



ВІСНИК

Академії адвокатури України

Виходить 3 рази на рік

Науковий журнал

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

Заснований у жовтні 2004 року

ВИПУСК `5 2006

Засновник і видавець
Академія адвокатури України

Свідоцтво
*про державну реєстрацію Серія КВ № 8325
від 20.01.2004 року*

Рекомендовано до друку
*Вченою радою Академії адвокатури України
25.04.06 протокол № 10*

КИЇВ 2006

Вісник Академії адвокатури України. – К.: Видавничий центр Академії адвокатури України, 2006. – Вип. 5.

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.

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.

Лисенков С.Л. — канд. юр. наук, доц.

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

Михайленко О.Р. — д-р юр. наук, проф.

Мунтян В.Л. — д-р юр. наук, проф.

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

Пронська Г.В. — д-р юр. наук, проф.

Ромовська З.В. — д-р юр. наук, проф.

Туркевич І.К. — д-р юр. наук, проф.

Фесенко Є.В. — д-р юр. наук, доц.

Чубарєв В.Л. — д-р юр. наук, проф.

Мількова К.В. — відповідальний координатор роботи в редколегії

Підписано до друку 17.05.06. Формат 70х100/16. Папір офсетний. Офсетний друк.
Умов.-друк.арк. 12,31. Обл.-вид. арк. 9,63. Тираж 300 пр. Замовлення № 622. 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.

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

ЗМІСТ

<i>ГОНЧАРЕНКО С.В.</i>	
Права людини інформаційної доби.....	5
<i>ГОНЧАРЕНКО В.Г.</i>	
Концептуальні питання правової реформи в Україні	20
<i>ЛИСЕНКОВ С.Л.</i>	
Механізм правового регулювання реалізації суб'єктивних прав і свобод	30
<i>СЕРДЮК В.В.</i>	
Судова влада та її місце в теорії поділу влади	38
<i>ЗАІКА Ю.О.</i>	
Форми заповіту: шляхи вдосконалення	47
<i>ХОТИНСЬКА О.З.</i>	
Форми судового контролю за виконанням рішень судів в Україні: критерії та проблеми їх розмежування.....	53
<i>КАШИНЦЕВА О.Ю.</i>	
Правове регулювання біоетичних проблем в громадянському суспільстві.....	60
<i>БАБЕНКО В.В.</i>	
Належність та допустимість доказів в господарському процесі	64
<i>ІОЛКІН Я.О.</i>	
Міжнародні процедури реєстрації товарних знаків за Мадридською Угодою про міжнародну реєстрацію знаків і Регламентом Ради (ЄС) про товарний знак Співтовариства	71
<i>КОСТЮЧЕНКО О.А.</i>	
Сутність та роль валютного законодавства України.....	77
<i>УКРАЇНЕЦЬ В.В.</i>	
Поняття “злочинної організації” в українській юридичній літературі.....	83
<i>ВИНОГРАДОВА О.І.</i>	
Врегулювання надання правової допомоги за відсутності міжнародного договору у проєкті Кримінально-процесуального кодексу України	89
<i>БІРЮКОВА А.М.</i>	
Проблеми надання адвокатом правової допомоги у кримінальному судочинстві	94
<i>ІСМАЙЛОВА Л.Б.</i>	
Функція обвинувачення в кримінальному судочинстві в контексті принципу рівності сторін	102
<i>ВИБОРНОВА Є.І.</i>	
Актуальні питання впровадження міжнародних стандартів у кримінальному процесі України	111
<i>АСКЕРОВ С.С.</i>	
Принцип незалежності і недоторканності суддів у кримінальному процесі України та Азербайджану.....	116
<i>БІЛОУС І.М.</i>	
Загальна характеристика релігійних організацій, діяльність яких побудована на деструктивних ідеологіях	124

<i>КРАВЧЕНКО Л.І.</i>	
Процесуальні засади призначення судової експертизи героїну.....	131
<i>СОКИРАН М.Ф.</i>	
Проблеми використання цифрових технологій для фіксації процесуальної інформації	136
<i>КОНОНЧУК Т.І.</i>	
Педагог Софія Русова як одна з найкращих доньок України	145

РЕЦЕНЗІЇ

Актуальне і корисне видання з валютного законодавства	151
<i>Вимоги до оформлення наукових статей, що подаються до “Вісника Академії адвокатури України”</i>	<i>154</i>



С.В. Гончаренко,
кандидат юридичних наук, доцент
(Академія адвокатури України)

Права людини інформаційної доби

Ключові слова: права людини, глобальний інформаційний простір, міжнародне інформаційне право, інформаційні права.

У 1993 році на розгляд Європейської Комісії було представлено документ, в якому, як вважається, вперше було здійснено спробу визначити суть інформаційного суспільства. Цей документ називався Біла книга Делора “Розвиток, конкуренція і зайнятість — виклики і шляхи вперед у ХХІ сторіччя”, а визначення формулювалося так: “Інформаційне суспільство — це суспільство, в якому діяльність людей базується на використанні послуг, що надаються за допомогою інформаційних технологій та технологій зв’язку”. У такому суспільстві автономія, самодостатність та самоцінність кожної соціальної одиниці досягають неможливих раніше рівнів, ізольованість та відчуженість, характерні для індустріальної епохи, коли люди існували як придатки до машин, здається назавжди ідуть в історію. На заміну класичним ринковим відносинам приходять відносини транснаціонально-корпоративні, люди все менше ідентифікують себе з певною державою, інтеграція освіти, культури, науки, економіки, політики призводить до глобальної стандартизації способу життя, кордони існують лише номінально, а відстані перестають бути гальмом для торгівлі та спілкування. Людина стає могутнішою, але від

цього й вразливішою. Таке суспільство може ефективно функціонувати лише за умови, якщо політичне гасло “людина — найвища соціальна цінність” стати інструментом практичної економіки і з об’єкта права перетворитися на його суб’єкт, адже аби реалізувати свою самоцінність, аби “перетворити потенцію самої себе на здійснене буття” кожен індивід інформаційного суспільства повинен мати значно більше суб’єктивних прав, ніж обмежена жорсткими рамками свого статусу людина попередніх епох. Внаслідок цих процесів трансформуються підходи до права, до традиційних соціальних норм; виникає нагальна потреба переосмислити предметну сферу правового регулювання і сформулювати принципово нові погляди щодо нових суспільних відносин, які відображають специфічні правила поведінки суб’єктів права у глобальному інформаційному просторі. Виходячи з цього, переглядається і традиційний каталог прав людини, формуються нові права, існування яких не можна було собі навіть уявити ще кілька десятиків років тому.

Постійне розширення каталогу прав людини є цілком природним процесом. Преамбула Хартії ЄС про основні права (2000 р.), наприклад, вважає об’єктивною

необхідністю “постійне доповнення цього списку правами, що виникають у результаті соціального прогресу, наукового і технологічного розвитку, які орієнтовані на закріплення не мінімального рівня, як це зазвичай прийнято у міжнародно-правовій практиці, але максимуму їх числа та рівня реалізації, який тільки можливо досягнути”. Європейський суд з прав людини у своїх рішеннях неодноразово підкреслював, що Конвенція про захист прав людини є “живим інструментом”, який розвивається відповідно до нових викликів часу. Зрозуміло, що наприкінці сорокових років ХХ століття, коли розроблявся текст Конвенції, про електронну пошту чи стільниковий зв’язок і гадки не було, але Суд без жодних перешкод чи сумнівів розповсюдив право на повагу до таємниці кореспонденції, передбачене ст. 8 Конвенції, і на ці види комунікації між людьми. За виразом французького теоретика права Ж.-Л. Бержеля, “перманентна мутабельність” — одна з головних рис прав людини.

Деякі автори висловлюють ідею, що вже у найближчій перспективі буде сформовано нове покоління прав людини — прав інформаційних. “Варто припустити, — пише Л.І. Глухарьова, — висування в недалекій перспективі на перший план інформаційного покоління прав людини і їхній активний вплив на всю систему прав. Право на виробництво одного типу інформації й заборона іншої, право на інформаційну безпеку, право на пошук, доступ, одержання, передачу, обмін, збір, зберігання, нагромадження, поширення й копіювання інформації, право на формування, розвиток, використання й захист інформаційних ресурсів, комунікаційних технологій і мереж, право на експлуатацію інформації й використання глобальних інформаційно-комунікативних систем в інфраструктурі економіки, політики, освіти, охорони здоров’я, культури, підприємництва, фінансів, екології й інших сфер вимагають

не тільки широкого й пріоритетного розвитку в інформаційному суспільстві, вони змінюють і надають специфічний, інформаційний відтінок всім іншим правам, навіть природному праву на життя, особисту свободу, честь і гідність”. [1]

Норми, що закріплюють права людини, сприяють розвитку національних правових систем, вказуючи чіткі цілі й орієнтири такого розвитку, “посилюючи наше відчуття свободи усвідомлення можливого” (К. Ясперс). Але поява якого-небудь права у законодавстві однієї країни неминуче тягне за собою появу такого ж (або подібного) права у законодавствах інших країн. Однак у нове середовище неможливо разом із запозиченим правом перенести і умови, “соціальний контекст” його здійснення та механізми функціонування. Тому з точки зору реалізації прав людини конвергенція правових систем, створення єдиного всесвітнього правового поля стає об’єктивною необхідністю, причому такий єдиний правовий простір, очевидно, можна створити лише у єдиному інформаційному просторі. Як пише І.І. Лукашук, інтернаціоналізація прав людини означає їх “зближення, поглиблення, взаємодію, взаємний вплив”, вона здійснюється двома шляхами — гармонізації на базі спільних принципів та уніфікації через введення у правові системи держав однакових норм [2].

Інтернаціоналізація прав людини є наслідком стандартизації умов і способу життя, чому активно сприяють обмін інформацією через ЗМІ, міжнародний обмін творами науки, літератури, мистецтва [3]. Серед причин цього процесу не можна також не назвати і розширення правової свідомості — завдяки інформаційному збагаченню — до планетарного рівня.

Отже, стає поступово очевидним, що реалізація інформаційних прав людини повною мірою можлива лише у єдиному безкордонному глобальному інформа-

ційному просторі, який, об'єднуючи різні культури, призводить, з одного боку, до їх конвергенції, а з іншого — до взаємного збагачення. Як відзначають деякі автори, у наш час стійко формуються підходи, у відповідності до яких тільки сполучення цінностей всіх світових культур, їх філософії, естетики і моральності здатне створити універсальну міжнародну концепцію прав людини, причому найважливішим елементом у її інтерцивілізаційному і інформаційному тлумаченні є пошук методів адекватного осмислення місцевих культур, релігій та етик [4].

У глобальному інформаційному просторі співіснують і взаємодіють мільйони людей, які, будучи носіями та користувачами інформації, є суб'єктами інформаційних прав, причому останні здійснюються у поєднанні з іншими міжнародно визнаними правами і свободами людини. Але значення феномену глобального інформаційного простору полягає не тільки в цьому. Його унікальність в історії людства дає можливість назвати цей простір універсальною цінністю, міжнародним надбанням. Деякі автори навіть схильні надати йому статусу загальної спадщини людства, поряд з такими об'єктами, як морське дно, навколоземні космічні тіла чи, можливо, Антарктика. Саме у цьому сенсі глобальний інформаційний простір є об'єктом міжнародно-правового регулювання. Наукове розуміння глобального інформаційного простору як правової категорії та визначення його місця в сучасному міжнародному праві має базуватися на уявленні про віртуальний простір, який існує лише у свідомості кожного окремого індивіда, але при цьому, як це не парадоксально, складає єдиний об'єкт. Але чи можна взагалі врегулювати правовими засобами ідеальні, уявні об'єкти? Очевидно, усвідомлення людиною своєї належності до глобального інформаційного простору як права і можливості ("відчуття свободи усвідомлення можливого") у будь-який час одержувати

будь-яку інформацію з будь-якої точки земної кулі і становить реальне підґрунтя для визначення предмету міжнародного інформаційного права.

Слід сказати, що інформаційний простір складався й до появи електронних засобів обробки і передачі інформації. Але такі його властивості, як трансграничність чи, власне, "глобальність", змогли з'явитися лише на етапі досить високого розвитку цифрових технологій. Етап вибухоподібного розвитку цих технологій співпав у часі (і таке співпадіння не видається випадковим) із революційними змінами у поглядах на таку фундаментальну категорію міжнародного права, як суверенітет держави. Сучасний погляд, погляд, який видавався абсолютно неможливим ще кілька десятиріч тому, полягає у визнанні того, що права людини не можуть бути винятково внутрішньою справою держави; вони можуть і повинні захищатися на міжнародному рівні. Виходячи з цього, цілком правомірним видається висновок про те, що основна роль у виробленні принципів правового регулювання інформаційного простору повинна належати саме міжнародному праву.

Правове регулювання міжнародного інформаційного простору, окрім закріплення та підсилення гарантій реалізації інформаційних прав людини, не може не передбачати і обмеження інформаційних прав людини. Такі обмеження в глобальному інформаційному просторі можуть бути встановлені державами тільки з метою, передбачених міжнародним інформаційним правом принципів. Втім, ці принципи не є специфічними для МІП, а значною мірою запозичуються — як у незмінному, так і в дещо модифікованому, пристосованому вигляді — з теорії прав людини та міжнародного права прав людини.

Інформаційні права у своїй сукупності окреслюють межі реалізації свободної волі людини, її можливості вільно і на власний розсуд будувати свою по-

вєдінку у сфері інформаційних відносин. Чим більше особистих прав людина може реалізувати, тим ширша сфера її особистої свободи; але вона не безмежна: у демократичному суспільстві вона має перебувати у гармонійному балансі із свободою волевиявлення всіх інших суб'єктів права. Хоча людина і не може бути позбавлена своїх інформаційних прав, які за своєю природою є невідчужуваними, але більшість цих прав може бути обмежена державою на підставі закону. Інформаційні права переважно є відносними, а не абсолютними правами в тому сенсі, що їх обмеження чи порушення за певних умов може бути визнано правомірним. Не вдаючись за браком місця у детальний аналіз українського законодавства, можна впевнено сказати (і кожен бажаючий може в цьому легко пересвідчитися), що норми відповідних законів практично ніколи не встановлюють конкретних умов, за яких порушення того чи іншого інформаційного права може бути визнано правомірним. Умови правомірності обмеження прав людини в цілому, за усталеними міжнародними стандартами, складаються з так званого "тріумвірату":

1) законність обмеження (урегульованість випадків і порядку обмеження у законі);

2) необхідність у демократичному суспільстві (обмеження прав людини має слугувати досягненню балансу особистих свобод на основі рівності задля загального блага);

3) суспільно-корисна мета (національна і громадська безпека, територіальна цілісність держави, економічний добробут, запобігання заворушенням чи злочинам, захист здоров'я чи моралі, захист репутації, прав і свобод інших осіб, запобігання розголошенню конфіденційної інформації, підтримання авторитету і безсторонності суду тощо).*

* Див. наприклад: статті 8–11 Європейської конвенції про захист прав людини та основоположних свобод.

У будь-якому випадку при здійсненні правового регулювання інформаційної діяльності держави повинні виходити з єдності інформаційного простору, тому будь-які регуляторні заходи на національному рівні будуть дієвими (чи взагалі припустимими) лише за умови їх відповідності зазначеним міжнародно-правовим критеріям.

Таким чином, здається ні в кого вже не залишилося сумнівів, що у сьогоdnішньому глобалізованому світі склалися всі передумови створення нової галузі міжнародного права — міжнародного інформаційного права. Серед таких передумов можна, зокрема, виділити:

— технічні — можливість вільного доступу до глобальних інформаційних ресурсів для широких верств, бурхливий розвиток мережевих технологій та вдосконалення ("дружність") клієнтських (тобто тих, якими оперує користувач) частин програмного забезпечення для доступу до мережевих ресурсів, що лавиноподібно збільшує кількість суб'єктів інформаційних відносин у глобальному масштабі;

— соціально-економічні — потреба і навіть необхідність такого доступу і користування цими ресурсами для все більшого кола людей, неможливість соціального та економічного розвитку без достатньо вільного оперування значними обсягами інформації;

— політичні — сьогодні жодна держава не наслідиться називати себе демократичною, якщо вона не може або не хоче забезпечити свою відкритість через Інтернет (електронний уряд, електронні плебесцити тощо). Можливість людини користуватися у світовому масштабі правом вільно шукати, одержувати й поширювати інформацію є основою розвитку демократії, що особливо відчутно в умовах збільшення впливу пропаганди і реклами на масову свідомість. З іншого боку, як показують численні дослідження, в т.ч. і на відчизняному матеріалі, політична боротьба в сучасному світі

відбувається в інформаційному просторі, у ній переваги здобуває та сила, яка здатна опанувати цей простір. Освіта, наука, культура не можуть повноцінно розвиватись поза глобальним інформаційним простором (вимога щодо забезпечення студентам доступу до Інтернету є однією з ліцензійних умов для вузів; неможливо уявити собі сучасного вченого, навіть гуманітарія чи митця, який би був здатен плідно працювати, не користуючись так чи інакше глобальними інформаційними ресурсами, перебуваючи у культурній чи науковій ізоляції);

– нарешті, правові — створена доктрина, яка визріла настільки, що вже готова бути втіленою у нормативних актах; стало цілком можливо вирізнити специфічний предмет правового регулювання, його методи, визначити основні специфічні категорії та інститути. Спонтанно склалася сукупність джерел, про які, мабуть, ще зарано говорити як про систему, але вже вчасно говорити про її значимість для міжнародного права в цілому та суттєвий вплив на національні законодавства. Доречно зазначити, що джерела міжнародного інформаційного права існують як на рівні міжнародно-правових та національних законодавчих актів, так і на рівні міжнародних звичаїв. Стосовно останніх, можна назвати для прикладу “Норми користування мережею”, прийняті у вересні 2002 року “Відкритим форумом Інтернет-сервіс-провайдерів” — неформальним співтовариством провайдерів і користувачів Інтернету, у яких описується, як потрібно ставитися до спаму, несанкціонованого доступу й всього іншого набору спірних явищ. Ці правила не є юридично обов’язковими, вони лише фіксують усталені звичаї, “субкультурні правила” користувачів Інтернет (напрошується асоціація з правилами Інкотермс як збіркою звичаїв міжнародної торгівлі), але деякі провайдери включають вимогу дотримання зазначених правил у договори із клієнтами.

Як зазначалося вище, інформація у мережі не є матеріальним предметом, який можна придбавати чи відчувувати як річ у сенсі класичного цивільного права. Інтернет-сайт — це лише певна електронна структура, що інтерпретується відповідним програмним забезпеченням у дані, придатні для використання людиною у момент звернення до цього сайту. Але ці дані не можна “забрати” — вони лишаються на сервері після їх “споживання” у незмінному стані. Тому деякі дослідники вважають, що у віртуальному світі предмет правового регулювання просто зникає: “Коли розміщують Веб-сторінку десь на сервері, спрощено кажучи, її пропонують користувачам всієї мережі по протоколу ”тримай і використовуй, коли схочеш, передавай іншим, кому хочеш” [5]. Щоправда переважна більшість вчених вважає, що міжнародне інформаційне право як галузь вже склалося. Ми не поділяємо цього оптимізму: на нашу думку зазначена галузь знаходиться на етапі свого формування. Нам здається, що праві ті автори, на думку яких “до теперішнього часу Інформаційне право, покликане впорядкувати інформаційні відносини реального світу щодо світу віртуального, слабо розроблене і являє собою самостійну юридичну наукову дисципліну, що лише фрагментарно сформувалася й продовжує формуватися” [6].

Втім, чи така галузь вже склалася, чи ще формується, але безперечно одне — однією з фундаментальних її основ мають виступати інформаційні права людини.

Реалізація інформаційних прав людини, крім задоволення очевидних її потреб в розвитку і спілкуванні, є гарантією реалізації інших загальноновизнаних на міжнародному рівні та закріплених у національних законодавствах прав і свобод. Право людини на інформацію, як більш загальне право, складається — як з елементів — з часткових прав, конкретизуючись, зокрема, у таких окремих

правах, як право на одержання екологічної, медичної, юридичної, культурної та освітньої інформації; право на захист інформації про людину (особистих даних); право на захист *від* інформації тощо.

Право на доступ до екологічної інформації, яке закріплено Конституцією та іншими правовими актами України, у міжнародно-правовому вимірі передбачає два основних напрями: визнання й забезпечення права людини на інформацію про стан навколишнього середовища й необхідність міждержавного обміну інформацією в ході співробітництва держав в охороні навколишнього середовища, попередженні й ліквідації наслідків катастроф і стихійних лих. Розроблена під егідою Європейської Економічної Комісії ООН Конвенція про доступ до інформації, участь громадськості в процесі прийняття рішень та доступ до правосуддя з питань, що стосуються довкілля (Орхус, Данія, 1998 р.; ратифікована Україною 6.07.99 р.) не тільки визнала відповідні права людини, але і встановила обов'язок держав створити спеціальні системи для належного надходження до державних органів інформації щодо діяльності, яка може суттєво вплинути на стан довкілля, та забезпечити доступ громадськості до таких систем. Хоча Конвенція і передбачає, що екологічна інформація може надаватися на запити громадян протягом місяця (в деяких випадках — двох місяців), деякі аналітики вважають, що така норма сьогодні вже застаріла, а для ефективної реалізації прав, зафіксованих в Конвенції, необхідна оперативна система екологічного інформування, на кшталт “служби погоди”, яка б дозволяла будь-кому і будь-коли в реальному режимі часу отримувати інформацію про екологічну ситуацію у будь-якій точці Землі. Саме у такому напрямі, до речі, просувається законодавство ЄС.

Іншим аспектом права на доступ до екологічної інформації — згідно з Конвенцією — є право і можливість шукати та поширювати медичну інформацію, з

одного боку, і забезпечити її актуальність і безпеку для здоров'я з іншого. Такий підхід відбиває погляди прихильників концепції “екології людини”, що останніми роками набувають все більшого визнання.

Новий ЦК України значно розширив, порівняно з Основами законодавства України про охорону здоров'я, сферу дії права на доступ до медичної інформації. Згідно зі ст. 284 ЦК України, фізична особа, яка досягла 14 років і яка звернулася за наданням їй медичної допомоги, має право на вибір методів лікування відповідно до рекомендацій лікаря. Але для реалізації цього права необхідно мати можливість *отримувати* відповідну інформацію. Така можливість забезпечується статтею 285 ЦК України, яка передбачає право фізичної особи на ознайомлення з медичними документами, що стосуються її здоров'я. Крім того, у ЦК передбачено право членів сім'ї померлої фізичної особи або інших уповноважених ними осіб бути присутніми при дослідженні причин її смерті та ознайомитись з висновками щодо причин смерті, а також право на оскарження цих висновків до суду.

Право на одержання юридичної інформації (текстів нормативно-правових актів, що зачіпають права й свободи, судових рішень тощо) розглядається у сучасному міжнародному праві як таке, що є необхідним у демократичній правовій державі. 4 травня 2005 року Комітетом Міністрів Ради Європи було прийнято Рішення № СМ/866/04052005 про необхідність проведення консультацій щодо створення об'єднаного правового інструменту, який би встановлював — на базі національного законодавства і практики держав-членів — єдині принципи реалізації права на доступ до офіційних документів відповідно до Рекомендації Rec(2002)2. Європейський суд з прав людини у кількох своїх рішеннях підкреслював, що вислів “відповідно до процедури, встановленої законом” (ст. 5

ЕКПЛ) означає позитивний обов'язок держави не тільки створювати законодавчі акти, які регулюють порядок обмеження прав людини, але й доводити їх до відома широкого загалу, причому такі акти мають бути викладені ясною і зрозумілою мовою.

Експерти, що брали участь у розробці Хартії Європейського Союзу про основні права, відзначали: “Основні права корисні лише тоді, коли громадяни знають про їхнє існування й про можливість їхнього використання. Отже, вирішальне значення має оголошення і доведення до людини даних прав, що дозволить кожному їх довідатися й скористатися ними; інакше кажучи, основні права повинні бути відчутними”. [7]

Очевидно, значні масиви законодавства, що так чи інакше стосується прав людини, залишаються мертвими терабайтами даних, що не стануть інформацією у точному розумінні цього терміну без інформаційно-комунікативних технологій, які забезпечать обмін, користування, “споживання” інформації, тобто створять інформаційні відносини, і без соціального регулювання, в першу чергу — правового, цих відносин, що підвищить їх ефективність та гарантує права їх суб'єктів. Як зазначає С.Л. Лисенков, “у сучасному світі, у зв'язку зі стрімким зростанням складності та об'єму змісту інформації, що підлягає поширенню, функціонування слова, усної і письмової мови як продуктів культури людства, що є комунікативними засобами, потребує підтримки відповідними науково-технічними способами і засобами”. [8]

Скажімо, практика забезпечення безперешкодного доступу громадськості до інформації про діяльність міжнародних організацій, яка прямо стосується чи якимось чином зачіпає права людини, давно вже стала міжнародним стандартом. При цьому важливо підкреслити, що більшість міжнародних організацій вважає цілком достатнім оприлюднення своїх документів на офіційних Інтернет-ресур-

сах, і така практика, наскільки відомо, до сьогодні не викликала жодних проблем. І ООН, і Рада Європи, і Європейський Союз поступово скорочують кількість документів, що розповсюджуються у паперовому вигляді, за рахунок збільшення долі більш зручних і оперативних електронних публікацій. Суд справедливості Європейських Співтовариств прийняв рішення про оприлюднення цілої низки процесуальних документів лише на своєму офіційному сайті навіть попри те, що вимога щодо опублікування цих документів у Офіційному журналі ЄС передбачена правилами процедури цього суду. [9]

Законодавство України містить значну кількість норм щодо забезпечення доступу громадян до правової інформації, але, на нашу думку, переважна більшість з них лишаються декларативними чи такими, що важко реалізувати на практиці. Одним з небагатьох українських законів, які містять абсолютно зрозумілі та чіткі приписи щодо забезпечення доступу до правової інформації є нещодавно прийнятий Закон “Про доступ до судових рішень”, п. 2 ч. 3 ст. 11 (“Прикінцеві та перехідні положення”) якого вимагає “не пізніше 1 червня 2006 року забезпечити постійне внесення до Єдиного державного реєстру судових рішень електронних копій судових рішень Верховного Суду України, вищих спеціалізованих судів, апеляційних та місцевих адміністративних судів, апеляційних та місцевих господарських судів, апеляційних загальних судів, а внесення судових рішень місцевих загальних судів — не пізніше 1 січня 2007 року”. Поживемо — побачимо.

Головним призначенням Інтернет є утворення глобальної мережі обміну даними, що дозволяє створити принципово нове середовище, у якому будь-хто будь-коли будь-де зможе отримувати і використовувати будь-яку інформацію. На жаль, досить часто в ініціативах політиків щодо прийняття законодавчих актів у галузі регулювання Інтернет

різних рівнів домінують обмежувальні тенденції. Втім, як видається, більшість учасників законотворчого процесу не приділяє законодавству в області Інтернету помітної уваги або вважає, що необхідності в спеціальному законодавстві про Інтернет немає. Однак останнім часом тема державного контролю над утримуванням Інтернет-ресурсів знову зазвучала в статтях і виступах українських політиків та правників у зв'язку із наказом Міністерства транспорту та зв'язку України від 02.12.2004 № 1058 “Про затвердження форми заяви для включення електронного інформаційного ресурсу до Національного реєстру електронних інформаційних ресурсів”, який було видано на підставі Положення про Національний реєстр електронних інформаційних ресурсів, затвердженого постановою Кабінету Міністрів України від 17.03.2004 № 326 (точніше — практика застосування цих нормативних документів).

Точки зору щодо необхідності та меж правового регулювання Інтернету різняться діаметрально протилежно: від виступив із категоричним запереченням проти адміністративних обмежень інформації в Інтернеті до заяв про життєву необхідність таких обмежень. Взагалі законотворчий процес у цій галузі в Україні йде повільно й безсистемно. Частина законодавчих ініціатив носить спірний характер, однак дотепер спроби прийняти дійсно репресивні міри успіху не мали. У той же час Закони “Про електронні документи та електронний документообіг”, “Про електронний цифровий підпис”, оновлений Закон “Про інформацію” не призвели до помітного поживлення електронної торгівлі чи застосування електронного підпису у діловій практиці — як, до речі, і Типові закони UNCITRAL “Про електронну торгівлю” (1996 р.) та “Про електронні підписи” (2001 р.).

У світі процеси нормотворчості в сфері Інтернету проходять паралельно з

появою судових прецедентів, а можливо, навіть “вирастають” з них. Практика українських судів, головним чином — господарських, стосується перш за все порушень прав інтелектуальної власності у мережі Інтернет. Поодинокими є вирок судів щодо дій хакерів. Судових же рішень, що стосувались би безпосередньо посягань на повагу до приватності чи захисту персональних даних, наскільки відомо автору, практично не існує.

Ще одна проблема, до якої необхідно привернути увагу, це міжнародно-правове регулювання технічних стандартів. Ця проблема давно вже не вважається суто технічною, адже ефективна реалізація права людини на інформацію прямо залежить від правових норм, що регламентують інформаційні стандарти (наприклад, телевізійного сигналу, мобільного зв'язку, передачі даних у мережі тощо). Стандарти, що забезпечують технічну сумісність засобів передачі інформації є найважливішим елементом, що забезпечує право на інформацію, тому вплив міжнародної стандартизації на виникнення глобального інформаційного простору й реалізацію інформаційних прав людини неможливо ігнорувати.

У сфері забезпечення сумісності стандартів існує багато серйозних проблем. Основним фактором є необхідність постійного вдосконалювання технічних засобів, що вимагає зміни існуючих або введення нових стандартів. Для того, щоб забезпечити необхідний баланс між стабільністю й сумісністю стандартів з одного боку, і інноваціями з іншого боку, необхідна участь міжнародних організацій. Використання державами як обов'язкових стандартів, що не сумісні з існуючими у світі системами, веде до обмеження можливостей щодо реалізації права на інформацію, коли цілі регіони чи навіть країни опиняються в інформаційному вакуумі (приклад колишнього СРСР, сучасної Бірми та, певною мірою, КНР — тому свідчення).

На основі використання стандартів, прийнятих міждержавними організаціями, створюються стандарти взаємодії програмних засобів, розроблювальні недержавними міжнародними організаціями, такими як The Internet Engineering Task Force (IETF), що формує основи функціонування Інтернет — RFC (Request For Comments)* і приватними корпораціями. Але коли обмін інформацією, в першу чергу — транскордонний, відбувається за допомогою технічних засобів, виробник цих технічних засобів (який є, як правило, приватною компанією) має права промислової власності на вироблене устаткування та технології, покладені в основу його функціонування. Природним поведінням такого комерційного виробника є вжиття заходів для того, щоб не допустити можливості випуску конкурентами аналогічних засобів і у такий спосіб монополювати домінувати на ринку. У результаті таких дій право на одержання інформації обмежується високими цінами за використання засобів обробки і передачі даних. [10]

У випадку із транснаціональними корпораціями й міжнародним інформаційним обміном ця проблема набуває міжнародного характеру і вимагає міжнародно-правових інструментів для її розв'язання. Традиційно пошук шляхів для цього здійснюється в межах міжнародного економічного права, зокрема у тій його підгалузі, яка отримала назву “право транснаціональних корпорацій (ТНК)” та останнім часом потужно розвивається. Але, на нашу думку, дослідження у цьому напрямі недостатньо враховують (чи взагалі не враховують) “праволюдний” аспект проблеми.

