не повною мірою опрацьовано іноземний досвід з цього питання, поки що відсутні універсальні підходи щодо розуміння елементів та ознак складу злочину тощо. Все це орієнтує на здійснення подальшої наукової розробки, вивчення та конкретизації згаданої проблеми, обговорення та врахування

відповідних позицій і доводів вчених з питань щодо складу злочину.

Список літератури:

1. **Лейленд П.** Кримінальне право: злочин, покарання, судочинство / П. Лейленд ; пер. з англ. П. Тарашук. – К.: Основи, 1996. – 207 с.
2. Правовые системы стран мира. Энциклопедический справочник / отв. ред. – д.ю.н., проф. А.Я. Сухарев. – 2-е изд., изм. и доп. – М.: Издательство НОРМА (Издательская группа НОРМА–ИНФРА–М), 2001.
3. **Савченко А.В., Кузнецов В.В., Штанько О.Ф.** Сучасне кримінальне право України: курс лекцій / А.В. Савченко, В.В. Кузнецов, О.Ф. Штанько. – 2-е вид., виправ. та доповн. – К.: Вид. ПАЛИВОДА А.В., 2006. – 636 с.
4. Уголовные кодексы Российской Федерации и Республики Беларусь: краткий сравнительный анализ и сопоставительная таблица: учебно-практическое пособие / под ред. д.ю.н., профессора Н.Г. Кадникова. – БФ МосУ МВД России. – Брянск, 2004. – 326 с.
5. Уголовное право зарубежных государств. Общая часть: учебное пособие / под ред. и с предисл. И.Д. Козочкина. – М.: Омега-Л, Институт международного права и экономики им. А.С. Грибоедова, 2003.
6. **Хавронюк М.І.** Кримінальне законодавство України та інших держав континентальної Європи: порівняльний аналіз, проблеми гармонізації: монографія / М.І. Хавронюк. – К.: Юрисконсульт, 2006.
7. **Хохлова І.В., Шем'яков О.П.** Кримінальне право зарубіжних країн (в питаннях та відповідях): навчальний посібник / І.В. Хохлова, О.П. Шем'яков. – К.: Центр навчальної літератури, 2006. .

О.П. Рябчинська,
кандидат юридичних наук, доцент
(Інститут права імені Володимира Сташиса
Класичного приватного університету)

Значення складу злочину для кримінально-правової кваліфікації

В юридичній літературі вже досить тривалий час відбувається дискусія з приводу визначення підстав кримінально-правової кваліфікації (кваліфікації злочинів). Як вітчизняні, так і зарубіжні (переважно російські) дослідники цієї проблеми мають різні підходи щодо визначення юридичної (нормативної) підстави кваліфікації. Так, одні автори пропонують визнавати такою підставою склад злочину (*М.І. Горелік, В.Н. Кудрявцев, В.В. Кузнецов, О.В. Савченко, С.А. Тарарухин, П.Л. Фріс*), інші – кримінально-правову норму або кримінальний закон (*А.В. Наумов*). При визначенні складу злочину як юридичної підстави кваліфікації автори зазначають, що він відповідно “описаний в законі”, “передбачений кримінально-правовою нормою” [3, 31; 4], “передбачений відповідною статтею КК” або навіть “передбачений відповідною статтею Особливої частини КК” [1, 10].

Однак відповідні ознаки складу злочину, які в сукупності і дають підстави визнавати діяння злочином, не містяться в одній статті Особливої частини КК. Багато статей Особливої частини містять об’єктивні ознаки і не містять в тексті диспозиції вказівки на форму вини та ознаки суб’єкта злочину. Для встановлення наявності та змісту інших ознак того чи іншого складу злочину необхідно враховувати положення Загальної частини КК.

Отже, навряд чи можна погодитися з пропозиціями визнавати підставою кваліфікації злочинів наявність складу злочину, “передбаченого відповідною статтею” (оскільки таке визначення не конкретизовано) та “передбаченого статтею Особливої частини КК”.

Сучасні дослідники теоретичних основ кваліфікації злочинів дещо по-іншому розглядають проблему визначення підстав кваліфікації, намагаючись відійти від доволі традиційної точки зору, що підставою кваліфікації визнається склад злочину, який міститься у кримінально-правовій нормі (законі, статті). Так, наприклад, В.О. Навроцький у своїх роботах висловлює пропозицію визнавати юридичною підставою кримінально-правової кваліфікації статті Загальної та Особливої частин КК. Обґрунтовує точку зору автор тим, що кримінально-правова кваліфікація як правозастосовна діяльність полягає у визначенні того, яким саме законом (статтею) передбачене вчинення діяння, і звідси робить висновок, що підставою кримінально-правової кваліфікації виступають ті кримінально-правові акти (їх конкретні структурні частини), в яких закріплені ознаки конкретного складу злочину та виражена кримінально-правова норма [7, 60].

Вважаємо, що при визначенні підстав кримінально-правової кваліфікації (кваліфікації злочинів) слід урахувати ряд аспектів, а саме:

1. Співвідношення понять кримінально-правова кваліфікація та кваліфікація злочинів. У теорії кримінального права існують різні визначення кваліфікації злочинів. В.М. Кудрявцев визначає її як “встановлення та юридичне закріплення точної відповідності між ознаками вчиненого діяння та ознаками складу злочину, передбаченого кримінально-правовою нормою” [4], Б.О. Курінов як “встановлення та юридичне закріплення точної відповідності між ознаками вчиненого діяння і

ознаками складу злочину, передбаченого кримінально-правовою нормою” [5, 27], С.А. Тарарухін як “встановлення ознак складу злочину, передбаченого кримінальним законом, у діянні особи та констатацію тотожності ознак вчиненого діяння складу відповідного злочину” [9, 12], А.В. Корнеєва як “юридичну оцінку, визначення статті кримінального закону, яка передбачає покарання за цей злочин” [3, 31].

Слід зазначити, що в ранніх роботах, присвячених теоретичним основам кримінально-правової кваліфікації, останню розуміли переважно у вузькому значенні, саме як кваліфікацію злочинів. З урахуванням цього і визначали підставою такої кваліфікації склад злочину, закріплений у кримінально-правовій нормі або статті КК. Аналіз сучасних розробок у цій сфері дозволяє констатувати тенденцію розмежування кримінально-правової кваліфікації і безпосередньо кваліфікації злочинів, співвідносячи їх як родове та видове поняття. На це звертають увагу зокрема В.О. Навроцький, Л.Д. Гаухман, О.І. Рарог. Так, Л.Д. Гаухман виділяє дві складові (компоненти) кримінально-правової оцінки скоєного: 1) відмежування злочинного від незлочинного; 2) кваліфікація злочинного, тобто кваліфікація злочину [1, 10]. О.І. Рарог пропонує розуміти кримінально-правову кваліфікацію: у широкому значенні, як кримінально-правову оцінку діяння до встановлення наявності у ньому ознак злочину, та у вузькому значенні – як кваліфікацію злочинів [8, 15].

У ході кримінально-правової кваліфікації правозастосовець або інший суб’єкт (якщо брати до уваги неофіційну кваліфікацію) може прийти до різних висновків щодо оцінки суспільно-небезпечних дій з точки зору їх протиправності та можливості заподіяння істотної шкоди правоохоронним об’єктам, а саме визнання їх: злочином; посяганням, яке не містить всіх ознак злочину; діянням, що вчинене за обставин, що усувають його злочинність; малозначним діянням.

Отже, кваліфікація злочину є логічним продовженням кримінально-правової ква-

ліфікації тільки за умови, що результатом останньої є визнання діяння (суспільно-небезпечної поведінки) кримінально-протиправним. При кримінально-правовій кваліфікації ми встановлюємо ознаку протиправності, тобто визначаємо: чи передбачене таке діяння в КК (визначаємо статтю, яка містить відповідну забороняючу кримінально-правову норму), а вже потім, здійснюючи кваліфікацію за певними етапами, встановлюємо відповідність ознак фактично вчиненого діяння всім ознакам злочину, які передбачені статтею кримінального закону, що містить цю норму. У зв’язку з цим видається цілком слушною позиція В.О. Навроцького та В.П. Малахова визнавати юридичною підставою кримінально-правової кваліфікації статті Загальної та Особливої частин КК, з урахуванням яких і здійснюється кримінально-правова оцінка діяння [6, 12; 7, 60].

Якщо виходити з посилки, що кримінально-правова кваліфікація та кваліфікація злочину співвідносяться як родове та видове поняття, то цьому ж правилу має бути підпорядковане і визначення їх підстав. Зважаючи на це, юридичною підставою кваліфікації злочинів також слід визнавати статті Загальної та Особливої частин КК. При кримінально-правовій кваліфікації це можуть бути будь-які статті (ті, що містять забороняючі норми, ті, що містять норми, які визначають обставини, що виключають злочинність діяння та інші), тоді як підставою кваліфікації злочинів є тільки певна група цих статей. Це ті статті або декілька статей КК, які визначають склад конкретного злочину (юридичний склад) необхідний для притягнення особи до кримінальної відповідальності. Як зазначалося вище, це можуть бути норми Особливої і Загальної частин КК у випадку, якщо ознаки складу злочину не встановлені в одній статті КК.

2. Співвідношення підстави кримінально-правової кваліфікації та підстави притягнення до кримінальної відповідальності. Зокрема, ч. 1 ст. 2 КК України встановлено, що підставою кримінальної відповідальності є вчинення особою суспільно-небезпечного діяння,

яке містить склад злочину, передбаченого цим Кодексом. Отже, головним завданням і результатом кваліфікації злочинів є встановлення наявності складу злочину у вчиненому діянні, тобто визначення підстави кримінальної відповідальності. Як зазначає М.Й. Коржанський, кваліфікація не є кримінальною відповідальністю, не є її підставою, а визначається як засіб реалізації кримінальної відповідальності [2, 7]. Звідси і підстави кримінально-правової кваліфікації (кваліфікації злочинів) та кримінальної відповідальності повинні різнитися.

3. Поняття кваліфікації мета та стадії кваліфікації. Підставою кримінально-правової кваліфікації (кваліфікації злочинів) в юридичній літературі визнаються правові явища, виходячи з яких здійснюється кримінально-правова оцінка діяння, те, що лежить у її основі (В.О. Навроцький). Тому ці явища (підстави) повинні бути наявними ще до початку процесу кваліфікації, оскільки вони є базовими вихідними положеннями (підґрунтям) для здійснення таких дій.

Аналізуючи це питання, слід враховувати, що в кримінально-правовій літературі кваліфікація розглядається і як певний розумовий процес, і як процесуально закріплений результат такого процесу. Отже, при з'ясуванні можливості визнання складу злочину як юридичної підстави процесу кваліфікації злочинів (*кваліфікація у широкому розумінні*), слід враховувати, що доведення наявності ознак складу конкретного злочину визнається етапом стадії встановлення відповідності між ознаками діяння і нормою. Виходячи з цього, досить проблемно визнавати підставою певного процесу те явище, яке встановлюється тільки на його певній стадії.

Виходимо з аналогічних позицій і при розгляді складу злочину як підстави ква-

ліфікації, яка є результатом кримінально-правової оцінки діяння (*кваліфікація у вузькому розумінні*) відповідними уповноваженими органами внаслідок якої констатується відповідність між юридично значущими ознаками посягання та ознаками злочину, передбаченого законом.

Список літератури:

1. **Гаухман Л.Д.** Квалификация преступлений: закон, теория, практика / Л.Д. Гаухман. – М.: АО “Центр ЮрИнфоР”, 2001.
2. **Коржанський М.Й.** Кваліфікація злочинів / М.Й. Коржанський. – М.: Юрінком Інтер, 1998.
3. **Корнеева А.В.** Теоретические основы квалификации преступлений: учеб. пособие / А.В. Корнеева; под ред. А.И. Рарога. – М.: ТК Велби, Изд-во Проспект, 2006.
4. **Кудрявцев В.Н.** Общая теория квалификации преступлений / В.Н. Кудрявцев. – 2-е изд., перераб. и доп. – М.: Юрист, 2006. – 304 с.
5. **Курінов Б.А.** Научные основы квалификации преступлений / Б.А. Курінов. – М., 1984.
6. **Малахов В.П.** Основы уголовного права. Общая часть. Раздел 1. Основания уголовной ответственности: учебное пособие / В.П. Малахов. – К.: МАУП, 2000.
7. **Навроцький В.О.** Основы кримінально-правової кваліфікації: навч. посіб. / В.О. Навроцький. – К.: Юрінком Інтер, 2006.
8. **Рарог А.И.** Квалификация преступлений по субъективным признакам / А.И. Рарог. – СПб.: Изд-во “Юридический центр Пресс”, 2003.
9. **Тарарухин С.А.** Квалификация преступлений в судебной и следственной практике / С.А. Тарарухин. – Киев, 1995.

Л.П. Брич,
кандидат юридичних наук., доцент
(Львівський національний університет
імені Івана Франка)

Роль складу злочину у розмежуванні в кримінальному праві

Складу злочину як законодавчій конструкції, яка становить собою зафіксований в законі абстрактний опис найбільш типових ознак певного виду суспільно небезпечних діянь, властиві різноманітні функції. Серед них у кримінально-правовій літературі називають розмежувальну функцію. Потрібно з'ясувати, в чому виявляється ця функція, чим є склад злочину в процесі розмежування: об'єктом чи критерієм.

Навряд чи можна погодитись, що склад злочину як цілісна конструкція виконує розмежувальну функцію, тобто є критерієм розмежування. Адже розмежування це процес порівняння. Кінцевою метою розмежування, що відбувається в межах кримінально-правової кваліфікації є визначення з-поміж складів, включених до версії кримінально-правової кваліфікації, того складу злочину, що підлягає застосуванню у конкретному випадку. У формальній логіці вважається, що саме ознаки, а не поняття, сформовані цими ознаками, це те, в чому предмети подібні один з одним чи відмінні один від одного [1, 27]. Відповідно, критерієм розмежування є ознака складу злочину, а не склад злочину в цілому. Адже склад злочину – це складна конструкція, система, утворена сукупністю елементів, які, в свою чергу, сформовані ознаками складу злочину. Порівняння ж, як діяльність мислення, в якій втілений процес розмежування складів злочинів, повинно відбуватися на рівні первинного – найменшого елемента системи, в нашому випадку – ознаки складу злочину. В процесі розмежування порівнюються ознаки складів злочинів за їхнім змістом і таким чином виявляються їхні функції в ході розмежування складів злочинів. Склад

злочину є об'єктом, а не критерієм розмежування.

Неможливість складу злочину бути критерієм розмежування можна продемонструвати на прикладі невдалого використання законодавцем в такій ролі конкретного складу злочину чи абстрактного поняття складу злочину шляхом узагальненої вказівки на них. У Особливій частині чинного Кримінального кодексу України (далі – КК) налічується 23 статті, що містять склади злочинів, у конструкціях яких для розмежування законодавцем використані так звані негативні ознаки. З них узагальнена вказівка на відсутність складу злочину міститься у 13 статтях Особливої частини КК. Наприклад, „відсутність ознак державної зради чи шпигунства” – ознака, введена законодавцем у конструкції складів розголошення державної таємниці (ч. 1 ст. 328 КК України) і передачі або збирання відомостей, що становлять конфіденційну інформацію, яка є власністю держави (ч. 1 ст. 330 КК України); а відсутність ознак вимагання – складу примушування до виконання чи невиконання цивільно-правових зобов'язань (ч. 1 ст. 355 КК України).