Як зазначалося, однією із складових частин, “елементарних” прав, що утворюють систему інформаційних прав людини, є право на захист інформації особистого характеру. Вважається, що

першою спробою наукового осмислення поняття приватності як права бути полишеним самому собі була робота американських правників Л. Брендейса та С. Уоррена, які ще у 1890 році опублікували статтю “Право на приватність” (“The Right to Privacy”) у авторитетному журналі “Harvard Law Review”. [11] Але останнім часом правовий режим особистих (персональних) даних став предметом гарячих дискусій у зв'язку із появою принципово нових технологій збирання та обробки даних. І в національному, і в міжнародному праві закріплюються норми, що регламентують збирання, доступ, зберігання, поширення, використання такої інформації. При цьому цілком зрозуміло, що подібні операції із даними про особу є втручанням у її приватне життя; отже головне питання полягає в тому, наскільки припустимим є таке втручання. Це питання традиційно вирішується відповідно до принципів, вироблених теорією прав людини, виходячи з відомої “тріади” умов правомірності обмеження прав людини. Втім, остаточно подолати труднощі, пов'язані із застосуванням концепції “тріади”, у кожному конкретному випадку поки що не видається можливим. Дійсно, такі критерії правомірності обмеження прав людини, як “необхідність у демократичному суспільстві” та “суспільно-корисна мета” є оціночними (і доволі розпливчастими) і дозволяють тлумачення з широкими межами угляду. Завдання боротьби з міжнародною злочинністю, особливо з тероризмом та наркоторгівлею, начебто виправдовують такі масштабні обмеження права людини на приватність, які за інших умов напевно не вважалися б прийнятними.

У деяких країнах питаннями мережевої приватності опікуються спеціальні державні установи. Зокрема, Директива Європейського Союзу про захист даних (95/46/ЄС) пред'являє до законодавства європейських країн тверді вимоги щодо захисту персональних даних. Вони

* Офіційна сторінка в Інтернет: <http://www.rfc-editor.org>

включають наявність відповідного закону й інституту, що забезпечує його виконання. Як правило, це посадова особа (уповноважений) або спеціальні комісії чи комітети із захисту персональних даних. Завдання цього чиновника (органа) досить широкі: розгляд скарг громадян на вторгнення в їхнє приватне життя, контроль над виконанням відповідних законів, експертиза законотворчих ініціатив, випуск рекомендацій зі збору й обробки персональних даних та ін. В Україні, як відомо, спеціальні державні органи або посадові особи, чією головною “профільною” задачею був би захист персональних даних і приватності, відсутні,* хоча в Україні право на недоторканність приватного життя гарантується Конституцією (ст. 31, 32), рядом міжнародних угод і законів, а у Кримінальному кодексі передбачені санкції за порушення приватності (залежно від конкретних обставин — ст. 361, 361², ч. 2 ст. 362). Євроінтеграційні зазіхання України дають підстави очікувати, що розвиток вітчизняного законодавства буде здійснюватись у відповідності з європейськими стандартами. Директиви Європейського Союзу 95/46/ЕС (1995 р.) і 97/66/ЕС (1997 р.), що захищають інформаційну приватність і, власне, встановлюють такі стандарти, для України не мають обов’язкової сили, але можуть слугувати орієнтиром з огляду на євроінтеграційний курс її зовнішньої і внутрішньої політики.

Втім, поняття “політика приватності” в українському сегменті Інтернету приживається повільно. Публікація відповідних гарантій хоча б на корпоративних

сайтах не стала стандартом або, принаймні, традицією.

Як і раніше невизначеними на сьогоднішній день залишаються перспективи закону про персональні дані. Прийнятий 16 березня 2006 року Верховною Радою України Закон України “Про захист персональних даних” (законопроект вносився народними депутатами України Родіоновим М.К., Ніколаєнком С.М., Юхновським І.Р. та ін.) не підписаний Президентом і, на його думку, не може бути підписаний, оскільки концептуальні засади цього Закону, численні його норми не узгоджуються з Конституцією України, вимогами міжнародно-правових актів, містять низку внутрішніх суперечностей, а його введення в дію призведе до порушення прав людини і невиконання Україною міжнародних зобов’язань.

У серпні 2005 року Україна підписала Конвенцію Ради Європи про захист осіб стосовно автоматизованої обробки даних особистого характеру (1981 р.) та Додатковий протокол щодо органів нагляду та транскордонних потоків даних (2001 р.), однак не ратифікувала ці документи.

Необхідність міжнародно-правового регулювання глобального інформаційного простору часто пов’язується і з таким явищем як кіберзлочинність. Віртуальна реальність є віддзеркаленням реальної дійсності; в інформаційному просторі, як і у світі предметному існують соціально-небезпечні явища: пропаганди війни, насильства, ксенофобії, пропаганда тероризму, дитяча порнографія, проституція, шахрайство і крадіжки, не кажучи вже про порушення прав інтелектуальної власності — всі ці антисоціальні прояви стають особливо небезпечними, якщо “озброюються” сучасними інформаційними технологіями, а транскордонна природа Інтернету практично унеможливорює боротьбу із кіберзлочинами лише на національному рівні.

* Цікаво відзначити, що у Російській Федерації подібним квазісудовим органом була Судова палата з інформаційних спорів при Президенті РФ. До її завдань належав, зокрема, і захист прав громадян на недоторканність приватного життя. Ця установа діяла через засоби масової інформації, а її рішення мали рекомендаційний характер, втім, зазвичай вони беззастережно виконувалися. Палата була ліквідована Указом Президента РФ від 3 червня 2000 року. Докладніше див.: сайт Антона Серго “Интернет и право” (<http://www.internet-law.ru/court/index.htm>).

У межах даної статті доцільно обмежитись розглядом питання про ступінь впливу міжнародної боротьби зі злочинністю на реалізацію прав людини, пов'язаних з інформацією. У цьому зв'язку варто аналізувати два основних аспекти: по-перше, злочинні дії безумовно ставлять під погрозу реалізацію законних прав і інтересів особистості в інформаційній сфері, і міжнародне співтовариство повинне знайти адекватні засоби захисту законних прав і інтересів; по-друге, при визначенні таких засобів надзвичайно важливо уникнути встановлення необґрунтованих перешкод у здійсненні правомірних дій по реалізації прав і свобод людини.

Аналіз складів правопорушень, закріплених у Європейській конвенції про кіберзлочинність (2001 р., ратифікована Україною Законом від 7 вересня 2005 р., із застереженнями), дозволяє зробити висновок, що держави-учасники мають доволі широкі можливості для тлумачення закріплених у Конвенції положень і, внаслідок цього, можливе встановлення досить різних меж права на інформацію для громадян різних держав у загальному інформаційному просторі.

Ця Конвенція не позбавлена певних вад, про що неодноразово заявляли її критики. Зокрема, у Конвенції не дається чіткого поняття права на доступ до інформації, не встановлюється, чи необхідно підтвердження наявності права на такий доступ (стаття 2). Складним питанням є й тлумачення поняття публічної передачі даних, використовуване при визначенні нелегального перехоплення даних (стаття 3). Очевидно, ще тривалий час неприйнятною залишатиметься для України вимога щодо встановлення кримінальної відповідальності для юридичних осіб (стаття 12). Не менш важливим є й питання припустимості заходів, які, відповідно до Конвенції, держави-учасники повинні вживати для забезпечення доказів і здійснення деяких процесуальних

дій. Конвенція передбачає не тільки зобов'язання держав установити для інформаційних провайдерів обов'язок із забезпечення таємниці необхідних для слідства даних, але й збирати такі дані в режимі реального часу щодо всіх користувачів і зберігати їх (норми частини II “Процедурне право”). Співвідношення вимог, зазначених у даних статтях, і положень про захист права на таємницю приватного життя становить вкрай складну проблему.

У преамбулі Конвенції проголошується, серед інших положень, необхідність забезпечення балансу між інтересами застосування права й повагою до основних прав людини. Вище вже зазначалося, що дотримання такого балансу є однією з основних сучасних проблем правового регулювання в сфері інформації. Тому невизначеність процесуальних дій, які держави-учасники можуть — відповідно до Конвенції — включати у внутрішнє законодавство і які можуть слугувати приводом для необґрунтованих та свавільних обмежень права на інформацію, потребує дуже уважного і обережного ставлення до імплементації норм Конвенції у національне кримінально-процесуальне право.

З огляду на проблему приватності в Інтернет певний інтерес виклає питання щодо правомірності шифрування даних приватними користувачами мережі.

Окінавська Хартія глобального інформаційного суспільства, прийнята 22 липня 2000 року лідерами країн “Великої вісімки” в числі основних підходів і принципів згадує необхідність розвитку ефективних механізмів захисту приватного життя, у тому числі при обробці персональних даних, розвиток криптографії й інших засобів забезпечення безпеки й вірогідності операцій. Але останнім часом висловлюються пропозиції заборонити використання стійкого шифрування приватними особами. На користь такого рішення приводиться аргумент про необхідність підвищення

ефективності розслідування злочинів, боротьба з тероризмом і т.п.

Законодавство деяких країн забороняє виробникам комерційного криптографічного ПО використання ключів довжиною понад 128 біт.* Рекомендація Комітету Міністрів Ради Європи R(95)13 “Щодо проблем кримінально-процесуального права, пов’язаних із інформаційними технологіями”, радить державам-членам вжити заходів для “мінімізації негативного впливу використання криптографії на розслідування злочинів” і обмежити застосування криптографії випадками “виключної необхідності” (ст. V). Таким чином громадянам залишається можливість легально користуватися лише ненадійними способами шифрування, розшифровка яких під силу правоохоронним органам. Слід зазначити, що такий підхід має істотну ваду з огляду на забезпечення прав людини, адже поряд із правоохоронними органами, засобами розшифровки давно вже користуються й злочинці, тому законослухняні громадяни не мають змоги захиститися від них. Відтак, виникає й інша проблема — громадяни, що користуються засобами стійкого захисту даних, автоматично стають правопорушниками, навіть якщо закодowana таким чином інформація є абсолютно нейтральною і не містить нічого протизаконного.

Справжня причина таких обмежень полягає, очевидно, в іншому. Під гаслом боротьби із злочинністю та тероризмом свого часу була створена система глобального стеження та збирання розвідданих — скандально відома Британсько-Американська система Ешелон. У Російській Федерації існує СОПМ-2 — система технічних засобів із забезпеченню оперативно-розшукових заходів у мережах зв’язку, включаючи Інтернет. Провайдерам Інтернету ставиться в обов’язок встановити устаткування, про-

грамне забезпечення та виділену лінію для місцевого відділення ФСБ, причому оплату цього обладнання Інтернет-провайдери здійснюють, як правило, за власний рахунок. Цей комплекс має забезпечити ФСБ можливість дистанційно відслідковувати, перехоплювати й переривати зв’язок будь-якого клієнта цього провайдеру. Громадськість довідалася про СОПМ-2 улітку 1998 року, багато в чому завдяки старанням російського експерта й автора сайту “Институт свободы Московский Либертариум” Анатолія Левенчука. Однак за всю історію впровадження СОПМ на російських засобах зв’язку була тільки одна спроба заперечувати правомірність наказів про введення СОПМ у суді — справа по скарзі журналіста із Санкт-Петербурга Павла Нетупського [12].

Доволі відчутною — через свою масовість — є проблема порушень інформаційної приватності у загальнодоступних файлообмінних та поштових системах. З цього приводу автор провів невелике дослідження — а кожен бажаючий може провести своє власне і прийти до тих самих невтішних висновків.

В українському сегменті Інтернет діють декілька десятків безкоштовних поштових систем. За рідкісним виключенням всі вони так чи інакше дотримуються певної політики конфіденційності, яка повідомляється користувачам. Однак підходи тут суттєво різняться. Наприклад, такий популярний в Україні ресурс, як bigmir.net, взагалі не згадує про приватність, ukr.net гарантує приватність користувачам своєї поштової служби, хоча і не повідомляє, як саме така гарантія забезпечується, а gala.net навпаки попереджає, що ця поштова служба не є анонімною і не гарантує приватності.

Вичерпні гарантії конфіденційності даних, включаючи попередження про використання cookies, надають лише російські rambler.ru, yandex.ru та українська meta.ua. На цих сайтах політика приватності викладена у вигляді

* Не вдаючись у зайві технічні подробиці, скажемо лише, що надійне шифрування забезпечується при використанні принаймні 256-бітових ключів.

окремого документа. Основою гарантій є умова непередачі даних третім особам без попереднього дозволу суб'єкта даних. На деяких сайтах, зокрема meta.ua, зроблено застереження на кшталт "...крім випадків, передбачених законом" та згадування про право адміністрації поштової системи використовувати дані в маркетингових цілях (хоча і без передачі третім особам).

Заради справедливості слід, відзначити, що деякі з переглянутих нами під відповідним кутом зору поштових систем надають захист від несанкціонованого доступу на основі стійкого SSL-шифрування, а окремі, крім того, і з використанням популярного завдяки своїй надійності алгоритму PGP.

Певну загрозу для приватності в Інтернеті і захисту особистих даних може становити застосування технології cookie. Cookie — це файл невеликого розміру, що надсилається на комп'ютер користувача ззовні, під час роботи в Інтернеті і містить інформацію про дії відвідувача сайту. В cookies можуть бути збережені дані, які користувач залишає про себе в мережі (логіни й паролі, номери кредитних карток, прізвище, адреса електронної пошти, поштова адреса, персональні налаштування системи користувача й т.п.). Навіть якщо користувач під час перегляду веб-сайту не заповнює ніяких анкет і не вводить паролів, у розпорядженні сервера залишається інформація про IP-адресу відвідувача, за допомогою якої можна ідентифікувати комп'ютер, що використовується для роботи в Інтернеті. Збір і зберігання інформації про відвідувачів сайту за допомогою cookies здійснюють не тільки приватні, але й деякі державні сервери, що належать українським органам влади.*

Системи статистики, наприклад, SpyLog дозволяють побудувати доволі

точні "профілі" відвідувачів того чи іншого сайту. При першому зверненні користувача до будь-якої сторінки, на якій розміщено лічильник SpyLog (чи інший, що працює за подібним принципом), користувачеві надсилається файл cookie, а комп'ютеру в даній конфігурації привласнюється унікальний номер. Згодом, коли користувач проходить по інших сторінках, на яких також перебуває лічильник SpyLog, весь шлях користувача по таких сторінках відслідковується. Зібрана інформація зберігається в базі даних і у будь-який момент може бути переглянута та проаналізована. У згенерованих на підставі такого аналізу звітах мова, звичайно, не йде про персональну інформацію, але у статистичних системах є всі можливості для збору даних, що дозволяють ідентифікувати користувачів і створювати докладні протоколи про їхню мережеву поведінку. Деякі онлайнові служби просто відмовляються працювати, якщо браузер користувача не приймає файли cookies.**

Отже, рядовий користувач сучасного Інтернет дещо нагадує людину, що знаходиться у фортеці із скляними стінами, у якій жоден не може відчувати себе у безпеці від підглядання та інформаційного тиску ззовні. У зв'язку з цим серед інформаційних прав людини поступово формується право на захист від інформації. "На відміну від випадків, коли держава повинна створювати умови для доступу до інформації й захисту інформації з обмеженим доступом, держава також повинна створювати умови для захисту самої людини й суспільства від шкідливого впливу певного роду інформації. До такого впливу, зокрема, відносяться: протиправне застосування спеціальних засобів інформаційного впливу на індивідуальну, групову й суспільну свідомість; девальвація духовних

* Наприклад, сайт Міністерства юстиції України.

** Автор цих рядків має зізнатись, що він, будучи адміністратором кількох сайтів, зокрема сайту Академії адвокатури, активно використовує статистичні дані, що збирають відповідні модулі, але виключно з метою покращення якості сайтів, тобто в кінцевому рахунку в інтересах користувачів і для найбільш повної реалізації ними їх інформаційних прав.

цінностей, пропаганда зразків аморальної масової “культури”, заснованих на культі насильства; маніпулювання інформацією (дезінформація, приховання або перекручування інформації) та ін.” [13].

Як правило, проблема захисту від інформації асоціюється із розповсюдженням спаму, незамовленої інформації рекламного характеру, що розсилається “віяловим” способом широкому колу (іноді до сотень тисяч) адресатів. Але проблема ця насправді є більш широкою.

Дійсно, спам — це явище, надзвичайно сильно розвинене в сучасному Інтернеті, до якого більшість користувачів (як, втім, і до будь-якої реклами) ставиться різко негативно. Однак спам рідко сприймається як порушення інформаційних прав людини. Здебільшого серед негативних рис спаму називають необхідність витрати часу й коштів на “скачування” смітєвих повідомлень, марне навантаження на інформаційні системи та висока ймовірність наявності в спам-повідомленнях вірусів. Крім того, програмні фільтри можуть іноді помилково сприйняти як спам важливий електронний лист, тому все одно доводиться переглядати всі повідомлення, що надходять з поштового сервера.

У спеціалізованих комп’ютерних виданнях наводиться багато рекомендацій щодо боротьби зі спамом; створено безліч програм, які з більшим чи меншим успіхом фільтрують спам, але боротьба зі спамерами, тобто тими особами, хто поширює незамовлену інформацію, ведеться фрагментарно чи взагалі не ведеться. Але цілком зрозуміло, що подолати спам у мережі зовсім — неможливо, можна лише поставити у певні правові рамки тих, хто його розповсюджує, а зробити це можна не технічними, а економічними та юридичними засобами.

Сьогодні в Україні немає спеціальних нормативних актів, що забороняють або обмежують спам. Судова практика в даній області нерозвинена. Стаття 363¹

КК застосовується вкрай рідко, і справа тут не в складності розслідування чи доказування, а в формулюванні диспозиції самої статті.*

Конвенція Ради Європи про кіберзлочинність (ратифікована Україною Законом від 7 вересня 2005 р.) не називає серед складів злочинів, які держави-учасниці мають ввести до свого кримінального законодавства, несанкціоноване автоматизоване розсилання повідомлень по електронній пошті. Лише у пояснювальній записці до Конвенції викладається позиція розробників проекту Конвенції, що такі дії можуть, в принципі, підпадати під дію Конвенції, якщо вони здійснюються у великих масштабах або серйозно порушують роботу комп’ютерних систем.

У деяких країнах Європи (наприклад, у Норвегії, Фінляндії, Данії, Австрії, Італії) існують чіткі законодавчі обмеження незамовлених електронних розсилок, але на думку експертів рівень виконання подібних приписів залежить не стільки від репресивних дій правоохоронних органів, скільки від правосвідомості громадян.

На завершення хотілося б сказати наступне. Глобальний інформаційний простір в якому живе й активно розвивається інформаційне суспільство конче потребує адекватних правових інструментів своєї саморегуляції. Міжнародне інформаційне право, як галузь міжнародного права, як система міжнародних принципів і норм, що регулюють міжнародні відносини в інформаційній сфері, буде наскільки ефективним, наскільки воно сприйме як основу своєї методології концепцію інформаційних прав людини — прав людини інформаційної доби. В останні два десятиріччя в сфері міжна-

* Стаття 363¹ передбачає злочин із матеріальним складом — відповідальність зумовлюється настанням шкідливих наслідків у вигляді “порушення або припинення роботи ... комп’ютерів...”. Але на відміну від так званих “DoS-атак” розсилання спаму практично не може призвести до подібних наслідків, адже користувач отримує лише по одному спам-повідомленню, хоча і від сотень різних спамерів.

родного інформаційного права відбувся справжній прорив — темпи розвитку цієї галузі не на багато відстають від темпів розвитку самих інформаційних техноло-

гій, але перспективи розвитку цієї галузі на кілька порядків перебільшують вже здійснені здобутки.

Список літератури:

1. Глухарева Л.И. Права человека в современном мире. — М.: Юристъ, 2003. — С. 166.
2. Лукашук И.И. Глобализация, государство, право, XXI век. — М., 2000. — С. 44-45.
3. Глухарева Л.И. Цит. тв. — С. 153.
4. Малевич Ю.И. Права человека в глобальном мире. — М.: АСТ, 2004. — С. 24-25.
5. Брижко В.М., Цимбалюк В.С., Орехов А.А., Кальченко О.Н. Е-будущее и информационное право. — К.: “Интеграл”, 2002. — С. 103.
6. Там само. — С.167.
7. Affirmation des droits fondamentaux dans l’Union europeenne: il est temps d’agir. Rapport du groupe d’experts en matiere de droits fondamentaux. — Bruxelles: Commission europeenne, 1999. — P. 11.
8. Лисенков С.Л. Конституційні права і свободи як інструмент функціонального аспекту культури // Вісник академії адвокатури України, 2005. — № 3. — С. 8.
9. Див.: The Court of Justice in 2004: changes and proceedings by Mr Vassilios Skouris, President of the Court of Justice // <http://curia.europa.eu/en/instit/presentationfr/rapport/pei/cj2004.pdf>
10. Савельев Д.А. Права человека в области информации (международно-правовые аспекты). — Автореф. дис... канд. юрид. наук. — Санкт-Петербург, 2002.
11. <http://privacy.hro.org/about/advanced/brandeis.php> (переклад статті російською мовою).
12. <http://www.libertarium.ru/libertarium/sorm>
13. Брижко В.М., Цимбалюк В.С., Орехов А.А., Кальченко О.Н. Цит. тв. — С. 187.

РЕЗЮМЕ

В статье анализируется современное состояние и перспективы развития международного информационного права как отрасли международного права. Проводится мысль, что международные принципы и нормы, которыми регулируются международные информационные отношения, будут тем эффективнее, чем полнее они впитают в себя концепцию информационных прав — прав человека информационной эры.

SUMMARY

The article analyses contemporary state and future trends of international information law. The author emphasizes a point that the principles and regulations of international information relations will be as effective as entirely the concept of information rights, human rights of the age of information, will be implemented.

*Рекомендовано кафедрой прав людини,
міжнародного та європейського права*

Отримано 24.04.06



В.Г. Гончаренко,
доктор юридичних наук, професор,
академік Академії правових наук України
(Академія адвокатури України)

Концептуальні питання правової реформи в Україні

Ключові слова: влада, функції, повновладдя народу, місцеве самоврядування, верховенство права, Конституційний Суд, незалежність суддів, презумпція невинуватості, привілеї, прокурор, обвинувачення, юридична освіта.

1. Соціально-економічні процеси в Україні, які накопили останнім часом масу проблем, будучи штучно підсиленими, з неминучістю привели до принципового політичного рішення, втіленого в конституційному Законі від 8 грудня 2004 р., який виконав установчу функцію влади, спрямувавши державотворення в Україні в русло парламентсько-президентської форми правління. Цей епохальний акт волевиявлення народу стимулював концентрацію зусиль на дієву організацію і проведення правової реформи з переходом від епізодичних, несистематизованих і теоретично мало обґрунтованих спроб більш-менш суттєвого удосконалення окремих інститутів і процедур до концептуально зрілої, структурно гармонічної та узгодженої зі світовими кращими зразками, аналітичними дослідженнями практики і українськими народними традиціями динамічної моделі держави і права в їх системній обумовленості та взаємозв'язку і точній функціональній визначеності.

2. Виходячи із запропонованої нами методологічної позиції і спираючись на потребу створення і розвитку саме парла-

ментсько-президентської республіки, яка забезпечує баланс владних повноважень і корисне співробітництво представницьких органів та посадових осіб, високу ефективність управління, стабільність і прогнозованість розвитку економіки та соціальної сфери суспільства, ми зупинимось на нашому баченні низки складових правової реформи — від загального, теоретичного до окремого і особливого.

3. Перш за все, в конституційному руслі необхідно закріпити теоретично обґрунтований пріоритет людини в суспільстві і державі та суверенітет народу. Саме людині і народу повинно бути присвячено перші дві статті Конституції, в яких урочисто засвідчується, що 1а) людина в Україні від народження є господарем своєї країни, є вільною, рівноправною, сповненою гідності та всіх чеснот; 1б) людина, її життя і здоров'я, честь і гідність, недоторканність і безпека є найвищою соціальною цінністю; 2а) сувереном і єдиним джерелом та носієм влади є народ; 2б) народ здійснює свою владу безпосередньо та через своїх представників і органи державної влади та місцевого самоврядування; 2в) право

визначати і змінювати конституційний лад та устрій належить виключно народові.

Варто добре запам'ятати слова Марка Тулія Цицерона, що тільки те суспільство, в якому народ користується верховною владою, є істинним вмістилищем свободи.

Після утвердження цих основоположних позицій слід визначити Україну як республіку, що в міждержавних відносинах є суверенною, незалежною і позаблоковою, а у внутрішній політиці — демократичною і соціальною. З часом, за наявності для цього підстав, Україна може одержати ознаку правової держави. Нарешті, щодо держави повинно бути передбачено її обов'язок гарантувати утвердження і здійснення прав та свобод людини, відповідати перед людиною за свою діяльність, спрямовувати свої зусилля на забезпечення здоров'я, освіти, безпеки та добробуту народу.

4. Влада у загальному вигляді є можливість і здатність справляти визначальний вплив на діяльність і поведінку людей. Як складний соціальний феномен, вона має численні структурні та функціональні характеристики. Єдність, неподільність влади є одним із принципів її реалізації, втілення в реальні суспільні відносини. Оскільки влада за визначенням цілком і повністю належить народові, він не повинен ділити її з ким-небудь, бо інакше втрачається сам зміст, сутність суверенітету — його не можна мати частково. Лише народ, здійснюючи належну йому владу, визначає, як, яким чином забезпечити реалізацію свого національного, народного та державного суверенітету.

У той же час багатоплановість і динамізм влади вимагають передачі владних повноважень представницьким органам за умови унеможливлення узурпації влади завдяки створенню для цього механізму чіткого розмежування повноважень, нормативізацію взаємних стримувань і співробітництва. Тому

визначений в ст. 6 Конституції принцип поділу влади на законодавчу, виконавчу та судову (де сполучник “та” свідчить про вичерпний перелік елементів поділу) є недостатньо вираженим і являє собою перенесену без серйозного аналізу на сучасний ґрунт кон'юнктуру теоретичну побудову Дж. Локка та Ш. Монтеск'є, спрямовану проти абсолютної влади монархічної аристократії. У часи становлення капіталізму ця недосконала теорія була прогресивною, зараз — навпаки, створює умови для нестабільності, узурпацій, протистоянь, обмежує розвиток демократії.

5. Між тим реалізація влади вимагає функціонального розмежування. Поділяється не влада, а функції її здійснення. Тому до зазначеного переліку, який слід розуміти не як окремі *влادي*, а саме як функції єдиної влади, необхідно обов'язково додати установчу і контрольну функції (цілком значущими є також інформаційна, організаційно-господарська і виховна функції влади). Тоді можна буде побачити, що, наприклад, Президент, прокуратура, Національний банк мають владні повноваження, чого не можна сказати за існуючої редакції ст. 6 Конституції. Більше того, жоден із представницьких суб'єктів влади не має чітко відокремленої та автономної функції. Президент, зокрема, виконує установчу (встановлює та ліквідує управлінські структури і посади), законодавчу (ініціює прийняття законів, промульгує чи ветоє їх), виконавчу (скасовує акти Кабінету Міністрів, видає Укази, розпорядження), судову (здійснює помилування засуджених), контрольну (дає доручення і перевіряє якість їх виконання) функції. Аналогічне становище мають й інші ланки державної влади.

6. Ідея повновладдя народу повинна чітко і недвозначно бути втілена в систему представницької влади, правила створення її окремих ланок, механізми контролю за нею і способи впливу. Тому необхідно встановити пряму виборність Президента, депутатів Верховної Ради

та рад всіх нижчих рівнів, губернаторів, суддів місцевих судів, причому всіх без винятку на альтернативній основі. Реалізуючи свою владу, народ шляхом загальнодержавного і місцевих референдумів та у інший спосіб за чітко виписаною демократичною процедурою повинен мати реальну можливість здійснювати імпічмент Президента і губернаторів, відкликати депутатів і суддів.

Такі питання життя країни, як визначення засад зовнішньої політики, встановлення та зміна державного ладу і державного устрою, а також вирішення питання про зміни території України можуть вирішуватися лише шляхом референдуму. Інші варіанти — посягання на суверенітет народу, узурпація влади.

7. Місцеве самоврядування повинно забезпечуватись зафіксованими в Конституції положеннями про заборону скасування вищими за рангом органами або посадовцями прийнятих місцевими органами рішень, якщо вони (рішення) є легітимними за змістом і процедурою прийняття, а також про залишення у місцевих бюджетах не менше п'ятдесяти відсотків від усіх фінансових надходжень до бюджету.

8. *Nihil quod est contra rationem est licitum* — ніщо не є законним, якщо воно суперечить розуму. В цьому давньоримському афоризмі міститься мудра настанова в сенсі *справедливого* регулювання відносин у суспільстві, адже право — це система наявних у даному суспільстві правових доктрин і цінностей та сформована на цій основі система загальнообов'язкових правил поведінки. Саме тому проголошений Конституцією принцип верховенства права є великим соціальним досягненням. Тут не можна не згадати висловлювання Жозефа Жубера, що існує право мудрого, але немає права сильного.

Проте, щоб в країні торжествувало право мудрого, треба визначити його нормативний зміст і *правила* застосування, адже ніхто не скасовував пресловутий

постулат *dura lex sed lex est*, бо інакше буде беззаконня і анархія, якщо не сказати більше. Тому в Конституції слід дати визначення цього принципу, критерії його розмежування з принципом законності, а в спеціальних законах, перш за все у Кримінальному та Кримінально-процесуальному кодексах, чітко визначити принципову можливість приймати юридичні рішення не лише на основі букви закону, а й керуючись почуттям справедливості і здорового глузду. Це тим більше треба зробити, що практика останніх років йде шляхом ототожнення поняття верховенства права з революційною доцільністю. Таке в нашій історії вже було, і ми знаємо чим це закінчувалось. Слід теоретикам і практикам, політикам і юристам завжди мати на увазі, що, як сказав Ш.Монтеск'є, найжорстокіша тиранія — та, яка виступає під покровом законності і під прапором справедливості.

9. В системі правових інститутів особливо важливу, стабілізуючу роль повинен виконувати Конституційний Суд (КС). Визначення відповідності Конституції України законів та інших правових актів, що віднесено до завдань і повноважень КС, сприяє правильному і одноманітному застосуванню нормативних актів різних рівнів, мінімізує прояви недотримання законності і бюрократичного свавілля. І цю функцію КС слід зберегти і максимально зміцнити. Проте тут потрібне і принципове втручання законотворців, оскільки норми ст. 147 і 150 Конституції не відповідають канонам теорії права та конституційного права і піднімають КС на неприпустимий в демократичній державі рівень непорочного оракула, який до того ж явно узурпує апіорну компетенцію іншого суб'єкта в системі державної влади.

По-перше, складальники Конституції наділили КС правом автентичного тлумачення законів, відібравши це право у Верховної Ради (ВР), яка ці закони приймає. Вони сплутали один вид офіцій-

ного тлумачення закону (автентичного) з іншим видом офіційного тлумачення (легальним), в ієрархії нижчим, що є юридичним нонсенсом, бо роз'яснювати сенс сказаного повинна перш за все і головним чином та особа, яка є автором сказаного. Можна уявити собі анекдотичну картину, коли Голова ВР звертається до КС з проханням роз'яснити народу, що хотіла сказати ВР у прийнятому нею законі. Отже в ч. 2 ст. 147 та п. 2) ст. 150 Конституції України повинно бути зазначено, що КС здійснює офіційне *легальне* тлумачення Конституції України і законів України. У випадку, коли офіційне тлумачення прийнятого закону здійснила ВР, втручання КС у цей процес є зайвим. Так і хочеться нагадати слова Френсіса Бекона: “Судді повинні пам'ятати, що їхня справа — витлумачити закон, а не дарувати його”.

По-друге, рішення КС є остаточними і тому не можуть бути оскаржені. Таке звеличення і утвердження непогрішимості одного з органів держави (щось на зразок божественного мікадо) є неприпустимим, бо а) *errare humanum est* (людині властиво помилятися); б) “Хто ж єсть на світі, щоб був без гріха?” (Г.С. Сковорода); в) відверто порушується принцип стримувань і противаг в державному управлінні, який діє скрізь в Україні (правда, трохи не так, як би хотілося): Укази Президента може скасувати законом ВР, він може бути підданий імпічменту; закони, прийняті ВР, може ветоувати Президент; на рішення судів можуть приноситись апеляції та касації, навіть рішення Верховного Суду можуть бути оскаржені; тощо. Тому цю принципову невідповідність неодмінно слід усунути, встановивши екстраординарну процедуру скасування рішення КС. Можна запропонувати, як варіант, таку схему: гарант Конституції — Президент, маючи відповідні висновки не менше трьох незалежних українських експертів (докторів наук) та окрему думку, якщо вона є, судді (суддів) КС, направляє до ВР подання, завізоване Міністром юс-

тиції і Генеральним прокурором. Після передбаченого Регламентом опрацювання цього подання в Комітетах ВР на пленарному засіданні кваліфікованою більшістю у 3/4 від загальної кількості депутатів (338 і більше голосів) може визнати рішення КС недійсним.

10. Вимагає прискіпливої уваги проблема незалежності суддів і підкорення їх лише закону. На перший погляд, вона цілком забезпечується правовими засобами: чітко встановлено статус суддів, їхню недоторканність, передбачено відповідальність аж до кримінальної за тиск у всіх видах на суддів та їхніх близьких, урочисто проголошено, що судді приймають рішення на підставі незаперечно встановлених в умовах змагального процесу фактів і свого внутрішнього переконання. Все це, на думку законодавця, повинно забезпечити принциповість і неупередженість суддів, зняти корупційні залежності і уберегти їх від носіїв “телефонного права”. Проте непрямий величезний тиск на суддів, який здійснюється з неминучістю зміни дня і ночі, практично зводить нанівець всі законодавчі частокולי. Справа в тому, що суддів по одному на кожне вакантне місце підбирає і готує Міністерство юстиції (залежність № 1), перевіряє знання претендентів і приймає рішення про рекомендацію на посаду по одному на кожне вакантне місце Вища рада юстиції (залежність № 2), призначає суддів на посаду або Президент (на 10 років), або Верховна Рада (на все життя) (залежність № 3), квартиру судді треба випрошувати (саме так!) у місцевих властей (залежність № 4), фінансуються суди (зарплата, ремонт, транспорт, оргтехніка, канцтовари тощо) Судовою адміністрацією (залежність № 5 — супер). Цього неповного переліку цілком досить, щоб побачити доцільність для забезпечення незалежності суддів у відправленні правосуддя від негативних зовнішніх впливів, крім існуючих досить виважених правових гарантій, введення низки реорганізацій,

зокрема: (α) встановити обрання населенням строком на 10 років і обов'язково на альтернативній основі всіх суддів, які за статусом можуть розглядати справи у першій інстанції; (β) ліквідувати Судову адміністрацію як орган, котрий створює відносини *залежності*, коли господарська, а непрямо — і виробнича діяльність судів багато в чому підпорядкована волі виконавчої бюрократії; (γ) ввести в державний бюджет України *кожний* суд окремим рядком, що зніме найменшу фінансову залежність судів від чиновницького апарату; (δ) запровадити порядок, за яким суддям надавалося б житло із спеціального фонду зразу ж після обрання на посаду і без всякого втручання у цей процес чиновників.

Всі зазначені заходи в сукупності створять матеріальні умови і психологічну атмосферу незалежності суддів, змінять їхнє стремління вершити правосуддя по справедливості і неупереджено, бо упередженість суддів, як сказав Жан-Жак Руссо, є найнебезпечнішим підводним каменем для правосуддя.

11. Величезним надбанням людства в сенсі торжества справедливого правосуддя є впровадження в мереживо кримінального судочинства презумпції невинуватості. Ще в давньоримському суспільстві непохитно стояв етико-правовий принцип, що *in fovorem vitae, libertatis et innocentiae omnia praesumuntur* (все презюмується на користь життя, свободи і невинності). Нам треба піднести цей принцип до рівня загальнодержавного, він повинен діяти на повну потужність і у всіх його проявах, а саме: кожна людина для суспільства є чесною і ніхто не має права безкарно назвати її винуватою чи злочинцем, чи злодієм, чи модним зараз в устах недоторканих державних діячів словом “бандит”, бо, як сказав Марі Франсуа Аруе (Вольтер), чесну людину можна переслідувати, але не збезчестити. Винуватою людина (а отже — злочинцем) може бути визнана лише обвинувальним вироком суду, що набрав законної сили.

Крім того, і це не менш важливо, кожен сумнів повинен тлумачитись на користь обвинуваченого, і якщо цей сумнів не усунутий неспростовними доказами і законним шляхом — обвинувачений має бути виправданим; тягар доказування (*onus probandi*) повинен лежати тільки на обвинувачеві, а обвинувачений ні за яких обставин не може бути поставлений перед необхідністю доводити свою невинуватість, адже з давніх часів аксіоматичним є положення, що *actore non probante reus absolvitur* (обвинуваченого *виправдано*, якщо обвинувачення не довело своїх тверджень); недоведена винуватість без всяких обмовок повинна офіційно визнаватись *доведеною* невинуватістю.

До цього сонму загальновизнаних у всьому світі правил примикає виключної юридичної і особливо етичної ваги незаперечне правове положення про те, що колись засуджена судом особа, з якої офіційно знято судимість або щодо якої сплинули строки давності (що без додаткових процедур автоматично знімає судимість), є такою, що не має судимості, підкреслимо — не *вважається* такою, а є такою. В зв'язку з цим і необхідністю справжнього утвердження принципу презумпції невинуватості у кримінальному процесі і житті громадянського суспільства слід найрішучішим чином викорінювати аж до відправлення у відставку чиновників, правоохоронців, політиків, які роблять заяви про чийсь вчинені злочини або минулі судимості, коли для цього немає законних підстав чи такі підстави зникли. Інакше про правову державу і дотримання прав людини годі й мріяти.

Реформуючи правову систему, не можна залишити поза увагою і конституційне визначення презумпції невинуватості, коли в ст. 62 проголошується, що “особа *вважається* (підкреслення наше. — В.Г.) 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”. Таке формулювання, яке, на перший погляд, здається переповненим гуманізмом і торжеством прав людини, насправді призводить до абсурдного висновку, що всі люди в Україні лише вважаються невинуватими, якщо вони навіть дійсно ні у чому не винні, не скоювали ніяких серйозних правопорушень, а тим більше — злочинів. Цей принцип у Конституції та в інших актах повинен мати точну редакцію: “Ніхто не може бути визнаний винуватим у вчиненні злочину...інакше як за вироком суду...”. Крім того, треба обов’язково додати, що вирок, за яким особу визнано винуватою, вже набрав сили закону, бо до розгляду справи в апеляційній інстанції або до збігу часу подачі апеляції вирок не може виконуватись, а особа ще не є винуватою.

12. Тяжким і ганебним тягарем, який не лише ображає народ, а й роз’їдає суспільну мораль, є привілеї. Як геніально просто визначила Марі Ебнер-Ешенбах: привілеї є найзаклятішим ворогом права. У кожного депутата і чиновника перед очима повинно постійно яскравими літерами висвітлюватись це сторічної давнини висловлювання австрійської письменниці. Але тут, крім цілком зрозумілих негативних емоцій і обурень, виникає низка рафінованих юридичних запитань, які в руслі правової реформи треба вирішувати негайно і одночасно. Мова, безумовно, не йде про необхідні і обґрунтовані преференції, якими резонно користується держава для розвитку економіки та соціальної сфери. Ми маємо на увазі чванливі, гидко корисливі і знущальні у своєму цинізмі привілеї, якими нагородили себе, своїх близьких і необхідні для себе прошарки чиновництва представники влади (представники народу!). Ось, наприклад (схематично): а) надвисокі зарплати на фоні зарплат досить скромних, якщо не сказати більше; б) персональні автомобілі з обслуговуючим персоналом в масових масштабах; в) спеціальні автомобільні

номери, сирени, маячки тощо без усяких правових підстав; г) звільнення від сплати податків; ґ) крім необхідних офіційних урядових резиденцій, величезна кількість державних дач для всякої навколоурядової шпани; д) спеціальні господарські підприємства; е) спеціальні санаторії за державний кошт; є) спеціальні буфети і їдальні з наднизькими цінами; ж) надання у власність розкішного житла за рахунок держави; з) надмірне (до непристойності) пенсійне забезпечення і допомога “на безробіття”; и) необмежені закордонні відрядження, які нагадують туристичні прогулянки; і) спеціальне (особливо комфортне) безоплатне амбулаторне, лікарняне й санаторно-курортне обслуговування; ї) укорінене “право” визначально прямо чи опосередковано впливати на прийняття судових і виконавчих рішень; к) навчання дітей у найкращих вузах України на безоплатній основі. Можна було б наводити й інші права і свободи, які доступні далеко не всім громадянам України. Слід особливо підкреслити, що ці права і свободи реалізуються відносно невеликим числом людей за рахунок інших, які створюють матеріальні блага і платять податки. Видатний німецький публіцист і критик XIX століття Карл Людвіг Берне писав: “Немає людини, яка не любила б свободу; але справедливий вимагає її для всіх, несправедливий — лише для себе”. Правова реформа в Україні буде мало привабливою без рішучого впровадження в життя цієї ідеї.

13. Особливої уваги вимагає реформування кримінального судочинства, оскільки саме тут зі всією гостротою постає питання про захист прав людини. Можна побачити кілька важливих концептуальних проблем, які повинні вирішуватись з позицій загальної теорії права, сучасних ідей конституціоналізму і усталених засад вітчизняного кримінального судочинства, не ігноруючи, звичайно, досягнення світової юридичної науки і практики відправлення правосуддя. Потрібно системно вирішувати питання

принципів кримінального процесу, його функцій, суб'єктів доказування і учасників процесу, забезпечення рівності сторін, меж змагальності, джерел і допустимості доказів, досягнення об'єктивності досудового слідства і судового розгляду та багато інших. Ми зупинимосся на двох принципових питаннях виключної теоретичної ваги і практичного значення: порушення кримінальної справи і меж функції обвинувачення.

Кримінальний процес за своєю сутністю є процесом обвинувальним і починається з порушення кримінальної справи проти конкретного чи гіпотетичного суб'єкта. Без акту порушення справи не може бути розслідування, а далі — і судового розгляду. Таким чином, цей акт є офіційним початком здійснення обвинувальної функції судочинства, яку від імені держави може виконувати лише прокурор. В той же час за діючим КПК порушувати кримінальні справи, крім прокурора, мають право (і обов'язок!) ще слідчі чотирьох відомств та десять органів дізнання, які розпочинають обвинувальну функцію процесу. На перший погляд, все привабливо, бо начебто спрямовано на ефективну боротьбу зі злочинністю. Проте, насправді така ватага обвинувачів — чистісінької води породження тоталітаризму, який офіційно заохочує неприпустиме в демократичному суспільстві погано контрольоване різнокаліберне кримінальне переслідування.

Така ситуація створює великі випробування для принципу об'єктивності, бо підступна професійна деформація пригнічує почуття неупередженості і, помножена на масу чинників, концентрується в глибоко аморальному “захисті честі мундира”, причому, на жаль, не завжди гідним чином. Особа, яка порушила кримінальну справу і сама її розслідує, дуже рідко здатна у разі хиткості обвинувачення визнати свою помилку і закрити справу. Тому-то наша практика рясніє випадками масових порушень

кримінальних справ прокурорами, слідчими, органами дізнання, за результати завершення яких практично ніхто не відповідає. Але тут справа далеко не в емоціях. Теорія права, логіка судочинства і світова практика вимагають, щоб в демократичній державі порушувати кримінальні справи (за сигналами, поданнями, матеріалами) міг тільки один представник народу — прокурор. Саме він, якщо є підстави, порушує кримінальну справу, наглядає за законністю її розслідування, складає обвинувальний висновок, підтримує обвинувачення в суді, сповідуючи єдино можливу в судочинстві релігію — справедливості і охорони прав людини.

На підставі викладеного робимо висновок, що ні особа, яка провадить дізнання, ні слідчий, ні суддя не можуть бути сторонами в процесі, здійснюючи об'єктивне, повне і всебічне дізнання, досудове розслідування, судовий розгляд.

14. Виходячи з постулату про обвинувальний характер нашого кримінального процесу і приймаючи за істину цілком логічний висновок про те, що обвинувачення починається з порушення кримінальної справи прокурором, який зразу ж ех offitio стає обвинувачем, ми констатуємо наявність безперервної функції обвинувачення від порушення справи до обвинувального вироку суду (вона може зникнути за певних умов у разі відмови прокурора від обвинувачення або постановлення виправдувального вироку). Проте, в Конституції України серед повноважень прокуратури називається “підтримання обвинувачення в суді” (ст. 121) і ні слова не говориться про інші стадії процесу. Складається парадоксальна ситуація, коли йде обвинувальний процес, який іноді триває до судового розгляду роками, а обвинувача немає! До речі, якщо немає обвинувача, то не повинно бути і захисника.

Цю законодавчу безглуздість намагаються врятувати такими ж теоретичними і законодавчими недолугостями,

відводячи на досудовому слідстві роль обвинувача слідчому і відносячи його до сторони обвинувачення, не дивлячись на те, що за законом слідчий зобов'язаний рівною мірою сприяти і обвинуваченню, і захисту в досягненні істини. Крім того, твердять, що закріплений в Конституції і КПК принцип змагальності діє лише в суді, розуміючи його як змагання обвинувача і захисника в суді, в той час як змагальність є принципом кримінального процесу, а не лише судового розгляду, і тому змагальність означає протиставлення обвинувального і захисного начал процесу (діалектика!), яке починається зразу ж після порушення кримінальної справи. Тільки таке розуміння і законодавче закріплення обвинувачення і змагальності може сприяти справжньому захисту прав і свобод людини.

15. Розглядаючи питання реформування кримінального процесу, не можна залишити без реагування настійливі пропозиції і досить рішучі кроки щодо створення так званого Національного бюро розслідувань або Слідчого комітету. Необхідність створення НБР або СК як центрального органу виконавчої влади аргументується потребою координації функцій слідства в єдиному державному органі і забезпечення незалежності слідчих від впливу адміністративних структур, реалізації повноважень слідчого виключно на правових засадах, що сприятиме підвищенню ефективності слідства та більш чіткому дотриманню процесуальних прав особи під час його провадження. Інша пропозиція з додатковим аргументом про необхідність посилення боротьби з корупцією у вищих ешелонах влади зводиться до створення НБР для розслідування особливо важливих справ, не ліквідуючи слідчі апарати відомств.

Такого роду пропозиції не витримують критики, бо слідчі органи ніяким чином не можуть належати до виконавчих структур, оскільки досудове розслідування є елементом кримінального

судочинства, правосуддя. Теоретично можна СК підпорядкувати Верховному Суду або виділити в окрему конституційну організацію на зразок прокуратури. Але практично така рокировка нічого не дає, а виділення в окрему ланку видається сумнівним через відсутність у правосуддя функції розслідування. СК більше тяжіє функціонально і організаційно до інквізиційного, а не до змагального процесу. Одне тільки запитання заводить в тупик: Хто буде призначати слідчих в СК? Може, Верховна Рада? Може, Президент? Якщо так, то слідчий із самостійного перетворюється на недоторканного, бо прокурорський нагляд за слідством перетвориться на фікцію. Що ж до другого варіанту, то він скоріше спрямований на можливість нічим не обмеженого тиску на вищих чиновників, а особливо — на політичних супротивників або неугодовних, ніж на упорядкування розслідування важливих справ. Досить поставити лише кілька запитань, щоб побачити явну недосконалість запропонованої новації: Хто призначатиме слідчих НБР? Хто визначатиме належність справи до компетенції НБР? На яких засадах буде здійснюватись співробітництво між НБР і звичайними слідчими органами?

16. Правова реформа не матиме майбутнього, якщо не реформувати вищу освіту і, зокрема, вищу юридичну освіту і деяким чином юридичну науку. Торкнемося лише кількох принципових положень організаційного і методичного планів.

По-перше, освітньо-професійні програми вищої освіти (ОПП) повинні містити мінімальні обсяги навчального часу, які можуть забезпечити виконання вимог навчальних програм, а не абсолютні цифри, встановлені часто волюнтаристськи, як це є зараз, що дасть вузам можливість мати своє обличчя, а стандарти із зашморгів стануть розумними орієнтирами.

По-друге, в розділі ОПП “Нормативні навчальні дисципліни” необхідно змі-

нити ієрархію циклів, враховуючи їхню важливість для підготовки професіоналів, а саме: цикл фундаментальних професійно-орієнтованих дисциплін; цикл гуманітарних та соціально-економічних дисциплін, скоротивши їх необхідний перелік; цикл вибіркових професійно-орієнтованих дисциплін; цикл дисциплін вільного вибору вузу; цикл дисциплін вільного вибору студента.

По-третє, надати право вузам встановлювати назви навчальних дисциплін за рішенням вчених рад та визначати обсяг годин для навчальних дисциплін, не виходячи за межі мінімальної кількості, встановленої ОПП.

По-четверте, рішуче зрівняти в правах державні і приватні вузи у відповідності з конституційним принципом рівності всіх форм власності в Україні, похоронивши назавжди висловлювання деяких князів від освіти про переваги державних закладів освіти над приватними. Маємо на увазі, звичайно, приватні вузи, які одержали найвищий рівень державної акредитації. Як можна пояснити інакше, як не зневагу до Конституції, існування явно дискримінаційної норми, за якою приватні вузи сплачують податки з доходів (не з прибутку!), а державні вузи з прибутку, одержаного за навчання студентів на контрактній основі (понад 50% від загального числа студентів), податків не платять зовсім? Може законодавцям і міністрам, заклопотаним проблемою щонайбільшого наповнення державної казни, нагадати, що діти в Україні (а це її майбутнє!) мають однакові права і не

поділяються на державних і приватних?

По-п'яте, існуючу у нас шестичленну систему вищої освіти і наукових ступенів (молодший спеціаліст, бакалавр, спеціаліст, магістр, кандидат наук, доктор наук) реформувати принаймні для правознавців, вилучивши з цього ряду молодшого спеціаліста і спеціаліста. Готувати бакалаврів необхідно чотири роки за програмою нинішнього спеціаліста (дещо її скоротити), вважати бакалаврський рівень повною вищою освітою з правом обіймати переважну більшість юридичних посад, впровадити двохрічну магістратуру (заочно — три роки), ввести вступні іспити до магістратури, замінивши нею аспірантуру, скасувати екзамени кандидатського мінімуму, встановити перелік посад, які можуть обіймати особи, що мають науковий ступінь магістра права (інакше магістратура не має ніякого сенсу, крім бирки і згаяного часу), підготовку і захист магістерської роботи проводити за правилами підготовки і захисту нинішніх кандидатських робіт. Таким чином, схему можна представити так: бакалавр (неодмінно) — магістр права, доктор права (особливі кваліфікаційні рівні) — професор, доктор права (виключний кваліфікаційний рівень).

17. Слід провести рішучу ревізію законів, максимально скоротивши їхню кількість та систематизувавши їх, прибрати колізії і прогалини, невідповідності Конституції, пам'ятаючи слова мудреця Вольтера: “Численність законів у державі є те ж, що велика кількість лікарів: ознака хвороби і безсилля”.

Список літератури:

1. Гончаренко В. У чагарниках влади // Український юрист, 2003, № 6.
2. Гончаренко В. Не судити, а розсуджувати // Український юрист, 2003, № 10.
3. Гончаренко В. Раз — та гаразд! // Український юрист, 2003, № 11.
4. Гончаренко В.Г. Деякі зауваження у зв'язку з прийняттям нового Кримінально-процесуального кодексу України // Вісник Академії правових наук України, 2003, № 2(33)-3(34).
5. Гончаренко В. Загубився обвинувач // Український юрист, 2005, № 6.
6. Гончаренко В. У семи няньок... // Український юрист, 2005, № 7.

7. Гончаренко В. Абсолютна істина чи глухий кут? // Український юрист, 2005, № 8.
8. Гончаренко В.Г. Onus probandi в контексті процесуальних функцій і етики спілкування // Вісник Академії адвокатури України, 2005, вип. 4.
9. Гончаренко В., Сегай М. Наукова рецензія на “Ненаукові нотатки” // Право України, 2006, № 2.
10. Рабинович П. Верховенство права в інтерпретації Страсбурзького суду та Конституційного Суду України // Вісник Конституційного Суду України, 2006, № 1.
11. Розовский Б.Г. Ненаучные заметки о некоторых научных проблемах уголовного процесса. — Луганск: РИО ЛАВД, 2004.
12. Чангули Г. Единый следственный аппарат не нужен // Именем закона, № 37 (сентябрь 1992 года).

РЕЗЮМЕ

В статье рассматриваются вопросы системного проведения правовой реформы в Украине с изложением конкретных предложений по внесению изменений в Конституцию Украины и с определением понятий власти и верховенства права, внедрению подлинного применения принципа презумпции невиновности, определению полномочий Конституционного Суда, обеспечению независимости судей, ликвидации привилегий, реформированию уголовного судопроизводства и юридического образования.

SUMMARY

The article tackles the issues of systemic implementation of legal reform in Ukraine with the description of specific suggestions on the introduction of certain changes to the Constitution of Ukraine along with the definition of notions of law and superiority of law, the implementation of true principle of presumption of innocence, defining the powers of the Constitutional Court of Ukraine, liquidation of privileges, reforming of the system of criminal court proceedings and the system of legal education .

Отримано 24.04.06



С.Л. Лисенков,
кандидат юридических наук, доцент
(Академия адвокатуры Украины)

Механизм правового регулирования реализации субъективных прав и свобод

Ключевые слова: правовое регулирование, правовой вплив, механизм правового регулирования, субъективные права и свободы.

Субъективные права – одна из форм проявления действия права на общественные отношения. Суть этой формы заключается в том, что в нормах права модель определенной поведения находит свой выражение в вариантах возможностей определенной поведения, которые входят в содержание соответствующих субъективных прав и свобод. Одновременно, с целью обеспечения воплощения этих возможностей в реальную повседневную деятельность субъектов, которые являются носителями определенного права, объективное право возлагает на других субъектов корреспондирующие указанным возможностям юридические обязанности.

Иначе говоря, субъективные и, прежде всего, конституционные права и свободы – одна из правовых форм государственного регулирования общественных отношений. Это свидетельствует о том, что государственное регулирование общественных отношений с помощью права не ограничивается принятием исключительно императивных общеобязательных властных государственных предписаний. Даже закрепляя в нормах права образец, своего рода сценарий определенных общественных отношений, современная демократическая правовая государственная власть выходит не только исключительно из своих интересов и

потребностей, а и устанавливает, учитывает и стремится максимально согласовать с ними также потребности и интересы как общества в целом, так и каждого его члена. Именно поэтому государство, используя право как форму своей деятельности на поведение людей, широко использует не только метод возложения, а и методы уповования, поощрения и т.д.

Формой воплощения метода уповования (дозвола) в правовую регламентацию общественных отношений и являются субъективные права и свободы. Следует, однако, учитывать на то, что возможности действия права на общественные отношения не произвольны и не безграничны, а обусловлены рядом факторов, к которым можно отнести:

- уровень экономического развития общества;
- его социальную структуру;
- уровень зрелости, устойчивости общественных отношений;
- уровень правовой культуры и правовой культуры физических лиц, государственных и негосударственных организаций, общества в целом;
- уровень определенности предмета, способов и типов правового регулирования.

Крім цього, слід мати на увазі й ту обставину, що право діє на суспільні відносини не лише суто юридичними засобами, а й шляхом використання інших загально соціальних методів. У зв'язку з цим розрізняють дві форми дії права на суспільні відносини: правовий вплив і правове регулювання [1]. Доречно звернути увагу на те, що в науковій юридичній літературі широко представлена точка зору, згідно з якою поняття правового впливу на суспільні відносини — “це взятий у єдності й різноманітності весь процес впливу права на суспільне життя, свідомість і поведінку людей за допомогою соціальних, ідеологічних, інформаційних та юридичних механізмів”, а правове регулювання — “форма владного юридичного впливу на суспільні відносини, що здійснюється державою за допомогою всіх правових засобів з метою їх упорядкування, закріплення і забезпечення” [2]. З такої позиції випливає, що правове регулювання є складовою частиною, формою прояву правового впливу, який фактично визнається поняттям, що охоплює всі можливі форми взаємодії права і соціальної дійсності.

Графічно у відповідності до позиції, що розглядається, співвідношення змісту понять “правовий вплив” і “правове регулювання” можна зобразити так:

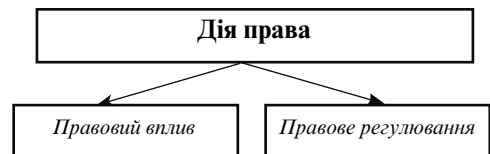


На нашу думку, ця точка зору, за якою правове регулювання одночасно є і правовим впливом (або формою його прояву), хоча при цьому і визнається існування між ними суттєвих відмінностей саме юридичного характеру, не є бездоганною. Тому вона потребує уточнення

з точки зору змісту поняття “дія права”, яке вже значний час є предметом теоретичного дослідження. Серед робіт, у яких тією або іншою мірою досліджується дія права на суспільні відносини, вбачається можливим звернути увагу на змістовну монографію В.І Гоймана, в якій проведено глибокий і різнобічний аналіз цього складного явища та сформульовані переконливі висновки [3]. Але ще у 1982 році в літературі дія права визначалась як “шляхи і форми впливу права на суспільні відносини, а також способи реалізації юридичних норм у практичній діяльності людей і суспільних утворень” [4]. Ще раніше німецькі дослідники визначали дію права як “сприйняття права і виконання його вимог” [5].

На основі аналізу наведених та інших визначень поняття “дія права”, В.І. Гойман цілком обґрунтовано робить висновок про те, що це поняття являє собою широку абстракцію, яка так або інакше зачіпає всі правові явища [6].

Отже, згідно з цим підходом правове регулювання суспільних відносин не є складовою частиною правового впливу на суспільні відносини, а, нарівні з ним, є складовою частиною (формою прояву) дії права на суспільні відносини, що можна відобразити на такій схемі:



Таким чином, найбільш широким за своїм змістом є поняття “дія права”, формами прояву якої є правовий вплив на суспільні відносини (на поведінку суб'єктів) та правове регулювання суспільних відносин (поведінки суб'єктів права).

При цьому під правовим впливом слід розуміти дію права на свідомість і поведінку людей, а через них — і на широке коло суспільних відносин, за допомогою неправових (психологічних, ідеологічних

корисними для держави і суспільства. Так, заохоченням є, наприклад, встановлення скороченого робочого дня для працівників шкідливих для здоров'я підприємств.

Існуючі способи правового регулювання з найбільшою ефективністю забезпечують дію права на суспільні відносини лише у тісному взаємозв'язку.

Закріплення у нормах чинного права, у тому числі і у Конституції, суб'єктивних прав і свобод за своєю сутністю є проявом дозволу як особливої форми державно-правового регулювання суспільних відносин. Але правовий дозвіл на здійснення суб'єктом певної поведінки шляхом закріплення за ним певних можливостей (прав) буде реальним лише за наявності юридичних обов'язків інших суб'єктів діяти відповідно до вимог уповноваженого суб'єкта.

З цих позицій вбачається актуальною необхідність детального розгляду і, у ряді випадків, переусвідомлення деяких теоретичних положень, які раніше з різних причин, перш за все, ідеологічних та політичних, утвердились без належного теоретичного обґрунтування і певний час сприймалися і сприймаються як аксіома, що не потребує будь-якої аргументації.

Так, ще у науковій літературі радянських часів набула широкого розповсюдження думка, що була чітко сформульована у фундаментальній і широко відомій тоді праці, присвяченій дослідженню проблем, пов'язаних з реалізацією суб'єктивних прав громадян, у відповідності з якою “реалізація суб'єктивних прав пов'язана не з усіма правовими нормами, а лише з одним їх видом — нормами уповноважуваними. Особа, яка володіє певними суб'єктивними правами, сама вирішує, коли і в якій саме з передбачених правом формі реалізувати своє суб'єктивне право і чи слід його реалізовувати взагалі” [7]. З цього твердження з необхідністю випливають такі висновки:

1. Для процесу реалізації суб'єктивних прав мають значення лише ті положення, що містять у собі уповноважуючі норми права, і на нього не впливають положення приписів зобов'язуючих та забороняючих норм права.

2. Час, форма, і межі та об'єм фактичної реалізації можливостей, що виходять із змісту конкретного суб'єктивного права, цілком і повністю залежать від волевиявлення та поведінки носія цього права. Тому на них ніяк не впливають воля і поведінка інших суб'єктів.

Ці висновки прямо або опосередковано мігрують в наукових дослідженнях, навчальній літературі і фактично автоматично розповсюджуються на процес реалізації всіх видів суб'єктивних прав.

На перший погляд, наведене посилення та висновки з нього мають досить привабливий і простий зміст, а тому, напевно, не потребували глибокої аргументації і критично не аналізувались. Саме це і привело до того, що вказані положення перетворилися на своєрідні наукові фікції (за аналогією з поняттям “правові фікції”, під якими розуміються неіснуючі явища, котрі в силу визнання їх у встановленому законом порядку існуючими, стають загальнообов'язковими для врахування при вирішенні певних справ).

На нашу думку, наведені положення і висновки з них ґрунтуються на спрощених уявленнях про зміст та умови реалізації суб'єктивних прав і свобод, а тому будуть вірно відображати процес реалізації не всіх, а лише певної частини можливостей, що входять до змісту конкретних суб'єктивних прав. Будучи такими, що невірно відображають процес реалізації суб'єктивних прав, ці посилення та висновки можуть послужити основою для цілої низки як помилкових теоретичних побудов, так і до невдалих практичних кроків, у тому числі і до прийняття неефективних, а то і шкідливих для цього процесу нормативних актів.

Необґрунтованість і помилковість вказаних посилань та висновків з них обумовлена наступним:

По-перше, зміст будь-якого суб'єктивного права, як уже зазначалось, у загальному вигляді можна звести до комплексу таких можливостей:

1) поводити себе певним чином (право на свої власні дії);

2) вимагати певної поведінки від інших суб'єктів (право на чужі дії);

3) звертатися до держави та її органів за захистом свого юридичного права (право на домагання).

З цього чітко вбачається, що наявності самих лише уповноважуючих приписів, тобто таких, що фіксують конкретні міри можливої поведінки даного суб'єкта (але одночасно не зобов'язують інших суб'єктів до здійснення певної поведінки, а також і не забороняють поведінки, що перешкоджає реалізації можливої поведінки уповноваженого суб'єкта), достатньо лише для реального здійснення права на власні дії уповноваженого суб'єкта. У цьому випадку лише у невеликій кількості ситуацій суб'єкт може досягнути певного соціального блага, що і є кінцевою метою і сенсом реалізації суб'єктивних прав. Мова може йти тільки про поведінку, яка не потребує якогось спеціального (організаційного, матеріального і т.п.) забезпечення з боку інших суб'єктів, яке знаходить свій вираз у праві на чужі дії. Прикладом такої ситуації може служити реалізація можливості на зайняття самоосвітою шляхом вивчення літератури з власної бібліотеки, яка входить до змісту комплексного права на освіту.

Для того, щоб повно та ефективно здійснити право на чужі дії, одних лише уповноважуючих норм замало. Необхідне існування зобов'язуючих норм, які тією або іншою мірою фіксували б необхідну поведінку, тобто конкретні обов'язки відповідних суб'єктів здійснювати певні дії (або утримуватись від них) на вимогу уповноважених суб'єктів.

Що ж до повноваження на домагання, то основою для його виникнення є існування правової заборони певної поведінки як такої, що перешкоджає реалізації можливостей, які входять до змісту суб'єктивних прав, а також і встановлення юридичної відповідальності за здійснення такої поведінки. Відповідні приписи містять у собі забороняючі норми.

По-друге, конструкція, яку ми тут розглядаємо, не враховує можливі форми реалізації суб'єктивних прав, які залежать від юридичного стану суб'єкта в процесі реалізації його права.

В науковій літературі таких форм наховують три:

1) здійснення суб'єктивного права шляхом його самостійного використання уповноваженим;

2) реалізація права громадянами шляхом встановлення між собою різних, головним чином цивільно-правових, відносин;

3) сприяння реалізації права громадян шляхом правозастосування з боку спеціально уповноваженого державного органу або посадової особи [8].

З цього видно, що лише у першій формі реалізації суб'єктивних прав процес здійснення можливостей, що обумовлені змістом конкретного права, дійсно цілком залежить від волі і поведінки уповноваженого суб'єкта. В інших випадках цього замало. Необхідне ще й бажання або юридичні обов'язки іншого суб'єкта, які спонукали б його сприяти здійсненню можливої поведінки зацікавленої сторони (у другій формі реалізації). Нарешті у третій групі випадків необхідна відповідна правозастосовча діяльність певних державних або інших компетентних органів, в результаті якої стає можливим фактичне здійснення певного кола можливої поведінки уповноваженого суб'єкта.