Такий спосіб побудови конструкцій складів злочинів не можна назвати вдалим. З одного боку, таким чином законодавець вказує на необхідність розмежовувати певний склад злочину з іншими – тими, які названі в диспозиції відповідної статті (частини статті). Але, з іншого боку, такий спосіб не вирішує проблему розмежування цих суміжних складів злочинів. Узагальнена вказівка в законі на відсутність ознак цілого складу злочину практично нічого не дає для процесу розмежування, бо є тільки

підтвердженням необхідності розмежовувати відповідні склади злочинів, яка сама собою стає очевидною в результаті системного аналізу ознак відповідних складів злочинів. Аналізована законодавча модель – це вимога шукати відмінність без вказівки на ознаки, що її визначають. Це постановка завдання перед правозастосувачем, для виконання якого законодавець не надав засобів. Хоч у кримінально-правовій літературі висловлювалась й інша точка зору. К.С. Хажуліна пропонувала застосовувати вербальну формулу “крім випадків, передбачених у законі спеціально” як засіб законодавчого усунення конкуренції загальної і спеціальної кримінально-правових норм [2, 122]. Проте таке і подібні формулювання, наприклад, “крім випадків, передбачених іншими статтями цього кодексу”, як у ч. 1 ст. 203 КК, або “крім випадків, передбачених цим Кодексом”, як у ст. 445 КК, крім того, що не визначають конкретного переліку складів злочинів, які потрібно розмежовувати, на мій погляд, взагалі виглядають одіозно. Хто б, маючи достатні знання в галузі кримінального права, сумнівався, що діяння підлягає кваліфікації за тією чи іншою статтею (частиною статті) Особливої частини КК, якщо його ознаки збігаються з ознаками складу злочину, передбаченого саме цією конкретно статтею (частиною статті), і що для цього має бути встановлена відсутність ознак інших складів злочинів. Та й навряд чи можна погодитися, що такими абстрактними вказівками можливо усунути потенційну конкуренцію кримінально-правових норм. У таких випадках обсяг *definience* є ширшим за обсяг *definiendum* ($Dfd < Dfn$), що вважається логічною помилкою визначення понять [3, 36].

Крім того, наведені вище формулювання, що мають місце в диспозиціях статей (частин статей) Особливої частини КК, є неточними. Якщо буквально тлумачити текст закону, то вказівка, наприклад, на “відсутність ознак вимагання” в диспозиції ч. 1 ст. 355 КК означає, що для кваліфікації діяння за цією статтею необхідно встановити відсутність усіх ознак складу вимагання, в тому числі тих, які у кожному складі

злочину є незмінними. Проте порівняння складів примушування до виконання чи невиконання цивільно-правових зобов’язань (ч. 1 ст. 355 КК) і вимагання (ч. 1 ст. 189 КК) показує, що, крім тих ознак, які у кожному складі злочину є незмінними і необхідними, вони мають спільні ознаки. А це означає, що неможливою є відсутність усіх ознак, властивих основному складу вимагання у складі примушування до виконання чи невиконання цивільно-правових зобов’язань. Через наявність певної сукупності спільних ознак й виникає потреба у розмежуванні цих складів злочинів, які є суміжними. Для цього потрібно виявити в кожному з порівнюваних складів злочинів наявність розмежувальних ознак. Потребу в розмежуванні складів злочинів викликає наявність у них спільних ознак – тих, які у кожному з цих складів злочинів мають однаковий зміст. Для того, щоб їх розмежувати все рівно потрібно звертатися до аналізу і порівняння змісту конкретних ознак цих складів злочинів, незважаючи на те, є відповідна вимога в тексті статті Особливої частини чи немає. Наведене підтверджує висновок про те, що розмежування складів злочинів потрібно здійснювати на рівні їхніх ознак. Сам же склад злочину є не критерієм, а об’єктом розмежування. Критерієм розмежування є ознака складу злочину, а не склад злочину в цілому.

Потрібно відрізнити значення ознак складу злочину у розмежуванні і їх значення для кваліфікації вчиненого. Значення ознак складу злочину у кримінально-правовій кваліфікації відрізняються від значення цих ознак для розмежування тим, що в першому випадку вони визначають можливість наявності чи відсутності того чи іншого складу злочину, а в іншому – уможливають вибір. У кваліфікації це проявляється в тому, що відсутність хоча б однієї з ознак, в тому числі тих, зміст яких є незмінним у кожному складі злочину, однозначно свідчить про відсутність певного складу злочину, але це автоматично не означає наявності іншого складу з групи складів злочинів зі спільними ознаками. Розмежування має місце там, де є версія з кількох складів злочинів,

а версія – тоді, коли склади злочинів мають спільні ознаки.

Таким чином, ознаки складу злочину можуть виконувати у розмежуванні складів злочинів різні функції. Роль окремих ознак складу злочину в розмежуванні складів злочинів не однакова. Вона залежить від того, яка саме це ознака. Крім того, значення ознак складу злочину визначається співвідношенням складів злочинів, що підлягають розмежуванню. Не однаковим є це значення для розмежування суміжних складів злочинів між собою, для розмежування складів злочинів, передбачених конкуруючими нормами, та для їхнього розмежування з ідеальною сукупністю злочинів.

Якщо йдеться про розмежування суміжних складів злочинів, то це можуть бути функції спільних, тобто повністю чи частково збіжних за змістом ознак; розмежувальних ознак, тобто позначених поняттями, що перебувають між собою у логічному співвідношенні диз’юнкції; чи нейтральна функція – коли та чи інша ознака не відіграє ніякої ролі в процесі розмежування, наприклад, ознаки загального суб’єкта злочину. Якщо має місце співвідношення конкуруючих кримінально-правових норм, то ознаки складу злочину в цьому випадку можуть виступати як спільні, а також, залежно від виду конкуренції, як додаткові (за конкуренції частини і цілого), як специфічні (за конкуренції загальної і спеціальної норм, чи кількох спеціальних норм). Коли необхідно відрізнити одиничні склади злочинів зі спільними ознаками від

сукупності злочинів, потрібно констатувати, що в останньому випадку ознаки, вербальне позначення яких тотожне у різних складах злочинів, не є спільними, тобто відрізняються за змістом. Ці ознаки, навіть маючи словесну подібність, не позначають одне й те саме явище реальної дійсності. Це має місце, якщо ознаки, що позначені однаковими термінами, в одному складі належать до числа об’єктивних ознак, у іншому – суб’єктивних. Наприклад, мета, з одного боку, а з іншого – суспільно небезпечне діяння чи наслідки, у яких полягає реалізація відповідної мети, які не названі серед ознак об’єктивної сторони того складу злочину, метою якого вони є. Відповідно, вони знаходяться за межами об’єктивної сторони того складу злочину, що включає цю мету. Вчинення діяння з певною метою й наступна реалізація цієї мети є реальною сукупністю злочинів, наприклад, передбачених ст. 341 КК і ст. 356 КК або ст. 149 КК і ст. 303 КК.

Список літератури:

1. *Гетманова А.Д.* Логика: для педагогических учебных заведений / А.Д. Гетманова. – М.: Новая школа, 1995.
2. *Хахулина К.С.* Конкуренция уголовно-правовых норм и ее преодоление в процессе их применения: дисс. ... канд. юрид. наук / К.С. Хахулина – Казань: Казанский гос. ун-т им. В.И. Ульянова-Ленина. – 1984.
3. *Гетманова А.Д.* Вказана праця.

С.О. Єфремов,
кандидат юридичних наук, доцент
(Київський національний університет
імені Тараса Шевченка)

Склад злочину та співучасть у злочині

Відповідно до ч. 1 ст. 2 КК України, “підставою кримінальної відповідальності є вчинення особою суспільно небезпечного діяння, яке містить склад злочину, передбаченого цим Кодексом”. Склад злочину у цьому законодавчому визначенні набуває особливого значення юридичної складової підстави кримінальної відповідальності (далі – юридичної підстави відповідальності). Наведене визначення підстави кримінальної відповідальності поширюється на всі випадки вчинення злочину, у тому числі вчинення його у співучасті.

У вказаному значенні склад злочину є нічим іншим, як законодавчою моделлю злочину певного виду, а з іншого боку – різновидом юридичної конструкції як особливого засобу відображення нормативного матеріалу. Вказана конструкція становить складну проблему у її теоретичній інтерпретації та практичному застосуванні. Не в останню чергу це пояснюється відсутністю законодавчого її описання. Якщо виходити із того особливого значення, яке надається у ч. 1 ст. 2 КК складу злочину, виправданим було б сформулювати у законі хоча б його загальне визначення.

Проблема складу злочину ще більш гостро постає стосовно випадків вчинення злочину у співучасті. Тут виникає низка запитань: чи тотожна структура складу участі у злочині структурі складу злочину, що вчиняється одноосібно; які ознаки колективного вчинення злочину можуть включатися у дану структуру і які із них мають визнаватися тут обов’язковими; яке змістове наповнення даних ознак тощо. Переважна більшість даних питань не знаходить вирішення у теорії кримінального права.

Загалом при встановленні специфіки юридичної підстави відповідальності співучасника злочину належить враховувати наступне. Співучасть не породжує якоїсь особливої підстави кримінальної відповідальності співучасника, відмінної від тієї, на якій ґрунтується відповідальність особи, котра вчинила злочин одноосібно. Вона, зокрема, не заперечує один із основоположних принципів кримінального права – принцип особистої відповідальності. Суб’єктом такої відповідальності є окрема особа – співучасник злочину.

Діяння, за вчинення якого несе відповідальність співучасник, становить у кримінально-правовому сенсі окремий різновид злочину. При цьому останній у психологічному плані є проявом індивідуальної поведінки особи, котра, хоча і поєднується із поведінкою інших осіб у межах спільного вчинення злочину, проте залишається при цьому своєрідною формою реалізації особою власних потреб та інтересів. Вчинюваний співучасником злочин як прояв вольової поведінки становить завершене діяння – “повноцінний вчинок”. Він має цілком конкретні суб’єктивні передумови, закладені у потребах, інтересах суб’єкта; його особливість має вираження і в об’єктивній площині і зумовлюється як характером виконуваної співучасником функції, так і зовнішніми умовами їх реалізації.

Специфіка злочину, що його скоює співучасник, полягає у тому, що цей злочин одночасно становить окрему форму участі у злочині, здійснюваному спільно із іншими співучасниками, іншими словами, є часткою того, що визначається законом як співучасть у злочині. Тому юридичну підставу відповідальності співучасника

можна назвати складом участі у спільно вчинюваному злочині або складом злочину, вчинюваного співучасником. Водночас, якщо виходити із законодавчого визначення співучасті у злочині як прояву колективної діяльності, видається некоректним вести мову про склад співучасті у злочині [1, 99]. Неприйнятною також є ідея загального складу злочину, що міститься у спільних діях співучасників [2, 224]. Таке розуміння складу злочину не відповідає його сутності як сукупності встановлених законом ознак, що характеризують діяння окремої особи, а не декількох осіб.

Незважаючи на особливість діяння співучасника як форми участі у злочині, при характеристиці складу злочину, вчинюваного співучасником, важливо, на наш погляд, виходити із потреби одноманітного підходу до визначення структури складу злочину, переліку та назв ознак, що можуть використовуватися у ньому, незалежно від того, який злочин він характеризує – що може бути вчинений одноосібно чи у співучасті. Можливість такого підходу впливає із того, що участь співучасника у злочині становить певний вид злочинного діяння, суб'єктом якого є окрема особа.

Як відомо, своєрідність будь-якого складу злочину, у тому числі і складу злочину співучасника, зумовлює, насамперед, характер об'єктивної сторони*. У самій об'єктивній стороні вирішальну роль у цьому плані відіграє ознака діяння. Діяння, що можуть здійснюватися співучасниками окремого виду, по-різному описуються у законі. Діяння виконавця відображається у відповідній статті Особливої частини і тим самим наділене специфікою окремого виду злочину – крадіжки, вимагання, бандитизму тощо. Діяння ж інших співучасників передбачаються у відповідних частинах ст. 27 Загальної частини КК як можливі форми участі у злочинах, закріплених у статтях Особливої частини. Тут йдеться

про типові прояви діяльності співучасника певного виду, безвідносно до виду злочину, у якому він може брати участь. У такій їх якості зазначені діяння не утворюють собою зовнішній прояв злочину співучасника, оскільки злочин, а точніше, вид злочину у його законодавчому відображенні – це діяння певного виду, наділене певними, нерідко специфічними ознаками, що відрізняють його від інших і лише йому притаманні. Значення ознаки об'єктивної сторони вказані діяння набувають лише у випадку конкретизації виду злочину, у якому бере участь той чи інший співучасник – коли, наприклад, має місце підбурювання до крадіжки, організація вимагання, пособництво бандитизму тощо.

Особливість діяння співучасника як прояву участі у спільному, разом з іншими, вчиненні злочину зумовлює специфічність способу, у який він вчиняє “власний злочин”, а саме, – з використанням при реалізації власних намірів зусиль іншої особи (осіб). При вчиненні злочину у співучасті має місце певна взаємодія між співучасниками, що у межах вчинюваного кожним із них злочину виявляється у використанні зусиль іншої особи (осіб) для реалізації власних намірів. При цьому інший співучасник стає своєрідним знаряддям вчинення особою “власного злочину”.

На таку ознаку особливого способу вчинюваного співучасником діяння у законі побічно вказують слова: “...Особа, яка у співучасті з іншими суб'єктами злочину вчинила злочин” – у визначенні виконавця (співвиконавця) злочину (ч. 2 ст. 27 КК) та слова “Спільна участь декількох суб'єктів злочину” – у визначенні співучасті у злочині (ст. 26 КК).

Особливість об'єктивної сторони складу участі у злочині відображає також обстановка вчинення співучасником злочину, яку можна охарактеризувати як подію спільного – у співучасті – вчинення декількома особами одного злочину.

Спільність вчинення злочину як ознака співучасті передбачає, за загальним висновком науковців, спрямованість зусиль співучасників, усіх разом та кожного окремо, на

* Більш детально ознаки складу участі у злочині викладено у публікації: *Єфремов Сергій. Склад участі у злочині як юридична підстава відповідальності співучасника злочину // Вісник прокуратури. – 2006. – № 6. – С. 62–69.*

досягнення єдиного злочинного результату. Цей результат є характеристикою не лише реально вчинюваного співучасником діяння, він наявний також у законодавчому його відображенні як типового діяння, тобто у складі злочину співучасника, хоча не завжди в очевидній формі і по-різному.

Даний результат як певний суспільно небезпечний наслідок може бути ознакою складу злочину виконавця (співвиконавця) і лише цього складу, причому якщо такий наслідок загалом передбачений диспозицією статті, якою встановлюється злочинність вчинюваного виконавцем діяння, іншими словами, коли склад злочину виконавця є матеріальним. Для інших співучасників єдиний злочинний результат у вигляді певного суспільно небезпечного наслідку буде становити мету вчинюваних ними злочинів – як ознаку суб'єктивної сторони складу злочину. У випадку спільного вчинення злочину із формальним складом єдиним злочинним результатом належить вважати злочинне діяння, вчинюване виконавцем. Відповідно, у складі злочину співучасника (окрім виконавця) даний результат набуває значення ознаки мети вчинюваного ним злочину, обриси якої мають відповідати ознакам діяння, передбаченого складом злочину виконавця.

Ознакою, що характеризує співучасника як своєрідного спеціального суб'єкта злочину, є роль, якою він за законом наділений як співучасник певного виду. Роль співучасника при вчиненні злочину відображає не лише форма його участі у спільному із іншими вчиненні злочину, але

й особливе його положення у системі відносин, що формуються на ґрунті спільного вчинення злочину, насамперед – стосовно інших співучасників.

Певні особливості має суб'єктивна сторона складу злочину співучасника. За визначенням поняття співучасті, що міститься у ст. 26 КК, участь співучасників у вчиненні злочину можлива лише із умисною формою вини. При цьому умислом співучасника має охоплюватися, окрім іншого, що вчинюване ним діяння є участю у спільно вчинюваному злочині, та значення такої участі для реалізації спільних намірів співучасників.

Вищевказані ознаки є загальними для складу злочину співучасника. Уже їх характеристика показує суттєві відмінності у структурному, а ще більше – у змістовому відношеннях, складів участі у злочині окремих видів співучасників. Їх діяння утворюють по суті різні склади злочинів, при тому що всі вони у реальному житті беруть участь у вчиненні одного і того ж злочину, передбаченого, як правило, однією і тією ж статтею (частиною статті) Особливої частини КК України.

Список літератури:

1. Кримінальний кодекс України: науково-практичний коментар / Ю.В. Баулін, В.І. Борисов, С.Б. Гавриш та ін.; за заг. ред. В.В. Сташиса, В.Я. Тація. – К.: Концерн “Видавничий Дім “Ін Юре”, 2003.
2. Гаухман Л.Д. Квалификация преступлений: закон, теория, практика / Л.Д. Гаухман. – М.: АО “Центр ЮрИнфоР”, 2001.