З викладеного неважко помітити, що реалізація суб'єктивних прав у першій формі, тобто за якої можливе

самостійне здійснення передбаченої змістом суб'єктивного права можливої поведінки, може реально відбуватись лише у випадках, коли реалізація таких можливостей не потребує узгодження з поведінкою інших суб'єктів. Такі умови можливі лише за реалізації суб'єктивних прав поза межами правових відносин. Під час здійснення суб'єктивних прав у інших формах необхідною обставиною їх реалізації є вступ уповноваженого суб'єкта у правовідносини, умовою виникнення і нормального плину яких є існування і здійснення взаємопов'язаних прав і обов'язків уповноваженої та зобов'язаної сторін правовідносин. А тому час, об'єм та межі здійснення суб'єктивних прав, які реалізуються у правовідносинах уповноваженою стороною, безпосередньо залежать від часу, об'єму та меж здійснення обов'язків зобов'язаної сторони. Таким чином, ми маємо підстави для формулювання деяких висновків:

1. Коли реалізація суб'єктивного права спрямована виключно на здійснення можливості поводити себе певним чином (право на свої дії), вона може відбуватись за межами правовідносин. У цих випадках здійснення прав дійсно повністю залежить від волі та поведінки уповноваженого суб'єкта, а тому на час, об'єм і межі такої реалізації впливає зміст лише уповноважуючих норм права, в яких ці права юридично закріплені.

2. У випадках, коли здійснення суб'єктивних прав спрямовано на реалізацію можливої поведінки, яка вимагає певної поведінки від інших суб'єктів (право на чужі дії) або є підставою для звернення до держави за захистом свого права (домогання), то така реалізація може відбуватись виключно в межах правових відносин. А це означає, що від волі і поведінки уповноваженої сторони повною мірою залежить лише початок процесу реалізації, тобто здійснення дій, які спрямовані на виникнення правовідносин, в межах яких вона сподівається реалізувати свою можливу поведінку.

Подальший хід реалізації суб'єктивного права, її об'єм, межі та ефективність залежать від сумлінності виконання кореспондуючих цьому праву обов'язків, що покладені на зобов'язану сторону правовідношення, а значить — і від змісту та ефективності зобов'язуючих норм.

3. Коли метою реалізації суб'єктивного права є домогання, тобто забезпечення охорони нормального безперешкодного плину вказаних правовідносин, то ця охорона забезпечується формулюванням у нормах права заборони протиправного втручання в процес реалізації суб'єктивних прав, а у випадках порушень цих заборон — притягнення винуватих до відповідальності. Ці завдання вирішуються за допомогою приписів, що містяться у забороняючих нормах.

Таким чином, на нашу думку, для того, щоб вихідне посилення, про яке тут йдеться, не містило у собі фіктивних положень, а вірно відображало реалії процесу здійснення суб'єктивних прав, його доцільно викладати у такій редакції:

Реалізація суб'єктивних прав може бути пов'язана як окремо з уповноважуючими нормами, так і з усіма їх іншими видами (зобов'язуючими, забороняючими, заохочуючими) одночасно. Ці зв'язки залежать від форми реалізації конкретного суб'єктивного права і того, відбувається вона у правовідносинах чи поза ними. У випадках, коли реалізація можливої поведінки, яка впливає із змісту конкретного суб'єктивного права, може відбуватись за межами правовідносин, її час, об'єм і межі повністю залежать від волі і поведінки уповноваженої особи. Коли ж реалізація таких повноважень відбувається у правовідносинах, то її час, об'єм і межі залежать від волі і поведінки як уповноваженої, так і зобов'язаної сторін правовідношення.

Крім способів правового регулювання, розрізняють ще його типи, під якими розуміють особливості загального порядку регулювання того, на чому базується правове регулювання в даному

конкретному випадку: дозволу чи заборони. Відповідно до цього існують такі типи правового регулювання:

— загальний дозвіл — це тип правового регулювання, що базується на своєрідній презумпції дозволу виконувати ті чи інші дії. Виняток становлять випадки прямої заборони нормами права тих чи інших дій. Отже, цей тип правового регулювання виходить з формули: дозволено все, крім того, що прямо заборонено правом;

— загальна заборона — тип правового регулювання, основу якого складає загальна заборона здійснення певних видів дій, але при цьому формулюється конкретне звільнення від неї, тобто робиться виняток із загальної заборони [9]. У цьому типі правового регулювання реалізується принцип: заборонено все, за винятком того, що прямо дозволено правом.

Слід зазначити, що у спеціальній літературі цей тип правового регулювання можуть називати по-різному, наприклад “спеціального дозволу” [10], однак, на нашу думку, термін “загальна заборона” точніше відображає його сутність.

У демократичній правовій державі застосування першого типу правового регулювання (загального дозволу) характерне для врегулювання, насамперед, поведінки фізичних осіб, а другого (загальної заборони) — для врегулювання діяльності держави, її органів та їх посадових осіб. Відповідно до цього, під час здійснення правового регулювання змісту та реалізації суб’єктивних прав і свобод, вбачаються такі особливості

у можливостях застосуванні вказаних типів правового регулювання.

Із загального дозволу (дозволено все, крім того, що прямо заборонено правом) слід виходити для врегулювання змісту суб’єктивних конституційних прав і свобод та поведінки їх носіїв, що спрямована на реалізацію повноважень, які утворюють зміст вказаних прав і свобод.

Загальна заборона (заборонено все, за винятком того, що прямо дозволено правом), як тип правового регулювання, повинна лежати в основі регулювання діяльності органів держави і місцевого самоврядування та їх посадових осіб у відносинах, пов’язаних з реалізацією суб’єктивних конституційних прав і свобод.

Однак слід визнати, що у реальній дійсності у врегулюванні суб’єктивних прав і свобод звільнення від заборони є абсолютно пануючим типом правового регулювання. Адже, наприклад, студенту, який реалізовує своє право на освіту, забороняється вивчати навчальні дисципліни та складати заліки та іспити у тій послідовності, яка йому до вподоби. Він може (йому дозволяється) це робити лише у послідовності, визначеній навчальними планами та розкладом занять навчального закладу.

На нашу думку, в даному випадку відхилення практики реалізації суб’єктивного конституційного права від певної теоретичної конструкції цілком виправдане і забезпечує найсприятливіші передумови для послідовного одержання студентом певного рівня знань.

Список літератури:

1. Див., наприклад: А. В. Поляков. Общая теория права. Феноменолого-коммуникативный подход. Курс лекций. 2-е издание, дополненное. — Санкт-Петербург, 2003. — С. 610-61; Теорія держави і права / За ред. С.Л. Лисенкова — К., 2005. — С. 289-290.
2. Кельман М.С, Мурашин О.Г. Загальна теорія права. — К., 2002. — С. 254. Див., також: Общая теория государства и права. Академический курс в 2-х томах. Том 2. Теория права. — М., 1998. — С. 435-438.

3. Див. *Гойман В.И.* Действие прав. (Методологический анализ). — М., 1992. — 181 С.
4. Див. *Алексеев С.С.* Общая теория социалистического права. — М., 1982. Т. 1. — С. 128.
5. Див. *Objektive Gesetze — Recht — Handeln: Studien zueiner Wirkungstheorie des Sozialistischen Rechts / Karl A. Molnau, Rolf W. Bauer, Harri Dettenborn.* — Berlin, 1979. — S. 17.
6. Див. *Гойман В.И.* Вказана праця. — С. 41.
7. Реализация прав граждан в условиях развитого социализма. — М., 1983. — С. 47.
- 8 Див. *Гревцов Ю.И.* Граждане и юридические учреждения (проблемы использования субъективного права) // Советское государство и право. — 1988. — № 11. — С. 20-23.
9. Див., наприклад, *Поляков А.В.* Вказана праця. — С. 614.
10. Див, *Скакун О.Ф.* Теория государства и права. — Харьков, 2000. — С. 539.

РЕЗЮМЕ

Рассматриваются особенности правового влияния и правового регулирования как форм действия права на общественные отношения, а также особенности механизма правового регулирования реализации субъективных прав и свобод

SUMMARY

The article examines the peculiarities of legal influence and legal regulation as forms of legal form implementation on social relations as well as the peculiarities of the mechanism of legal regulating in the realization on subjective rights and liberties.

*Рекомендовано кафедрой
теорії та історії держави і права*

Отримано 10.04.06



*В.В. Сердюк,
кандидат юридичних наук, доцент
(Верховний Суд України)*

Судова влада та її місце в теорії поділу влади

Ключові слова: *влада, теорія поділу влади, судова влада, правосуддя, судочинство.*

Теоретичне дослідження здійснення державою судової функції (судової влади), включаючи питання про її наявність чи відсутність, ускладнюється необхідністю уникнути отождолення цієї складової державної влади із судовою системою. На емпіричному рівні в державно-організованому суспільстві судова влада постає у вигляді системи органів (посадових осіб), які розв'язують юридично значимі спори, тобто спори, що можуть бути вирішені на підставі державно-визнаних правил, та офіційно санкціонують можливість застосування державного примусу. Такі органи і посадові особи існували й існують у будь-якій з форм організації державної влади. Тому лише наявність судів, а також тих чи інших правил вирішення конфліктів, що виникають у суспільстві, ще не є свідченням наявності феномена судової влади. Тобто, система судових органів і судова влада не є тотожними поняттями.

Судова влада неможлива без судової системи, але за наявності системи судових органів не можна стверджувати про те, що в даній державі існує судова влада. Як зазначає В.В. Єршов, зовнішня схожість цих соціальних феноменів підсилюється тєю обставиною, що і за наявності, і за відсутності судової влади рішення судів мають обов'язковий характер і їх вико-

нання забезпечується всією потужністю державної машини. Крім того, навіть теоретичне припущення існування судової влади як чогось відмінного від однієї з функцій, що реалізуються органами держави, передбачає поділ державної влади [1, с. 17].

Ідея поділу влади на законодавчу, виконавчу і судову супроводжує пошук людством ідеальної держави протягом багатьох століть. У початковому стані ідея про поділ влади вбачається у працях давньогрецьких мислителів, таких як Арістотель, Платон, Полібій, Епікур та інші. Утвердження поділу влади як складової вчення про демократичну державу пов'язано з революційними подіями XVII-XVIII ст., коли Дж. Локк і Ш. Монтеск'є сформулювали цей принцип як важливу гарантію проти концен-трації і зловживання владою, властивих тогочасним феодальним монархіям. Перші ж конституції — Пилипа Орлика 1710 р., США 1787 р., Франції 1789 р. — закріпили, хоча й у різних варіантах та інтерпретаціях, ідею поділу влади, вбачаючи в цьому важливий елемент рівноваги трьох основних функцій державної влади, необхідний для здійснення головної функції держави — охорони прав і свобод людини.

Біля витоків теорії поділу влади в класичному розумінні цього вчення, безумовно, стояв Дж. Локк. Він цілком підтримував ідеї природного права, суспільного договору, народного суверенітету, невідчужуваних свобод особи, збалансованості влади, законності повстання проти тирана. У встановленому людьми загальному законі він убачав першу ознаку, що конститує державу. Дж. Локк наполягав на тому, що хто б не мав верховну владу в державі, йому ставиться в обов'язок "керувати згідно з встановленим постійним законом, проголошеним народом і відомим йому, а не шляхом імпровізованих законів". Високий престиж закону виникає з того, що він, за Дж. Локком, є вирішальним інструментом збереження і розширення свободи особи, що також гарантує індивіда від сваволі і деспотичної волі інших осіб. "Там, де немає законів, там немає і свободи" [2, с. 269-277].

Підтримка режиму свободи, реалізація "головної і великої мети" політичного співтовариства неодмінно вимагають, щоб публічно-владні правомочності держави були чітко розмежовані і поділені між різними органами. Правомочність приймати закони (законодавча функція влади) покладається тільки на представницьку установу всієї нації — парламент. Компетенція запроваджувати закони в життя (виконавча функція влади) належить монарху, уряду.

За Дж. Локком основне місце приділяється владі законодавчій, як верховній (але не абсолютній) у країні, а інші влади повинні підпорядковуватися їй. Разом з тим, вони зовсім не є пасивними придатками законодавчої влади і здійснюють на неї досить активний вплив. Найважливіше обмеження влади парламенту за Дж. Локком — законодавча влада "зобов'язана відправляти правосуддя і визначати права підданого за допомогою проголошених постійних законів і відомих уповноважених ними суддів". Власне кажучи, нормальна "структура

правління" в уяві Дж. Локка — це комплекс офіційних нормативно закріплених стримувань і противаг. Ці уявлення про диференціацію, принципи поділу, зв'язку і взаємодії окремих частин (складових) єдиної державної влади лягли в основу доктрини буржуазного конституціоналізму, що зароджувалася в XVII ст.

Підкреслимо, що Дж. Локк, неодноразово торкаючись питань про суд, усе-таки не виділив судову владу в окрему, самостійну складову державної влади. Він зупинився лише на характері взаємин законодавчої влади із судами, вважаючи, що законодавець не може брати на себе право веліти за допомогою деспотичних указів, а зобов'язаний визначити права підданих за допомогою проголошуваних постійних законів, на сторожі яких повинні бути уповноважені на те судді. Однак роль останніх у боротьбі зі злочинністю Дж. Локк недооцінював, підтримуючи позицію про те, що великі злочинці некарані, оскільки вони занадто сильні для слабких рук правосуддя [3, с. 341].

Найбільш детально теорія поділу влади відображена в роботах Ш. Монтеск'є. Глибина й оригінальність його суджень, викладених у книзі "Про дух законів" часом недооцінюються, хоча його концепція не зводиться до ідеї примітивного поділу праці між державними органами. Серцевиною концепції Ш. Монтеск'є уявляється наступна думка: "Щоб не було можливості зловживати владою, необхідний такий порядок речей, за якого різні влади могли б взаємно стримувати одна одну". Таким чином, Ш. Монтеск'є був першим, хто висунув ідею про необхідність доповнення принципу поділу влади системою стримувань і противаг. Він не обмежився цим, а запропонував конкретні механізми стримування і контролю. Так, критикуючи форму правління, Ш. Монтеск'є сприймав ідеалізацію Дж. Локка щодо монархічно-конституційного політичного режиму, який здійснює

поділ законодавчої, виконавчої і судової влади. Поділ і взаємне стримування влади є, за Монтеस्क'є, головною умовою для забезпечення політичної волі в її відносинах до державного устрою [4, с. 290-291].

Ш. Монтеस्क'є виділив судову владу в самостійну сферу здійснення державної влади, і це являє собою істотний внесок у розвиток теорії поділу влади, завдяки чому доктрина набула ознак стрункості і логічної завершеності. У порівнянні зі своїми попередниками Ш. Монтеस्क'є робить помітний крок у розвитку поглядів щодо функцій і процедур судової влади. Зокрема, на відміну від Дж. Локка в його працях містяться ідеї як про функції законності, охорони прав і інтересів громадянина, так і функції правосуддя, охорони свободи волі і безпеки особи, що здійснює судова влада. Крім цього, у працях Монтеस्क'є багато уваги приділяється вирішенню конфліктів між громадянами, охороні законності, безпеки, свобод і власності особи. Ці функції судової складової державної влади він розкрив через призму суддівських формальностей і суддівських помилок. У зв'язку з цим, Ш. Монтеस्क'є надавав особливого значення судовим процедурам, кількість яких збільшується із зростанням поваги до честі, майна, життя і свободи громадян.

Багато ідей Ш. Монтеस्क'є були предметом аналізу в працях іншого французького мислителя — Ж.-Ж. Руссо, який виступив із критикою ряду позицій попередників. Згідно з Ж.-Ж. Руссо, народ “може бути представлений тільки самим собою”, “передаватися може влада, але ніяк не воля”. Тим самим мислитель, власне кажучи, заперечував як представницьку форму влади, так і принцип й ідеї поділу верховної, суверенної влади в державі на різні її складові. За Ж.-Ж. Руссо, законодавча влада здійснюється тільки самим народом-сувереном безпосередньо, а виконавча влада не може належати

всій масі народу як законодавцю або суверену, тому що ця влада виражається лише в актах приватного характеру, що взагалі не відносяться до сфери Закону, а, отже, до компетенції суверена, всі акти якого тільки і можуть бути законами” [5, с. 48].

Якщо Ш. Монтеस्क'є розглядав судову владу як засіб стримування законодавчої і виконавчої влади, то Ж.-Ж. Руссо значно повніше уявляв спектр їхніх відносин, а також більш глибоко і детально досліджував сутнісні аспекти “третьої” влади, хоча і не вживав цього поняття у своїй основній праці “Про суспільний договір...”. Він вважав, що коли неможливо установити точне співвідношення між складовими частинами держави або усунути причини, що безупинно порушують ці відносини, тоді створюють особливу магістратуру, що не входить до загального організму, але спрямовує кожного члена у справжні відносини: або між державою і народом, або між державою і сувереном, або між обома сторонами одночасно, якщо це необхідно [6, с. 574].

Ж.-Ж. Руссо одним з перших визначив функціональну роль суду як гаранта недоторканності свободи людини. Він зазначав про право арештованого на оскарження до суду застосованого до нього арешту, про повноваження суду перевірити обґрунтованість обмеження свободи громадянина. В цілому необхідно вказати, що Ж.-Ж. Руссо критично розвинув погляди Дж. Локка і Ш. Монтеस्क'є, в результаті чого була створена основа теорії поділу влади в сучасній державі. Праці зазначених мислителів у сукупності презентують концепцію поділу влади, названу класичною. Досліджуючи праці Дж. Локка, Ш. Монтеस्क'є, Ж.-Ж. Руссо та інших мислителів, можливо стверджувати, що становлення судової влади як самостійної складової державної влади обумовлено не божественним приреченням, а кардинальними змінами в суспільному устрої. Засновники класичної теорії

поділу влади як один з пріоритетних напрямів діяльності судової влади виділяли здійснення судом контролю за органами виконавчої влади під час виконання ними правозахисної функції.

Наразі існує думка про божественну природу судової влади, якої дотримується, зокрема, російський учений П.М. Баренбойм. На підтвердження своїх поглядів він наводить цілий ряд аргументів, узятих, у тому числі, з Біблії, з різних наукових трактатів, у яких викладені відповідні положення і висновки. Про поділ влади, вважає П.М. Баренбойм, можна говорити тільки тоді, коли судова влада цілком, або частково відокремлена від виконавчої і законодавчої влади і користується достатньою незалежністю.

Ще одним із критеріїв поділу влади автор виокремлює “підсудність” глави держави, керівника виконавчої влади. З цього погляду, за П.М. Баренбоймом, автори Біблії в “Книзі Суддів” сформулювали найважливішу доктринальну тезу: божественне походження судової влади і її незалежність від царської влади. Божественне походження царської влади було найважливішим ідеологічним доктринальним обґрунтуванням монархічної влади протягом багатьох десятиків століть. Сама назва - “Книга Суддів”, ясно вказує, що автори Старого Заповіту вважали здійснення правосуддя найбільш значимим із усіх діянь, а суддів — найбільш значними в сенсі збереження духовних і правових цінностей народу, а також його єднання в конкретний історичний період [7, с. 21-23].

Стаття 6 Конституції України проголошує, що державна влада в Україні здійснюється на засадах її поділу на законодавчу, виконавчу і судову. Зауважимо, що Ш.Монтеск’є говорив не про “гілки” влади, а про її “роди”. Тоді виникає питання: що відрізняє самостійний рід (гілку) влади від системи державних органів, які здійснюють відповідну судову функцію і мають самостійну сферу діяльності?

По-перше, ідеологічною, теоретичною і юридичною передумовою здійснення судової влади повинно бути визнання необхідності такого державного устрою, який мінімізував би небезпеку тиранії і сваволі. При цьому потрібно враховувати, що спрощеним ідеалом такого устрою вважалось те, що легітимний законодавець приймає закони, виконавча влада точно і неухильно провадить їх у життя, а суди вирішують конфлікти на підставі суворого дотримання приписів законодавця. Але подальший розвиток суспільства підтверджує, що про судову владу можливо вести мову тільки тоді, коли суд наділений повноваженнями, що дають йому змогу реально захищати “територію свободи” особи від втручання і законодавчої, і виконавчої влад.

По-друге, поява нової якості у судової системи, тобто її трансформація в судову владу, передбачає наявність умов стосовно її автономного функціонування. Це означає, що реалізація функцій забезпечення (матеріально-технічна, кадрова, інформаційно-аналітична тощо) повинна здійснюватися під керівництвом вищих органів судової влади і не залежати від довільних рішень інших складових влади. Мова йде про відносну автономію реалізації судовою владою функцій забезпечення хоча б і тому, що розмір фінансування судової системи визначається Державним бюджетом України, який приймається законодавчою владою — парламентом. Крім того, деякі з функцій забезпечення можуть передаватися й органам виконавчої влади (наприклад, Державній судовій адміністрації).

По-третє, автономність судової влади, звичайно, може бути тільки відносною, вона не може існувати без інших складових державної влади, оскільки коло конфліктів, що підлягають вирішенню судом, окреслюється законом шляхом застосування відповідної процедури його прийняття законодавчою владою, а реалізація (виконання) загальнообов’язкової сили судових рішень потребує значною

мірою визначених дій органів виконавчої влади. Ми вважаємо, що саме ця обставина спонукає до пошуку критерію, який відрізняє судову складову державної влади від простого функціонування судової системи.

Відсутність будь-яких орієнтирів, крім чинного законодавства, фактично ставить суд в один ряд з органами виконавчої влади, роблячи його рівнопорядкованим пануванню законодавця. В часи Ш.Монтеск'є такий підхід до судової складової державної влади був виправданий існуванням абсолютних монархій. Але коли вони зникали чи трансформувалися в конституційні монархії, а тоталітарні держави “випали” з природного процесу розвитку західної цивілізації, питання про можливість судової влади обмежувати сваволю законодавця стало вимагати не тільки теоретичних розвідок, але й інституційно-юридичного підґрунтя, яке можуть складати два компонента.

По-перше, це ратифікація державами міжнародних актів, які закріплюють обов’язковий мінімум прав і свобод особи, що ставить ці акти на вершину ієрархії джерел права. Відповідно до частини 1 статті 9 Конституції України чинні міжнародні договори, згода на обов’язковість яких надана Верховною Радою України, є частиною національного законодавства України. При цьому сам зміст міжнародного договору повинен відповідати двом обов’язковим умовам — не тягти за собою обмеження прав і свобод людини і громадянина та не суперечити основам конституційного ладу України.

По-друге це прояв у судів нової, невідомої Ш. Монтеск'є і його сучасникам функції конституційного контролю, в силу якої судова влада здобула право фактично анулювати дію законів та інших нормативних актів, які суперечать положенням Конституції України. Наведене свідчить про практичне впровадження положень частини 2 статті 124

Конституції України, відповідно до якої юрисдикція судів поширюється на всі правовідносини, що виникають у державі. Отже, судова система стає судовою складовою державної влади (судовою владою) тоді, коли вона наділяється відповідними можливостями впливу на інші її складові, “вмикається” в систему стримувань і противаг влади, які перешкоджають узурпації всієї державної влади однією з її складових.

Зауважимо, що теорія поділу влади в науковій і навчальній юридичній літературі неодноразово була об’єктом обґрунтованої критики. Так, ревізію цієї теорії здійснив Б. Констант, за яким у конституційних монархіях повинно існувати не три, а чотири складові влади. Останню він пропонував надати королю з метою усунення конфліктів шляхом накладення вето на проекти законів, скликання парламенту на надзвичайні засідання та розпуску парламенту. Ця теорія знайшла своє застосування в Португалії в 1826 р.: влада законодавча, врівноважуюча, виконавча і судова, однак на практиці засвідчила тільки посилення королівської влади, яке виходило за межі конституційної монархії. В свою чергу, це призвело до терору проти короля. Як зазначав Б.Констант, жодна теорія не принесла стільки лиха Франції, як теорія поділу влади на три складові [8, с. 7].

Негативне ставлення до теорії поділу державної влади було властиве і німецькій правничій науці. Так, на думку Р. фон Моля, роздрібнення державою влади на три окремі та незалежні гілки фактично розкладає державний організм — цю єдність у множині — та практично веде до анархії та руйнації [9, с. 71]. Професор П. Лабанд ще більш категорично писав, що ця теорія руйнує єдність держави і логічно неправильна, а практично нездійсненна [10, с. 39-52].

Отже, і позитивна практика реалізації принципу поділу влади на три складові і критичні позиції відомих філософів, соціологів та правників заслуговують

на увагу і повагу. Що ж до України, то наразі реалізація цієї теорії призводить до постійних політичних конфліктів і суперечок, до періодичних криз державної влади, які тривають доти, поки одна з гілок влади не перемагає. Найчастіше в Україні верх брав президент, оскільки саме він відповідно до частини 1 статті 102 Конституції України є главою держави і опирається на весь державний апарат і силові структури, позаяк вони підпорядковані йому і належать до виконавчих органів влади й управління.

Крім того, це обумовлено і недосконалістю демократичних форм правління і державно-політичного режиму — способів і методів управління державою та суспільством, в тому числі і “своїми” інтересами кожної гілки влади. В такому випадку система “стримувань і противаг” є малоефективною, а деякі питання державного управління вирішуються з позиції сили, різноманітного примусу й адміністративного тиску. В умовах поділу влади в Україні, скоріше за все, діє принцип децентралізації, перетягування одіяла, про що влучно зазначав великий український байкар Л.І. Глібов у творі “Лебідь, рак і щука”.

Стверджуємо, що на сучасному етапі розвитку суспільства класичне вчення про поділ влади необхідно розуміти як поділ не власне влади, а її функцій, з врученням кожної функції особливому органу держави. Розмежування функцій державної влади є власне поділом праці за сферами діяльності на державному рівні, які об’єктивно впливають із завдань і функцій держави і суспільства.

Виходячи з того, що принцип поділу функцій влади в нашій країні було вперше визнано в Декларації про державний суверенітет України, а власне термін “судова влада” з’явився тільки в нормах Конституції України 1996 р., то існує недостатня теоретична розробка поняття судової влади. Більш того, наразі немає навіть єдиного підходу до дефініції “судова влада”. Зокрема, деякі автори

виходили з її організаційної форми — системи судових органів, продовжуючи тим самим традицію, притаманну дорадянському і радянському періодам вітчизняної історії [11, с. 158]. Так званий функціональний підхід до визначення цього поняття був відомий С.В. Познишеву, який визначав її як “окремі органи, які не несуть функцій адміністративних чи законодавчих”, що покликані “здійснювати закон, утверджувати його панування в житті, боротися із сваволею і насильством, всебічно розглядаючи справу” [12, с. 87-89].

В наш час визначення судової влади через систему органів також достатньо поширено у вітчизняній та зарубіжній юридичній науці. Так, на думку В.І. Борденюка “судова влада являє собою цілісну систему органів державної влади, до якої належать суди загальної юрисдикції та Конституційний Суд України, а факторами такої цілісності є єдність цілей, функцій і завдань органів судової влади, принципів їх організації та діяльності” [13, с. 151]. Аналогічні за змістом визначення судової влади даються як вітчизняними, так і зарубіжними правниками, розглядаючи судову владу як надані спеціальними органами держави — судам — повноваження з вирішення віднесених до їх компетенції питань, що виникають при застосуванні права і реалізації цих повноважень шляхом конституційного, цивільного, кримінального, адміністративного, господарського (арбітражного) судочинства з дотриманням процесуальних норм [14, с. 12; 14, с. 19; 14, с. 16; 14, с. 224; 14, с. 458; 14, с. 320].

Разом з тим, для більш чіткого і комплексного визначення поняття “судова влада” виникає потреба поєднати структурний і функціональний підходи, виходячи із сучасних уявлень про правосуддя як про вирішення соціально-політичних конфліктів (у широкому розумінні цього поняття), що виникають у суспільстві, та про суд, як орган, що здійснює у спеціальній процесуальній формі фун-

кцію соціально-політичного арбітражу для досягнення суспільного комфорту. За таких вихідних даних судову владу можна визначити як належне судам виключне владне повноваження вирішувати конфлікти правового характеру, що виникають у суспільстві, шляхом здійснення в межах спеціальної процесуальної форми правосуддя і прийняття рішень, обов'язкових для виконання всіма членами суспільства.

Звичайно, пропонується дефініція звужує багатогранність і глибину поняття “судова влада”, тому важливим є розкриття співвідношень таких понять, як судова влада, правосуддя та судочинство. Відповідно до частини 3 статті 124 Конституції України судочинство в Україні здійснюється Конституційним Судом України та судами загальної юрисдикції, а згідно із статтею 1 Закону України “Про судоустрій України” органи судової влади здійснюють свої повноваження виключно на підставах, у межах та в порядку, передбачених Основним Законом. Судова влада реалізується шляхом здійснення правосуддя у формі цивільного, господарського, адміністративного, кримінального, а також конституційного судочинства. При цьому правосуддя в Україні здійснюється виключно судами (частина 1 статті 124 Конституції України).

Виходячи з наведеного: по-перше, здійснення правосуддя є виключною прерогативою суду. Повноваження судової влади можуть включати й інші функції, які відрізняють судову складову влади від виконавчої та законодавчої. Наприклад, Голова Верховного Суду України в межах повноважень, визначених Законом України “Про судоустрій України”, погоджує подання щодо утворення та ліквідації судів загальної юрисдикції; вносить подання: про призначення та обрання, звільнення з посад суддів, про призначення суддів на адміністративні посади тощо. Тобто, об'єм повноважень Голови Верховного Суду України ширший, ніж

здійснення судочинства. На нашу думку, це пояснюється тим, що функціонування судової влади як самостійної складової державної влади потребує і здійснення додаткових (допоміжних, забезпечувальних) видів діяльності.

По-друге, правосуддя — це основна функція судової влади, а соціальне призначення судової влади реалізується тільки у відповідній формі судочинства. Хоча в сучасній правничій літературі існують і інші точки зору. Так, В.А. Ржевський та Н.М. Чепурнова вважають, що “аналіз конституції та законів дозволяє зробити висновок, що в процесі діяльності судових органів створюється правова база для різноманітних форм існування судової влади, якими є: правосуддя, судове управління, судовий контроль у сфері виконавчої влади та судовий конституційний контроль” [15, с. 96]. Такої ж думки дотримується і В.О. Лазарева [16, с. 27]. Однак наведена позиція викликає суттєві заперечення. На наш погляд, некоректно ставити в один рядок правосуддя і судове управління, оскільки останнє є обов'язковим атрибутом будь-якої соціальної системи-організації і не має принципів відмінностей від управління в організаційних структурах виконавчої чи законодавчої влад. Крім того, вся діяльність, яка здійснюється в установленому законом порядку судочинства, є не що інше, як одна із форм правосуддя.

Судовий контроль дій (бездіяльності) та рішень органів виконавчої влади і органів місцевого самоврядування здійснюється в одній із зазначених у статті 1 Закону України “Про судоустрій України” форм судочинства. Ми вважаємо, що ця діяльність виходить за рамки правосуддя, оскільки предметом судового розгляду є законність адміністративно-правового відношення, що склалося між громадянином і органом виконавчої влади (органом місцевого самоврядування), а вимога громадянина чи іншого суб'єкта про визнання недійсним акта

управління слугує лише приводом для судового розгляду.

Крім того, на нашу думку, некоректним є виділення конституційного контролю у форму діяльності, що є відмінною від правосуддя. Частина 2 статті 1 Закону України “Про судоустрій України” говорить про реалізацію судової влади шляхом здійснення правосуддя у формі цивільного, господарського, адміністративного, кримінального та конституційного судочинства. Тобто, вітчизняний законодавець поставив конституційне судочинство в один рядок з іншими формами реалізації судової влади. Отже, судова влада, інституційно представлена системою судових органів, реалізує функцію правосуддя, а також ряд інших допоміжних функцій, які створюють умови для належного кадрового, матеріально-технічного, інформаційно-аналітичного, наукового тощо забезпечення судової діяльності.