Ю.П. Дзюба
(Національна юридична Академія України
імені Ярослава Мудрого)

Предмет злочину як ознака складу злочину: методологічні аспекти дослідження

1. Під предметом злочину в науці кримінального права розуміються певні речі матеріального світу, з відповідними властивостями яких кримінальний закон пов'язує наявність у діях особи ознак конкретного складу злочину. В літературі відзначається, що предмет злочину нерозривно пов'язаний з об'єктом злочину та інколи навіть співпадає з предметом суспільних відносин як об'єкта злочину. Причому визнається, що предметом можуть виступати не тільки речі, але й інші предмети об'єктивного світу. Відмічається також, що в окремих випадках матеріальною формою існування предмета злочину може бути і неоречовинена матеріальна субстанція (наприклад, електромагнітні поля, електроенергія, інтелектуальна власність, різного роду таємниці тощо).

Законодавче визначення окремих видів неоречовинених предметів вимагає їх безумовного урахування, а істотні відмінності від традиційних предметів – глибокого теоретичного аналізу кожного такого предмета. В предметі злочину проявляються певні сторони, властивості суспільних відносин (об'єкта злочину). Саме через вплив на предмети завдається соціально небезпечна шкода самим суспільним відносинам. Виходячи з викладеного, відзначимо, що, *по-перше*, предмет злочину входить у структуру об'єкта; *по-друге*, він носить матеріальний характер; *по-третє*, шляхом впливу на нього заподіюється шкода суспільним відносинам.

2. Загальними ознаками предмета злочину, що визнані наукою кримінального права, та які розкривають його зміст, виступають *соціальна; фізична; юридична* ознаки. Деякі вчені до обов'язкових, властивих будь-якому предмету злочину, відносять лише дві останні, виходячи з того,

що соціальна та інші спеціальні ознаки розкривають зміст окремих видів предметів і що, у зв'язку з цим, вони властиві не всім предметам. На наш погляд, соціальна ознака предмета злочину обумовлюється суспільними відносинами, у сферу яких залучені відповідні предмети. І в цьому сенсі вона властива будь-якому предмету. В залежності від того, у площині яких суспільних відносин знаходиться предмет, можна говорити і про ознаки, що відбивають його специфіку в цих відносинах.

3. Крім названих вище загальних ознак будь-якого предмета злочину, кожний предмет вирізняється також низкою ознак *спеціальних*, притаманних предметам окремого виду, або виключно предмету того чи іншого конкретного злочину. Спеціальні ознаки предметів злочину утворюють видову своєрідність цих предметів, вказують на функції, які виконують вказані предмети в суспільних відносинах видового чи безпосереднього об'єкта злочину, а також обумовлені останніми і в цілому залежать від них.

4. Вирізняються предмети злочинів за їх місцем в структурі охоронюваних відповідними нормами суспільних відносин. В одних випадках вони є матеріальним вираженням, речовинною формою закріплення цих відносин. З *наявністю* предметів у системі тих чи інших суспільних відносин пов'язане їх нормальне функціонування. В інших випадках предмети злочину хоча і входять у структуру об'єкта, але виступають вже у дещо іншій ролі. Саме їх *відсутність* у суспільних відносинах є однією з необхідних підстав, важливою передумовою їх нормального функціонування.

Теоретичним обґрунтуванням рішення даного питання виступає позиція Е.О. Фро-

лова і М.І. Панова, яку, хоча і з деякими зауваженнями, поділяв і В.М. Кудрявцев. Вчені включають у структуру об'єкта разом з фактичними відносинами між людьми також *матеріальні форми, умови та передумови існування* цих відносин, що нерозривно пов'язані з їх нормальним функціонуванням. Дана обставина дозволяє уточнити безпосередній об'єкт злочину, більш чітко визначити коло відносин, охоронюваних тією чи іншою кримінально-правовою нормою, провести розмежування безпосередніх об'єктів злочинів, а також визначити специфічні риси безпосереднього об'єкта того чи іншого конкретного злочину, властивих тільки йому.

5. Зазначимо, що в структурі об'єктивної сторони злочину елементом, який межує з предметом злочину, є засоби вчинення злочину, тобто певні речі, механізми, документи та інші предмети, які використовуються винним для скоєння злочину. Якщо предмети злочину знаходяться у сфері суспільних відносин (об'єктів), на які посягають відповідні злочини, то вони виступають необхідною умовою, передумовою або матеріальною формою існування цих відносин. Засоби ж вчинення злочину завжди знаходяться поза сферою об'єкта злочину та не пов'язані своїм існуванням з суспільними відносинами, яким завдається шкода від злочинного посягання.

6. В останній час багатьма науковцями висловлюються думки, згідно з якими, фізичною складовою предметів пропонується визнавати фактично будь-яку матеріальну субстанцію. Вважаємо, що такий підхід потребує подальшого аналізу і розвитку. Не маючи можливості викласти більш глибокий науковий аналіз вказаної проблеми, висловимо декілька принципів, на наш погляд, доводів з цього питання. Прихильники аналізованого підходу до визначення фізичної форми предмета розглядають матерію, за їх словами, як об'єктивну реальність та не ототожнюють її з конкретними видами. Звідси – і права, і інтелектуальні цінності, і блага, і електрична енергія, і навіть звуки (мелодії і слова) складають цю реальність,

тобто є матеріальними. І оскільки їх можна назвати предметами (елементами) матеріального світу, які також мають відносну самостійність, автори доходять висновку про те, що як фізична складова предмета злочину може виступати будь-яка матеріальна субстанція. Предметом злочину автори вважають інформацію, таємниці тощо, тому що вони за своєю природою також матеріальні. У такому разі і думки, ідеї, в основі яких також лежить інформаційна складова, слід було б визнати предметом злочину. Матеріальною субстанцією в цьому випадку буде виступати семантична комбінація та властивості нейронів головного мозку зберігати інформацію та синтезувати ідеї. До таких парадоксальних висновків можна дійти, виходячи з аналізованої позиції. Ідея включення до низки предметів злочину всього того, що складає коло людських потреб, підкуповує своєю легкістю та простотою. Проте такий підхід приховує у собі серйозну погрозу, тому що без суттєвих пояснень може зруйнувати інститут предмета злочину в кримінальному праві. При цьому межа між предметом злочину та його об'єктом практично зникає, руйнуються традиційні погляди про місце предмета в структурі суспільних відносин, його відносну самостійність, про механізм заподіяння шкоди об'єкту, коли заволодіння відповідними "предметами" можливе вже без їх безпосереднього вилучення, про характер шкоди суспільним відносинам тощо.

На наш погляд, усі ці так названі "предмети" можна розподілити на три групи. *Першу групу* складають непомітні (невидимі), проте, оречовинені предмети. До них відноситься природний газ та деякі інші матеріальні предмети. В *другу групу* входять різного роду енергії (електрична, теплова тощо.) Нарешті, *третю групу* утворюють матеріальні субстанції, в основі яких знаходиться інформаційна складова (інтелектуальна власність, комп'ютерна інформація тощо.) І якщо предметна природа явищ, віднесених нами в першу групу, сумнівів не викликає, то статус двох інших вимагає істотного корегування.

П.С. Берзін,
доцент, кандидат юридичних наук
(Київський національний університет
імені Тараса Шевченка)

Механізм утворення змін в об’єкті кримінально-правової охорони: загальна характеристика

З’ясування характеристики механізму утворення змін в об’єкті кримінально-правової охорони, залишаючись невіршеним протягом тривалого часу, може обумовлюватись, в тому числі, визначенням структури такого об’єкта. Ця структура в межах даного дослідження аналізується автором з урахуванням виділення принаймні двох його (об’єкта) “рівнів”: вертикального і горизонтального.

Вертикальна структура пов’язана із ступенем узагальнення явищ (феноменів), який здатний відобразити співвідношення поняття об’єкта кримінально-правової охорони, об’єкта посягання та об’єкта правомірної поведінки як родового та видових. Родове поняття об’єкта кримінально-правової охорони охоплює собою видове – об’єкт посягання, який конкретизується в одиничних, а саме: об’єкт злочину; об’єкт посягання, вчиненого особою, яка не досягла віку, з якого може наставати кримінальна відповідальність, або неосудною особою.

Родові поняття, що мають філософське чи теоретико-правове підґрунтя й характеризують концептуальні основи даної теорії, поширюються на групу близьких за значенням, походженням та функціями [1, 62] певних кримінально-правових понять (категорій) і розкриваються у видових і одиничних поняттях. Родове поняття об’єкта кримінально-правової охорони охоплює собою ті цінності (соціальні цінності), які захищаються кримінальним законом і не зазнають відповідних змін або не поставлені під загрозу утворення

таких змін в результаті здійснення певного типу поведінки людини. Зазначені видові поняття відображають: 1) зміни, що утворюються в результаті вчинення суспільно небезпечного діяння, конкретними різновидами якого є злочин певного виду; суспільно небезпечне діяння, вчинене особою, яка не досягла віку кримінальної відповідальності, або неосудною особою; 2) залежність (взаємозв’язок) конкретних заходів кримінально-правового впливу та конкретних різновидів названого вище суспільно небезпечного діяння. Конкретизація зазначеної залежності (взаємозв’язку) при виділенні одиничних понять здійснюється на більш конкретному рівні, коли: 1) поняття суспільно небезпечного діяння має більш конкретні “прояви”; 2) конкретного змісту набуває взаємозв’язок типових і особливих заходів кримінально-правового впливу та конкретних “проявів” суспільно небезпечного посягання.

Горизонтальна структура обумовлюється різнопорядковістю явищ, що відображаються у теорії завдяки певним поняттям. Такі поняття перекривають певні сектори, на які може бути поділений предмет [2, 59] проведеного дослідження, і є водночас структурними частинами останнього. Різнопорядкові явища, які беруться під охорону кримінального закону, позначаються в теорії кримінального права поняттям “об’єкт посягання”, що охоплює поняття “об’єкт злочину” та “об’єкт посягання, вчиненого особою, яка не досягла віку, з якого може наставати кримінальна відповідальність, або неосудною особою”.

Різнопорядковість таких явищ прослідковується при визначенні різної якісної специфіки названих вище різновидів суспільно небезпечного діяння, які враховуються у формулюванні їх взаємозв'язку із конкретними заходами кримінально-правового впливу. Ця специфіка зазначених різновидів суспільно небезпечного діяння, що враховуються у формулюванні їх взаємозв'язку із конкретними заходами кримінально-правового впливу, зумовлена: а) об'єктивними ознаками суспільно небезпечного діяння, що фактично вчинене особою (об'єктивний чинник); б) суб'єктивними ознаками цього діяння, які відображають (у тому числі) зміст психічного ставлення особи до охоронюваних кримінальним законом цінностей (соціальних цінностей); в) ступенем і характером суспільної небезпечності вчиненого діяння (соціальний чинник).

Різні варіанти поєднання зазначених чинників утворюють реальні підстави для: а) виділення окремих стадій такого різновиду суспільно небезпечного діяння, який законом визначений як злочин [3, 20]; б) відмежування певної стадії злочину від суспільно небезпечного діяння, вчиненого особою, яка не досягла віку кримінальної відповідальності, або є неосудною, від незлочинної поведінки. Реальність зазначених підстав полягає в тому, що виділені теорією кримінального права види цілеспрямованої діяльності, етапи реалізації злочинного наміру [4, 16] відображаються в окремих етапах вчинення злочину як його стадії, що поширюються лише на злочини, які вчиняються з прямим умислом. Таке відображення за змістом ст. 13 КК охоплює поняття закінченого та незакінченого злочину. Незакінчений злочин в свою чергу може проявлятися у вигляді готування до злочину та замаху на злочин [5, 20]. На цій підставі і виділяються такі стадії умисного злочину як: а) готування до злочину; б) замах на злочин; в) закінчений злочин. Саме з цим кримінальний закон і пов'язує варіанти поєднання об'єктивного, суб'єктивного і соціального чинників, характерних окремо для: а) стадій вчинення злочину; б) завер-

шеної суспільно небезпечної діяльності (суспільно небезпечної активності), що позбавлена стадій готування і замаху, особливості якої зумовлені перш за все специфікою заходів кримінально-правового впливу, що можуть бути застосовані до осіб, які не досягли віку, з якого може наставати кримінальна відповідальність, та неосудних осіб. При цьому заслуговує на увагу реалізація наміру й тоді, коли особа не є суб'єктом злочину, але вчиняє суспільно небезпечне діяння, що підпадає під ознаки діяння, передбаченого Особливою частиною КК. Адже вік, з якого може наставати кримінальна відповідальність, та неосудність особи, що вчиняє таке діяння, не можна однозначно визнавати чинником, який би обумовлював визнання цього діяння як вчиненого цілеспрямовано. Наприклад, уявимо собі ситуацію, коли 15-річні підлітки проникли у жило з метою викрадення чужого майна, але були затримані господарем. Цілеспрямовані дії цих осіб, які не є суб'єктами крадіжки, поєднаної з проникненням у житло (ч. 3 ст. 185 КК), тим не менш тягнуть відповідальність (за наявності інших необхідних обставин) за відповідною частиною ст. 162 КК ("Порушення недоторканності житла").

Подальше з'ясування значення наведених вище характеристик якісної специфіки зазначених різновидів суспільно небезпечного діяння, що враховуються у формулюванні їх взаємозв'язку із конкретними заходами кримінально-правового впливу, при визначенні об'єкта злочину, об'єкта посягання, вчиненого особою, яка не досягла віку, з якого може наставати кримінальна відповідальність, або неосудною особою як різнопорядкових явищ, повинне обов'язково включати конкретні показники ступеню і(або) характеру суспільної небезпечності вчиненого діяння при конкретизації: 1) змісту таких законодавчо визначених різновидів злочинної поведінки, як закінчений і незакінчений злочин, показники якої виражаються, зокрема, у характері змін в його об'єкті та ступені реалізації особою її злочинного наміру; 2) змісту діяння особи, яка не досягла віку кримінальної відпові-

дальності, та неосудної особи, результатом якого є певні зміни в його об’єкті.

Таке розуміння різнопорядковості зазначених вище соціально-правових феноменів, які беруться під охорону кримінального закону, та загальна характеристика механізму відображення значимості певних змін, що утворюються у кожному із таких явищ, визначатиме обмеження подальшого дослідження таких змін залежно від трансформації об’єкта кримінально-правової охорони у об’єкт злочину, у зв’язку з чим:

а) уявлення про врахування механізму утворення таких змін в основних цінностях суспільства (соціальних цінностях), на які спрямовується відповідний різновид суспільно небезпечного діяння, який законом визначений як злочин, має залежати від взаємозв’язку останнього із конкретними заходами кримінально-правового впливу та узгоджуватися з висновками, зробленими в межах визначення і співвідношення понять “об’єкт кримінально-правової охорони”, “об’єкт посягання”, “об’єкт правомірної поведінки”, “об’єкт злочину”, “об’єкт посягання, вчиненого особою, яка не досягла віку, з якого може наставати кримінальна відповідальність, або неосудною особою”;

б) характеристика цього взаємозв’язку має враховуватись при з’ясуванні ряду питань, зокрема: яким чином показник ступеню і(або) характеру суспільної небезпечності закінченого і незакінченого злочину у вигляді певних змін в основних цінностях суспільства (соціальних цінностях), що зумовлені ступенем реалізації її злочинного наміру, виражається у механізмі відображення змін в об’єкті злочину; яким чином відбувається трансформація якісної специфіки суспільної небезпечності діяння, яке законом визначене як злочин, у характеристики, що використовуються в кримінальному праві не лише для визначення соціально-правового феномену, який береться під охорону кримінальним законом, називається об’єктом злочину і визнається складовою частиною юридичного складу злочину, але і для відображення такої якісної специфіки у специфічній конструкції

об’єкта і об’єктивної сторони як складових частин юридичного складу злочину; який конкретний зміст названих змін враховується у специфічній конструкції окремих обов’язкових елементів та зв’язків між ними об’єкта і об’єктивної сторони юридичного складу злочину.

З урахуванням зазначених моментів принципового значення набуває вирішення низки більш конкретних питань, зокрема: а) яких форм набувають зміни, що виникають в результаті вчиненого суспільно небезпечного діяння; б) як найбільш точно їх іменувати?

Відповідаючи на перше запитання, слід враховувати значимість названих змін для окремої особи, групи осіб, суспільства чи держави, властивості якої проявляються у специфічному механізмі відображення цих змін. Визначальними характеристиками функціонування цього механізму є: а) наявність його обов’язкових елементів: найважливіші та найзначніші для окремої особи, групи осіб, суспільства чи держави цінності (соціальні цінності); визнання цих цінностей (соціальних цінностей) об’єктами кримінально-правової охорони; суспільна небезпечність діяння; його спрямованість на зазначені цінності; утворення в таких цінностях змін в результаті спрямованого суспільно небезпечного діяння; б) особливості режиму функціонування механізму відображення значимості названих змін в основних цінностях суспільства (соціальних цінностях), який залежить від того, які саме його елементи “працюють” та як саме вони “працюють” [6, 198]. Характерним тут є утворення певних форм, які обов’язково з’являються в процесі функціонування цього механізму.

Механізм відображення значимості зазначених змін “працює” в режимі кримінально-правової охорони найважливіших та найзначніших для окремої особи, їх груп, суспільства чи держави цінностей (соціальних цінностей) за наступною загальною схемою.

1. Філософське осмислення питання про те, яким саме чином утворені в об’єкті злочину зміни враховуються при визначенні

підстави кримінальної відповідальності, пов'язане із загальною теорією розвитку та взаємозв'язку об'єктивного світу і людської свідомості, що відображає такий зв'язок. Одним із первинних елементів, що виражає основні ідеї пізнання такого взаємозв'язку, є відображення дійсності. Як основа діалектичної логіки та теорії пізнання відображення є активним процесом більш глибокого проникнення в сутність явищ існуючого навколишнього світу. В результаті отримані дані узагальнюються і виражаються в поняттях, категоріях, законах, що відтворюють істотні зв'язки та закономірності природи і суспільства. Основою такого процесу є те, що саме поняття відображення дозволяє не лише зрозуміти процес повного або часткового руйнування попереднього явища і відновлення чи реконструкцію чогось тотожного, але і представити його результат у вигляді певних форм. Такі форми, призначені надавати певному явищу внутрішню будову, логічно завершений характер, “є спрощеним, грубим образом об'єкта, що відображається; мають подібність з останнім лише на рівні істотних ознак, тобто є аналогічними щодо об'єкта, який відображається, але не тотожні йому” [7, 61, 65].

Очевидно, що в межах науки кримінального права неможливо вирішити глибинні філософські проблеми про пізнання форм відображення на кшталт ціннісних установок, які неможливі без відображення. Проте названий підхід (філософське і психологічне розуміння процесу відображення дійсності) може бути певною мірою використаний для визнання механізму, який аналізується, частиною діалектичного механізму відображення дійсності, що “працює” за принципами, законами і категоріями діалектичної логіки та теорії пізнання. Врахування такої специфіки дозволить в подальшому частково відповісти на питання, “чому в кримінальному праві одне й те саме за своїми фізичними і психологічними показниками діяння в одних випадках тягне кримінальну відповідальність (за настання наслідків), а в інших – ні (за відсутності наслідків)” [8, 85].

2. Попереднім явищем, повне або часткове відновлення змісту якого відбувається в процесі відображення є цінності (соціальні цінності), що зазнають змін в результаті спрямованого на них суспільно небезпечного діяння.

3. Значимість змін у таких цінностях відображується залежно від оцінки характеристики їх змісту, що здійснюється окремою особою, її групами, суспільством чи державою з точки зору прав і свобод людини, її життя і здоров'я, честі і гідності, недоторканності і безпеки.

4. Характеристика “параметрів” утворення змін в об'єкті злочину та їх врахуванням при виділенні найбільш типових форм оцінки, що відображає значимість (важливість) зазначених змін для окремих осіб, їх груп, суспільства чи держави, дозволяє розглядати таку оцінку як нормативну визначеність вираження соціальної значимості (важливості) цих змін, яка забезпечується виконанням охоронних та регулятивних завдань (функцій), що стоять перед кримінальним правом як окремою галуззю права. Таке розуміння поняття оцінки дає підстави для висновку, що найбільш типові її форми, які в межах об'єктивної сторони складу злочину є своєрідним “підтвердженням” (“констатацією”) відповідного типу змін в об'єкті злочину, мають бути виділені, перш за все, за такими ознаками: а) яких втрат “зазнали” конкретні носії (людина як потерпілий, суспільно або держава) конкретних благ або інші різновиди цінностей (соціальних цінностей) у зв'язку з впливом спрямованого на них суспільно небезпечного діяння, яке законом визначене як злочин; б) які витрати здійснили ці носії для відновлення порушеного таким впливом конкретного блага; в) яка вигода могла б бути одержана конкретним носієм названих благ, що зазнав зазначених втрат або здійснив будь-які витрати для відновлення порушеного блага, у разі відсутності впливу спрямованого на нього (носія благ) суспільно небезпечного діяння, визначеного законом як злочин, або порушення таким діянням (впливом) конкретного блага; г) яка вигода одержується винною особою в ре-

зультаті впливу на конкретні компоненти (елементи) соціальних цінностей такого різновиду суспільно небезпечного діяння, яке законом визнається як злочин. Залежно від варіанту поєднання цих ознак між собою типовими формами зазначеної оцінки є заподіяна шкода і отриманий дохід.

Список літератури:

1. **Навроцький В.О.** Теоретичні проблеми кримінально-правової кваліфікації / В.О. Навроцький. – К.: Атіка, 1999.

2. **Навроцький В.О.** Названа праця.

3. Науково-практичний коментар до Кримінального кодексу України. – 4-те вид., переробл. та доповн. / відп. ред. С.С. Яценко. – К.: А.С.К., 2005.

4. **Тихий В.П., Панов М.І.** Злочин, його види та стадії: науково-практичний коментар / В.П. Тихий, М.І. Панов. – К.: Видавничий дім “Промені”, 2007.

5. Науково-практичний коментар до Кримінального кодексу України. – С. 20.

6. **Шапченко С.Д.** Механізм кримінально-правового регулювання в правовій системі України: основні режими функціонування / С.Д. Шапченко // Вісник Київського національного університету. Юридичні науки. – Вип. 47. – 2002.

7. **Кругликов Л.Л., Спиридонова О.Е.** Юридические конструкции и символы в уголовном праве / Л.Л. Кругликов, О.Е. Спиридонова. – СПб.: Издательство Р. Асланова “Юридический центр Пресс”, 2005.

8. Кримінальне право України. Загал. частина: підруч. для студентів юрид. вузів і фак. / Г.В. Андрусів, П.П. Андрушко, В.О. Бенківський [та ін.] ; за ред. П.С. Матишевського, П.П. Андрушка, С.Д. Шапченка. – К.: Юрінком Інтер 1997.

*Р.В. Вереша,
кандидат юридичних наук, доцент
(Академія адвокатури України)*

Помилка в кримінальному законодавстві зарубіжних держав

Помилка в кримінальному праві – це неправильне (хибне) уявлення особи про юридичне значення та фактичний зміст свого діяння, його наслідків та інших обставин, що передбачені як обов'язкові ознаки (елементи) у відповідному складі злочину.

В чинному КК України немає норми про помилку. Норми про помилку містяться в кримінальному законодавстві деяких зарубіжних держав. Наприклад, § 13-204 (В) КК штату Арізона (США), § 15, 20 КК штату Нью-Йорк (США), § 304 КК штату Пенсільванія (США), розділ 9 КК Австралії, ст. 14 КК Республіки Болгарія, ст. 14 КК Іспанії, статті 47 – 48 КК Республіки Корея, статті 34 – 38 КК Республіки Сан-Марино, статті 225, 233 КК Сирії, ст. 122-3 КК Франції, § 16, 17 КК ФРН, частини 2, 3 ст. 38 КК Японії та ін. Так, найбільш коротко норма про помилку викладена в КК Франції: “Не підлягає кримінальній відповідальності особа, яка може довести, що вона в результаті помилки в праві, уникнути якої вона не могла, вважала, що може вчинити це діяння законно”.

Кримінальні кодекси деяких держав містять дві статті, які визначають помилку в фактичних обставинах справи і помилку в кримінально-правовій забороні. Наприклад, § 16, 17 КК ФРН, статті 34 – 38 КК Республіки Сан-Марино.

Юридична помилка

В § 9 КК Австрії передбачено: “Хто не усвідомлює протиправність діяння у зв'язку з помилкою в праві, діє невинувато, якщо ця помилка вважається вибачливою. Помилка вважається невибачливою, якщо протиправність діяння була очевидною і могла бути встановлена будь-якою особою або якщо суб'єкт не ознайомився з існуючими

приписами... Якщо помилка невибачлива, то суб'єкт несе відповідальність за умисний злочин, якщо він діяв свідомо, або за необережне діяння, якщо він діяв несвідомо”.

У ст. 14 КК Іспанії зазначається, що непереборна помилка стосовно протиправності діяння, яке утворює кримінальне правопорушення, виключає кримінальну відповідальність особи. Якщо помилка була переборною, застосовується покарання на 1 або 2 ступені нижче, передбаченого законом.

Ст. 135 КК Румунії передбачає: “Ніхто не може бути звільнений від відповідальності з посиланням на незнання або помилкове тлумачення кримінального закону”.

КК Угорщини (§ 24) визначає: “Не підлягає покаранню особа, що вчинила діяння у зв'язку із помилковим уявленням, тобто діяння не є небезпечним для суспільства, якщо для такого уявлення воно мало обґрунтовану причину”.

КК Польщі передбачає, що незнання про протиправність діяння не виключає відповідальності, якщо особа могла уникнути помилки.

Таким чином, помилка в праві або, як її ще називають, помилка в забороні, за загальним правилом не звільняє особу, що вчинила суспільно небезпечне діяння, від кримінальної відповідальності. Однак переважна більшість статей КК зарубіжних держав стосовно помилки містять виключення з загального правила. Так, зазначається, що суб'єкт діє невинувато, якщо він припустився вибачливої помилки. При цьому необхідно зазначити, що якщо особа підлягає кримінальній відповідальності за наявності помилки, то покарання суб'єкту передбачається більш м'яке, ніж передба-

чено законом (ближче до мінімальної межі санкції статті кримінального закону).

Фактична помилка

Більшість кримінальних законів зарубіжних держав, крім юридичної помилки, передбачають також положення, що стосуються фактичної помилки. Так, кримінальне законодавство ФРН (§ 16) передбачає: “Хто при вчиненні злочину не знає обставин які стосуються складу злочину передбаченого законом, той діє неумисно. Хто при вчиненні злочину помилково передбачає існування обставин, які утворюють склад злочину, передбаченого більш м’яким законом, той може бути засуджений за умисне вчинення злочину лише на підставі більш м’якого закону”.

Аналогічними за змістом є також ст. 47 (фактична помилка) КК Італії, ст. 19 (помилка в фактах) КК Швейцарії, які сформульовані з меншим ступенем деталізації.

У ст. 14 КК Іспанії стосовно фактичної помилки зазначено: “Непереборна помилка стосовно дії, яка утворює кримінальне правопорушення, виключає кримінальні відносини особи. Якщо стосовно обставин вчинення діяння і особистості винуватого помилка була переборною, правопорушення в даному випадку карається, як скоєне з необережності. Помилка стосовно дії, що кваліфікує правопорушення, посилює відповідальність”.

Кримінальні закони деяких держав Східної Європи також містять норми стосовно фактичної помилки, наприклад ст. 135 КК Румунії, § 24 КК Угорщини, ст. 24 КК Польщі, ст. 14 КК Болгарії.

Зокрема, ст. 135 КК Румунії передбачає: “Якщо фактичні обставини, що містять будь-який елемент складу злочину, або обставини, що обтяжують відповідальність, не були відомі виконавцю в момент вчинення діяння, вони не тягнуть і не обтяжують вину за діяння, кваліфіковане законом, як злочин або проступок”.

КК Польщі (ст. 24) передбачає: “Не вчинює злочин той, хто здійснює діяння під впливом помилки стосовно обставин, що утворюють ознаки забороненого діяння, за винятком випадків коли мова йде

про необережність, менш тяжкий злочин, а сама помилка є результатом легковажності чи недбалості”.

КК Болгарії (ст. 14) стосовно фактичної помилки визначає, що незнання фактичних обставин, які стосуються складу злочину, виключає умисел стосовно цього злочину. Це положення застосовується до діяння, що вчинене з необережності, якщо лише саме незнання фактичних обставин, не утворює необережності.

Також необхідно зазначити, що положення стосовно фактичної помилки містяться в кримінальному законодавстві Куби. Так, ст. 23 КК Куби передбачає: “Виключається кримінальна відповідальність, того хто вчинює заборонену дію під впливом помилки, що стосується одного із конструктивних елементів зазначеної дії. Коли внаслідок помилки шкода заподіюється особі, що не є тією особою, стосовно якої була спрямована дія, властивості особистості потерпілого від помилки не можуть бути покладені в основу посилення покарання”.

Незважаючи на багатоманітність формулювань, деякі положення стосовно помилки, що передбачені в законодавстві зарубіжних держав, можна виділити як типові.

По-перше, законодавством визнається однією з обов’язкових ознак умисної вини, усвідомлення особою усіх тих обставин, які передбачені в законі як ознаки складу злочину.

По-друге, до основної ідеї досліджуваних норм необхідно віднести оцінку помилки з точки зору необережності.

По-третє, в окремих випадках наявність в діях особи помилки при вчиненні злочину належить до обставин, що виключають злочинність діяння.

Позитивним моментом кримінального законодавства Куби, є передбачення особливого виду фактичної помилки – помилки в особі потерпілого.

Виходячи із необхідності законодавчої регламентації положень про помилку в КК України, необхідно виділити наступні характеристики. Не викликає сумніву той

факт, що вина здійснює істотний вплив на визначення підстав і меж кримінальної відповідальності. Водночас наявність помилки при вчиненні злочину значно ускладнює вирішення питання про вину. Саме тому необхідно використати досвід законодавчого

вирішення проблеми помилки зарубіжними державами в межах КК України. Разом з тим, в межах Кримінального кодексу буде корисно передбачити особливі види юридичної і фактичної помилки.

В.В. Українець,
аспірант
(Академія адвокатури України)

Особливості об'єкта складу злочину створення злочинної організації

На думку автора прийнятною концепцією для дослідження особливостей об'єкта складу злочину створення злочинної організації може слугувати так звана ціннісна теорія об'єкта. Зазначена концепція є прийнятною головним чином тому, що містить несуперечливу і зрозумілу структуру об'єкта злочину.

Тому в основу з'ясування питання, що досліджується автором, покладено визначення об'єкта злочину як соціальних та індивідуальних цінностей, що охороняються кримінальним законом, проти яких спрямоване злочинне діяння і яким воно може заподіяти шкоду.

За цією концепцією до елементів цінностей як об'єкта злочинів слід відносити п'ять класів компонентів:

- 1) потерпілих;
- 2) їхні інтереси та права;
- 3) соціальні зв'язки;
- 4) предмети (матеріалізовані блага);
- 5) нематеріалізовані блага, які належать потерпілим.

З такої точки зору модель об'єкта злочину, передбаченого ч. 1 ст. 255 КК України, виглядає таким чином.

Потерпілою стороною від цього злочину може бути суспільство в цілому, держава України, а також конкретна фізична особа.

Для визначення поняття “*інтерес*” у структурі об'єкта складу злочину важлива його об'єктивна характеристика через з'ясування спрямованості інтересу, його захищеності нормами права чи моралі. Є.В. Фесенко дає визначення інтересу як компонента об'єкта злочину – це нормативно захищена чи об'єктизована у формі

загальновизнаної настанови зацікавленість потерпілої сторони у задоволенні її потреб законним способом. Заслужує на увагу аналіз цієї категорії у структурі об'єкта посягань через призму нематеріальних наслідків злочину, яку пропонує Р.В. Вереща. Зокрема вказаний автор виділяє шкоду інтересам політичним, організаційним, соціальним, тобто негативні зміни в об'єкті посягання, що поєднанні з порушенням інтересів учасників суспільних відносин, охоронюваних кримінальним законом, і не пов'язані з фізичним впливом на людину чи впливом на матеріальні предмети зовнішнього світу [2]. Особливість злочину, передбаченого ч. 1 ст. 255 КК України, полягає в тому, що він може відбутися у будь-якій сфері життя суспільства, діяльності державних органів, органів місцевого самоврядування, торкаючись інтересів в сфері забезпечення безпечних умов життєдіяльності суспільства, захисту людини, її життя і здоров'я, честі і гідності, недоторканності.