Закони в переважній більшості знаходять своє місце в житті, дякуючи суду, оскільки їх норми проходять випробування судовою практикою. Суд отримує можливість оцінити закон з точки зору ідеалів правової держави і сприяти законодавцю в його вдосконаленні, виходячи із загальнолюдських уявлень про добро і справедливість, моральну довершеність і гуманність.

Століттями закріплювалося в свідомості українського народу уявлення про суд як репресивний орган, покликаний застосовувати санкції, карати і чим суворіше — тим краще. З цього приводу

А.Я. Вишинський ще до кульмінації репресій 30-тих років минулого століття зазначав: “Придушення і примус є виразом єдиної політики радянської держави” [17, с. 25]. Образ суду-поліцейського, суду-ката, на жаль і зараз ще живе у свідомості людей. Разом з тим, у правовій державі суду відводиться зовсім інша роль — від покликаний здійснювати соціальний контроль за законністю методів боротьби зі злочинністю, іншими правопорушеннями, захищати громадян від сваволі і беззаконня. Правова держава не може переступити через принципи й норми, покликані відповідним чином обмежувати її владу над людиною і суспільством. Суд пов’язаний правовими приписами і заборонами у своїй власній діяльності, але важливо, що він забезпечує правову пов’язаність інших державних органів, обов’язком яких є і піклування про громадян.

Таким чином, судова влада — це самостійна і незалежна складова державної влади, створена для вирішення на основі закону соціальних конфліктів між державою і громадянами, між громадянами, між громадянами і юридичними особами, між юридичними особами; захисту прав громадян у їхніх взаємовідносинах з органами виконавчої влади та органами місцевого самоврядування, їх посадовими (службовими) особами; контролю за дотриманням прав громадян при розслідуванні злочинів і проведенні оперативно-розшукової діяльності; встановлення юридично значимих фактів і станів.

Список літератури:

1. Самостоятельность и независимость судебной власти в Российской Федерации / Под ред. В.В. Ершова. — М.: ЮРИСТЪ, 2006. — С. 17. — 493 с.
2. История политических и правовых учений: Учебник для вузов. - изд. 2-е, стереотип. / Ред. В. С. Нерсесянц. — М.: Изд. группа ИНФРА-М-НОРМА, 1997. — С. 269-277. — 736 с.
3. Локк Дж. Сочинения: В 3-х т. М.: Юрид. лит., 1985. Т. 3. — С. 341. — 560 с.
4. Монтескье Ш. Избранные сочинения. — М.: Госполитиздат, 1955. — С. 290-291. — 799 с.

5. *Дмитриев Ю.А., Черемных Г.Г.* Судебная власть в механизме разделения властей и защите прав и свобод человека // Государство и право, 1997. — № 8. — С. 48.
6. *Руссо Ж.-Ж.* Избранные сочинения: Пер.с фр. — Москва: Гослитиздат, 1961. — С. 574. — 831 с.
7. *Баренбойм П.* Божественная природа судебной власти // Российская юстиция, 1996. — № 1. — С. 21-23.
8. *Шевчук С.* Дві концепції свободи і Україна // Дзеркало тижня, № 20 (189), 16-22 травня 1998 р. — С. 7.
9. *Mohl R.* Die Polizeiwissenschaft nach den Grundsätzen des Rechtsstaates. B.1-2. Tübingen, 1832 / Сокр. пер. А.А. Сальникова. М.: НОРМА, 1999. — С. 71. — 122 с.
10. *Магазинер Я.М.* Общая теория права на основе советского законодательства // Правоведение, 1999. — № 2. — С. 39-52.
11. *Фойницкий И.Я.* Курс уголовного судопроизводства. — СПб.: Альфа, 1996. — Т. 1. — С. 158. — 552 с.; Т. II. — 606 с.
12. *Познышев С.В.* Элементарный учебник русского уголовного процесса. М., 1913. — С.87-89. — 337 с.
13. *Борденюк В.І.* Судова влада як складова механізму держави та державного управління // Вісник господарського судочинства, 2005. — № 2. — С. 151.
14. Організація судових та правоохоронних органів: Навчальний посібник / За ред. І.Є. Марочкіна, О.М. Толочка, Н.В. Сібільової. — Харків: Право, 2000. — С. 12. — 272 с.; *Коваль В.М.* Апеляційні суди в Україні: становлення і розвиток. — Автореф. дис... канд. юрид. наук. — Одеса, 2004. — 19 с.; *Рекецька І.Р.* Судова влада у контексті демократичної трансформації українського суспільства. — Автореф. дис... канд. юрид. наук. — Одеса, 2003. — 16 с.; *Брынцев В.Д.* Судебная власть (правосудие). Итоги реформ 1992 — 2003 г. г. на Украине. — Харьков, 2004. — 224 с.; *Чепурнова Н.М.* Судебная власть в Российской Федерации: проблемы теории и государственно-правовой практики. — Дисс... доктора юрид. наук. — Ростов на Дону, 1999. — 458 с.; *Притика Д.М.* Арбітражний суд: проблеми організації та діяльності: Монографія. — К.: Оріяни, 2000. — 320 с.
15. *Ржевский В.А., Чепурнова Н.М.* Судебная власть в Российской Федерации: конституционные основы организации и деятельности. М.: Юрист, 1998. — С. 96. — 216 с.
16. *Лазарева В.А.* Судебная власть и ее реализация в уголовном процессе. — Самара: Самарский университет, 1999. — С.27. — 136 с.
17. *Вышинский А.Я., Ундревич В.С.* Курс уголовного процесса. М., 1934. — Т.1 — С. 25. — 214 с.

РЕЗЮМЕ

В статье анализируются вопросы судебной власти и ее место в теории разделения властей.

SUMMARY

The article examines the issues of judicial power and its place in the theory power division.

Рекомендовано кафедрой теорії та історії держави і права

Отримано 10.04.06



Ю.О. Заїка,
кандидат юридичних наук, професор
(Національний університет внутрішніх справ
України)

Форми заповіту: шляхи вдосконалення

Ключові слова: *заповіт, форма заповіту, прості письмові заповіти.*

Заповіт — соціально значимий акт не лише для самого заповідача, який певною мірою підводить підсумок свого життя, а й для осіб, яким за його останньою волею залишається майно. Водночас, це єдиний правочин, де волевиявлення сторони реально здійснюється лише за наявності неодмінної умови — смерті учасника цього правочину.

Істотне значення для дійсності заповіту відіграє його форма — той спосіб, за допомогою якого учасники фіксують волевиявлення, спрямоване на укладення правочину. При виникненні конфліктної ситуації сторона не може надати суду пояснення, розтлумачити те чи інше положення, конкретизувати ту чи іншу тезу.

Якщо учасник правочину вважає, що його воля спотворена внаслідок обману, помилки, хибних думок, погроз чи насильства, він має право оспорювати в судовому порядку дійсність такого правочину. Оспорювати ж дійсність заповіту заповідач не може в силу природних причин.

Для того, щоб після смерті заповідача можна було впевнено зробити висновок, що заповіт відображає його справжню волю, порядок укладення та оформлення заповітів детально регламентовано. До

форми заповіту пред'являються більш суворі вимоги, ніж до інших цивільно-правових правочинів.

Незважаючи на те, що деякі загальні аспекти форми правочинів висвітлювалися окремими цивілістами [1], разом з тим необхідно зазначити, що питання щодо форми заповіту та правових наслідків її порушення не були предметом спеціального дослідження. Тому постановка цієї проблеми має суто практичне значення, оскільки спадкування за заповітом — один із найважливіших субінститутів спадкового права.

Законодавець надає великого значення формі заповіту, оскільки саме від цього залежить можливість з'ясувати істинну волю заповідача.

Ще в римському приватному праві за часів Юстиніана розрізняли приватну та публічну форму заповіту. Публічні форми полягали в занесенні заповіту в офіційні книги записів, які вела провінційна чи міська влада або в здачі заповіту на зберігання в імператорську канцелярію. Приватні заповіти укладатися як в письмовій формі — написані власноручно ("голограф") чи надиктовані заповідачем і ним підписані ("аллограф"), так і в усній формі — в присутності семи свідків [2, 309].

Сучасне зарубіжне спадкове законодавство допускає чотири основні форми складання заповіту:

1) **публічну** (з участю спеціально уповноваженої законом особи — нотаріуса, судді, члена релігійного суду, мера тощо).

Так, у Франції заповіти складаються у присутності одного чи двох нотаріусів та двох свідків (ст. 971 ЦК Франції). У Швейцарії — у присутності нотаріуса або іншої уповноваженої особи та двох свідків (ст. 506 ЦК Швейцарії);

2) **письмовий заповіт, укладений в присутності свідків**. Під час складання заповіту повинні бути присутні незацікавлені особи, які також підписують заповіт і можуть засвідчити добру волю і здоровий глузд заповідача. Така форма заповіту передбачена в Англії. Заповіт підписує заповідач, а його волевиявлення засвідчують два свідки.

Можливість скласти заповіт в простій письмовій формі в присутності двох свідків допускає і ст. 1129 ЦК РФ. Коментуючи цю новелу, коментатори обґрунтовують необхідність узаконення простих письмових розпоряджень тим, що розпад Союзу РСР супроводжується значною кількістю екстремальних ситуацій, правовою і соціальною незахищеністю громадян, особливо в районах конфліктів на національно-етнічному ґрунті, невпевненістю багатьох в завтрашньому дні, коли нерідко ставиться під сумнів або і взагалі заперечується саме право людини на життя [3, 56];

3) **просту письмову** (так звані, домашні заповіти), тобто заповідач складає заповіт власноручно, а якщо текст машинописний або за дорученням заповідача виконаний іншою особою, то підписує окремо кожний лист заповіту із зазначенням дати. Складання таких заповітів допускає законодавство Іспанії, Італії, Франції [4, 515-528], Латвії [5].

У вітчизняній літературі ще за часів дії ЦК УРСР 1922 року обговорювалася можливість про доцільність складання

так званих домашніх заповітів, якщо були підстави припускати, що смерть спадкодавця настане до прибуття нотаріуса.

Більшість вітчизняних цивілістів критично поставилися до цієї пропозиції, вважаючи, що такі заповіти викликатьмуть на практиці багато спорів і допущення їх навряд чи є доцільним [6, 92];

4) усну.

Слід зазначити, що ідея максимального спрощення форми заповіту і зведення заповіту до усного волевиявлення запозичена з римського цивільного права.

Легіонери звільнялися від дотримання заповідальної форми, яка була встановлена для цивільних осіб. “Братам по зброї” досить було оголосити свою останню волю перед легіоном. Такий заповіт вважався дійсним, якщо солдат гинув на військовій службі або помирав протягом року після почесної відставки [2, 310].

Словесна форма заповіту сьогодні відома деяким країнам континентальної Європи, які рецептували окремі положення римського приватного права. Так, згідно §§ 2250-2251 Німецького цивільного уложення особа, яка перебуває у місцевості, з якою перервано сполучення внаслідок епідемії чи інших надзвичайних обставин, або знаходиться в плаванні на німецькому судні за межами німецького порту, може скласти заповіт в усній формі в присутності трьох свідків [7, 550].

Усні заповіти за надзвичайних обставин в присутності двох свідків допускає і ст. 17 Закону КНР “Про спадкування”. Якщо надзвичайні обставини відпали заповідач має право скласти заповіт в письмовій формі або у формі звукозапису. В цьому випадку усний заповіт втрачає силу [8, 380].

Можливість складання заповіту в усній формі передбачає ст. 23 Закону про спадщину Ізраїлю, але за умови, що заповідач перебуває при смерті або за надзвичайних обставин і його життю

загрожує небезпека. Водночас заповідач повинен оголосити свою волю в присутності двох свідків, які складають протокол і заносять в нього зміст останньої волі заповідача. Якщо протягом місяця після складання заповіту заповідач залишається живим, заповіт втрачає свою силу [9, 198].

Форма заповіту встановлена ст. 1247 ЦК України і поширювального тлумачення не допускає. Заповіт складається у письмовій формі і має бути посвідчений нотаріусом або іншими посадовими, службовими особами, визначеними у статтях 1251–1252 ЦК. У населених пунктах, де немає нотаріальних контор, заповіт, крім секретного, можуть посвідчити посадові, службові особи відповідного органу самоврядування; за кордоном — відповідні консульські установи та дипломатичні представництва.

Така процедура посвідчення заповіту дозволяє не лише впевнитися в особі заповідача, його дієздатності, вільному та точному вираженні волі, а і є певною гарантією прав обов'язкових спадкоємців та спадкоємців за заповітом, законності заповіту в цілому. Нотаріальна форма заповіту має низку переваг:

а) чіткіше висловлюється і закріплюється воля сторони;

б) волевиявлення заповідача знаходить своє матеріальне закріплення і зміст волевиявлення можна об'єктивно з'ясувати;

в) посадова особа, яка посвідчує правочин, перевіряє його відповідність діючому законодавству і справжність волевиявлення заповідача;

г) у разі виникнення спору виступає додатковою гарантією дійсності такого правочину.

Посвідчення заповіту нотаріусом чи іншою посадовою особою не можна зводити до простої технічної дії — за-свідчення вірності підпису заповідача на заповіті. Посвідчення заповіту передбачає і перевірку психічного стану заповідача, з'ясування його волі, роз'яснення

окремих положень спадкового законодавства.

На жаль, посвідчення заповітів посадовими особами в більшості випадків носить формальний характер. Як правило, посадові (службові) особи, яким надано право посвідчувати заповіт, не мають базової юридичної освіти, і саме ця категорія осіб допускає такі порушення встановлених вимог оформлення заповіту, які обумовлюють визнання його в судовому порядку недійсним.

Так, особи належним чином не ознайомлені з особливостями вчинення цього правочину, і обставини, які на їх погляд є несуттєвими, дрібними, іноді відіграють істотне значення, а порушення окремих вимог щодо укладання і оформлення заповіту тягне за собою недійсність всього правочину. Посадова особа, яка посвідчує заповіт, повинна:

— ознайомити заповідача з колом спадкоємців за законом;

— роз'яснити заповідачу права так званих обов'язкових спадкоємців;

— розтлумачити заповідачу його право, як заповісти усе майно або його частку особам, що входять, і тим, що не входять до кола спадкоємців за законом; позбавити у заповіті права на спадщину спадкоємців за законом; у будь-який час скасувати чи змінити складений заповіт.

На жаль, посадові особи, які посвідчують заповіт, не завжди дотримуються цих вимог. Нечіткість окремих пунктів заповіту, особливо тих, які стосуються кола спадкоємців чи складу спадкового майна і розміру належних часток, можуть створити нездоланні труднощі для виконання волі заповідача або взагалі обумовити недійсність заповіту у зв'язку з неможливістю його виконання.

Обов'язки посадової особи не обмежуються посвідченням заповіту — вона повинна належним чином виконати й інші дії, пов'язані з його посвідченням.

Задовольняючи позовом М. про визнання заповіту, який був посвідчений

в госпіталі, недійсним, Московський райсуд м. Києва в мотивувальній частині рішення серед інших обставин зазначив, що “книга реєстрації заповітів не прошнурована, сторінки не пронумеровані, їх кількість не завірена, заповідачу порядок зміни і скасування заповіту не роз’яснений” [6, 235].

Водночас, як свідчить судова практика, навіть посвідчення заповіту нотаріусом не є достатньою гарантією його дійсності [10, 290—295].

Які ж правові наслідки настають при порушенні обов’язкової письмової нотаріальної форми заповіту? На це питання дає відповідь ст. 219 ЦК України: “У разі недодержання вимоги закону про нотаріальне посвідчення одностороннього правочину такий правочин є нікчемним”.

Аналогічна за змістом норма містилася і в ЦК УРСР і в ЦК РРФСР. Так, М. в листах до своїх друзів повідомив, що все своє майно залишає побудованій за його кошти бібліотеці в селі, де він народився. Після смерті М. відділ культури звернувся з позовом до суду про передачу спадкового майна. Позов було задоволено, виходячи із змісту статті ЦК, яка передбачала правові наслідки недодержання нотаріальної форми правочину. Але Судова колегія з цивільних справ це рішення скасувала, зазначивши, що положення цієї статті поширюються лише на двосторонні правочини, заповіт є правочином одностороннім, тому умовою дійсності заповіту є його обов’язкове нотаріальне посвідчення [11, 18].

Нотаріальна форма заповіту є одним із елементів фактичного складу, з яким закон пов’язує його існування взагалі. В цивілістичній теорії до односторонніх правочинів традиційно відносять заповіт [12, 344].

Правові наслідки порушення нотаріальної форми заповіту містить і ч. 1 ст. 1257 ЦК: “Заповіт, складений ... з порушенням вимог щодо його форми та посвідчення, є нікчемним”.

Проте ч. 2 ст. 219 ЦК України передбачає, що суд може визнати односторонній правочин дійсним, якщо буде встановлено, що він відповідав справжній волі особи, яка його вчинила, а нотаріальному посвідченню правочину перешкоджала обставина, яка не залежала від її волі.

З викладеного можна зробити висновок, що порушення нотаріальної форми одностороннього правочину не завжди тягне за собою його абсолютну недійсність, оскільки за певних умов суд може визнати такий правочин і дійсним.

Доказами “справжньої волі” особи можуть бути її листи, записки, показання свідків, різного роду аудіо- і відеоматеріали, які стосуються саме того часу, коли відбулася подія.

Так, не викликає сумніву зміст останньої волі підкорювача Південного полюсу Р. Скотта в прощальних листах до сім’ї і друзів, листах героїв оборони Брестської фортеці, загиблих моряків підводного човна “Курск”...

Обставини, які не дають можливості належним чином посвідчити правочин, як правило, виникають раптово, наприклад, внаслідок захоплення у Москві заручників, які протягом доби перебували під наглядом терористів; при загибелі “Титаніка”, коли понад дві тисячі пасажирів і членів команди аж ніяк не мали можливості за декілька годин до загибелі скористатися послугами капітана судна; нещасного випадку на шахті, коли десятки шахтарів залишилися під землею.

Безперечність надзвичайності обставин тут очевидна і можна зрозуміти вітчизняного законодавця, який відважився допустити дійсність заповіту і за межами нотаріальної форми.

Якими критеріями повинен керуватися суддя при прийнятті такого відповідального рішення, як визнання заповіту дійсним? Де та межа, за якою порушення форми заповіту буде тягнути за собою нікчемність правочину?

Зазначимо, що із ст. 219 ЦК України не впливає заборона легалізації судом навіть усних заповітів, які виключалися радянським цивільним законодавством у тяжкі воєнні роки.

Ми вважаємо, що норму, яка дозволяє суду визнавати дійсним заповіт, незважаючи на порушення нотаріальної форми, законодавець повинен “не маскувати” в книзі першій “Загальні положення” ЦК України, а “цивілізовано” розмістити безпосередньо в главі 86 “Спадкування за заповітом” книги шостої “Спадкове право”. Сам зміст такої норми повинен більш детально визначати порядок і умови легалізації такого заповіту судом.

В зв’язку з викладеним пропонується доповнити ст. 1247 ЦК України “Загальні вимоги до заповіту” частинами 4-5 наступного змісту:

“4. Громадянин, який перебуває в стані, що загрожує його життю і позбавлений можливості посвідчити заповіт у встановленому порядку, може викласти свою останню волю в простій письмовій формі в присутності двох свідків.

5. Заповіт, укладений в простій письмовій формі, втрачає силу, якщо протягом семи днів з того часу, коли

відпали обставини, що перешкоджали його посвідченню нотаріусом чи іншою посадовою (службовою особою), не буде посвідчено відповідно до правил ч. 3 цієї статті”.

Юридична доля такого заповіту буде залежати перш за все від того, чи залишився заповідач живим. Якщо заповідач протягом зазначеного строку після того, як обставини надзвичайного характеру перестали існувати, не укладе заповіт у встановленому порядку, його письмове заповідальне розпорядження втрачатиме силу.

І суспільство в цілому, і його громадяни зацікавлені, щоб воля заповідача і форма вираження цієї волі відповідали одна одній. Запропонована новела стане перешкодою для легалізації усних заповітів та виключить можливі зловживання, які з цим пов’язані, стане гарантією належного волевиявлення заповідача, якому обставини перешкоджають нотаріально посвідчити заповіт, дозволить суду під час вирішення справи, керуватися не лише засадами “розумності, справедливості і добросовісності”, а і безпосередньо правовими нормами.

Список літератури:

1. Див.: *Хатнюк Н.С.* Порушення форми угоди як підстава визнання угоди недійсною // Науковий вісник НАВСУ. — 2001. — № 5. — С. 43-48; *Денисович Е.М.* Односторонние сделки в наследственном праве // Российский юридический журнал. — 2001. — № 2. — С. 82-86; *Спасибо-Фатеева И.* Актуальні питання форми правочинів (теоретико-правовий аспект) // Підприємництво, господарство і право. — 2002. — № 8. — С. 32-35; *Дзера О.В.* Правочини за новим Цивільним кодексом України // Вісник Академії адвокатури — 2005. — № 1(2). — С. 5-8.

2. *Чезаре Санфилиппо* Курс римского частного права: Учебник / Под ред Д.В. Дождева — М.: БЕК, 2002. — 400 с.

3. *Сергеев А.П., Толстой Ю.К., Елисеев И.Б.* Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации (постатейный). Часть третья — М.: Проспект. — 2002. — 304 с.

4. Основные институты гражданского права зарубежных стран. Сравнительно-правовое исследование. — М.: НОРМА. — 1999. — 648 с.

5. Гражданский кодекс Латвийской Республики. — СПб: Юрид. центр Пресс. — 2001. — 801 с.

6. *Заїка Ю.О.* Становлення і розвиток спадкового права України: Монографія — К.: НАВСУ. — 2004. — 288 с.

7. Гражданское уложение Германии. Ввод. Закон к Гражд. уложению; Пер. с нем. — М.: Волтерс Клувер. — 2004. — 816 с.
8. Китайская Народная Республика: Законодательные акты. Пер. с кит. — М.: Прогресс. — 1989. — 504 с.
9. Смолина Л.В. Наследственное право. — СПб: Питер. — 2005. — 224 с.
10. Заика Ю.О. Визнання заповіту недійсним: питання судової практики // Держава і право. — 2001. — Вип. 12. — С. 290-295.
11. Костычева А.И. Наследование по завещанию // Бюллетень нотариальной практики. — 2003. — № 2. — С. 10-23.
12. Зорислава Ромовська. Українське цивільне право: Загальна частина. Академічний курс. Підручник. — К.: Атіка — 2005. — 560 с.

РЕЗЮМЕ

В статье рассматриваются вопросы, связанные с формой завещания, как условием его действительности. Аргументируется предложение регламентировать процедуру легализации завещаний, составленных с нарушением нотариальных форм.

SUMMARY

The article investigates the will form related issues, as a precondition of its validity.

The suggestion to regulate the procedure of the will legalization, made with the breach of the notary formality.

*Рекомендовано кафедрой гражданского,
господарского права та процесу*

Отримано 26.12.05



О.З. Хотинська
(Академія адвокатури України)

Форми судового контролю за виконанням рішень судів в Україні: критерії та проблеми їх розмежування

Ключові слова: виконання рішення, виконавче провадження, суд, судовий контроль, форми судового контролю.

Судовий контроль за виконанням судових рішень є засобом зміцнення законності, умовою, яка забезпечує виконання завдань судочинства, ефективною гарантією досягнення завдань судового виконання.

Перш за все, слід зауважити, що судовий контроль за виконанням судових рішень ми розглядаємо як вид державного контролю, який здійснюється в сфері функціонування судової влади щодо віднесених до її компетенції питань і в особливій процесуальній формі, виходячи з загальноприйнятого в теорії управління розуміння контролю як форми діяльності державної влади в цілому [1].

Законодавство України, яке так чи інакше регулює питання судового контролю за виконанням судових рішень, не містить єдиного підходу до розуміння такої значущої гарантії у сфері захисту прав та законних інтересів людини і громадянина. Саме тому ця тема залишається надзвичайно актуальною. Крім того, в сучасній науці у висновках щодо окремих аспектів проблеми не існує єдності, а деякі питання практики застосування судами правових норм, які стосуються

судового контролю, потребують додаткового аналізу та розгляду.

Питаннями судового контролю в цілому займалися такі науковці як В.Б. Авер'янов, О.Ф. Андрійко, А.Т. Боннер, В.М. Горшенєв, В.Т. Квіткін, О.В. Кондратьєв, Н.М. Чепурнова, І.Б. Шахов, В.С. Шестак та інші. Дослідження, зокрема, судового контролю за виконанням судових рішень частково відображено у працях М.Г. Авдюкова, П.П. Заворотька, М.А. Клепікової, І.Б. Морозової, А.М. Треушнікова, Т.В. Шакітько, С.В. Щербак.

Особливістю судового контролю в цілому і за виконанням судових рішень зокрема є особлива, встановлена законодавством процедура його здійснення. Судовий контроль за виконанням судових рішень здійснюється в порядку, встановленому ЦПК України, ГПК України, КАС України та Законом України „Про виконавче провадження” (надалі — Закон). Крім цього, при здійсненні судового контролю за виконанням судових рішень предметом захисту можуть бути різноманітні права учасників судового виконання. Залежно від цих умов в нау-

ковій літературі виділяють різні форми судового контролю.

Метою даної статті є дослідження існуючих форм судового контролю за виконанням судових рішень в Україні та критеріїв їх розмежування.

Слід зазначити, що в питанні розмежування форм судового контролю за виконанням судових рішень досі не існує єдності думок. І така ситуація, на нашу думку, пов'язана з тим, що не існує чітких критеріїв такого розмежування, а іноді відбувається і їх змішання.

Так, М.А. Клепікова вважає, що вплив судової влади у виконавчому провадженні забезпечується можливістю здійснення наступного та попереднього судового контролю за діяльністю органів примусового виконання. Під попереднім судовим контролем слід, на її думку, розуміти обов'язкове судове санкціонування діяльності органів примусового виконання шляхом винесення на прохання заінтересованих осіб судових ухвал, на підставі яких органи примусового виконання здійснюють, змінюють чи припиняють дії по провадженню примусового виконання. Наступний же судовий контроль полягає у перегляді дій (бездіяльності), які орган примусового виконання уже здійснив або повинен був здійснити шляхом розгляду скарг на дії (бездіяльність) цих органів [2, 13]. В.В. Ярков говорить, що наступний судовий контроль полягає у розгляді скарг на дії судового пристава-виконавця, а попередній контроль судових органів полягає у вирішенні ряду суттєвих питань виконавчого провадження (наприклад, зупинення виконавчого провадження), коли виконавчі дії можуть здійснюватися лише після отримання на них попередньої санкції компетентного суду [3, 402]. Суть запропонованого при цьому критерію розмежування судового контролю на попередній та наступний зводиться до того, що якщо рішення органу примусового виконання перешкоджає подальшому руху виконавчого провадження, конт-

роль повинен бути попереднім, якщо не перешкоджає, то судовий контроль буде наступним.

Такого ж підходу до поділу судового контролю за виконанням судових рішень дотримується Т.В. Шакітько, яка парадокс розподілу влади на судову та виконавчу (а полягає він, на її думку в тому, що, з одного боку, судова влада — вічний опонент, перш за все, виконавчій владі, а з іншого — реальне виконання судових актів забезпечується саме владою виконавчою) пропонує усунути шляхом чіткого законодавчого регулювання меж, ступеня та виду впливу судової влади на дії влади виконавчої. Саме для цього вона запропонувала встановити процесуальну форму судового контролю за найбільш значимими виконавчими діями в попередньому плані (попереднє судове санкціонування дій), а за рештою дій (бездіяльністю) — в наступному [4, 5].

М.А. Клепікова вказує, що попередній судовий контроль має багато переваг і є більш демократичним. Разом з тим, принципи організації попереднього і наступного судового контролю законодавцем не сформульовані, а це, на її думку, приводить як до невиправданого дублювання повноважень судів і органів примусового виконання, так і до непослідовного їх розмежування [5, 13]. Так, наприклад, відповідно до частини 5 ст. 11 Закону України “Про виконавче провадження” у випадку вибуття однієї з сторін державний виконавець з власної ініціативи або за заявою сторони, а також сама заінтересована сторона мають право звернутися до суду з заявою про заміну сторони правонаступником. При цьому правонаступник визначається в порядку, встановленому процесуальними кодексами. Відповідно до ст. 378 ЦПК України, ст. 264 КАС України, ст. 25 ГПК України питання про заміну сторони виконавчого провадження правонаступником вирішується судовою ухвалою. На підставі цієї ухвали державний виконавець виносить постанову про заміну сторони

її правонаступником (частина 3 п. 2.1.3. Інструкції про проведення виконавчих дій, затвердженої наказом Міністерства юстиції України 15 грудня 1999 р. № 74/5). Коли правонаступник входить у виконавче провадження на підставі ухвали суду, видається не виправданим встановлення правила про обов'язкове винесення постанови державним виконавцем, оскільки акт державного виконавця просто дублює судову ухвалу, причому на більш низькому управлінському рівні.

Не останнє місце в цій проблемі посідає саме існування розбіжностей щодо питання про місце суду у судовому виконанні. Існують два основні підходи у питанні співвідношення попереднього і наступного судового контролю. Так, на думку вчених, які дотримуються позиції, що виконання судових рішень є частиною судового процесу (П.П. Заворотко, Н.А. Чечіна, М.С. Шакарян, Д.Я. Малешин, М.Й. Штефан, І.Б. Морозова, О.С. Захарова), органи примусового виконання повинні діяти в основному під попереднім контролем суду. Вони висловлюють занепокоєння тим фактом, що діяльність органів примусового виконання практично виведена з під контролю суду, повноваження якого у виконавчому провадженні не виправдано урізані. Посилання на те, що всі дії чи бездіяльність державних виконавців можна оскаржити до суду, вбачається їм не досить переконливим. Автори даної точки зору вважають, що виведення примусового виконання рішення з під прямого контролю суду не додає ефективності виконавчому провадженню, а встановлення часткового попереднього контролю при здійсненні виконавчих дій себе не виправдовує. Прибічники такої позиції фактично виступають за тотальний попередній контроль суду за виконанням судових рішень. І.Б. Морозова та С.А. Сьомін пишуть: "Щоб судовий контроль був по-справжньому ефективним, необхідно встановити його

за всіма найбільш значущими діями судового пристава-виконавця в процесі виконання, і перш за все, за закінченням виконавчого провадження" [6, 60].

В іншому випадку, аналізуючи позиції тих вчених, які виступають за виокремлення виконавчого провадження як самостійної, виключно адміністративної процедури (М.А. Вікут, С.В. Щербак, Д.Х. Валєєв, В.В. Ярков), слід ставитися до державних виконавців як до всієї решти представників органів виконавчої влади, використовуючи загальні методи наступного судового контролю, які застосовуються до цих органів. Тобто, в такому випадку мова йде про здійснення загального судового контролю у сфері управління без урахування тих особливостей, які притаманні виключно судовому контролю за виконанням судових рішень.

Зважаючи на особливості судового контролю за виконанням судових рішень, а також будучи прихильниками теорії існування стадії виконання судових рішень в рамках єдиного процесу захисту прав та законних інтересів осіб, більш обґрунтованим є перший підхід до співвідношення попереднього та наступного судового контролю. Судовий контроль за діяльністю органів примусового виконання виступає не лише одним з ефективних способів обмеження від можливого зловживання владою з боку адміністративних органів, а й забезпеченням виконання судових рішень. Водночас не слід покладати на суди всі можливі та неможливі обов'язки по безпосередньому попередньому контролю. І справа тут не лише в тому, що суди завантажені і можуть бути до цього не готові, а й у тому, що суди не можуть і не повинні підміняти собою інші органи влади. Слід пам'ятати про те, що така умова ефективності виконання як оперативність може бути найкраще забезпечена органами виконавчої влади.