Права потерпілих – один з компонентів об'єкта злочину, оскільки на їх порушення спрямована більшість злочинів. Створення і функціонування злочинної організації опосередковано порушує суб'єктивні майнові і немайнові права невизначеного кола громадян України в різних сферах життя суспільства і держави. Створення і функціонування злочинної організації безпосередньо порушує суб'єктивні права конкретної особи, якщо йдеться про вчинення такою організацією злочину щодо такої особи.

Як один із компонентів об'єкту аналізованого злочину виступають *позитивні соціальні зв'язки*, спрямовані на створення,

розвиток та збереження системи громадської безпеки. В основі позитивного соціального зв'язку певної спільноти, суспільства лежить концепція довіри – феномен, що сприяє впорядкуванню соціального життя. Порівняльні емпіричні дослідження фахівців Європейського банку реконструкції і розвитку у країнах з перехідною економікою, до яких безперечно відноситься Україна, засвідчили, що високий рівень довіри й участь населення у громадських організаціях сприяє у довготривалій перспективі економічному зростанню через полегшення передачі інформації, зниження затрат на примус і контроль. В цьому контексті необхідно зробити висновок, що при вчиненні злочину, передбаченого ч. 1 ст. 255 КК України, страждає позитивний соціальний зв'язок, який обумовлює усі аспекти впорядкування соціального життя. Шкода завдається шляхом дії, що руйнує цей зв'язок. Видається, що механізм злочинного посягання на позитивні соціальні зв'язки в контексті розглядуваного злочину відбувається певною мірою шляхом заміщення позитивних соціальних зв'язків на негативні. Прикладом негативної кооперації між людьми як раз і слугують злочинні організації, які продукують корупційні зв'язки, що стають повсякденною практикою рішення питань на тлі недовіри до органів державної влади. Можна припустити, що внаслідок бюрократизму або, навпаки, слабкості офіційних інститутів влади в Україні, такий стан породжує стабільну практику неформальних угод у сфері “тіньової” економіки, практики розв'язання спорів тощо з метою зменшення трансакційних витрат (тобто своєрідної раціоналізації життя в межах існуючих норм), а інституційне оформлення цих негативних соціальних зв'язків у певні організаційні форми (легальні - співтовариство бізнесменів, політичних діячів тощо; нелегальні кримінальні – злочинні організації, сходки, банди тощо) призводить до наступного збільшення недовіри у

суспільстві. Вказаний підхід до розуміння позитивних соціальних зв'язків, як складової об'єкта розглядуваного злочину, можна уявити (для ілюстрації справедливості такого твердження) через механізм злочинного посягання на ці соціальні зв'язки або як певну “боротьбу” позитивних і негативних соціальних зв'язків в суспільстві, що призводить до дефектності цих відносин. Таким чином, негативні соціальні зв'язки в Україні, що знаходять яскраве вираження у тотальній корупції, є частково і прямим результатом діяльності злочинних організацій, що негативно впливає на демократичні ініціативи, перешкоджає поширенню позитивних соціальних зв'язків в суспільстві.

У диспозиції ч. 1 ст. 255 КК України не визначено предмет злочину, а тому для складу цього злочину він є нейтральним.

На нашу думку, найбільш характерним елементом цінностей як об'єкта злочину, передбаченого ч. 1 ст. 255 КК України, є *нематеріалізовані блага*, які належать потерпілим. Як зазначалося, потерпілими за вказаним злочином поряд з конкретною особою, є невизначене коло осіб, що утворюють суспільство України, держава, її органи тощо. Для вказаних суб'єктів невід'ємною умовою їх цивілізованого існування і розвитку є таке соціально-політичне, правове явище як громадська безпека, що є результатом діяльності державних і недержавних структур і яку можна уявити як стан захищеності суспільства, з приводу встановлення і підтримки громадського порядку і спокою, недоторканності особи і власності, нормальної роботи юридичних осіб публічного і приватного права.

Підсумовуючи викладене можна висловити сподівання, що така конкретизація структури і змісту об'єкта злочину, передбаченого ст. 255 КК, уточнює його кримінально-правову характеристику, сприяє більш чіткому встановленню об'єктивних та суб'єктивних ознак цього злочину.

Л.В. Виговська,
аспірант
(Академія адвокатури України)

Проблемні питання кримінально-правової характеристики злочину, передбаченого ст. 304 Кримінального кодексу України

Українська держава сміливо заявляє про себе світовій спільноті, триває правотворчий процес, який спрямований на забезпечення прав і свобод людини, вільний і всебічний розвиток її особистості, виховання в людині поваги як до національних традицій, так і до законодавства держави.

В зоні особливої уваги – забезпечення гармонійного розвитку дітей та підлітків, захист неповнолітніх від протиправних посягань на їх моральний та фізичний розвиток, адже чверть населення України – діти.

Ціла низка законів на чолі з Конституцією України та інших нормативних актів декларує права дитини на державний захист її законних прав та інтересів.

Поряд з цим законодавча позиція не повною мірою адекватна ступеню суспільної небезпеки злочинів, пов'язаних із втягненням неповнолітніх у злочинну діяльність. Ст. 304 КК України, що передбачає відповідальність за цей злочин, не зовсім досконала, окремі теоретичні питання щодо кваліфікації цього злочину, його відмежування від інших злочинів, призначення покарання залишаються недостатньо дослідженими та потребують подальшої наукової розробки. Зокрема, не досить чітко визначений об'єкт злочину, передбаченого ст. 304 КК України.

Складнощі у визначенні об'єкта втягнення неповнолітніх у злочинну діяльність обумовлені, з одного боку, неоднозначністю визначень самого поняття об'єкта злочину в теорії кримінального права, а з іншого боку – особливостями сфери, що відноситься до кримінально-правової охорони прав і

законних інтересів неповнолітніх членів суспільства.

Яким саме відносинам чи цінностям втягнення неповнолітніх у злочинну діяльність завдає чи може завдати шкоди, є спірним. Одні вчені вважають, що це – громадський порядок і громадська безпека; другі поряд з громадським порядком і громадською безпекою зазначають нормальний розвиток неповнолітніх; треті визнають таким лише нормальний моральний розвиток неповнолітніх.

Спірність питання, що розглядається, ставить під сумнів правильність розміщення ст. 304 КК України саме в XIV главі Кодексу і викликає дискусії щодо її виокремлення з загалу статей, передбачених главою XIV КК України.

Не достатньо враховано також вік потерпілих осіб: чинна стаття не диференціює неповнолітніх, хоча Кримінальний кодекс України використовує таке розмежування на рівні кваліфікуючих ознак в цілій низці статей (наприклад, ст. 152, 153, 156, 307 КК України).

Посилення кримінальної відповідальності за втягнення малолітніх буде виправданим, оскільки це є більш небезпечним злочином. Адже, без сумніву, вплив негативних чинників на дитину, що не досягла 14-річного віку, буде значно згубнішим, ніж той же вплив на доволі сформованого індивідуума 16-18 років.

Необґрунтованим є зрівнювання у диспозиції ст. 304 злочинної і антигромадської діяльності. Позиція законодавця з цього приводу видається спірною. Зрозуміло, що

дії дорослих, які втягують неповнолітніх у злочинну діяльність, характеризуються підвищеною суспільною небезпекою, адже такі діяння істотно впливають на криміналізацію суспільства, зростання злочинності неповнолітніх та детермінують появу нових злочинних елементів в суспільстві. Разом з тим, хоча втягнення неповнолітніх у пияцтво, заняття жебрацтвом чи азартними іграми є антисоціальними діями, воно не є таким же небезпечним.

Не враховує чинна кримінально-правова норма і підвищену суспільну небезпеку в разі вчинення злочину, передбаченого ст. 304 КК України, батьками дитини або особами, що їх замінюють. Діти мимоволі наслідують поведінку і вчинки батьків та

вихователів. І коли негативна соціальна позиція останніх повсякденно перед очима психічно незрілої особи, наслідком може стати формування антисоціальної поведінки маленької людини. Ще більш негативні наслідки при формування позитивної особистості наступають, коли саме батьки або особи, що їх замінюють, втягують неповнолітнього у злочинну діяльність. Тому такі дії дорослих слід виділити в кваліфікований склад злочину, передбаченого ст. 304 КК України. Необхідно також збільшити верхню межу санкції, віднісши злочин до категорії тяжких.

У зв'язку з викладеним пропонується внести до чинного Кримінального кодексу України відповідні зміни і доповнення.

Н.П. Зосім,
аспірантка
(Академія адвокатури України)

Конструктивні особливості складів злочинів проти прав споживачів

Злочини проти прав споживачів в Кримінальному кодексі України в окрему групу не виділені. З врахуванням видового об’єкта до цієї групи злочинних діянь можна віднести злочини, передбачені статтями 225-227 КК. Зокрема, це обман покупців та замовників, фальсифікація засобів вимірювання, випуск або реалізація недоброякісної продукції.

Конструктивними є такі компоненти об’єктів вказаних злочинів:

- потерпілі від цього злочину;
- права потерпілої сторони;
- соціальні зв’язки;
- матеріалізовані блага (предмети).

Потерпілим від злочину, передбаченого ст. 225, 226 КК, може бути громадянин – покупець або замовник, у т.ч. громадянин, який займається підприємницькою діяльністю без створення юридичної особи. Якщо обман вчинено щодо покупців та замовників – юридичних осіб або держави, дії винного слід кваліфікувати за статтею КК про відповідальність за той чи інший злочин проти власності.

Коло потерпілих від злочинів, передбачених ст. 226 та 227 КК значно ширше, такими можуть бути і юридичні особи чи інші суспільні об’єднання. Потерпати від цих злочинів можуть, насамперед, права потерпілих як споживачів товарів, продукції, послуг тощо.

Соціальні відносини, які є одним з компонентів цих злочинів, існують в сфері випуску та реалізації вказаних предметів, надання послуг і т.п., що регулюються Законом України “Про захист прав споживачів” від 12 травня 1991 р. в редакції Закону від 1 грудня 2005 р. та іншими нормативними актами.

Предметом злочинів проти прав споживачів можуть бути грошові кошти, товари або різні вироби, що виготовляються чи ремонтуються на замовлення громадян, вимірювальні прилади чи інструменти, а також недоброякісна або некомплектна продукція та товари,

Об’єктивна сторона злочину характеризується наступними ознаками:

Діяння, передбачені ст. 225 КК, полягають в обмірюванні, обважуванні, обрахуванні, як способі обману споживачів, а також шляхом перевищення встановлених роздрібних цін та тарифів, продажу фальсифікованих товарів, продаж товарів нижчого сорту за ціною вищого, продажу знижених в ціні товарів за цінами, що існувала до їх уцінки, продажу неповного комплекту товарів, передачі одного предмета під видом іншого тощо.

Об’єктивна сторона складу злочину фальсифікації засобів вимірювання характеризується: виготовленням фальсифікованих вимірювальних приладів чи інструментів, переробленням вимірювальних приладів чи інструментів, збуті таких приладів та інструментів.

Об’єктивна сторона складу злочину випуску та реалізації недоброякісної продукції характеризується діями з реалізації споживачам недоброякісної чи некомплектної продукції і товарів або випуску її на товарний ринок. Однією з основних ознак об’єктивної сторони є великі розміри випущеної чи реалізованої недоброякісної продукції чи товарів.

Слід зазначити матеріальний склад злочинів, передбачених ст. 225, 227 КК, оскільки одним з безпосередніх об’єктів злочинів

проти прав споживачів є матеріальні інтереси, спричинення реальної шкоди, яка є обов'язковою для визнання протиправного діяння закінченим злочином.

Місце вчинення злочину, як правило, є місцем вчинення обману покупців в підприємствах торгівлі і громадського харчування. Місцем вчинення обману замовників є, зазвичай, підприємства побутового обслуговування населення і комунального господарства незалежно від форм власності.

Способи вчинення злочину, передбаченого ст. 225 КК, – обмірювання, обважування, оброховування, та інші способи обману. Що стосується фальсифікації вимірювальних приладів чи інструментів, перероблення засобів вимірювання, збуту фальсифікованих засобів вимірювання, а також випуску на товарний ринок недоброякісної чи некомплектної продукції або товарів та реалізації споживачам такої продукції та товарів, певний спосіб вчинення таких дій не є специфічним.

Суб'єктами злочину є фізичні особи, які здійснюють розрахунки з покупцями чи їх обслуговування в підприємствах торгівлі чи громадського харчування. Це, насамперед, особи, що знаходяться в трудових відносинах з відповідними підприємствами, до функцій яких входить безпосереднє обслуговування покупців чи проведення розрахунків з ними (продавці, офіціанти, фасувальники товару тощо).

Суб'єктами також можуть бути й інші особи, які реалізують товари на підприємствах торгівлі чи громадського харчування, зокрема, посадові особи цих підприємств, якщо вони безпосередньо здійснюють обслуговування покупців, дають підлеглим розпорядження, виконання якого об'єктивно утворює обман покупців за умови, що підлеглі, виконуючи такі вказівки, не знають, що ними здійснюється обман покупців.

Суб'єктом злочину фальсифікації вимірювальних приладів є особа, що досягла

16-річного віку, як власник вимірювальних приладів, результати вимірювань якими використовуються для здійснення розрахунків за спожиті для побутових потреб газ, воду тощо.

Суб'єктом злочину з реалізації недоброякісної продукції є лише особи, на яких покладена відповідальність за випуск на товарний ринок продукції та товарів належної якості, здійснення контролю за якістю продукції (службові особи підприємств, які здійснюють продаж товарів споживачам, громадяни-підприємці, що здійснюють торгівлю продукцією та товарами, оскільки відповідно до Закону України "Про захист прав споживачів" несуть відповідальність за якість товарів та продукції, що ними реалізується).

Суб'єктивна сторона злочину характеризується умисною виною, тобто наявністю в діях особи прямого умислу на вчинення обмірювання, обважування, перевищення встановлених роздрібних цін або іншого обману покупців.

Суб'єктивна сторона злочину випуску недоброякісної продукції характеризується виною у формі умислу чи необережності.

Особливостями кваліфікації злочинів проти прав споживачів є вчинення злочину особою, раніше судимою за даний вид злочину, за умови, що судимість з такої особи не знята або не погашена у встановленому законом порядку.

Дослідження проблеми показує наявність прогалин в кримінальному законодавстві в частині захисту прав споживачів. Зокрема, заслуговує на підтримку пропозиція передбачити в кримінальному законодавстві норму, якою визначити відповідальність за реалізацію недоброякісних продуктів харчування, а також фальсифікованих ліків, оскільки через поширеність і згубний вплив на здоров'я людей суспільна небезпечність таких дій дуже значна.

Н.Ю. Карпова,
аспірантка
(Академія адвокатури України)

Особливості складу злочину, передбаченого ст. 397 КК України

Однією з найважливіших правових гарантій прав і свобод людини і громадянина є закріплене в ч. 1 ст. 59 Конституції України право кожного на правову допомогу. Право на правову допомогу – це гарантована Конституцією України можливість фізичної особи одержати юридичні (правові) послуги. Одним з найважливіших видів правових послуг є захист затриманих, заарештованих, підозрюваних, обвинувачених, підсудних осіб, через його важливість окремо закріплений в Конституції України. Але реалізація цього конституційного права громадян можлива за нормальних умов для діяльності осіб, які її здійснюють. Тому за посягання проти правомірної діяльності захисника чи представника особи з надання правової допомоги ст. 397 КК України встановлена кримінальна відповідальність.

Зазначені соціальні зв'язки та потенційні потерпілі від цього злочину виступають як специфічні компоненти *безпосереднього об'єкта* цього злочину.

Зокрема йдеться про суспільні відносини, що забезпечують дотримання при здійсненні правосуддя конституційного принципу права на захист і встановлений законом порядок реалізації права усіх категорій осіб на захист чи представлення їх законних інтересів у формі правомірної діяльності захисника або представника особи з надання правової допомоги під час здійснення цієї діяльності.

Ця діяльність регламентується КПК України, Законами України “Про адвокатуру”, “Про попереднє ув'язнення”, “Про міліцію” та іншими нормативними актами, наприклад, деякими посадовими інструкціями МВС України і Державного

департаменту України з питань виконання покарань, роз'яснюються вони також окремими постановами Пленуму Верховного Суду України.

Однак наявність суперечностей між нормами КПК України та нормами Законів України “Про адвокатуру”, “Про попереднє ув'язнення”, “Про міліцію”, відхилень від загальних принципів права на захист, закріплених у Конституції України і прогаєлих у статтях КПК України, які визначають зміст та обсяг “правомірної діяльності захисника чи представника особи з надання правової допомоги”, дуже ускладнює здійснення правомірної діяльності захисника чи представника особи з надання правової допомоги і обумовлює можливості створення перешкод до здійснення правомірної діяльності захисника чи представника особи з надання правової допомоги, порушення встановлених законом гарантій здійснення правомірної діяльності захисника чи представника особи з надання правової допомоги і їх професійної таємниці.

В юридичній практиці правомірної діяльності захисника чи представника особи з надання правової допомоги реалізується у встановленому законом порядку шляхом застосування не заборонених законом засобів захисником чи представником особи під час провадження кримінальної справи.

Для повного розкриття змісту поняття “правомірної діяльності захисника чи представника особи по наданню правової допомоги” необхідно комплексно проаналізувати присвячені встановленому законом порядку здійснення правомірної діяльності захисника чи представника особи з надання правової допомоги і дозволені законом

засобів здійснення цієї діяльності вказані вище нормативні акти.

Відповідно до ст. 44 КПК захисник допускається до участі в будь-якій стадії процесу, а у випадках, передбачених ст. 45 КПК, його участь обов'язкова з початку процесу. Та наявні суперечності між п. 3 ст. 106 КПК України (захисник надається з моменту затримання) і ст. 21 КПК України (захисник надається до першого допиту). Відповідно до ст. 106¹ КПК порядок короткочасного затримання особи, підозрюваної у вчиненні злочину, визначається "Положенням про порядок короткочасного затримання осіб, підозрюваних у вчиненні злочину" від 13 липня 1976 р., згідно з яким затриманий не потребує надання захисника протягом 72 годин з моменту затримання. Через ці колізії між різними статтями КПК законний строк надання затриманої особі захисника є досить розмитим.

Законодавством передбачаються такі форми участі захисника у провадженні кримінальної справи: побачення з підзахисним без обмеження кількості і тривалості (ст. 48 КПК, ч. 1 ст. 9, ч. 4 ст. 12 Закону України "Про попереднє ув'язнення", ч. 7, ч. 8 ст. 5 Закону України "Про міліцію"), присутність при допиті підозрюваного і обвинуваченого, при слідчих діях з їх участю, з дозволу слідчого при інших слідчих діях (ст. 107, 122, 143, 144, 438 КПК), подавання доказів (ст. 48 КПК), заявлення клопотань і відводів (ст. 48, 296, 400⁹ КПК, ч. 7 ст. 6 Закону України "Про адвокатуру"), участь у судовому розгляді (ст. 48, 261, 266, 318, 419 КПК), оскарження дій та рішень особи, яка проводить дізнання, слідчого, прокурора, суду (ст. 48, 348, 384 КПК), подавання заперечень на подання прокурора чи апеляції (ст. 48 КПК), збирання відомостей про факти, що можуть використовуватися як докази в справі (ст. 48 КПК, ст. 6 Закону України "Про адвокатуру"). Окремо зупинимося на праві захисника на ознайомлення з матеріалами справи, згідно зі ст. 48 КПК захисник має право на ознайомлення з матеріалами, якими обґрунтовується затримання підозрюваного, обрання запобіжного заходу чи пред'явлення обвинувачення, а після

закінчення досудового слідства – з усіма матеріалами справи. Але у ст. 165² КПК захисник виключений з переліку осіб, які мають право на ознайомлення з матеріалами, якими обґрунтовується обрання запобіжного заходу у вигляді взяття під варту і продовження строків тримання під вартою на стадіях дізнання і досудового слідства. Така суперечливість між нормами КПК призвела до тлумачення постанови Пленуму Верховного Суду України від 25 квітня 2003 р. № 4 "Про практику застосування судами запобіжного заходу у вигляді взяття під варту і продовження строків тримання під вартою на стадіях дізнання і досудового слідства", відповідно до якої захисник цього права не має.

Встановлені законом гарантії здійснення правомірної діяльності захисника чи представника особи з надання правової допомоги є інструментом, за допомогою якого держава забезпечує правомірну діяльність захисника чи представника особи з надання правової допомоги. Найчастіше таким видом правової діяльності, як правомірна діяльність захисника чи представника особи з надання правової допомоги в Україні займаються адвокати, тому на сучасний момент держава встановила законні гарантії тільки для їх правомірної діяльності з надання правової допомоги. Вони визначені у ст. 10 Закону України "Про адвокатуру" і складаються з заборони посягань на честь і гідність, професійні права адвоката-захисника чи представника особи, заборони на втручання в діяльність адвоката-захисника чи представника особи, заборони на допит адвоката-захисника чи представника особи як свідка, заборони на розголошування відомостей, які належать до професійної таємниці, заборони на прослуховування телефонних розмов адвоката-захисника чи представника особи без санкції прокурора, заборони на внесення подання особою, яка проводить дізнання, слідчим, прокурором чи суддею окремо й ухвали суду щодо правової позиції адвоката-захисника чи представника особи у справі, заборони на порушення кримінальної справи проти адвоката-захисника чи представника особи

у зв'язку з наданням правової допомоги, обов'язкового дотримання рівності прав адвоката-захисника чи представника особи з іншими учасниками процесу.

Професійна таємниця захисника чи представника особи є важливим елементом правомірної діяльності захисника чи представника особи з надання правової допомоги. Її предметом є усі відомості, одержані захисником чи представником особи під час виконання обов'язків з захисту чи юридичного представництва. На думку автора, під захистом професійної таємниці захисника чи представника особи треба розуміти сукупність правових засобів, спрямованих на встановлення:

- обов'язку захисника чи представника особи зберігати конфіденційність відомостей, які належать до професійної таємниці;
- права захисника чи представника особи відмовити у наданні відомостей, які належать до професійної таємниці, третім особам;
- обов'язку державних органів, фізичних і юридичних осіб утримуватися від незаконного одержання відомостей, які належать до професійної таємниці;
- відповідальності за розголошення відомостей, які належать до професійної таємниці;

Після точного визначення предмета охоронюваних суспільних відносин нам необхідно проаналізувати об'єктивну сторону злочину, передбаченого ст. 397 КК.

Відповідно до ч. 1 ст. 397 КК об'єктивна сторона злочину проявляється у:

- вчиненні в будь-якій формі перешкод до здійснення правомірної діяльності захисника чи представника особи з надання правової допомоги. Вчинення в будь-якій формі перешкод означає створення перепон для здійснення правомірної діяльності захисника чи представника особи з надання правової допомоги шляхом застосування підкупу, безпідставної відмови у наданні захиснику чи представнику особи необхідних для

виконання ними своїх повноважень документів або іншої інформації, неправомірного позбавлення захисника чи представника особи права захищати особу або представляти її інтереси в суді, неправомірного обмеження побачень вже допущеного до справи захисника чи представника особи з підзахисним чи з особою, інтереси якої представляють в суді, неправомірного обмеження присутності захисника особи при допиті підозрюваного і обвинуваченого, при слідчих діях з їх участю, неправомірного обмеження участі захисника чи представника особи у судовому розгляді, фізичного або психічного насильства над захисником чи представником особи чи над їх близькими родичами у зв'язку з діяльністю, пов'язаною з наданням правової допомоги, умисного знищення або пошкодження майна захисника чи представника особи у зв'язку з діяльністю, пов'язаною з наданням правової допомоги, посягання на життя захисника чи представника особи чи їх близьких родичів у зв'язку з діяльністю, пов'язаною з наданням правової допомоги;

- порушенні встановлених законом гарантій здійснення діяльності захисника чи представника особи – будь-яких протиправних дій, які полягають в діях, спрямованих на посягання на честь і гідність, професійні права адвоката-захисника чи представника особи, допит адвоката-захисника чи представника особи як свідка, прослуховування телефонних розмов адвоката-захисника чи представника особи без санкції прокурора, внесення подання особою, яка проводить дізнання, слідчим, прокурором чи суддею окремої ухвали суду щодо правової позиції адвоката-захисника чи представника особи у справі, порушення кримінальної справи проти адвоката-захисника чи представника особи у зв'язку з наданням правової

допомоги, порушення принципу рівності прав адвоката-захисника чи представника особи з іншими учасниками процесу;

- порушенні професійної таємниці захисника чи представника особи, яке полягає в діях, спрямованих на незаконне одержання відомостей, які належать до професійної таємниці, розголошування відомостей, які належать до професійної таємниці.

При розгляді усіх форм втручання в діяльність захисника чи представника стає зрозумілим, що кримінально-правова норма, яка передбачена ст. 397 КК, співвідноситься з кримінально-правовими нормами,

які передбачені ст. 398, 399, 400 КК, як загальна із спеціальними, що виключає кваліфікацію цих злочинів за сукупністю зі ст. 397 КК. Також з аналізу усіх форм втручання в діяльність захисника чи представника особи робиться висновок щодо некоректності формулювання у ст. 397 КК “втручання в будь-якій формі”, тому що таке формулювання охоплює ті форми втручання в діяльність захисника чи представника, які передбачені ст. 398, 399, 400 КК. Таке формулювання потребує уточнення шляхом доповнення диспозиції досліджуваної статті словами “крім випадків, передбачених іншими статтями КК”.

В.В. Кузнецов,
кандидат юридичних наук
(Київський національний університет внутрішніх
справ)

Правові передумови встановлення кримінально-правового захисту документів Національного архівного фонду

Нормальний розвиток суспільства є неможливим без вивчення та врахування минулих історичних та культурних традицій, об'єктивним свідком яких є твори, споруди тощо. Конституція України проголошує: культурна спадщина охороняється законом (ч. 4 ст. 54); держава забезпечує збереження історичних пам'яток та інших об'єктів, що представляють культурну цінність (ч. 5 ст. 54); кожен зобов'язаний не наносити шкоду культурній спадщині (ст. 66). Протягом тривалого часу в СРСР спостерігалися численні факти варварського відношення до пам'яток історії й культури. Із цими цілями вибухали церковні будинки й монастирі або їх переробляли в склади, промислові об'єкти, знищувались різні історичні документи та ін.

Зважаючи на ці обставини, законодавець намагається захистити вказані культурні цінності від протиправних посягань.

В науці кримінального права значна увага була приділена дослідженню питань охорони пам'яток історії та культури та інших об'єктів культурної спадщини в Україні від злочинних посягань, зокрема слід вказати на праці таких вчених, як В. Акуленко, В. Анджигєвський, Б. Бабій, І. Даньшин, С. Денисов, О. Дудоров, М. Коржанський, О. Костенко, А. Ландіна, В. Ломако, П. Магишевський, В. Навроцький, С. Яценко та ін. Але при цьому вказані науковці безпосередньо не досліджували питання кримінально-правової охорони документів Національного архівного фонду.

Як відомо, Національний архівний фонд України є складовою частиною ві-

тчизняної і світової культурної спадщини та інформаційних ресурсів суспільства і призначений для задоволення інформаційних потреб суспільства і держави, реалізації прав та законних інтересів кожної людини. Документи Національного архівного фонду є культурними цінностями, що постійно зберігаються на території України або підлягають поверненню в Україну.

Тому виникла потреба дослідити, яким чином захищені від протиправного впливу такі документи.

Згідно зі ст. 42 Закону України “Про Національний архівний фонд та архівні установи” від 13 грудня 2001 р., працівники архівних установ, користувачі документами Національного архівного фонду та інші особи, винні у недбалому зберіганні, псуванні, знищенні, підробленні, приховуванні, розкраданні, незаконному вивезенні за межі України або незаконній передачі іншій особі документів Національного архівного фонду або документів, що підлягають внесенню до нього, а також у незаконному доступі до зазначених документів та в інших порушеннях законодавства про Національний архівний фонд та архівні установи, несуть відповідальність згідно із законом.

З 1 вересня 2001 р. до 17 березня 2004 р. відповідальність за умисні діяння, пов'язані із нищенням, руйнуванням чи псуванням пам'яток історії і культури, була передбачена ст. 298 КК України.

Слід зауважити, що поняття “пам'ятки історії і культури” в чинному законодавстві не передбачено. Тому в теорії кримінального права таке поняття тлумачилося,

як споруди, пам'ятні місця і предмети, пов'язані з історичними подіями в житті народу, розвитком суспільства і держави, твори матеріальної та духовної творчості, які становлять історичну, наукову, художню чи іншу культурну цінність [2, 689]. Також виділялися такі основні ознаки предмета цього злочину: 1) це об'єкти, предмети чи документи, що визнані складовими культурної спадщини; 2) вони є надбанням народу і мають історичну, культурну, археологічну, естетичну, етнографічну, мистецьку чи наукову цінність; 3) вони проходять державну реєстрацію і перебувають під спеціальною охороною держави" [1, 812].

Документи Національного архівного фонду, безперечно, охоплювалися таким поняттям. Але при цьому не слід забувати, що вже 8 червня 2000 р. був прийнятий Закон України "Про охорону культурної спадщини", який фактично змінив Закон України "Про охорону і використання пам'яток історії та культури" від 13 липня 1978 р. Новий нормативно-правовий акт, спрямований на забезпечення охорони об'єктів культурної спадщини, передбачив нові поняття, які істотно відрізнялися від згаданих. Так, в п. 3 ст. 1 Закону України "Про охорону культурної спадщини" від 8 червня 2000 р., було визначено, що пам'ятка – об'єкт культурної спадщини національного або місцевого значення, який занесено до Державного реєстру нерухомих пам'яток України. Тому законодавцю слід було вносити відповідні зміни і до кримінального законодавства.

Це було реалізовано Законом України "Про охорону археологічної спадщини" від 18 березня 2004 р., яким були внесені зміни до ст. 298 Кримінального кодексу України. Вказані зміни, фактично, винесли за межі предмета вказаного злочину документи Національного архівного фонду

Як відомо, відповідно до Закону України "Про охорону культурної спадщини" від 8 червня 2000 р., культурна спадщина – це сукупність успадкованих людством від попередніх поколінь об'єктів культурної спадщини. Під об'єктом культурної спадщини, згідно зі ст. 1 вказаного Закону, слід розуміти місце, споруду (витвір), комплекс

(ансамбль), їхні частини, пов'язані з ними території чи водні об'єкти, інші природні, природно-антропогенні або створені людиною об'єкти незалежно від стану збереженості, що донесли до нашого часу цінність з антропологічного, археологічного, естетичного, етнографічного, історичного, мистецького, наукового чи художнього погляду і зберегли свою автентичність.

Хоча при цьому окремі науковці намагалися розширити зміст предмета злочину, передбаченого ст. 298 КК України. Так В. Навроцький до предмета вказаного злочину відносив поряд із вищезгаданими об'єктами культурної спадщини і письмові акти, кіно-, фотодокументи, звукозаписи [3, 699].

Щоб бути об'єктивним слід спробувати зрозуміти логіку законодавця: що саме він розуміє під об'єктами культурної спадщини?

Відповідь ми можемо знайти в ч. 2 ст. 2 Закону України "Про охорону культурної спадщини" від 8 червня 2000 р., в якому дається вичерпний перелік об'єктів культурної спадщини. До них слід віднести наступні види: *археологічні* – городища, кургани, залишки стародавніх поселень, стоянок, укріплень, військових таборів, виробництв, іригаційних споруд, шляхів, могильники, культові місця та споруди, мегаліти, наскельні зображення, ділянки історичного культурного шару, поля давніх битв, рештки життєдіяльності людини, що містяться під водою; *історичні* – будинки, споруди, їхні комплекси (ансамблі), окремі поховання та некрополі, визначні місця, пов'язані з важливими історичними подіями, з життям та діяльністю відомих осіб, культурою та побутом народів; *монументального мистецтва* – твори образотворчого мистецтва, як самостійні (окремі), так і ті, що пов'язані з архітектурними, археологічними чи іншими пам'ятками або з утворюваними ними комплексами (ансамблями); *архітектури та містобудування* – історичні центри, вулиці, квартали, площі, архітектурні ансамблі, залишки давнього планування та забудови, окремі архітектурні споруди, а також пов'язані з ними твори монументального,

декоративного та образотворчого мистецтва; *садово-паркового мистецтва* – поєднання паркового будівництва з природними або створеними людиною ландшафтами; *ландшафтні* – природні території, які мають історичну цінність. В цьому переліку не знайшлося місця для документів Національного архівного фонду.