Критерієм розмежування повноважень судів і органів примусового

виконання в процесі виконання судових рішень (розмежування попереднього та наступного судового контролю) М.А. Клепіковою було запропоновано використовувати факт наявності чи відсутності спору. У тих випадках, коли варіант дій державного виконавця строго визначений і не допускає жодних відступів (обов'язкові умови) або на здійснення дій отримана згода стягувача, то питання повинно вирішуватись безпосередньо державним виконавцем без звернення до суду. Якщо ж законодавством допускається неоднозначне вирішення того чи іншого питання при вчиненні виконавчих дій (факультативні умови), то необхідно апелювати до суду. При цьому слід також враховувати, на її думку, важливість і значимість настання правових наслідків здійснення дій посадовими особами органів примусового виконання для стягувача [7, 14].

Не відкидаючи усю значущість поділу судового контролю за виконанням судових рішень на попередній та наступний, критерій такого розмежування, на наш погляд, є спірним, оскільки при його використанні відбувається змішання компетенції суду та органів державної виконавчої служби. Наші висновки ґрунтуються на тому, що частина дій, які здійснює суд при судовому виконанні, є його виключною компетенцією і не пов'язані з контролем (роз'яснення судового рішення, встановлення, зміна способу і порядку виконання та ін.). Тим паче, що саме поняття „контроль” трактують як складову частину управління об'єктами і процесами з метою перевірки відповідності стану об'єкта бажаному і необхідному положенню, передбаченому законами, інструкціями, іншими нормативними актами [8, 234]. Оскільки при санкціонуванні судом певних дій в процесі примусового виконання рішення не здійснюється перевірка на відповідність законодавству дій чи актів державного виконавця, не можна вести мову про наявність судового контролю у прямому

розумінні цього явища, навіть називаючи його попереднім.

Думається, що такий підхід до форм судового контролю за виконанням судових рішень бере свої витоки з часів, коли судові виконавці були при судах, і суди здійснювали поточний контроль за виконанням рішень шляхом затвердження окремих дій та актів судових виконавців (акта про відсутність майна у боржника, розрахунку розподілу стягнутих сум між стягувачами тощо). Тому така тріада як попередній — поточний — наступний контроль суду за виконанням рішення мала чітке законодавче закріплення та логічне вираження. Радянські процесуалісти М. Авдюков та М. Треушніков писали: “Добре поставлений контроль судді за виконанням рішень служить зміцненню законності в заключній стадії процесу і є дієвою формою допомоги судовому виконавцю” [9, 24]. На сучасному етапі розвитку така форма як поточний судовий контроль за виконанням судових рішень відсутня: суд не наділений повноваженнями щодо затвердження дій, актів державного виконавця.

Із прийняттям Конституції України в юридичній науці поширилась тенденція ідеалізації судової системи та її можливостей, оскільки стало традиційним називати достоїнством нового законодавства розширення меж судового захисту. Така ситуація склалася здебільшого завдяки тому, що досить тривалий час ми були позбавлені можливості захисту від свавілля органів влади за допомогою суду. Підвищення ролі суду у суспільстві зайвий раз свідчить про необхідність ретельної розробки питання про форми судового контролю і створенні у законодавстві необхідних умов для їх найбільш ефективної реалізації.

Поряд із розмежуванням форм судового контролю за виконанням судових рішень на попередній та наступний в науці існують й інші підходи до його класифікації.

І.Б. Морозова та С.А. Сьомін до форм судового контролю поряд із порядком попереднього санкціонування судом процесуальних дій державного виконавця щодо виконання та процесуального порядку оскарження дій (бездіяльності) державного виконавця відносять процесуальний порядок оскарження законності та обґрунтованості постанов суду з питань, які виникають в процесі виконання [10, 59].

Така класифікація форм судового контролю за виконанням судових рішень дуже схожа до тієї, яка ще за радянських часів була дана П.П. Заворотьком. Він, зокрема, виділив чотири форми такого контролю:

1) попереднє (у випадках передбачених законом) санкціонування судом дій судового виконавця щодо виконання;

2) оскарження процесуальних дій судового виконавця;

3) пред'явлення позову до стягувача чи боржника будь-якою особою, інтереси якої зачіпаються виконанням, про поновлення порушеного права;

4) оскарження і опротестування ухвал, постановлених судом з приводу питань, які виникають в стадії судового виконання, якщо це дозволено законом [11, 346].

Вказане визначення форм судового контролю за виконанням судових рішень критикується С.В. Щербак, яка погоджується тільки з тим, що суд здійснює контроль у виконавчому провадженні лише у випадку оскарження дій державного виконавця. “Все ж інше, визначене як судовий контроль, не є таким. Це лише питання взаємодії суду і Державної виконавчої служби, що виникають під час безпосереднього виконання рішень суду і лише в силу того, що ці рішення раніше виносив суд”. Крім того, вона вказує на те, що фактично змішується два зовсім різні види судового контролю — того, що здійснюється за діяльністю адміністративних органів, і судового контролю, що здійснюється у цивільному судочинстві,

тобто контроль вищестоящего суду за нижчестоящим, який здійснюється у випадку апеляційного оскарження рішення, а в нашому випадку — ухвали суду з питань, що виникають у виконавчому провадженні [12, 100].

На нашу думку, судовий контроль за виконанням судових рішень найдоцільніше розглядати через ступінь втручання суду в діяльність органів державної виконавчої служби. Тому ми поділяємо погляди на класифікацію форм судового контролю, запропоновану З.З. Саттаровою. Вона, ґрунтуючись на формах, виділених П.П. Заворотьком, вказала, що судовий контроль за виконанням судових рішень може відбуватися у формі прямого, непрямого та вторинного контролю [13, 12]. Така класифікація вбачається нам найбільш вдалою і з точки зору діючого законодавства України.

Ґрунтуючись на формах судового контролю, виділених З.З. Саттаровою, пропонуємо наступні форми судового контролю за виконанням судових рішень:

1) безпосередній (прямий) контроль за виконанням судових рішень — розгляд скарг на рішення, дії (бездіяльності) державного виконавця, мета якого полягає у захисті прав та інтересів учасників виконавчого провадження під час здійснення примусового виконання судового рішення державним виконавцем;

2) опосередкований (непрямий) контроль за виконанням судових рішень, який здійснюється в порядку позовного провадження в ході захисту порушених в процесі примусового виконання прав сторін та осіб, які не брали участі у виконавчому провадженні, а також у випадку притягнення до відповідальності за невиконання судового рішення;

3) вторинний контроль (апеляційне чи касаційне оскарження ухвал суду, постановлених з питань, які виникли на стадії судового виконання), об'єктом якого є діяльність суду щодо здійснен-

ня повноважень, які складають його виключну компетенцію на стадії виконання рішення.

Наведені форми судового контролю за виконанням судових рішень незалеж-

но від мети їх спрямування є засобами захисту прав учасників виконавчого провадження, а також гарантіями, які в своїй сукупності забезпечують реалізацію судових рішень.

Список літератури:

1. Див. *Горшенев В.М., Шахов И.Б.* Контроль — как правовая форма деятельности. — М.: Юрид. лит., 1987. — 176 с.; *Андрійко О.Ф.* Державний контроль в Україні: організаційно-правові засади / НАН України; Інститут держави і права ім. В.М. Корецького. — К.: Наукова думка, 2004. — 304 с.; *Шестак В.С.* Державний контроль в сучасній Україні (теоретико-правові питання): Монографія. — Харків: Державне спеціалізоване видавництво “Основа”, 2003. — 208 с.; *Чепурнова Н.М.* Судебный контроль в Российской Федерации: проблемы методологии, теории и государственно-правовой практики / Ростов-на-Дону., Изд-во СКНЦ ВШ. 1999. — 224 с.
2. *Клепикова М.А.* Проблемы взаимодействия органов принудительного исполнения и судов в исполнительном производстве // Бюллетень законодательства и судебной практики, июнь 2003. — № 2 (7). — С. 12-17.
3. Настольная книга судебного пристава: справочно-методическое пособие / Отв. ред. проф. В.В. Янков. — М.: Издательство БЕК, 2000. — 768 с.
4. *Шакитко Т.В.* Процессуальный порядок рассмотрения судом дел, возникающих из исполнительных правоотношений: Автореф. дисс...канд. юрид. наук: 12.00.15. — Саратов, 2004. — 22 с.
5. *Клепикова М.А.* Вказана праця.
6. *Морозова И.Б., Семин С.А.* Роль суда в исполнительном производстве // Законодательство, 2001. — № 1. — С. 57-62.
7. *Клепикова М.А.* Вказана праця.
8. *Барихин А.Б.* Большой юридический энциклопедический словарь. — М.: Книжный мир, 2004. — 720 с.
9. *Авдюков М., Треушников М.* Контроль судьи за исполнением судебных решений // Советская юстиция. 1971. — № 12. — С. 24-25.
10. *Морозова И.Б., Семин С.А.* Вказана праця.
11. *Заворотко П.П.* Процессуальные гарантии исполнения судебного решения. — М.: Юрид. лит., 1974, — 360 с.
12. *Фурса С.Я., Щербак С.В.* Виконавче провадження в Україні. Навчальний посібник. — К.: Атіка, 2002. — 480 с.
13. *Саттарова З.З.* Участие суда в исполнительном производстве: Автореф. дисс...канд. юрид. наук: 12.00.15. — М., 2004. — 30 с.

РЕЗЮМЕ

Статья посвящена вопросам судебного контроля за исполнением судебных решений. В публикации рассматриваются существующие в науке классификации форм судебного контроля. Делая вывод об отсутствии единого подхода в этом вопросе, автор, основываясь на действующем законодательстве Украины, предлагает свое видение разграничения форм судебного контроля в сфере исполнения судебных решений.

SUMMARY

The article is devoted to the issues of judicial control over the execution of legal proceedings. The publication elaborates to the idea of existence of judicial control form classification for

the execution of legal proceedings in science. The author suggests his vision of delimitation forms of judicial control in the sphere of legal proceedings execution based on his assumption of lack of universal approach towards this issue in terms of the existing Ukrainian legislation

*Рекомендовано кафедрою цивільного,
господарського права та процесу*

Отримано 27.03.06



О.Ю. Кашинцева,
кандидат юридических наук
(Академия адвокатуры Украины)

Правове регулювання біоетичних проблем в громадянському суспільстві

Ключові слова: біоетика, біоюриспруденція, генна інженерія, трансплантація, громадянське суспільство.

4 квітня 2006 року Президентом України було видано розпорядження, яке започаткувало правове регулювання проблем, пов'язаних із генною інженерією та трансплантацією з позиції громадянського суспільства. Це Розпорядження "Про уповноваження С. Головатого на підписання Додаткового протоколу до Конвенції про захист прав людини та людської гідності щодо застосування біології та медицини, який стосується заборони клонування людей" [1].

Правовий захист біологічної цілісності людини є однією з найбільш актуальних проблем сучасної правової науки. "Без адекватного соціально-правового захисту генетична революція може стати кроком уперед для науки, але двома кроками назад для прав людини. Зловживання генетичною інформацією може створити новий клас знедолених: тих, кому не поталанило з генотипом" [2].

Першими в Українській науковій літературі необхідність належного правового регулювання біоетичних проблем в громадянському суспільстві зазначили у своїх працях філософ В. Чешко [3], біолог

В. Грищенко [4], медик В. Запорожан [5], юрист Т. Тарахонич і медик О. Тарахонич [6]. Ми бачимо представників філософії, біології, медицини і права. Якщо спільний науковий поступ біології і медицини є вже усталеним традиційним поєднанням, то крізь призму права ці науки формують нову галузь знань — біоюриспруденцію.

Соціально-історичний аналіз проблем взаємовідносин науки, політичних і владних структур призводить до висновку, що проблема демаркації науки та інших форм знання [7], не втративши свого філософсько-методологічного значення, набула актуальності як частина глобальнішої проблеми — про механізми і тенденції спільної еволюції науки та інших соціальних інститутів. Набуваючи соціальної значущості, наукова проблема переміщується зі сфери точних наук у сферу політики, етики, права. Відбувається швидка трансляція власне наукових конструкцій в інші семантичні системи [4]. Наслідки розвитку конкретних галузей фундаментального природознавства і утворюваних на їх

основі нових технологій сприймаються суспільством з погляду соціально-політичних та етичних колізій.

Конвенція про захист прав людини та людської гідності щодо застосування біології та медицини 1997 року [8] (далі — Конвенція) покликана закласти підвалини національного законодавства у сфері захисту біологічної цілісності людини. Сторони цієї Конвенції захищають гідність і тотожність всіх людей та гарантують кожній особі без будь-якої дискримінації повагу до її недоторканості та інших прав і основних свобод щодо застосування біології та медицини.

Відповідно до зазначеної конвенції правовий захист біологічної цілісності і недоторканності людини відбувається за трьома напрямками: захист прав людини в сфері генної інженерії, захист ембріонів, захист прав людини в сфері трансплантації. Основним принципом, закладеним конвенцією, є принцип пріоритету інтересів однієї людини над інтересами суспільства.

Отже, щодо першого напрямку. Забороняється будь-яка форма дискримінації особи за ознакою генетичної спадковості. Тести, які прогнозують генетичні захворювання або які дозволяють визначити особу як носія гена, що відповідає за захворювання, чи виявити генетичну схильність, або сприйнятливості до того чи іншого захворювання, можуть проводитися тільки в інтересах здоров'я або для наукових досліджень, пов'язаних із інтересами здоров'я, та з урахуванням відповідних консультацій спеціаліста-генетика.

Втручання з метою видозміни геному людини може здійснюватися лише у профілактичних, діагностичних або лікувальних цілях і тільки якщо воно не має на меті внести будь-яку видозміну у геном нащадків.

Використання медичних репродуктивних технологій з метою селекції статі майбутньої дитини не дозволяється, за винятком випадків, коли необхідно

уникнути серйозного спадкового захворювання, пов'язаного зі статтю.

Щодо захисту ембріонів, то відповідно до норм конвенції вони розглядаються як об'єкт досліджень. Дослідження на ембріоні *in-vitro* можуть дозволятися національним законодавством країни-учасниці Конвенції тільки за умови, що законодавство встановлює захист ембріона. Беззаперечно забороняється вирощування ембріонів людини для проведення досліджень.

Проблема захисту ембріонів тісно перемишується із етико-правовими проблемами трансплантації. Про етику трансплантації сьогодні говорять і пишуть чимало. Водночас слід зазначити, що суспільство загалом не підготовлене до акцепції ідей трансплантації і донорства. Це, передусім, зумовлено впровадженням засобами масової інформації у свідомість обивателя сенсаційних, найчастіше не перевірених і непрофесійно висвітлених відомостей негативного характеру, що значною мірою дискредитує перспективний науковий напрям, у розвитку якого Україна ще не втратила передових позицій [4].

Для деяких невиліковно хворих трансплантація органів є єдиним засобом порятунку. Немоżliвість розв'язання проблем заміної, органної і клітинної терапії лише методами класичної трансплантації призвели до того, що останнім часом увага зміщується в бік міні-трансплантації та використання соматичних клітин людини, як альтернативи пересадки цілого органа. Особливе місце в клітинній трансплантації належить клітинам фето-плацентарного комплексу (анатомічні матеріали мертвого ембріона, плоду людини), що регулюється Законом України "Про трансплантацію органів та інших анатомічних матеріалів людини" [9].

Науковою спільнотою активно обговорюється питання про те, наскільки етично використовувати абортівний матеріал для виготовлення біологічних

препаратів з метою надання допомоги хворим. Оскільки національне медичне законодавство не передбачає заборони здійснення абортів, абортивний матеріал не зберігається, — немає причин, що унеможлиблювали б його використання. Під час аналізу питання використання фетальних тканин акцент зміщується на проблему етичності абортів. Як зазначає В. Грищенко: “Хочемо ми цього, чи ні — аборти проводяться, і ще більш неетичним є ненадання допомоги хворим під гаслом заборони абортів” [4].

Етичні проблеми клітинної і тканинної трансплантації загалом можна розглядати в кількох аспектах. Перша проблема стосується етичності трансплантації клітин і тканин як методу лікування хворого організму, відновлення порушених функцій і корекції метаболічних порушень. При цьому постає питання про те, наскільки виправдана трансплантація клітин і тканин з медичної точки зору, тобто чи етичною є сама трансплантація.

Конвенція встановлює, що видалення у живого донора органів і тканин для цілей трансплантації може здійснюватися тільки з метою лікування реципієнта та за умови відсутності необхідного органа чи необхідної тканини померлої особи та іншого альтернативного методу лікування порівнянної ефективності.

Друга проблема етики трансплантації — це взаємини лікар — донор і донор — реципієнт. Найскладнішим її моментом є отримання органів і тканин для трансплантації. Він потребує дотримання всіх принципів медичної етики і правового регулювання. На сьогодні світовою практикою сформовано дві правові концепції, які законодавчо регулюють процедуру вилучення трансплантатів.

Перша вимагає одержання згоди самого донора та його родини у разі смерті потенційного донора. Так, ст. 5 Конвенції визначається, що будь-яке втручання у сферу здоров'я може здійснюватися тільки після добровільної та свідомої згоди на нього відповідної особи. Такий особі заздалегідь надається відповідна інформація про мету і характер втручання, а також про його наслідки та ризики. Відповідна особа у будь-який час може безперешкодно відкликати свою згоду.

Друга ґрунтується на презумпції згоди, що припускає можливість заготівлі органів і тканин без одержання згоди, якщо на момент їх вилучення медичній установі невідомо про негативну позицію померлого або його родини.

Наскільки прийнятна для українського суспільства перша правова концепція отримання анатомічного матеріалу, широко обговорювалося на з'їзді трансплантологів, оскільки, на думку медиків, узаконення саме такої процедури призвело б до різкого скорочення кількості трансплантацій в Україні [4]. І це є певним свідченням незрілості українського громадянського суспільства.

У ході формування в Україні нової ідеологічної доктрини, яка ґрунтується на принципах громадянського суспільства і політичного егалітаризму, необхідно враховувати концептуальні зміни поглядів на природу людини. Сучасні концепції захисту прав і свобод людини мають здолати певний шлях трансформації своїх вихідних постулатів, щоб відповідати вимогам сучасної науки. З появою генно-інженерних технологій наука здобула інструмент планомірної зміни біологічної природи людини, і без належного правового регулювання межа між суб'єктом і об'єктом дослідження залишається занадто невизначеною.

Список літератури:

1. Розпорядження № 57/2006-рп Президента України “Про уповноваження С. Головатого на підписання Додаткового протоколу до Конвенції про захист прав людини та

людської гідності щодо застосування біології та медицини, який стосується заборони клонування людей” від 4 квітня 2006 року // www.rada.gov.ua

2. *Hajer M., Kesselring S.* Democracy in Risk Society? Learning from the New Politics of Mobility in Munich // *Environmental Politics*. — 1998. — № 3. — Р. 1-23.

3. *Чешко В.* Біоетика і громадянське суспільство // *Вісник НАН України*. — 2002. — № 1. — С. 43-49.

4. *Грищенко В.* Етичні питання клітинної і тканинної трансплантації // *Вісник НАН України*. — 2002. — № 1. — С. 26-31.

5. *Запорожан В.* Від біоетики до ноетики // *Вісник НАН України*. — 2004. — № 12. — С. 22-29.

6. *Тарахонич Т., Тарахонич О.* Біоетичні проблеми: теоретично-правовий аспект // *Вісник НАН України*. — 2002. — № 1. — С. 41-43.

7. *Поппер К.* Открытое общество и его враги. — Т. 2. — М.: Феникс. — 1992. — С. 341.

8. Конвенція про захист прав людини та людської гідності щодо застосування біології та медицини 1997 року // www.rada.gov.ua

9. Закон України “Про трансплантацію органів та інших анатомічних матеріалів людини” // *Відомості Верховної Ради України*. — 1999. — № 41. — Ст. 377.

РЕЗЮМЕ

Представленная статья касается правового регулирования биоэтических проблем в современном украинском обществе. В частности раскрываются положения Конвенции о защите прав человека и человеческого достоинства сквозь призму гражданского общества.

SUMMARY

This article concerns the problems of legal regulation in the sphere of biotechnologies in the modern Ukrainian society. In particular, the author comments the Convention on Protection of Human Rights and Dignities in the Sphere of biology and medicine in the point of human society.

*Рекомендовано кафедрою цивільного,
господарського права та процесу*

Отримано 13.04.06



*В.В. Бабенко,
аспірантка
(Академія праці і соціальних відносин
Федерації профспілок України)*

Належність та допустимість доказів в господарському процесі

Ключові слова: *принципи, належність, допустимість, доказування, засоби доказування, докази.*

В науці господарського процесуального права теорія судового доказування є мало розробленою. До цього часу немає єдиної точки зору навіть щодо найбільш важливих питань доказування, зокрема, щодо принципів доказування. Саме цей факт і викликав необхідність даного дослідження. Вивченням питання принципів доказування займаються такі вчені-процесуалісти як М.К. Треушніков, В.В. Золотих, А.С. Козлов, А.А. Мохов тощо.

В теорії доказового права висловлена точка зору, згідно з якою доказове право має свої власні принципи, які деталізують і доповнюють галузеві принципи. Серед таких принципів виділяють принцип належності доказів та принцип допустимості доказів.

Належність і допустимість — необхідні якісні характеристики судового доказування.

Належність доказів — це правило поведінки суду, в силу якого він приймає, витребує, досліджує тільки ті докази, які здатні підтвердити факти, що мають значення для розгляду справи по суті, необхідні і достатні для винесення обґрунтованого рішення.

Відповідно до ст. 34 Господарського процесуального кодексу України (далі — ГПК) [2] господарський суд приймає тільки ті докази, які мають значення для справи. Тобто з усіх наданих доказів, що надаються особами, які беруть участь у справі, суд повинен відібрати ті, що мають відношення до справи, тобто які мають зв'язок із фактами, що підлягають встановленню. Отже, в основі принципу належності доказів лежить об'єктивний зв'язок між доказами і фактами, що підлягають доказуванню.

Природу належності обумовлює закон взаємодії, закон передачі особливостей обставин джерелу фактичних даних, здатності взаємодіючих обставин і доказів знаходитися у відношенні відповідності один одному. Закономірності, в силу яких інформація здатна відтворювати обставини справи, і дозволяють судді використовувати її при висуванні версій, формуванні істинного знання [5, с. 21].

Належними фактами у справі виступають:

1. Юридичні факти, тобто події, дії, з якими пов'язані виникнення, існування, зміна або припинення прав і обов'язків.

Правове питання не можна вирішити без з'ясування обставин, які містять юридичний склад господарського спору, який розглядається;

2. Факти, що є причинами порушення законодавства і недоліків в діяльності підприємств, установ, організацій.

Інформація, яка використовується господарським судом повинна бути корисною для суб'єкта пізнання. Тому всі дані повинні оцінюватися судом з точки зору їх ефективності в процесі встановлення фактичних обставин справи. Із змісту ст. 34 ГПК вбачається, що норма про належність доказів адресована тільки суду, оскільки сторони і інші зацікавлені особи, які надають докази можуть помилятися в оцінці їх належності або можуть свідомо вводити в оману суд. Суд відповідно до правил належності доказів повинен регулювати процес надання, витребування, дослідження доказів з метою відбору необхідного і достатнього доказового матеріалу.

На важливість виконання судами вимог закону про належність доказів вказується і в Роз'ясненні Вищого арбітражного суду України від 10.12.1996 року "Про судові рішення" [3]. В п. 3 вказаного Роз'яснення вказано, що рішення господарського суду має ґрунтуватися на повному з'ясуванні такого: а) чи мали місце обставини, на які посилаються особи, що беруть участь у процесі, та якими доказами вони підтверджуються; б) чи не виявлено в процесі розгляду справи інших фактичних обставин, що мають суттєве значення для правильного вирішення спору, і доказів на підтвердження цих обставин. в) яка правова кваліфікація відносин сторін, виходячи із фактів, установлених у процесі розгляду справи, та яка правова норма підлягає застосуванню для вирішення спору.

Діюче законодавство надає можливість здійснити первинний відбір доказів відповідно до правил належності вже на початкових етапах господарського судочинства. Так, в позовній заяві

позивач повинен зазначити докази, що підтверджують позов, перелік документів та інших доказів, які додаються до заяви, і докласти документи, що підтверджують обставини, на яких ґрунтуються позовні вимоги (ст. 54, 57 ГПК). У відзиві на позовну заяву відповідач повинен вказати докази, що обґрунтовують відхилення позовної заяви (ст. 59 ГПК). В процесі підготовки справи до розгляду суддя може витребувати від осіб, які беруть участь у справі, документи, відомості, висновки, необхідні для вирішення спору (ст. 65 ГПК). Сторона, прокурор, які порушують клопотання перед господарським судом про витребування доказів, повинні докладно визначити: який доказ вимагається, за яких підстав вони вважають, що ці докази має підприємство чи організація, і обставини, що підтверджують ці докази (ст. 38 ГПК).

В юридичній літературі розповсюдженою є думка про те, що вирішення питання про належність доказів передбачає дослідження двох моментів. По-перше, необхідно визначити, чи входить факт, для встановлення якого залучається даний доказ, до складу предмета доказування або до числа інших фактів, необхідних для правильного вирішення справи. По-друге, чи здатний доказ з урахуванням його змісту цей факт встановлювати. Тобто, чи є зв'язок між доказом і фактом, який підлягає встановленню.

Як свідчить практика, найбільш розповсюдженим недоліком судових рішень є необґрунтованість кінцевих висновків суду. Цей недолік стосується саме не з'ясування всіх фактів, які мають значення для правильного вирішення спору, що і призводить до відміни рішень вищестоящими судами.

Належними є надані докази, які здатні підтвердити чи спростувати:

- 1) факти предмета доказування;
- 2) доказові факти;
- 3) факти, що дають підстави для винесення окремої ухвали по справі, які є

супутніми фактам предмета доказування і доказовим фактам;

4) факти, які впливають на зупинення, припинення справи і залишення заяви без розгляду [8, с. 57].

Норми матеріального і процесуального права не містять рекомендацій, які стосуються належності доказів за конкретними справами. Закон не в змозі передбачити, в якій формі і в якому місці залишить відбитки, відомості про себе той чи інший факт, що має юридичне значення. Тому за допомогою норм матеріального права, які регулюють спірне правовідношення, суд встановлює коло юридичних фактів, що відносяться до справи, тобто предмет доказування у справі.

Таким чином, належність доказів визначається наявністю зв'язку між змістом фактичних даних, відомостей про факти і самими фактами, які підлягають встановленню і мають значення для правильного вирішення справи.

Якщо належність судових доказів визначається якістю їх змісту, тобто наявністю в доказах достатньої інформації, що здатна підтвердити чи спростувати факти, то допустимість доказів пов'язана з їх процесуальною формою, тобто характером процесуальних засобів доказування незалежно від того, яка інформація в них міститься.

У загальному вигляді допустимість доказів можна визначити як придатність доказу з точки зору законності джерел, методів і засобів отримання відповідної інформації. Під допустимістю доказів зазвичай розуміють:

1. Використання тільки передбачених законом доказів (пояснення сторін, показання свідків, висновки експертів, письмові і речові докази тощо);

2. Підтвердження відповідних обставин справи тільки встановленими законом засобами доказування.

Перевірка доказів щодо їх допустимості і виключення з процесу доказів (матеріалів), які отримані з порушенням

закону, розглядається як важлива гарантія забезпечення прав і свобод людини, законного і справедливого вирішення господарських справ.

Згідно ст. 55 Конституції України [1] кожен має право будь-якими не забороненими законом засобами захищати свої права і свободи від порушень і протиправних дій. Закріплення даної норми у вигляді імперативу при буквальному тлумаченні тягне за собою виключення доказів у всіх випадках процесуальних порушень, не дивлячись на те, наскільки істотним є кожен з них. Вирішення цього питання на теоретичному та законодавчому рівні — одна із проблем сучасного судочинства.

В ст. 35 ГПК визначається, що обставини справи, які відповідно до законодавства повинні бути підтверджені певними засобами доказування, не можуть підтверджуватися іншими засобами доказування. Іншими словами, в господарському судочинстві можливі випадки, коли ті чи інші обставини згідно з прямою вказівкою закону не можуть доказуватися будь-якими іншими доказами. Такі обмеження вводяться низкою норм матеріального права.

Вирішуючи питання про те, які докази допускати, а які не допускати до процесу, суд зазвичай керується вказаними вище положеннями. Належність до справи того чи іншого доказу визначається судом. Суд самостійно вирішує, який доказ може, а який не може містити відомості про обставини справи. Проте, на нашу думку, властивості допустимості доказів повинні визначатися законодавством. В той же час, необхідно відмітити, що ні один закон України не містить в систематизованому вигляді, правил допустимості доказів. Окремі норми, які відносяться до цих правил, знаходяться у різноманітних правових актах, що ускладнює їх практичне застосування.

В країнах англосаксонської правової системи джерелом для формування даних правил довгий час був судовий

прецедент. Наприклад, в Англії протягом століть розроблялися суворо регламентовані правила допустимості доказів у кримінальному та цивільному судочинстві. На підставі накопиченого ними досвіду був підготовлений і введений в дію у 1898 році Закон про кримінальні докази. В подальшому було прийнято декілька законів, які регламентують процес доказування в цивільному судочинстві 1938, 1968, 1972, 1995 років.

В США до 1975 року питання допустимості доказів також вирішувалися на підставі прецедентного права. З 1975 року в США почали діяти Федеральні правила про докази [6, с. 26-27].

В Україні, в тому числі радянського і пострадянського періоду питанню створення правил допустимості доказів не надавалося особливого значення. Була відповідна надія на судову практику, що виробить ці правила, однак це не було виправдано. Саме тому дані питання залишилися у вирішенні теоретиків. Питанням теорії доказів взагалі, і вироблення правил допустимості доказів, зокрема, приділяли увагу такі науковці, як: Н.С. Алексєєв, М.С. Строгович, М.К. Треушніков тощо. Займаються цією проблемою і вчені-процесуалісти Російської Федерації. Так, В.В. Золотих пропонує дотримуватися наступних правил при визначенні допустимості доказів:

- правила про належний суб'єкт надання доказів;
- правила про належне джерело отримання доказу;
- правила про належну процедуру отримання доказу;
- правила “про плоди отруєного дерева”;
- правила про недопущення доказів, які містять відомості невідомого походження;
- правила “про несправедливе упередження” [4, с. 59].

Більшість з цих правил, які рекомендовані автором до застосування у кримінальному процесі, на наш погляд, можуть

бути застосовані і в господарському судочинстві, оскільки процесуальні галузі права мають спільні інститути. Проте, це не виключає особливостей цих галузей, а також інститутів в межах окремих галузей процесуального права.

Так, згідно з правилом про належний суб'єкт докази повинні бути отримані особою, яка правомочна у даній справі здійснювати ту процесуальну дію, в ході якої ці докази отримані. В господарському судочинстві суб'єктами отримання доказів виступають сторони та господарський суд. При цьому сторони — найбільш зацікавлені учасники процесу, вони самостійно збирають докази і надають їх до суду. В той же час, окремі види доказів (наприклад, висновок експерта) сторони самостійно отримати не можуть. В таких випадках суд безпосередньо є суб'єктом отримання доказів. Докази, отримані особою, яка не має право здійснювати відповідні процесуальні дії або підлягає відводу, повинні визнаватися недопустимими.

Правила щодо належного джерела доказів передбачають, що докази повинні бути отримані тільки із передбачених законом джерел — засобів доказування (пояснення сторін і третіх осіб, показання свідків, висновки експертів, письмові і речові докази). Отримання доказів із не встановленого законом джерела тягне за собою його недопустимість. В ряді випадків, закон вказує тільки на відповідне джерело, із якого можуть бути отримані ті чи інші відомості. В таких випадках неможливою є заміна одного джерела іншим (наприклад, в ряді випадків неможлива заміна висновку експерта думкою певного спеціаліста тощо).

Відповідно до правила про належну процедуру, докази повинні бути отримані із дотриманням вимог відносно порядку здійснення відповідної процесуальної дії. Господарським процесуальним законодавством передбачається ціла низка процесуальних дій, а саме: витребування господарським судом доказів, призна-

чення експертизи, огляд і дослідження доказів безпосередньо в місці їх знаходження тощо.