Тому документи Національного архівного фонду не можна було віднести до предмета злочину – об’єкта культурної спадщини, передбаченого ст. 298 КК України. Зважаючи на це, безпосередньої відповідальності за умисні протиправні дії проти вказаних документів не було передбачено аж до 18 січня 2007 р.

Лише після прийняття Закону України “Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо посилення протидії незаконному обігу архівних документів” від 22 грудня 2006 р., були внесені зміни до кримінального законодавства. У Кримі-

нальному кодексі України була передбачена ст. 298¹. “Знищення, пошкодження або приховування документів чи унікальних документів Національного архівного фонду”, яка криміналізувала окремі умисні діяння щодо вказаних документів.

Список літератури:

1. Кримінальний кодекс України: Науково-практичний коментар / Ю.В. Баулін, В.І. Борисов, С.Б. Гавриш [та ін.] ; за заг. ред. В.В. Сташиса, В.Я. Тація. – К.: Концерн “Видавничий Дім “Ін Юре”, 2003.
2. Науково-практичний коментар до Кримінального кодексу України: За станом законодавства і постанов Пленуму Верховного Суду України на 1 грудня 2001 року / за ред. С.С. Яценка. – К.: А.С.К., 2002.
3. Науково-практичний коментар Кримінального кодексу України / за ред. М.І. Мельника, М.І. Хавронюка. – К.: Атіка, 2004.

С.С. Пастушенко,
аспірантка
(Київський національний університет
імені Тараса Шевченка)

Особливості складу злочину, передбаченого ч. 1 ст. 140 КК України

Неякісне медичне обслуговування здатне заподіяти тяжку шкоду основним правам і свободам особи, зокрема спричинити тілесні ушкодження або навіть смерть. Спричинення подібних наслідків посягає на недоторканність життя і здоров'я особи, що гарантується Конституцією України, а також на встановлений порядок надання і одержання медичної допомоги, у зв'язку з чим відповідальність за здійснення цього діяння передбачається кримінальним законом.

Родовим об'єктом незаконної лікувальної діяльності є сукупність суспільних відносин, які забезпечують охорону життя і здоров'я особи. Такий висновок обумовлюється не лише тим, що ст. 140 КК знаходиться в розділі II Особливої частини КК, а й тим, що специфіка порушуваних цим діянням відносин прямо пов'язана з контролем держави за наданням якісної медичної допомоги, спрямованим на захист життя і здоров'я кожної конкретної людини.

У науковій літературі разом з родовим об'єктом Є.О. Фролов пропонує виділяти підгруповий (видовий) об'єкт, коли усередині великої групи споріднених суспільних відносин, що заслуговують на єдину, комплексну кримінально-правову охорону, можна розрізнити вузьчі групи відносин, які "відображають один і той самий інтерес учасників цих відносин або ж виражають деякі тісно взаємопов'язані інтереси одного і того ж об'єкта" [4, 184–205]. З урахуванням викладеного видається, що *видовий об'єкт* злочину, передбаченого ст. 140 КК, можна визначити як сукупність суспільних відносин, що забезпечують охорону життя

і здоров'я особи у сфері медичного обслуговування.

Безпосередній об'єкт неналежного виконання професійних обов'язків медичним або фармацевтичним працівником – така група суспільних відносин, яка забезпечує охорону життя і здоров'я пацієнта від неякісної медичної допомоги. *Додатковим обов'язковим безпосереднім об'єктом* цього злочину, на нашу думку, необхідно визнати суспільні відносини, що забезпечують належний порядок надання послуг у сфері охорони здоров'я.

Проаналізуємо *об'єктивну сторону* даного складу злочину. Диспозиція ст. 140 КК закріплює три обов'язкові умови кримінальної караності неналежного виконання обов'язків медичним або фармацевтичним працівником: а) невиконання або неналежне виконання своїх професійних обов'язків медичним або фармацевтичним працівником; б) якщо ця діяльність спричинила тяжкі наслідки для хворого; в) причинний зв'язок між діями винної особи і суспільно небезпечними наслідками, що настали. Дані умови дають підстави віднести дане діяння до злочинів з матеріальним складом.

Визначення професійних обов'язків медичних і фармацевтичних працівників міститься у ст. 78 Основ законодавства України про охорону здоров'я. Відповідно до цієї норми медичні і фармацевтичні працівники зобов'язані: а) сприяти охороні та зміцненню здоров'я людей, запобіганню і лікуванню захворювань, подавати своєчасну та кваліфіковану медичну і лікарську допомогу; б) безплатно подавати першу невідкладну медичну допомогу громадя-

нам у разі нещасного випадку та в інших екстремальних ситуаціях; в) поширювати наукові та медичні знання серед населення, пропагувати, в тому числі власним прикладом, здоровий спосіб життя; г) дотримувати вимог професійної етики і деонтології, зберігати лікарську таємницю; г) постійно підвищувати рівень професійних знань та майстерності; д) подавати консультативну допомогу своїм колегам та іншим працівникам охорони здоров'я. Медичні та фармацевтичні працівники несуть також інші обов'язки, передбачені законодавством [3].

Злочин, передбачений ст. 140 КК, може бути вчинений шляхом двох дій: невиконання або неналежного виконання професійних обов'язків медичним або фармацевтичним працівником.

Під невиконанням слід розуміти невчинення ним певних дій при наданні лікарської допомоги хворому, які він повинен був вчинити. А під неналежним виконанням професійних обов'язків – вчинення необхідних дій не у повному обсязі чи вчинення не тих дій, які необхідно було вчинити (наприклад, поверхове проведення огляду хворого).

Невиконання чи неналежне виконання медичним або фармацевтичним працівником своїх професійних обов'язків є наслідком недбалого чи несумлінного ставлення до них, під яким слід розуміти погане, байдуже, без належної старанності, неухвалне, неакуратне, халатне їх виконання [2, 266].

Об'єктивна сторона складу злочину, передбаченого ст. 140 КК передбачає не тільки акти дії, а й акти бездіяльності (у фізичному сенсі). Таким, наприклад, можна визнати спеціальне утримання від дії на організм пацієнта під час курсу медикаментозної лікувальної діяльності. В деяких випадках значну частину невиконання професійних обов'язків може складати спеціальне невтручання в патологічні (хворобливі) процеси (наприклад, “лікування” шляхом позбавлення пацієнта певного медикаментозного впливу). Тому лікувальна діяльність – це сукупність не тільки дій, тобто активних вчинків, а й актів бездіяльності (у фізичному сенсі).

Оскільки виконання професійних обов'язків є в більшості випадків певним процесом, важливим стає встановлення моменту закінчення цього злочину. Діяння, передбачене ст. 140 КК, сформульоване в законі як злочин з матеріальним складом. Стосовно даного питання це означає, що та або інша форма лікувального впливу набуває всіх ознак об'єктивної сторони діяння, передбаченого ст. 140 КК, лише з того моменту, коли невиконання або неналежне виконання професійних обов'язків медичним або фармацевтичним працівником об'єктивувалася в негативному результаті, описаному в законі терміном “тяжкі наслідки для хворого”.

Зіставлення санкції даної статті КК з санкціями інших статей, що передбачають відповідальність за злочини проти особи, дозволяє зробити такий висновок: поняття “тяжкі наслідки для хворого” включає необережне спричинення тяжких і середньої тяжкості тілесних ушкоджень, а також спричинення смерті хоча б однієї особи.

Що стосується легких тілесних ушкоджень, то навіть якщо вони заподіяні декільком особам, це все ж таки не може слугувати підставою для віднесення їх до тяжких наслідків для хворого. Тут слід ураховувати, що необережне спричинення легких тілесних ушкоджень (незалежно від кількості осіб, яким вони заподіяні), взагалі не є кримінально караним діянням. Тому за наявності таких наслідків кримінальна відповідальність виключається.

Обов'язковою умовою кримінальної караності неналежного виконання професійних обов'язків медичним або фармацевтичним працівником є причинний зв'язок між діянням і суспільно небезпечними наслідками, що настали. Складність вивчення причинного зв'язку полягає у наявності багатьох випадкових, побічних зв'язків, які можуть втручатися у головний причинний зв'язок. Це зумовлено, насамперед, багатоплановістю біологічних процесів у людському організмі і їх недостатньою вивченістю, складністю виявлення причин виникнення самого захворювання, передбачення в окремих випадках наслідків дії лікарських

препаратів, оперативного втручання і т.п. Навіть при виконанні належного лікування можливе настання несприятливих наслідків для життя і здоров'я хворого. Тому при розслідуванні такого виду порушення необхідним є проведення висококваліфікованої медичної експертизи.

Для того, щоб дійти висновку про наявність складу злочину в діях медичного або фармацевтичного працівника, необхідно встановити необхідний причинний зв'язок, при якому настання шкідливих наслідків є закономірним результатом злочинного діяння, яке було вчинене. У злочинах медичних працівників нерідко зустрічається випадковий причинний зв'язок між діянням і наслідками, що настали. Випадковими наслідками діяння будуть ті наслідки, які у цій конкретній обстановці не викликалися закономірним розвитком подій, не були внутрішньо притаманні діянню, що вчинилось, а настали в результаті збігу обставин.

Певну складність являє собою встановлення причинного зв'язку при вчиненні медичним працівником злочину у формі бездіяльності. Бездіяльність медичного працівника при порушенні ним правил сприяє розвитку хворобливих процесів у гіршу сторону, тобто створює реальну можливість настання шкідливих наслідків для життя і здоров'я потерпілого. Між невиконанням обов'язків і несприятливими наслідками наявний реальний (необхідний) причинний зв'язок. Вирішення питання про його наявність чи відсутність повинно бути пов'язане з встановленням фактів, а не з ймовірною можливістю попередження медичним працівником шкідливих наслідків [1, 45].

Розглянемо *суб'єктивну сторону* даного складу злочину. Неналежне виконання обов'язків медичним або фармацевтичним працівником, тобто порушення спеціальних "лікувальних" правил (таких, що регламентують проведення процедур, операцій, інших форм лікувальних дій, порядок зберігання лікарських засобів тощо), яке безпосередньо і спричиняє шкідливі наслідки, можливе за наявності як умисної, так і необережної форми вини. Суб'єкт може усвідомлювати, що порушує певні

норми лікування, що ставиться недбало до своїх професійних обов'язків, використовує неправильну методику, способи лікування і тим самим їх небезпечність для життя і здоров'я пацієнта, але здійснювати їх, а відтак, і бажати їх здійснення (прямий умисел). Разом з цим можлива і необережна форма вини, коли суб'єкт, здійснюючи певні дії, не усвідомлює, що порушує, наприклад, методику проведення хірургічної операції, наявні протипоказання для її застосування, хоча повинен був і міг усвідомлювати ці обставини, або хоча і усвідомлює ці обставини, проте не розглядає їх як суспільно небезпечні через, наприклад, багатий досвід роботи, рівень підготовленості.

Відносно наслідків можлива тільки необережна форма вини, бо інакше все вчинене слід було б кваліфікувати як умисний злочин проти життя і здоров'я. Причому необережна форма вини може виражатися у вигляді як злочинної самовпевненості, так і злочинної недбалості. Зокрема, необережність може виражатися тут у вигляді злочинної самовпевненості, за якої особа передбачає можливість настання суспільно небезпечних наслідків своєї діяльності, але легковажно розраховує на їх відвернення. Легковажний розрахунок, як правило, ґрунтується на наявності у особи певних професійних здібностей, уміння, досвіду лікування. При злочинній самовпевненості рішучість особи вчинити дії для реалізації поставленої мети пов'язана з розрахунком запобігти настанню суспільно небезпечних наслідків. Винна особа також може не передбачати настання суспільно небезпечних наслідків своєї діяльності, помилково вважаючи її нездатною викликати суспільно небезпечний результат. У цьому випадку необережна форма вини проявляється у вигляді злочинної недбалості.

Суб'єкт даного злочину описується в ст. 140 КК за допомогою таких специфічних ознак, як наявність відповідної спеціальної належної освіти. Дана конструкція свідчить про те, що в ст. 140 КК закріплені ознаки спеціального суб'єкта. Таким суб'єктом можуть бути особи, які мають відповідну спеціальну освіту і відповідають єдиним

кваліфікаційним вимогам, що встановлені МОЗ для осіб, які займаються певними видами медичної і фармацевтичної діяльності, в тому числі у галузі народної і нетрадиційної медицини.

Список літератури:

1. *Глушков В.А.* Ответственность за преступления в области здравоохранения / В.А. Глушков. – К.: Вища школа, 1987. – 199 с.

2. Науково-практичний коментар до Кримінального кодексу України. – 4-е вид., переробл. та доповн. / відп. ред. С.С. Яценко. – К.: А.С.К., 2006. – 848 с.

3. Основи законодавства України про охорону здоров'я: Закон України від 19 листопада 1992 р. // Відомості Верховної Ради України. – 1993. – № 4. – Ст. 46.

4. *Фролов Е.А.* Спорные вопросы общего учения об объекте преступления / Е.А. Фролов // Сб. учен. тр. – Свердловск: Изд-во Свердловск. гос. ун-та, 1969. – Вып. 10. .

*А. Чистякова,
аспірантка
(Київський національний університет
імені Тараса Шевченка)*

Проблеми визначення суб'єкта примушування до антиконкурентних узгоджених дій (ст. 228 КК України)

Більшість вчених вважає, що суб'єктом злочину, передбаченого ст. 228 КК, є “особа, яка досягла 16-річного віку” (Н.О. Гутурова, О.І. Перепелиця, В.М. Киричко, В.Я. Тацій), О.О. Дудоров стверджує, що “суб'єкт злочину – загальний”. Про те, що даний злочин може бути вчинений і спеціальним суб'єктом, зазначає лише П.П. Андрушко.

Суб'єкт розглядуваного злочину, на нашу думку, спеціальний, ознаки якого обумовлюються характером антиконкурентних узгоджених дій. Більш того, від характеристики юридичної природи антиконкурентних узгоджених дій залежать й ознаки потерпілих від цього злочину. Слід зауважити, що особливістю антиконкурентних узгоджених дій є те, що вони можуть бути вчинені лише суб'єктами господарювання у кількості не менше двох. Обов'язковість наявності такої мінімальної кількості суб'єктів господарювання для вчинення антиконкурентних узгоджених дій обумовлює наявність однакових ознак для потерпілого та спеціального суб'єкта цього злочину, що і є його особливістю. Зауважимо, що примушування до вчинення антиконкурентних узгоджених дій може відбуватися, в тому числі, з боку одного або декількох з їх учасників. Це пояснюється наявністю спеціальної мети примушування спільного вчинення антиконкурентних узгоджених дій.

Редакція ст. 228 КК не містить вказівки на ознаки суб'єкта передбаченого нею злочину, тому логічно видається позиція більшості вчених про те, що суб'єкт дано-

го злочину – загальний. Проте, виходячи з юридичної природи антиконкурентних узгоджених дій, вважаємо за доцільне передбачити в ст. 228 КК такі криміноутворюючі ознаки спеціального суб'єкта як “вчинені представником влади чи іншою службовою особою з використанням свого службового становища”. Така позиція обґрунтовується наступними міркуваннями.

Згідно зі ст. 1 Закону “Про захист економічної конкуренції” суб'єктом господарювання визнається юридична особа незалежно від організаційно-правової форми та форми власності чи фізична особа, що здійснює діяльність з виробництва, реалізації, придбання товарів, іншу господарську діяльність, у тому числі яка здійснює контроль над іншою юридичною чи фізичною особою; група суб'єктів господарювання, якщо один або декілька з них здійснюють контроль над іншими. Суб'єктами господарювання визнаються також органи державної влади, органи місцевого самоврядування, а також органи адміністративно-господарського управління та контролю в частині їх діяльності з виробництва, реалізації, придбання товарів чи іншої господарської діяльності. Щодо поняття антиконкурентних узгоджених дій, вжитого законодавцем у диспозиції ч. 1 ст. 228 КК, даний закон є спеціальним (регулятивним, базовим). Таким чином, суб'єктом злочину, передбаченого ст. 228 КК, може бути фізична особа, яка є представником суб'єкта господарювання та діє або зобов'язана діяти в його інтересах.

Підставою (орієнтиром, критерієм) для класифікації суб'єктів даного злочину може бути: 1) вид суб'єкта господарювання (юридична особа, фізична особа, що здійснює господарську діяльність, група суб'єктів господарювання, органи державної влади, органи місцевого самоврядування, органи адміністративно-господарського управління та контролю); 2) вид антиконкурентних узгоджених дій, до яких винна особа примушує.

Примушування до антиконкурентних узгоджених дій може бути вчинено виключно фізичною особою, яка, окрім ознак загального суб'єкта злочину, має мати певні корпоративні зв'язки з суб'єктом господарювання, що вчиняє антиконкурентні узгоджені дії. Корпоративні зв'язки даної фізичної особи можуть мати різні правові підстави – цивільно-правовий договір, комерційне представництво, правові акти, які мають спільну ознаку – вони наділяють фізичну особу здатністю виражати волю суб'єкта господарювання та представляти його інтереси у відносинах з третіми особами.

За таких умов особа, щодо якої винним здійснюється примушування до антиконкурентних узгоджених дій, повинна мати відповідну правосуб'єктність, тобто право на вчинення від імені суб'єкта господарювання певних дій в силу наявності в неї достатніх для цього повноважень в межах її компетенції. Тобто наявності у такого представника достатнього об'єму прав і обов'язків, що визначають її компетенцію у зв'язку з обійманням відповідної посади (постійно чи тимчасово) на підприємствах, установах, організаціях незалежно від форми власності чи наділення її такими повноваженнями компетентним органом чи компетентною службовою особою. При цьому поняття “повноваження” має більш широкий зміст, ніж поняття “обов'язки”, оскільки останнє є частиною першого. Вважаю за доцільне зауважити, що примушування до вчинення антиконкурентних узгоджених дій може бути здійснено і службовою особою з використанням свого службового становища.

До повноважень такої особи мають належати і повноваження щодо визначення конкурентної стратегії суб'єкта господарювання.

Стратегія являє собою концепцію досягнення перемоги, яка в суб'єкта господарювання асоціюється з досягненням головних цілей його діяльності (або сукупності таких цілей) та способів їх досягнення, що охоплюють всі її сфери та виражаються у комплексі рішень, які розробляються, приймаються керівництвом (вищою ланкою управління) такого суб'єкта та спрямовані на досягнення переваг над іншими суб'єктами господарювання, отримання доходу чи досягнення іншого позитивного соціального ефекту. За таких умов суб'єкт господарювання в процесі здійснення ним господарської діяльності самостійно обирає конкурентну стратегію, її напрями, передусім з метою набуття переваг над іншими суб'єктами, отримання доходу чи іншого позитивного соціального ефекту. Враховуючи, що вчинення антиконкурентних узгоджених дій може включатися до змісту конкурентної стратегії будь-якого суб'єкта господарювання, визначити його особливості може лише особа, яка має названі вище повноваження, надані їй відповідно до чинного законодавства або статутних документів суб'єкта господарювання.

Зауважимо, що особа, яка не займається господарською діяльністю, позбавлена можливості вплинути на реалізацію конкурентної стратегії (її напрямів) відповідного суб'єкта господарювання, не може здійснити примус іншої особи до антиконкурентних узгоджених дій. Тому при визначенні суб'єкта злочину, передбаченого ст. 228 КК, слід підтримати точку зору П.П. Андрушка про визнання ним службових осіб будь-яких суб'єктів господарювання (у тому числі службових осіб органів державної влади, органів місцевого самоврядування, органів адміністративно-господарського управління та контролю), фізичних осіб, які здійснюють господарську діяльність, а також будь-яких інших осіб, що досягли 16-річного віку, щоправда лише за умови встановлення зв'язку їх діяльності із змі-

ною конкурентної стратегії конкретного суб'єкта господарювання. Такі особи мають усвідомлювати конкурентну стратегію такого суб'єкта господарювання, оскільки саме для досягнення останнім певних переваг над іншими (зокрема, у формі так званого "отримання ринкової влади") і здійснюється примушування до вчинення антиконкурентних узгоджених дій таких "інших осіб".

На підставі вищевикладеного, вважаємо за доцільне при конкретизації ознак службової особи, як суб'єкта злочину, передбаченого чинною редакцією ст. 228 КК, врахувати її функції і повноваження, що пов'язані з визначенням "конкурентної стратегії" відповідного суб'єкта господарювання, як такі, що зумовлюють вчинення зазначеного посягання "примушування до антиконкурентних узгоджених дій" спільними зусиллями принаймні двох таких осіб. Така специфіка впливає на характеристики змісту: 1) прав і обов'язків (повноважень) службової особи; 2) понять "попередня змова групою осіб", "організована група" та їх взаємозв'язку з названою специфікою функціями службової особи.

Не зважаючи на те, що така ознака як "вчинення злочину за попередньою змовою групою осіб" в чинній редакції ст. 228 КК не передбачена, у літературі й досі залишається не вирішеним питання про доцільність її передбачення у новій редакції цієї статті КК. У зв'язку з цим, необхідно звернути увагу на деякі особливості вчинення злочину, передбаченого ст. 228 КК групою осіб за попередньою змовою та організованою групою:

1) вчинення злочину за попередньою змовою групою осіб та організованою групою слід відрізняти від характеру узгодженості дій суб'єктів господарювання, які мають антиконкурентну спрямованість. В даному випадку існує два види узгодженості – на вчинення примушування у різні способи до антиконкурентних дій за попередньою змовою групою осіб і на саме вчинення антиконкурентних дій. В разі, коли потерпіла особа в результаті примушування вчиняє антиконкурентні дії, узгодженість на їх вчинення щодо потерпілої особи досягається у заборонені ст. 228 КК способи;

2) існує певна залежність взаємодії вчинення злочину, передбаченого ст. 228 КК, від виконання службовими особами своїх функцій, до яких в тому числі віднесені функції визначення конкурентної стратегії конкретного суб'єкта господарювання.

Таким чином, при вдосконаленні чинної редакції ст. 228 КК і формулюванні її власного проекту окреме місце мають обійняти такі криміноутворюючі ознаки спеціального суб'єкта цього злочину як: 1) примушування до антиконкурентних узгоджених дій, які заборонені законом про захист економічної конкуренції, "вчинені представником влади чи іншою службовою особою з використанням свого службового становища"; 2) примушування до антиконкурентних узгоджених дій, які заборонені законом про захист економічної конкуренції, "вчинені за попередньою змовою групою осіб".

Студентська творчість

Конкурс на мистецьку оригінальність

В різних жанрах цього конкурсу ми відзначаємо серед більшості наступні витвори:

Буквенное толкование / Савченко Ярослава/

Акростих / Сусанна Карабаева , Оля Синенко/

Азбучные истины /Уваров Александр, Федорова Екатерина/

(3 курс международное право)

Буквенное толкование

(Савченко Ярослава)

Поместье **п**ана. **П**олутень. **П**риморье...
 Пошел **П**авлин **по** палисаду прогуляться,
 Под **пы**шной **ни**хтой **П**аву-прелесть **по**искать.
 Палитра **п**альм, **п**лющей, **пи**онов..
 Пересекая **пл**отность **пы**шной **п**елены,
 Помехи **по**малу **пре**одолев, **по**шел **по** **пл**итам...
 По **пер**ьям **пл**ясуна **по**блескивает **пер**елив,
 Позолота **по**лосами, **пят**нами **пре**красными...
 Павлин – **пер**сона **п**естрая, **пла**стичная,
 Передразнив **при**роды **пр**елесть,
 Пустился **п**лавным **пер**еплясом...
 Путь **про**ходил **по**ляк-**не**дант **пе**ред **пре**красным **па**лисадом ...
 Подняв **па**наму, **па**льцем **по**стучав,
 Порочный **по**мысел **при**шелся, **при**глянулся...
 Пожелал **пар**нишка **пер**ьями
 Пиджак **пар**човый **по**длатать...
 Подумав, **про**яснив **про**к **при**зовой,
 Перемахнул **пе**риметр **по**мestья...
 Подле **пере**крестка **П**авлина **по**дждавая,
 Подарок **по**длый **при**готовить **по**доспел.
 Плодом **па**пайи **п**тицу **по**дманил...
 Передвигаясь **по**лушагом, **поч**ти **по**лзком,
 Палач **по**дкрался...
 Пагубную **по**доплеку **про**пустив,
 Павлин **пар**нишку **по**дпустил.
 Птичий **по**мысел **по**двел – **по**дмену **при**нимая.
 Прикорм **при**ятный, **по**рошком **при**мешанный,
 Певун **по**пробовал...
 Побелел, **по**багровел, **по**блек **П**авлин,

Под плен примеси подлой попал,
Полслова проронил, подпрыгнул, подскочил, переменялся –
Парализованною птица пала...
Поймали, подцепили, подкупили плясуна.
Плита под плотью – подвиг Палача! Победа!..
Поглумиться пожелал – поводок принесенный поднял.
Потом парнишка передумал...
... плоть пуля продавила, плечо пекло...
Подчас прервались пытки – показался посвист пана.
Посидел, поблек Палач, перепугался – понесся прочь.
Поправился Павлин... Подумал...
Переосмыслил полусмерти пряный привкус.
Полезным птице прок приобретенный показался.
Позабыв про призрачную прелесть,
Прокляв прекрасное, пышное, нестрое,
Пожелал Павлин прослыть праведником первым...
Пример присказки порой показывает правду проще
Пергаментов премудрых праотцов.

Акростих

(Карабаева Сусанна)

Солнце на небе так ярко светило,
У Черного моря согрев берега.
С утеса взлетала прекрасная Дива,
А ангел, любуясь, порхал над землею,
Неся в рукавах золотых жемчуга.
На склоне горы цвет душистых канвалий
Акации белой крона видна...

(Синенко Оля)

Оля сегодня была в казино
Леня случайно увидел в окно
- Я запрещаю ходить в казино –
крикнул
он громко и выпал в окно.

*Азбучные истины**(Уваров Олександр)*

Августин **был** великим гностиком древней **Европы**. **Жизнь** знаменитого идеолога католицизма лишила **много** **неизвестного**. **Он** проповедовал религию, сподвигнув **тысячи** умов **формировать** христианские ценности, **чрезмерно** **ширил** **щедрость**, **экстумируя** **юных** **ягнят**.

(Федорова Екатерина)

Август **был** **весьма** гадкий, **даже** **ежедневные** **жгучие** забавы, **игривость** каламбурная **легко** **могли** **оклевстать** **простого** **разочарованного** **серьезного** **толерантного** **убежденного** **фаворита**, **ханжу**, **целомудренного** **чернокнижника**, **шального** **эротомана**, **юношу** **ясноокого**.

**Вимоги до оформлення наукових статей, що подаються до
“Вісника Академії адвокатури України”**

1. Вимоги до змісту:

1.1. Стаття повинна мати високий науковий рівень.

1.2. За змістом стаття повинна відповідати вимогам Постанови Президії Вищої атестаційної комісії України “Про підвищення вимог до фахових видань, внесених до переліків ВАК України” від 15.01.2003 р. № 7-05/1. Зокрема, у ній повинні міститись такі необхідні елементи: а) постановка проблеми в загальному вигляді та її зв’язок із важливими чи практичними завданнями; б) аналіз останніх досліджень і публікацій, в яких започатковано розв’язання даної проблеми і на які спирається автор, виділення невирішених раніше частин загальної проблеми, котрим присвячується означена стаття; в) формулювання цілей статті (постановка завдання); г) виклад основного матеріалу дослідження з повним обґрунтуванням отриманих наукових результатів; г) висновки з даного дослідження і перспективи подальших розвідок у цьому напрямі.

Стаття повинна розкривати зміст однієї з рубрик збірника:

1. Теорія та історія держави і права	10. Судустрій. Прокурорський нагляд
2. Конституційне право	11. Адвокатура. Захист прав людини
3. Цивільне право і процес	12. Міжнародне право
4. Господарське право	13. Студентська наукова творчість
5. Трудове право і соціальний захист	14. Рецензії
6. Земельне право; аграрне право; екологічне право	15. Наукова хроніка
7. Адміністративне і фінансове право	16. Персоналії
8. Кримінальне право і кримінологія	17. Реклама
9. Кримінальний процес і криміналістика	18. Оголошення

Автор статті відповідає за правильність і достовірність викладеного матеріалу, за належність останнього йому особисто, точність викладених у роботі фактів (даних) та якість перекладу.

2. Обсяг матеріалів, які автори подають для публікації наукової статті не повинен перевищувати 24 тис. друкованих знаків (разом з пробілами), тобто не більше 12 сторінок тексту.

3. Вимоги до оформлення матеріалів.

3.1. Матеріали подаються у такому порядку:

- **відомості про автора (спочатку ініціали, а потім прізвище, науковий ступінь (якщо є), вчене звання, місце роботи).**
- **назва статті виділена напівжирним шрифтом;**
- **ключові слова (кількість слів не повинна бути менше трьох);**
- **текст статті;**
- **перелік використаних джерел (подається у алфавітному порядку);**
- **резюме (російською та англійською мовами).**

3.2. Бібліографічні посилання в тексті відображаються цифрами в квадратних дужках із зазначенням номерів сторінок відповідно джерела [3, 415]. 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”.

3.3. Після статті автор зазначає структурний підрозділ вищого навчального закладу чи наукової установи, який дав рекомендацію до друку вказаних матеріалів. Для аспірантів та пошукачів обов’язкова наявність рецензії наукового керівника з зазначенням його наукового ступеня, вченого звання, прізвища, ім’я та по-батькові).

3.4. Автор підписується на звороті останньої сторінки з зазначенням повних атрибутів (прізвище, ім’я та по-батькові автора, повністю звання, посада, назва кафедри, факультету, вузу, домашня адреса, контактні телефони).

3.5. Текст статті друкується на папері стандартного формату (А 4) через 1,5 інтервала з дотриманням таких розмірів полів: верхнього, нижнього, лівого – 2 см і правого 1 см.

Весь текст повинен бути набраний шрифтом Times New Roman 14pt в одну колонку без застосування будь-якого додаткового форматування.

Зразок оформлення статті:

І.А. Іванов,
аспірант
(Академія адвокатури України)
(Науковий керівник професор К.А. Петров)

Назва статті

Ключові слова: *журнал, видавництво, юрист.*

Основний виклад матеріалу [1, 13].

Список літератури:

1. **Кодинець А. О.** Засоби індивідуалізації учасників цивільного обороту, товарів і послуг у цивільному праві України : дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук / А. О. Кодинець. – К., 2006.

2. Кримінальне право України. Загальна частина : підруч. / Ю. В. Баулін, В. І. Борисов, Л. М. Кривоченко [та ін.] ; за ред. проф. В. В. Сташиса, В. Я. Тація. – 3-тє вид., перероб. і допов. – К. : Юрінком Інтер, 2007.

3. **Малый А. И.** Введение в законодательство Европейского сообщества / Ал. Малый // Ин-ституты Европейского союза : учеб. пособие / Ал. Малый, Дж. Кемпбелл, М. О’Нейл. – Архангельск, 2002. – Разд. 1. – С. 7–26.

4. Постанова Вищого господарського суду України від 01.03.2005 р. у справі № 11/245 [Електронний роеурс] // Офіційний сайт Вищого господарського суду України. – Режим доступу : <http://arbitr.gov.ua>

РЕЗЮМЕ

Текст російською мовою

SUMMARY

Текст англійською мовою

*Стаття рекомендована до друку такою-то кафедрою такого-то навчального чи наукового закладу (протокол №*** від " " 200 року)*

Автор підписує статтю та зазначає прізвище, ім'я та по батькові, повністю звання, посаду, назву кафедри, факультету, вузу, домашню адресу, контактні телефони.

4. Порядок подачі МАТЕРІАЛІВ ДО РЕДАКЦІЙНОЇ КОЛЕГІЇ:

Стаття подається в електронному варіанті на дискеті у 2 файлах (в форматі doc. та в форматі RTF; назва файлу обов'язково латинськими літерами) та в роздрукованому вигляді. На етикетці дискети необхідно вказати прізвище та ініціали автора. Стаття і дискета авторові не повертаються. Зі статтею обов'язково надається фотографія автора (розміром не менше, ніж 3x4, бажано в електронному варіанті).