Матеріали, які отримані шляхом проведення дій, не передбачених законом або з порушенням вимог закону відносно процедури здійснення процесуальних дій (вимоги до терміну здійснення, про обов'язкову участь спеціаліста, із застосуванням погрози, помилка особи відносно своїх прав і обов'язків тощо), не можуть бути покладені в основу судового рішення.

Згідно із правилом “про плоди отруєного дерева” доказ визнається недопустимим, якщо він отриманий на підставі іншого доказу, який отриманий з порушенням закону. Речові та письмові докази, які залучені до процесу з порушенням вимог діючого законодавства, а також висновки експертів, отримані на підставі їх дослідження, повинні виключатися із числа доказів по справі.

Згідно із правилом про недопустимість доказів, які містять відомості невідомого походження, доказ визнається допустимим, якщо він містить відомості, походження яких відоме і може бути перевірене. Тому при експертних дослідженнях використовуються, як правило, відомі методи, способи. Докладно повинні бути описані умови проведення експертизи, щоб була реальна можливість оцінити її достовірність, а за необхідності провести повторну чи додаткову експертизу.

Згідно з правилом про несправедливе упередження сила доказу не повинна суттєво підвищувати загрозу несправедливого упередження. Без необхідності, тобто поза зв'язку із предметом доказування не повинні досліджуватися факти, які мали місце в минулому і які свідчать про певні обставини чи певну поведінку, а також можуть істотним чином вплинути на ставлення до однієї із сторін, сформувавши упереджене ставлення суду.

Дотримання зазначених правил дозволяє, на наш погляд, звільнити

господарський процес від матеріалів, які не відносяться до справи, забезпечити його більш надійними доказами, а також об'єктизувати діяльність судді, в тому числі, виявити причини судових помилок.

Необхідно також зазначити, що правила допустимості доказів, певною мірою обмежують можливості суду у встановленні істини по справі. Іншими словами, може виникнути колізія інтересів, протиріччя між принципом об'єктивної істини і правилами допустимості доказів.

Вважається, що дані обмеження введені з метою забезпечення найбільш надійних доказів у окремих категоріях справ, стабільності і надійності господарського обороту. В той же час виникає питання, що це за надійність і саме для кого вона вигідна, якщо не дозволяє встановити фактичні обставини і вирішити справу по справедливості, а не по закону, який у відповідних ситуаціях може бути вигідним для певних осіб, що зловживають правом. Не виключено, що таке становище буде змінюватися. По суті, інститут допустимості є не що інше, як “модернізована спадщина негативної системи формальних доказів” [7, с. 98].

На думку А.В.Смирнова, основна відмінність сучасних правил допустимості доказів від вимог класичної негативної системи складається лише із ступеня впливу на доказовість факту. Правила допустимості хоча і впливають на встановленість факту, але менш жорстко, ніж вимоги формальної системи, вони схиляють, але не зобов'язують. Інститут допустимості доказів має право на існування, однак не в жорсткій, а у гнучкій формі і наслідки порушення за загальним правилом повинні бути не встановлені законом, а визначатися судом з урахуванням конкретних обставин справи і принципів процесу.

Іншими словами, здійснюються спроби на теоретичному рівні зв'язати між собою принципи законності, об'єктивної

істини, змагальності, диспозитивності і інших принципів, які діють в судовому процесі з урахуванням волевиявлення законодавця.

Таким чином, суд у кожному конкретному випадку повинен встановити наступне:

- чи викликає дане порушення сумніви в достовірності інформації, яка є наявною у справі;

- чи порушується принцип рівності учасників спору, права і законні інтереси інших осіб;

- чи підлягають дані порушення усуненню;

- яка мета законодавця виражена у нормі, що підлягає застосуванню.

Якщо ж виявлені порушення не впливають на достовірність даних, не порушують права і законні інтереси сторін, принципи господарського судочинства

у їх взаємозв'язку, вважається невірним відмовлятися від досягнення істини тільки за формальними міркуваннями. Не виключено, однак, що за певними категоріями господарських справ зберігається заборона на використання доказів, отриманих з окремими порушеннями закону (щодо використання тільки прямо передбачених засобів доказування).

Слід також підкреслити, що дані операції повною мірою здійснюються за наявності всіх необхідних і достатніх матеріалів, які надані до процесу.

Враховуючи викладене, вважаємо за необхідне закріпити в ст. 34 ГПК загальне правило допустимості доказів, а саме: "Не допускається використання доказів в господарському процесі, отриманих з порушенням вимог діючого законодавства України".

Список літератури:

1. Конституція України // Відомості Верховної Ради України. — 1996. — № 30. — Ст. 141.
2. Господарський процесуальний кодекс України від 6 листопада 1991 року // Відомості Верховної Ради України. — 1992. — № 6. — Ст. 56.
3. Роз'яснення Вищого арбітражного суду України від 10 грудня 1996 року № 02-5/422 "Про судові рішення".
4. *Золотых В.В.* Правила допустимости доказательств в уголовном процессе. — Ростов-на-Дону, 1999. — 112 с.
5. *Козлов А.С.* Понятие доказательства в арбитражном процессе. — Иркутск, 1980. — 47 с.
6. *Мохов А.А.* Правила допустимости доказательств в гражданском процессе России и их применение в судебной практике // Арбитражный и гражданский процесс. — 2002. — № 11. — С. 26-29.
7. *Смирнов А.В.* Состязательный процесс. — СПб., 2001. — 156 с.
8. *Треушников М.К.* Доказательства и доказывание в советском гражданском процессе. — М.: Изд-во Моск. ун-та, 1982. — 160 с.

РЕЗЮМЕ

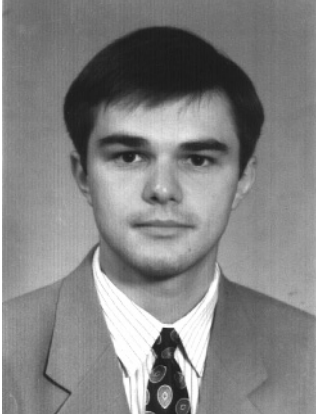
В статье освещаются основные проблемы применения принципов доказывания в хозяйственном процессе. Автором, на основе законодательства Украины и специальной литературы, анализируется понятие и правовая природа относимости и допустимости доказательств, раскрывается порядок их применения в хозяйственном процессе.

SUMMARY

The article deals with the main problems of the application of principles of probation in economic process. The author analyzes the notion and legal nature of relevance and admissibility of evidence, discloses the order of their application in the economic process, based on the Ukrainian legislation and specialized literature.

*Рекомендовано кафедрою цивільного,
господарського права та процесу*

Отримано 23.12.05



Я.О. Іолкін,
аспірант
(Академія адвокатури України)

Міжнародні процедури реєстрації товарних знаків за Мадридською Угодою про міжнародну реєстрацію знаків і Регламентом Ради (ЄС) про товарний знак Співтовариства

Ключові слова: міжнародна реєстрація знаків, міжнародна заявка, заявник, ОНІМ, мадридська система.

Систему міжнародної реєстрації знаків було започатковано 1891 року укладанням Мадридської угоди про міжнародну реєстрацію знаків (Мадридська Угода). Свого розвитку вона набула з підписанням Мадридського Протоколу до Мадридської Угоди 1989 року (Мадридський Протокол) [1] та 1993 року зі Створенням Офісу з реєстрації знаків Європейського Союзу в Аліканте відповідно до Регламенту Ради (ЄС) № 40/94 від 20 грудня 1993 року про товарний знак Співтовариства (Регламент Ради (ЄС) про товарний знак Співтовариства) [2].

Заявник, який бажає отримати правову охорону знака в декількох країнах повинен дотримуватися формальних вимог кожної із них, а це ускладнюється різними процедурами, мовами, вимогами до заявки, терміном правової охорони. Необхідність набуття правової охорони у кожній окремій країні призводить і до значних матеріальних видатків (державне мито, гонорари патентним повіреним, перекладачам тощо). Отже, мета між-

народних актів — звільнити заявника від таких складнощів завдяки запровадженню єдиних уніфікованих вимог до міжнародної реєстрації [3].

Територія дії такої реєстрації залежить від правового режиму, який обрав заявник. Так, в межах Мадридської угоди територія дії потенційно розповсюджується на 52 країни-учасниці Мадридської угоди (заявник сам обирає серед цих країн територію, на яку подає заявку), відповідно до Регламенту Ради (ЄС) про товарний знак Співтовариства охорона автоматично надається в країнах — членах Європейського Союзу.

Мадридська система реєстрації вперше встановила уніфіковані правила міжнародної реєстрації знаків. Неучасть в Мадридській угоді таких країн, як Японія, Сполучені Штати Америки і Велика Британія значно ускладнювала захист товарних знаків на світовому ринку. Було прийнято рішення про внесення поправок в Мадридську систему шляхом укладання Протоколу до Мадридської

Угоди. Мадридський протокол є відкритим міжнародно-правовим актом для всіх країн-членів Паризької конвенції з охорони промислової власності [4]. Мадридський Протокол діє як доповнення до Мадридської угоди і порівняно з останньою містить такі новели:

- надає можливість міжнародній заявці базуватися не лише на національній реєстрації знаку, але й на національній заявці (ст. 2(1) (i) Мадридського Протоколу);

- збільшує термін для прийняття рішення про відмову у наданні правової охорони знаку з 12 місяців до 18, а в окремих випадках цей термін може бути збільшено (ст. 5 (2) Протоколу);

- передбачає можливість перетворення міжнародної реєстрації в національні або регіональні заявки;

- надає можливість національним відомствам встановлювати мито за подання заявки вищим, ніж це передбачається за Мадридською угодою (ст. 8 (7) Протоколу);

- заявка може подаватися в Міжнародне бюро не лише французькою, але й англійською мовами;

- передбачає, що не лише держави, але й деякі міжурядові організації можуть бути учасниками Протоколу (ст. 14 (1)).

Мадридський Протокол також містить принцип “Збереження Мадридської угоди (Стокгольмського акту)”, який передбачає, що відносини між двома країнами-учасницями Мадридської Угоди регулюються Мадридською Угодою (і на них не поширюються, наприклад, зазначені вище новели) і лише якщо одна зі сторін є учасницею Мадридського Протоколу, то відносини із нею регулюватимуться Мадридським Протоколом. Таке положення зумовлено тим, що учасників Мадридської угоди повністю задовольняє вже усталена система міжнародної реєстрації знаків, яка існувала до 1989 року, і вони бажають керуватися її правилами й надалі.

Україна є також учасницею Договору про закони про товарні знаки (TLT), укладеного 1994 року (серед країн-учасниць зокрема — США, Велика Британія, Японія, Данія, Іспанія, Швейцарія) [5]. Мета цього договору — гармонізація і спрощення адміністративних процедур, пов’язаних з реєстрацією товарних знаків. Цей договір не поширюється на такі знаки: колективні товарні знаки, знаки, що набули правової охорони відповідно до принципу першовикористання, знаки, що не сприймаються візуально (звукові, нюхові). TLT передбачає, що реєстраційна процедура поділяється на такі основні етапи: подання заявки, зміни, які можуть вноситися після реєстрації, пролонгування реєстрації. Ст. 3 TLT встановлює вичерпний перелік відомостей, які можуть вимагатися для реєстрації знака. Національні відомства не мають права вимагати жодних додаткових відомостей. Вони не вправі вимагати нотаріального посвідчення чи легалізації підпису на заявці, окрім випадків відмови від заявки, якщо необхідність такого засвідчення передбачається національним законодавством. Не дозволяється також вимагати жодних доказів і підстав зміни імені (найменування) заявника. Термін дії національної реєстрації знака становить 10 років із подальшою пролонгацією на 10 років. Національним відомствам забороняється проводити кваліфікаційні експертизи знаків, термін дії яких продовжується.

В Україні відповідно до ст. 1 Закону України “Про охорону прав на знаки для товарів і послуг” [6] такою установою є Державний департамент інтелектуальної власності, що діє у складі Міністерства освіти і науки України. Правовий статус і функції Департаменту визначаються у Постанові КМ України “Про затвердження Положення про Державний департамент інтелектуальної власності” від 20 червня 2000 року.

До міжнародних закладів реєстрації товарних знаків належать: відповідно

до Мадридської угоди — Міжнародне бюро інтелектуальної власності, а відповідно до Регламенту Ради (ЄС) про товарний знак Співтовариства — Office for Harmonisation of the Internal Market (trade marks and designs) (ОНІМ) — Офіс гармонізації внутрішнього ринку (товарні знаки і промислові зразки) (надалі — ОНІМ).

Міжнародне бюро створено відповідно до Мадридської угоди про міжнародну реєстрацію знаків. Мета створення Міжнародного бюро полягає у тому, щоб полегшити процедуру реєстрації знаків на території країн-учасниць Мадридської угоди. Проте така реєстрація не поширюється на територію всіх країн-учасниць Мадридської угоди автоматично (як, наприклад, за Регламентом Ради (ЄС) про товарний знак Співтовариства — на територію ЄС), а лише на територію країн, зазначених в заявці. Міжнародна реєстрація за Мадридською угодою не має дії на території країни-походження знака. На території країни-походження діє лише національна реєстрація.

Відповідно до Регламенту Ради (ЄС) про товарний знак Співтовариства (ст. 2) органом реєстрації знаків в межах ЄС є ОНІМ. Метою діяльності ОНІМ є полегшення процедури реєстрації знаків в межах ЄС. Слід зазначити, що на відміну від реєстрації в межах Мадридської угоди, при реєстрації в ОНІМ територія її дії автоматично поширюється на всі країни-члени ЄС.

Відповідно до ст. 4 Паризької конвенції, ст. 1 Закону України “Про охорону прав на знаки для товарів і послуг”, ст. 2 Мадридської угоди про реєстрацію знаків, ст. 5 Регламенту Ради (ЄС) про товарний знак Співтовариства особами, які мають право подати заявку на реєстрацію знака, є будь-які фізичні та юридичні особи.

Відповідно до ст. 4 Закону України “Про охорону прав на знаки для товарів і послуг” [6] іноземні особи та інші особи,

які мають постійне місце проживання за межами України, у відносинах з Департаментом у справах інтелектуальної власності реалізують свої права через патентних повірених. Правовий статус та функції патентних повірених в Україні регулюються Постановою Кабінету Міністрів України від 27 серпня 1997 р. № 938 “Про затвердження Положення про представників у справах інтелектуальної власності (патентних повірених)” [7]. Представництво перед ОНІМ, відповідно до Регламенту Ради (ЄС) про товарний знак Співтовариства, здійснюють professional representatives — представники, акредитовані при ОНІМ (ст. 89 п. 5 Регламенту Ради (ЄС) про товарний знак Співтовариства).

Щодо представницьких функцій перед ОНІМ, то існують деякі відмінності порівняно з українським законодавством. Так, відповідно до ст. 88-89 Регламенту Ради (ЄС) про товарний знак Співтовариства, фізичні та юридичні особи, місце проживання або основне місце здійснення підприємницької діяльності яких знаходиться на території ЄС, можуть бути представлені перед ОНІМ їхніми працівниками на підставі довіреності. Наявність нерухомого майна чи бізнесу і навіть статус інвестора в Україні не надають можливості звертатися до Департаменту безпосередньо, а лише через патентних повірених.

Вимоги до заявки поділяються на вимоги до форми заявки і вимоги до змісту заявки.

Формальні вимоги до подання заявки на реєстрацію знака за критерієм потенційної території дії свідоцтва можна поділити на три групи:

- вимоги до заявки в межах національного законодавства;
- вимоги до заявки про міжнародну реєстрацію знака в межах Мадридської угоди;
- вимоги до заявки про реєстрацію знака в межах Регламенту Ради (ЄС) про товарний знак Співтовариства.

Відповідно до закону про знаки (ст. 7) і Правил складання та подання заявки на видачу свідоцтва на знак для товарів і послуг, заявка про реєстрацію знака здійснюється у формі заявки, зміст якої встановлюється національними відомствами. Форма міжнародної заявки в межах Мадридської угоди встановлюється ст. 3 Протоколу до Мадридської угоди. Форма заявки в ОНІМ визначається ст. 26 Регламенту Ради (ЄС) про товарний знак Співтовариства і ст. 1 Правил застосування Регламенту Ради (ЄС) про товарний знак Співтовариства.

Формальні вимоги щодо форми заявки, в свою чергу, мають мовний критерій: в Україні заявка повинна бути складена українською мовою; при поданні міжнародної заявки в межах Мадридської угоди вона подається в Департамент українською мовою, надалі пересилається в Міжнародне бюро у англійському чи французькому перекладі (ст. 6 Мадридської Угоди); при поданні міжнародної заявки в ОНІМ заявка укладається однією із мов, передбачених Регламентом Ради (ЄС) про товарний знак Співтовариства (англійська, французька, іспанська, німецька, італійська).

Спільним для національної і обох міжнародних систем реєстрації є принцип єдності заявки, відповідно до якого заявка повинна стосуватися одного знака (позначення, що відрізняється від заявленого позначення будь-яким елементом, вважається іншим позначенням).

Щодо вимог до змісту заявки, то вони поділяються на *загальні вимоги* і *спеціальні вимоги*, які залежать від моменту виникнення права пріоритету, виду знаку, що заявляється (словесний, зображувальний, об'ємний тощо) і від кількості заявників (у випадку із колективним товарним знаком).

Загальні вимоги до змісту заявки *при національній реєстрації* стосуються пакета документів, необхідного для реєстрації знака, а саме: заява про реєстрацію знака; зображення знака, що заявляється; пере-

лік товарів і послуг, щодо яких заявник просить зареєструвати знак, згрупованих за МКТП; документ про сплату збору за подання заявки, в тому числі за експертизу, оформлений відповідно до вимог Положення про порядок сплати зборів; довіреність на ім'я представника, якщо заявка подається через такого.

Щодо загальних вимог до змісту заявки *при міжнародній реєстрації в межах Мадридської угоди*, то особливості (порівняно із національним законодавством) полягають у наступному: заявка на міжнародну реєстрацію базується на вже здійсненій національній реєстрації знака чи національній заявці; заявка на міжнародну реєстрацію знака повинна стосуватися одного знака, але може базуватися на декількох реєстраціях одного і того ж знака в Україні; у заявці повинні бути зазначені товари чи послуги, для яких вистебується охорона знака, а також, якщо можливо, відповідний клас чи класи згідно з класифікацією, встановленою Ніццькою угодою про Міжнародну класифікацію товарів і послуг для реєстрації знаків (якщо заявник не зазначає класи, Міжнародне бюро саме класифікує товари чи послуги за відповідними класами згаданої класифікації). Класифікація товарів чи послуг, подана заявником, підлягає перевірці Міжнародним бюро, що здійснює її разом з національним відомством. У випадку розбіжностей між національним відомством і Міжнародним бюро рішення останнього є остаточним). До заявки додається документ, що підтверджує сплату необхідних зборів та мита, які сплачуються у швейцарських франках (правило 34 Інструкції щодо Мадридської угоди).

Слід зазначити, що відповідно до Мадридської угоди, у разі припинення національної реєстрації знака впродовж перших 5 років від дати його міжнародної реєстрації, подальше територіальне поширення такого знака неможливе.

При міжнародній реєстрації в межах Мадридської угоди, знаку надається та-

кий статус у кожній заявленій країні, як і у разі національної реєстрації на її території. Таким чином, один знак, зареєстрований відповідно до правил Мадридської угоди у різних країнах може мати різний статус. За національними відомствами також залишається право відмовити у реєстрації знака на їх території, про що до Міжнародного бюро надсилається мотивована відмова.

Термін міжнародної реєстрації за Мадридською угодою становить 20 років, незалежно від терміну встановленого національним законодавством країн, де така реєстрація мала місце.

Загальні вимоги до змісту заявки при міжнародній реєстрації відповідно до ст. 26 Регламенту Ради (ЄС) про товарний знак Співтовариства є такими — до Офісу слід подати: заяву про реєстрацію знака; інформацію про заявника; перелік товарів і послуг, щодо яких подається заявка на реєстрацію знака; представлення знака (зображення, опис тощо, залежно від виду позначення).

В Україні при національній реєстрації вона подається в Науково-дослідницький центр патентної експертизи (Укрпатент) при Державному департаменті у справах інтелектуальної власності.

При міжнародній реєстрації відповідно до статті 1(2) Мадридської угоди та на підставі правила 9 Інструкції щодо

цієї Угоди, заявку на міжнародну реєстрацію знака повинно бути подано до Міжнародного бюро ВОІВ через національне Відомство. Функції Відомства щодо процедури реєстрації знаків в рамках Мадридської угоди покладено на Укрпатент.

Отже, відповідно до Регламенту Ради (ЄС) про товарний знак Співтовариства (ст. 25) заявник за своїм вибором подає заявку безпосередньо до ОНІМ чи у відповідне національне Відомство країн ЄС. Український заявник теж має право вибору щодо найбільш простої і ефективної процедури реєстрації знака безпосередньо в ОНІМ через представника, акредитованого в Аліканте, чи за Мадридською угодою. Основним чинником у здійсненні вибору є територія потенційного ринку обігу товарів під відповідним маркуванням. Відсоток міжнародних заявок від українських підприємств в режимі ОНІМ є порівняно невеликим. Це зумовлено, по-перше, відсутністю інформації щодо останнього, а по-друге — небажанням вітчизняних патентних повірених передавати справи своїм конкурентам в Аліканте. Отже, можна вважати за доцільне вітчизняним підприємцям також використовувати можливість реєстрації знаку за європейською процедурою.

Список літератури:

1. Закон України “Про внесення змін до Закону України “Про приєднання України до Протоколу до Мадридської угоди про міжнародну реєстрацію знаків” // Відомості Верховної Ради. — 2003. — № 39. — Ст. 340.
2. Council Regulation 40/94 of December 20, 1993 on the Community Trade Mark [1994] O.J. L. 11/1.
3. *Gevers F. Tatham D.* The opposing procedure in the Community Trade Mark System // [1998] E.I.P.R. ISSUE 1.
4. Заява Уряду України про дію в Україні міжнародних угод з питань охорони промислової власності // Інновація. — 1992. — № 4-5.
5. Закон України “Про внесення змін до Закону України “Про ратифікацію Договору про закони щодо товарних знаків” // Відомості Верховної Ради. — 1995. — № 37. — Ст. 281.
6. Закон України “Про охорону прав на знаки для товарів і послуг” від 15 грудня 1993 р. // Відомості Верховної Ради. — 1994. — № 7. — Ст. 36.

7. Постанова Кабінету Міністрів України від 27 серпня 1997 р. № 938 “Про затвердження Положення про представників у справах інтелектуальної власності (патентних повірених)” <http://zakon.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi>

РЕЗЮМЕ

Представленная статья затрагивает некоторые проблемы международной процедуры регистрации товарных знаков в Украине. Автором проводится сравнительный анализ процедуры регистрации товарных знаков в соответствии с мадридской системой и системой европейского законодательства.

SUMMARY

This article reflects the problems of the international procedure of the trademark registration in Ukraine. The author provides the comparative analysis of the international procedure of trademark registration in accordance with the Madrid system and the procedure, established by the legislation of the EU.

*Рекомендовано кафедрою цивільного,
господарського права та процесу*

Отримано 17.01.06



О.А. Костюченко,
кандидат юридичних наук, доцент
(Академія адвокатури України)

Сутність та роль валютного законодавства України

Ключові слова: валютна політика, валютна система, валютне регулювання, валютні операції, валютна монополія.

Національна валютна система і валютні відносини займають важливе місце в організації фінансово-кредитної системи України. В сучасних умовах необхідною передумовою структурної перебудови економіки країни є активізація та модифікація валютної політики, вдосконалення повноцінного валютного ринку, поступова лібералізація валютних відносин в бік спрощення міжнародного обміну товарами, послугами, капіталами.

Нормальне функціонування валютного ринку та стан валютних відносин залежить від валютного законодавства — одного з важливих інструментів державного регулювання. Валютне законодавство України служить правовою основою організації валютного регулювання і валютного контролю. Валютне регулювання є однією із форм реалізації валютної політики держави і впливу на регулювання міжнародних економічних відносин. На сьогодні питанням суті та характеристики валютного законодавства в юридичному плані приділяється недостатня увага. Хоча дослідженням окремих питань цієї проблеми присвячені праці вітчизняних та зарубіжних вчених, зокрема Н.А. Артемова, Е.А. Алісова, Б.Ю. Дорофєєва, Ж.В. Заваль-

ної, Є.В. Карманова, Л.М. Кравченко, Н.В. Сапожнікова, Г.А. Тосунян та ін. [1].

Метою валютного законодавства є забезпечення єдиної державної валютної політики, стабільності національної грошової одиниці та стійкості внутрішнього валютного ринку як факторів прогресивного розвитку національної економіки і міжнародного економічного співробітництва. До сфери дії валютного законодавства належать:

а) правові основи і принципи валютного регулювання і валютного контролю в Україні;

б) права і обов'язки резидентів і нерезидентів щодо володіння, користування та розпорядження валютними цінностями;

в) повноваження органів валютного регулювання;

г) права і обов'язки органів і агентів валютного контролю.

Валютне законодавство — це система нормативно-правових актів, що регулюють відносини у валютній сфері. Валютне законодавство — це ті нормативні акти, які містять правові норми, що регулюють суспільні відносини з приводу здійснення угод і операцій з валютними цінностями в межах країни та у відносинах з

іноземними державами і громадянами у міжнародних розрахунках, а також порядок ввезення, вивезення, переказування і пересилання із-за кордону та за кордон національної та іноземної валюти та інших валютних цінностей [2].

Валютне законодавство встановлює режим здійснення валютних операцій на території України, загальні принципи валютного регулювання, закріплює повноваження та функції державних органів, банків та інших фінансово-кредитних установ в регулюванні валютних операцій, права й обов'язки суб'єктів валютних відносин, порядок здійснення валютного контролю та відповідальність за порушення валютного законодавства.

Валютне законодавство регулює як публічно-правові, так і приватноправові відносини, що виникають при здійсненні валютних операцій. Особливістю валютного законодавства є те, що роль публічних елементів тут значно вища, бо за допомогою них можна посилити валютний режим та здійснювати контроль за рухом капіталу. Однак валютне регулювання можна здійснювати також із застосуванням приватноправових методів, які повинні сприяти сталості національної валюти, зміцненню валютної системи держави. Сюди належать операції Національного банку з купівлі-продажу іноземної валюти (валютні інтервенції), платіжних документів і зобов'язань в іноземній валюті, зберігання і продажу валютних цінностей.

Термін «валютне законодавство» — це узагальнююче поняття значного масиву нормативних актів, який охоплює всі нормативні акти, що стосуються валютного регулювання і валютного контролю [3].

Валютне законодавство України, будучи зовнішньою формою правового регулювання валютних відносин, характеризується нормативними актами різної юридичної сили, змісту та форми. Юридична форма зазначених актів залежить від значення державного органу,

який регулює валютну діяльність, та його економічного змісту. Визначаючи поняття валютного законодавства, слід зауважити, що воно охоплює як безпосередньо закони, так і інші нормативні акти у сфері валютних відносин (укази, постанови, декрети, положення, інструкції, правила) [4].

Валютне законодавство України як інструмент державного регулювання постійно розвивається, вдосконалюється, тобто знаходиться в постійній динаміці. Враховуючи специфіку предмета регулювання — валютних відносин, валютне законодавство має певні особливості:

1. Воно носить міжгалузевий комплексний характер, адже включає норми різних галузей права: адміністративного, фінансового, цивільного, господарського, кримінального, приватного міжнародного. Так, норми адміністративного права встановлюють систему органів, що здійснюють валютне регулювання та валютний контроль, їх компетенцію. Норми цивільного законодавства регулюють товарно-грошові відносини, що стосуються використання іноземної валюти. Відповідно до п. 2 ст. 192 ЦК України іноземна валюта може використовуватися в Україні у випадках і в порядку, встановлених законом.

Норми кримінального права забезпечують захист від таких серйозних посягань як скоєння злочинів у господарській сфері і, зокрема, контрабанда валюти (ст. 201 КК України), ухилення від повернення виручки в іноземній валюті (ст. 207 КК України), незаконне відкриття або використання за межами України валютних рахунків (ст. 208 КК України).

2. Як свідчить практика нормотворення в галузі валютного законодавства безпосередньо кількість законів, що регулюють різні аспекти валютного регулювання і валютного контролю, незначна. Це пояснюється складною і повільною процедурою прийняття законів. Оперативне регулювання валютних відносин забезпечується, головним

чином, підзаконними відомчими нормативними актами-положеннями, інструкціями, правилами, наказами, які приймаються Національним банком України, Державною податковою адміністрацією України, Державною митною службою України. Ці органи наділені функціями нормотворчого характеру і видають відомчі акти, які мають міжгалузевий характер і відображають специфічну сферу їх діяльності.

3. Валютне законодавство України становить багаторівневий масив підзаконних нормативних актів, які не систематизовані і не мають узагальнюючого фундаментального закону. А чинний декрет Кабінету Міністрів України “Про систему валютного регулювання і валютного контролю” носить рамковий характер, містить норми, зміст яких конкретизується та деталізується за допомогою інших численних підзаконних актів [5].

4. Для валютного законодавства властиво переважання публічних інтересів над приватними в сфері валютних відносин. Саме в рамках публічного права держава здатна реалізовувати і охороняти загальні підвалини, без яких неможливий адекватний розвиток економіки та нормальне функціонування валютної системи держави. Прикладом може бути ліцензування валютних операцій, обмеження використання іноземної валюти в господарському обігу держави та ін.

5. Нині валютне законодавство зорієнтоване, головним чином, на вирішення поточних проблем, що виникають в сфері валютного регулювання, а це призводить до частих змін норм валютного законодавства і не сприяє стабільності валютних відносин, негативно впливає на практику застосування валютного законодавства.

Валютне законодавство виконує дві основні функції — регулюючу і контрольну. Регулююча функція валютного законодавства має на меті визначення

обсягу прав і обов’язків суб’єктів валютних правовідносин, контролююча функція забезпечує дотримання валютного законодавства під час здійснення валютних операцій.

В сучасних умовах валютне законодавство займає важливе місце в правовому регулюванні валютних відносин, виступає інструментом державного регулювання в проведенні грошово-кредитної політики, спрямовано, насамперед, на підвищення ефективності національної валютної системи та реалізацію валютної політики держави.

Валютне законодавство України базується на певних принципах, які являють вихідні нормативно-керівні положення, основи механізму державного валютного регулювання. До них належать:

- єдність валютної політики як складової частини економічної політики держави;
- єдність валютного простору України;
- єдність системи державного регулювання валютних операцій резидентів і нерезидентів та контроль за її здійсненям;
- пріоритет економічних заходів державного регулювання валютної сфери;
- рівність учасників валютних відносин та їх недискримінація;
- захист державою прав і законних інтересів учасників валютних відносин;
- виключення невиннованого втручання держави і її органів в систему валютних відносин.

Система валютного законодавства України характеризується різноманітністю і становить багаторівневу систему нормативно-правових актів: від законів, указів, постанов, інструкцій до міжнародних договорів та звичаїв. Ієрархічна система джерел валютного законодавства за юридичною силою може бути класифікована таким чином:

- а) Конституція України (ст. 92);
- б) закони і кодекси України;
- в) укази Президента України і пос-

танови, декрети Кабінету Міністрів України;

г) підзаконні нормативні акти (інструкції, положення, правила, накази та ін.);

г) міжнародні договори і угоди України;

д) міжнародні звичаї.

Важливе місце серед джерел валютного законодавства посідають закони. Серед законів можна виділити законодавство загального характеру і спеціальні закони, що присвячені валютному регулюванню і валютному контролю.

До законів загального характеру, що містять окремі норми, які мають важливе значення для валютної сфери, належать Закон України від 16 квітня 1991 р. “Про зовнішньоекономічну діяльність”, Закон України від 23 грудня 1998 р. “Про регулювання товарообмінних (бартерних) операцій в галузі зовнішньоекономічної діяльності”, Закон України від 19 березня 1996 р. “Про режим іноземного інвестування” та ін.

Важливе місце серед джерел валютного законодавства займають спеціальні закони. Наприклад, Закон України від 23 вересня 1994 р. “Про порядок здійснення розрахунків в іноземній валюті”, який спеціально регулює порядок зарахування виручки резидентів в іноземній валюті на їхні валютні рахунки в уповноважених банках, строки зарахування цих сум та відповідальність за порушення термінів здійснення валютних операцій [6].

До специфічних форм валютного законодавства належать укази Президента України, які регламентують найбільш важливі питання валютного регулювання. До них належать: Указ від 18 червня 1994 р. “Про невідкладні заходи щодо повернення в Україну валютних цінностей, що незаконно знаходяться за її межами”, Указ від 7 вересня 1994 р. “Про заходи щодо забезпечення валютного та експортного контролю”, Указ від 27 червня 1999 р. “Про врегулювання порядку одержання резидентами кредитів, позик

в іноземній валюті від нерезидентів та застосування штрафних санкцій за порушення валютного законодавства”.

В системі джерел валютного законодавства важлива роль відводиться підзаконним нормативним актам — постановам і декретам Кабінету Міністрів України.

Слід відмітити особливу роль в сфері валютного регулювання і валютного контролю як джерела права спеціального базового нормативного акта — Декрету Кабінету Міністрів України від 19 лютого 1993 р. “Про систему валютного регулювання і валютного контролю”, в якому визначено режим здійснення валютних операцій на території України, загальні принципи валютного регулювання, повноваження державних органів і функції банків та інших кредитно-фінансових установ України в регулюванні валютних операцій, права та обов’язки суб’єктів валютних відносин, порядок здійснення валютного контролю та відповідальність за порушення валютного законодавства.

Основний масив підзаконних нормативних актів, які детально регламентують питання валютного регулювання, складають постанови, інструкції, положення, правила, накази, які видаються Національним банком України та іншими центральними органами виконавчої влади. Ці акти деталізують закони і постанови Уряду України з питань валютного регулювання, повинні їм відповідати та бути зареєстровані в Міністерстві юстиції України.

Аналіз валютного законодавства України свідчить, що воно, виступаючи важливим елементом системи державного регулювання, носить сьогодні консервативний характер, стан його правового регулювання не повною мірою відповідає сучасним тенденціям розвитку економіки країни і процесам глобалізації та інтеграції зовнішньоекономічних зв’язків.

З метою вдосконалення валютного законодавства України слід вирішити

ряд питань, які будуть сприяти лібералізації механізму валютного регулювання, подальшому розвитку повноцінного валютного ринку в Україні, а саме:

1. Деякі важливі питання відносно вирішення стратегічних завдань валютного регулювання не розроблені на законодавчому рівні. Це стосується, в першу чергу, правового режиму валютних операцій та функціонування механізму валютного контролю, які регламентуються в положеннях та інструкціях Національного банку України. У зв'язку з цим назріла необхідність прийняття базового кодифікаційного акта — Закону “Про валютне регулювання”, який би ґрунтовно визначив принципи здійснення валютних операцій, повноваження і функції органів валютного регулювання і валютного контролю, права і обов'язки суб'єктів валютних відносин, порядок здійснення валютного контролю та відповідальність за порушення норм валютного законодавства.

2. Провести процес дерегулювання в сфері валютних операцій та зняти ряд валютних обмежень, наприклад, спростивши деякі вимоги щодо здійснення операцій з іноземною валютою, порядку відкриття валютних рахунків, встановлення режиму обмежень на ввезення-вивезення через кордон валютних цінностей та ін.

3. Запровадити стратегічне планування при підготовці нормативних актів, що стосуються валютного регулювання і валютного контролю, спрямованих на попередження негативних ситуацій в сфері валютних відносин та з метою мінімізації

валютних ризиків, зробивши валютну політику більш прогнозованою.

4. З метою посилення боротьби з відмиванням “брудних грошей” підвищити роль валютного контролю за незаконним вивезенням валютних коштів за кордон та передбачити заходи щодо повернення валютних цінностей з-за кордону.

5. Здійснити персоніфікацію відповідальності за порушення норм валютного законодавства.

6. Систематично проводити роботу щодо систематизації та кодифікації валютного законодавства, що призвело б до об'єднання цих норм в єдину систему та забезпечило більшу взаємопов'язаність нормативних актів у валютній сфері.

7. Відобразити в національному законодавстві міжнародні правові засоби валютного регулювання, що сприятиме поглибленню міжнародної кооперації валютних відносин та процесу інтернаціоналізації правового регулювання у валютній сфері. Йдеться, насамперед, про проблеми криміналізації експортно-імпортних операцій, посилення контролю за рухом капіталу та боротьбою з відмиванням “брудних грошей”.

8. Вдосконалити існуючу систему публікації актів валютного законодавства, забезпечивши доступність їх для користувачів.

Вирішення цих актуальних питань сприятиме суттєвій лібералізації валютного ринку, забезпечить ефективність валютного регулювання та відповідатиме реаліям економічного розвитку України.

Список літератури:

1. Бублик В. Законодательство о валютном регулировании; практика применения // *Хозяйство и право*, 1997, № 3; Сапожников Н.В. Теоретические проблемы и перспективы развития валютного права // *Государство и право*, 2001, № 11; Хлестова И.О. Валютные операции и российское законодательство. — М., 1997; Завальна Ж.В., Старинський М.В. Валютне право України: навчальний посібник. — Суми: Університетська книга, 2005.
2. Банковское законодательство / Под ред. Е.Ф. Жукова. — М.: Юпити, 2001. — С. 246.

3. Костюченко О.А. Валютне право, валютне регулювання // Юридична енциклопедія. — К.: Українська енциклопедія, 1998. — Т. 1. — С. 300-301.
4. Костюченко О.А. Банківське право: підручник. — К.: Професіонал, 2004. — С. 284.
5. Збірник постанов Уряду України, 1993, № 4-5, ст. 58.
6. Відомості Верховної Ради України, 1994, № 40, ст. 364.
7. Алисов Е.А. Правовое регулирование валютных отношений в Украине. — Х.: Консум, 1998.
8. Бездітко Ю.М. Валютне регулювання: навчальний посібник. — К.: Олди, 2004.
9. Дорофеев Б.Ю., Земцов Н.Н., Пушин В.А. Валютное право России. — М.: Норма, 2000.
10. Карманов Є.В. Правові аспекти регулювання валютних операцій у новому Цивільному кодексі України // Право України, 2000, № 6. — С. 69-71.

РЕЗЮМЕ

Статья посвящена сущности и особенностям валютного законодательства Украины — важному инструменту государственного регулирования. Автор высказывает ряд предложений, касающихся совершенствования валютного законодательства Украины.

SUMMARY

The article deals with the essence and peculiarities of currency legislation of Ukraine, an important instrument of state regulation. The author submits proposals aimed at improving currency legislation of Ukraine.

*Рекомендовано кафедрою кримінального
та адміністративного права*

Отримано 05.02.06



В.В. Українець,
аспірант
(Академія адвокатури України)

Поняття “злочинної організації” в українській юридичній літературі

Ключові слова: злочинна організація, злочинні угруповання, ознаки злочинної організації, ієрархічна структура.

У протидії організованій злочинності виключно важливе значення має чітке визначення у кримінальному законодавстві складів злочинів, які передбачають кримінальну відповідальність за злочини, вчинені організованими злочинними угрупованнями. У чинному Кримінальному кодексі України (далі — КК) ці питання розглядаються як у Загальній, так і в Особливій частині. Щодо Загальної частини, то у ч. 3 ст. 28 КК дається визначення поняття організованої групи, вчинення злочинів якою включається до підсистеми організованої злочинності. Слід зазначити, що і до цього часу не всі питання організованої групи знайшли чітке визначення в теорії та на практиці. Але ці питання є окремою проблемою і не входять в завдання даного дослідження.

Виключно актуальним є дослідження поняття злочинної організації. Слід зазначити, що це поняття вперше введено у КК 2001 р. і являє собою найбільш небезпечну форму співучасті.

У кримінально-правовій літературі аналіз поняття злочинної організації досліджувався у коментарях до КК, зокрема такими вченими як М.І. Мельник [9], М.І. Панов [4], І.К. Туркевич [7],

С.Д. Шапченко [8], в підручниках [5], в окремих наукових статтях [2, 3] та в працях інших дослідників.

У 2003 році Л.М. Демидовою захищена дисертація з проблем кримінальної відповідальності за створення злочинної організації, у якій розглядаються окремі питання загального поняття “злочинна організація” [1].

Наведене свідчить про те, що з проблем, які розглядаються, вже висловлені певні погляди. До цього слід додати, що 23 грудня 2005 року Пленум Верховного Суду України прийняв постанову № 13 “Про практику розгляду судами кримінальних справ про злочини, вчинені стійкими злочинними об’єднаннями” [11], в якій теж знайшли відображення окремі рекомендації щодо поняття ознак злочинної організації.

Незважаючи на наявність розробок з вказаної проблеми, ряд питань залишаються не вирішеними, дискусійними, тому висловлення своєї позиції щодо них сприятиме більш чіткому розумінню поняття злочинної організації. Це і є метою даної статті.

У ч. 4 ст. 28 КК дається наступне визначення поняття злочинної організації: “Злочин визнається вчиненим злочинною

організацією, якщо він скоєний стійким ієрархічним об'єднанням декількох осіб (три і більше), члени якого або структурні частини якого за попередньою змовою зорганізувалися для спільної діяльності з метою безпосереднього вчинення тяжких або особливо тяжких злочинів учасниками цієї організації, або керівництва чи координації злочинної діяльності інших осіб, або забезпечення функціонування як самої злочинної організації, так і інших злочинних груп”.

З цього визначення випливає, що злочинна організація це:

1. стійке об'єднання;
2. має ієрархічну структуру;
3. об'єднує декількох осіб (трьох і більше);
4. зорганізоване за попередньою змовою його членами або структурними частинами для спільної злочинної діяльності.

Злочинна організація може створюватися для виконання наступного:

- а) безпосереднього вчинення тяжких або особливо тяжких злочинів;
- б) керівництва чи координації злочинної діяльності інших осіб;
- в) забезпечення функціонування як самої злочинної організації, так і інших злочинних груп.

Проаналізуємо перелічені ознаки злочинної організації. Як зазначено вище злочинна організація — це стійке об'єднання. Між тим і організована група також визначається як стійке об'єднання. Природно, що виникає питання, які ж риси властиві злочинній організації як стійкому злочинному формуванню на відміну від організованої групи.

У юридичній літературі в зв'язку з цим зазначається, що стійкість об'єднання осіб у злочинній організації за багатьма рисами схожа з цим поняттям в організованій групі. Між тим окремі вчені в якості спеціальних рис, що визначають стійкість злочинної організації називають те, що така організація утворюється заздалегідь та існує відносно тривалий час [4].

Професор П.С. Матишевський зазначав, що стійкість злочинної організації характеризується:

- а) наявністю постійної групи (членів такого угруповання);
- б) наявністю стійких зв'язків між її членами і взаємодію між її групами;
- в) наявністю визначеного рівня її ієрархічного підпорядкування;
- г) здатністю і готовністю кожного члена угруповання виконати будь-яке завдання, що визначено у плані спільної діяльності злочинної організації. Крім цього між учасниками таких угруповань має місце розподіл обов'язків [6].

З наведеного можна зробити висновки, що вказані автори вважали, що злочинна організація створюється для вчинення низки, а не одного злочину, оскільки тривалий характер її існування передбачає саме таку діяльність.

Професор І.К. Туркевич прямо зазначає, що стійкість як ознака злочинної організації полягає в тому, що така організація створюється для тривалої злочинної діяльності на постійній основі і забезпечується надійним захистом від розкриття [7].

Детально розглянула поняття злочинної організації як стійкого формування Л.М. Демидова, яка зазначає, що по-перше, стійкість об'єднання припускає стійкість внутрішніх зв'язків у злочинній організації. По-друге стійкість об'єднання виражається в тому, що злочинна організація створюється на певний проміжок часу для вчинення більш-менш тривалої спільної злочинної діяльності. Між тим в подальшому тексті Л.М. Демидова припускає можливість створення злочинної організації і для вчинення одного злочину, значного за тривалістю та складністю підготовки до його вчинення [1].

Ця позиція знайшла відображення і в постанові Пленуму Верховного Суду України “Про практику розгляду судами кримінальних справ про злочини, вчинені стійкими злочинними об'єднаннями” від

23 грудня 2005 року № 13. У вказаній постанові зазначається, що метою діяльності злочинної організації є вчинення тяжких або особливо тяжких злочинів чи тільки одного злочину, що вимагає ретельної довготривалої підготовки [11]. Таким чином злочинна організація може бути створена і для вчинення одного злочину, а не тільки тривалої злочинної діяльності.

На жаль, в юридичній літературі та при аналізі практичної діяльності не наводяться конкретні приклади створення злочинної організації для вчинення одного злочину. Вважаємо актуальним вивчення таких випадків для більш детального визначення ознак злочинних організацій. А за загальним правилом злочинні організації створюються для більш менш-тривалої злочинної діяльності.

У зазначеній постанові Пленуму Верховного Суду України наводяться й інші ознаки злочинної організації, які свідчать про її стійкість. Це виражається в їх здатності забезпечити стабільність і безпеку свого функціонування, тобто ефективно протидіяти факторам, що можуть їх дезорганізувати як внутрішнім (наприклад, невизнання авторитету або наказів керівника, намагання окремих членів об'єднання відокремитися чи вийти з нього), так і зовнішнім (недотримання правил безпеки щодо дій правоохоронних органів, діяльність конкурентів із злочинного середовища тощо).

На здатність об'єднання протидіяти внутрішнім дезорганізуючим факторам вказують, зокрема, такі ознаки: стабільний склад, тісні стосунки між його учасниками, їх централізоване підпорядкування, єдині для всіх правила поведінки, а також наявність плану злочинної діяльності та чіткий розподіл функцій учасників щодо його досягнення.

Ознаками зовнішньої стійкості злочинної організації можуть бути встановлення корупційних зв'язків в органах

влади, наявність каналів обміну інформацією щодо діяльності конкурентів із злочинного середовища, створення нелегальних (тіньових) страхових фондів та визначення порядку їх наповнення й використання тощо. Вказані рекомендації Пленуму Верховного Суду України є корисними для практики.

Специфічною ознакою злочинної організації, яка не властива іншим злочинним угрупованням, є її ієрархічна структура. У тлумачному словнику української мови термін "ієрархія" тлумачиться як послідовне розміщення посад, чинів тощо від найнижчих до найвищих у порядку їх підлеглості [10].

Щодо ієрархічності злочинних організацій, то в літературі зазначається, що ієрархічність злочинної організації передбачає наявність відповідної структурної побудови об'єднання, яка включає в себе наявність загального керівництва (лідерів), чітко визначену підпорядкованість рядових членів об'єднання його керівникам (у тому числі керівникам структурних частин), вертикальні зв'язки між вищими та нижчими структурами об'єднання, загальновизнані правила поведінки і забезпечення дотримання їх учасниками злочинної організації [9].

Схоже за суттю, але з деякими доповненнями визначення поняття ієрархічної злочинної організації дає і М.І. Панов. Він зазначає, що в злочинній організації співучасники об'єднуються не тільки для безпосереднього вчинення злочинів, а й для керівництва чи координації злочинної діяльності інших осіб чи забезпечення функціонування як цієї злочинної організації, так і інших злочинних груп. Про ієрархічність свідчить і наявність жорсткого контролю, відносин влади і підкорення суворій відповідальності за невиконання, покладених на особу обов'язків. Це злочинне угруповання передбачає наявність внутрішнього устрою самої злочинної організації, внутрішньої жорсткої дисципліни, ви-

Зв'язки між переліченими ланками достатньо складні, таємні, здійснюються за неписаними законами злочинного сві-

Наступна ознака злочинної організації як об'єднання, зорганізоване за попередньою змовою його членами або структурними підрозділами для спільної злочинної діяльності будь-яких дискусій у науковців не викликає.

У постанові Пленуму Верховного Суду України з цього приводу зазначено, що злочинну організацію 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.

Отже, повинна мати місце попередня домовленість про створення злочинної організації. Вступ конкретної особи до злочинної організації 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.

Список літератури:

1. Демидова Л. М. Кримінальна відповідальність за створення злочинної організації. Дисертація кандидата юридичних наук, — Х., 2003. — С. 51, 61, 141.
2. Єфремов С. Організовані злочинні угруповання в теорії вітчизняного кримінального права // Вісник прокуратури. — 2002. — № 3. — С. 37-42.
3. Єфремов С. Криміналізація організованої злочинної діяльності у чинному Кримінальному кодексі України // Право України. — 2003. — № 7. — С. 95-99.
4. 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. — С. 97-98, 92.
5. Кримінальне право України. Загальна частина: Підручник (Ю. В. Александров, В. І. Антипов, М. В. Володько та ін.); Видання 3-тє, перероблене та доповнене / За редакцією М. І. Мельника, В. А. Клименка. — К.: Юридична думка, 2004. — С. 158-160.
6. Матишевський П. С. Кримінальне право України. Загальна частина: підручник для студентів юридичних вузів і факультетів. — К.: А. С. К., 2001. — С. 173.
7. Науково-практичний коментар до Кримінального кодексу України. За заг. ред. Гончаренка В. Г. та Андрушка П. П. — К.: Форум, 2005, у трьох книгах. — С. 96-99, 97.
8. Науково-практичний коментар до Кримінального кодексу України, 4-тє видання, перероблене та доповнене / Відп. ред. С. С. Яценко. — К.: А. С. К., 2005. — С. 57-59.
9. Науково-практичний коментар Кримінального кодексу України, 3-тє видання, перероблене та доповнене / За редакцією М. І. Мельника, М. І. Хавронюка, 2004. — С. 90-91, 91.
10. Новий тлумачний словник української мови у трьох томах. Укладачі: В. В. Яременко, О. М. Сліпушко. — К.: Аконті. — С. 130.
11. Постанова Пленуму Верховного Суду України № 13 від 23 грудня 2005 року "Про практику розгляду судами кримінальних справ про злочини, вчинені стійкими злочинними об'єднаннями" // Вісник Верховного Суду України, 2006, — № 1. — С. 2-6, 4.
12. Туркевич І. К. Актуальні проблеми законодавчого забезпечення протидії організований злочинності // Матеріали науково-практичної конференції "Протидія організованій злочинності: теорія і практика, досвід, проблеми сьогодення та шляхи їх вирішення". — К. — Х., 2004. — С. 31.

РЕЗЮМЕ

В статті аналізуються нормативно закріплені в Уголовном кодексе Украины признаки преступной организации через призму общеизвестных научных дефиниций в области лингвистики, социологии, криминологии.

SUMMARY

The article analyzes the features of a criminal organization formally adopted in the Criminal Code through the prism of universal scientific definitions in the sphere of linguistics, sociology and criminology.

Рекомендовано кафедрою кримінального та адміністративного права

Отримано 23.04.06



О.І. Виноградова,
кандидат юридичних наук
(Верховний Суд України)

Врегулювання надання правової допомоги за відсутності міжнародного договору у проекті Кримінально-процесуального кодексу України

Ключові слова: *правова допомога, засади взаємності, проект КПК України.*

Запровадження у проекті нового Кримінально-процесуального кодексу України [2] (далі — Проект) інституту надання правової допомоги у кримінальних справах на засадах взаємності є спробою законодавчого закріплення можливості надання Україною або направлення нею запиту до іноземної держави про надання такої допомоги за умов відсутності з останньою міжнародного договору.

Необхідність закріплення такої можливості саме у процесуальному кодексі пов'язана з тим, що надання правової допомоги у кримінальних справах іноземній державі на бездоговірній основі, як і надання її на виконання міжнародного договору, віднесено до компетенції виключно державних установ та їх посадових осіб.

Відповідно до ч. 2 ст. 19 Конституції України [1] органи державної влади, їх посадові особи мають діяти лише на підставі, в межах повноважень та у спосіб, що передбачені Конституцією та законами України. Враховуючи цю вимогу, порядок кримінального судочинства та порядок надання міжнародної правової допомоги у кримінальних справах має

бути врегульовано виключно процесуальним кодексом.

У Проекті питання провадження у кримінальних справах, пов'язані з міжнародними відносинами, викладені у дванадцятому розділі, який складається з окремих глав, присвячених розкриттю різних за змістом видів правової допомоги. Зокрема, глава 58 регулює питання щодо надання допомоги у кримінальних справах при провадженні окремих процесуальних дій; глава 59 — про видачу осіб, які вчинили злочин (екстрадицію); глава 60 — про передачу і прийняття засуджених осіб; глава 61 — стосовно провадження у кримінальних справах у порядку кримінального переслідування; глава 62 — регулює інші питання кримінального судочинства, пов'язані з міжнародними відносинами (транзитне перевезення осіб тощо).

За загальним правилом, встановленим ч. 1 ст. 635 Проекту, правова допомога у кримінальних справах надається та запитується на території України на підставі чинних міжнародних договорів. Тобто правовими підставами направлення запиту про надання правової допо-

моги та виконання аналогічного запиту іноземної держави є норми міжнародного договору, стороною в якому є Україна і яким передбачено надання цього виду правової допомоги. Крім того, правова допомога може надаватися лише в передбаченому договором обсязі.

Якщо звернення про надання правової допомоги скеровано до органів іноземної держави, з якою відсутній договір або угода про правову допомогу у кримінальних справах, воно має містити посилання на принцип взаємності. Надання допомоги за відсутності міжнародних договорів є лише винятком із загального правила. У цьому випадку допомога запитується відповідно (та в обсязі) до існуючих традицій взаємодії компетентних органів України та іноземної держави або за аналогією з відповідними положеннями міжнародних договорів.

Такого висновку можна дійти, проаналізувавши положення ч. 2 ст. 638 Проекту, де зазначено: “При необхідності надання чи отримання правової допомоги за відсутності міжнародного договору з відповідною державою допомога може бути надана чи запитана на засадах взаємності”. Тобто умовою надання/запитування допомоги за відсутності міжнародного договору є саме взаємність. Поняття “на засадах взаємності” означає, що держави у разі необхідності за попередньою домовленістю (*ad hoc*) надаватимуть одна одній правову допомогу за відсутності відповідних багатосторонніх чи двосторонніх договорів. При цьому дотримання такої взаємності забезпечуватиметься шляхом відповідних гарантійних зобов’язань.

Порядок надання правової допомоги на засадах взаємності визначено ч. 3 цієї ж статті. Нею встановлено перелік державних органів, яким від імені України надається право гарантувати іноземній державі в майбутньому задоволення звернення цієї держави про надання правової допомоги. Таке право мають

Генеральна прокуратура України та Міністерство юстиції України.

Слід зауважити, що єдиною вимогою, яку містить Проект для гарантійного зобов’язання, є дотримання письмової форми запиту про правову допомогу. Тобто у Проекті не зазначено, як саме має бути оформлений цей документ. Зокрема, не визначено його зміст, мова, якою його повинно бути складено, особу, котра матиме право його підпису, строки його складання. Можливо, автори Проекту вважали, що зазначені органи мають вирішити це питання на власний розсуд, і такі вимоги не потребують законодавчого врегулювання. У будь-якому випадку така невизначеність шкодить справі, оскільки, на нашу думку, головною метою перелічених норм має бути встановлення єдиного порядку направлення на виконання міжнародних запитів.

Частиною 3 ст. 637 Проекту, яка регулює взаємовідносини у питаннях надання правової допомоги, встановлено, що “за відсутності міжнародного договору з відповідною державою доручення про надання правової допомоги з дотриманням положень частин першої та другої цієї статті надсилається до Міністерства закордонних справ України для подальшого направлення його дипломатичними каналами”. Отже, постає законмірне питання щодо подальшої долі складеного “гарантійного зобов’язання”: в якому порядку Міністерство юстиції України та Генеральна прокуратура України мають їх направляти? На жаль, названі статті Проекту відповіді на ці питання не дають. Повноваження зазначених органів закінчуються складанням “гарантійного зобов’язання”. Подальша доля цього документа фактично залишається невизначеною.

Слід також зазначити, що на відміну від норм міжнародного договору, принцип взаємності не означає, що держава, до якої скеровано конкретний запит іноземної країни, зобов’язана його вико-

нати. У зв'язку з цим сумнівною стає правомірність “гарантійного зобов'язання”, (наданого, наприклад, Міністерством юстиції України, яке є центральним органом виконавчої влади) з приводу будь-яких дій, виконання яких віднесено до компетенції судів, що належать до іншої самостійної гілки влади — судової. І чому в такому випадку ці гарантії не можуть бути надані Верховним Судом України, який згідно зі ст. 125 Конституції України є найвищим судовим органом у системі судів загальної юрисдикції?

На нашу думку, гарантійне зобов'язання не може поширюватися за межі предметної компетенції органа, який гарантує від імені держави надання в майбутньому іноземній державі правової допомоги. До того ж, можливо, доцільно наділити правом підпису гарантійного зобов'язання виключно керівників відповідних органів та установ, а саме тих, до компетенції яких віднесено прийняття рішення стосовно направлення запиту про надання правової допомоги на засадах взаємності (Генеральному прокурору, Міністру юстиції, Голові Верховного Суду України).

У главі 58 Проекту також не відображено можливості відмови у наданні допомоги іноземній державі, якій її надання попередньо було гарантоване. Йдеться про ситуацію, коли іноземна держава задовольнила запит України за умови гарантування останньою надання в майбутньому правової допомоги на засадах взаємності, і тепер звернулася до України з відповідним запитом. Автор статті вважає, що можливість відмови слід передбачити, проте відповідна норма Проекту обов'язково має містити вичерпний перелік конкретних підстав для такої відмови.

Недосконалість запропонованого регулювання інституту надання правової допомоги на засадах взаємності, можливо, пов'язана з викладенням особливостей цього інституту лише в одній із глав розділу дванадцятого Проекту,

а саме, у гл. 58 “Правова допомога у кримінальних справах при провадженні окремих процесуальних дій”. Адже її положення за змістом ніяк не пов'язані з положеннями інших глав розділу дванадцятого Проекту. Не носять ці положення і загального характеру (у главах 59-62 немає посилання на гл. 58). Кожна з них регламентує лише одне питання — надання правової допомоги у кримінальних справах при провадженні окремих процесуальних дій. Безумовно, можна стверджувати, що норма, яка закріплена у пп. 11 п. 1 ст. 638, дозволяє поширювати дії гл. 58 на інші глави цього розділу. Тоді постає питання: чому в цих главах немає жодного посилання на порядок надання правової допомоги, визначений у згаданій главі?

Крім того, хотілося б звернути увагу на можливість неоднозначного тлумачення терміну “правова допомога”, застосованого у гл. 58. Як уже зазначалося, в контексті цієї глави йдеться виключно про один із можливих видів правової допомоги — допомогу у кримінальних справах при провадженні окремих процесуальних дій. Інші форми співпраці України з іноземними державами — видача осіб, передача провадження у кримінальних справах, передача засуджених осіб — хоча формально й відносяться до видів правової допомоги, однак такою допомогою в розумінні гл. 58 не є. Регулювання порядку надання таких видів допомоги здійснюється окремо в інших главах цього розділу Проекту.

Наведене дає підстави для висновку, що в Проекті умови надання допомоги на засадах взаємності визначені у гл. 58, яка регулює лише надання допомоги при провадженні процесуальних дій, але вона поширює визначений у цій главі порядок на всі взаємовідносини з іноземними державами на засадах взаємності та визначає умови надання чи запитування допомоги у такий спосіб. Питання ж про надання інших видів правової допомоги на засадах взаємності, передбачених

главами 59-62 Проекту, залишається не вирішеним.

Так, у гл. 59, що регулює питання видачі правопорушників, прямої вказівки на можливість надання такого виду допомоги, як видача правопорушників за відсутності міжнародного договору, на засадах взаємності, немає. Допустити, що авторами проекту все ж таки планувалося запровадження цього інституту й у випадках видачі правопорушників, можна лише шляхом аналізу окремих статей. Так, це підтверджується змістом п. 2 ч. 1 ст. 662, яка встановлює вимоги до змісту запиту про видачу, зокрема словами: “у разі наявності міжнародного договору, учасниками якого є як Україна, так і запитувана сторона, посилання на його положення”. Отже, як бачимо, при складанні запиту Проект зобов’язує посилатися на положення міжнародного договору лише за умов існування останнього і за такого формулювання можна припустити, що складання й направлення запиту про видачу можливе за відсутності міжнародного договору, і в цьому випадку запит не міститиме посилань на цей договір.

Таке припущення підтверджується положенням ч. 4 цієї ж статті, де зазначено, що “запити органів досудового слідства і судів України про видачу та документи, що додаються до них, супроводжуються засвідченим перекладом на мову, визначену міжнародним договором, а за його відсутності — на офіційну мову відповідної іноземної держави”.

У гл. 59 допускається можливість видачі особи за відсутності міжнародного договору, проте не наголошується, що це можливо саме на засадах взаємності.

Глава 60 “Передача і прийняття засуджених осіб” не містить жодних згадок про можливість здійснення перелічених у ній дій за умови відсутності міжнародного договору.

Норми гл. 61, з одного боку, свідчать про можливість надання перелічених у цій главі видів правової допомоги лише

на підставі міжнародного договору, з іншого — надають таку можливість й за його відсутності. Зокрема, ч. 1 ст. 690 Проекту встановлює загальну вимогу, згідно з якою “зміст і форма клопотань про передачу (порушення) кримінального переслідування осіб повинні відповідати вимогам відповідних міжнародних договорів”. Існування цієї вимоги свідчить про нібито договірну спрямованість надання такої допомоги. Разом з тим, згідно з п. 2 ч. 2 цієї статті, необхідно робити посилання на міжнародний договір “за наявності такого”; це дає підстави для припущення, що зазначені дії можуть бути вчинені й за його відсутності.

Викладене дозволяє дійти висновку, що Проект має декілька недоліків у частині врегулювання питання надання правової допомоги у кримінальних справах за відсутності міжнародного договору.

Зокрема, можливість надання правової допомоги у кримінальних справах іноземній державі за умов відсутності міжнародного договору на засадах взаємності прямо передбачена лише для такого виду допомоги, як *провадження окремих процесуальних дій, порядок надання якої визначає гл. 58 Проекту*. При цьому регламентування особливостей даного інституту у зазначеній главі є неповним. Неврегульованим залишилося питання можливих підстав для відмови у наданні допомоги державі, якій було гарантовано взаємність.

У главах 59 та 61 Проекту містяться посилання на можливість надання правової допомоги за відсутності міжнародного договору без посилання на умову забезпечення взаємності. Тобто механізм її надання чи запитування у такий спосіб не визначено.

Аналіз законодавства пострадянських держав свідчить, що на сьогодні можливість надання допомоги у кримінальних справах іноземній державі за відсутності укладеного з нею міжнародного договору передбачено в Азербайджані,

Білорусії, Естонії, Казахстані, Молдові, Росії, Туркменистані [3, 4, 5].

Для національного законодавства цей інститут є новим. Проте вже мали місце випадки, коли за відсутності в національному законодавстві відповідних норм цей вид правової допомоги надавався і запитувався Україною. Так, наприклад, за відсутності договору між Україною та Республікою Ірак про передачу засуджених осіб у червні 2004 року до України було передано засуджених су-

дом Республіки Ірак українських моряків М. Мазуренка та І. Сощенка [6].

Наведене вище є підтвердженням нагальної необхідності законодавчого закріплення в Проекті можливості надання та запитування правової допомоги у кримінальних справах за відсутності міжнародного договору на засадах взаємності з максимальною деталізацією усіх аспектів цього виду міжнародного співробітництва.

Список літератури:

1. Конституція України // Відомості Верховної Ради України, 28 липня 1996, № 30.
2. Проект Кримінально-процесуального кодексу України (реєстр № 4356-1, 19.05.03.).
3. Комментарий Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации. — М.: Юрист, 2002.
4. Уголовно-процессуальный кодекс Республики Молдова // http://www.mai.md/dvc-ru/adoua_ru/.
5. Проект Уголовно-процессуального кодекса Республики Туркменистан // <http://www.erkin.net/chronicle4/news2435.html/>.
6. “Комсомольская правда”. Газета. 22.06.04.

РЕЗЮМЕ

В данной статье рассматриваются отдельные нормы проекта нового Уголовно-процессуального кодекса Украины, касающиеся производства по уголовным делам, связанным с международным сотрудничеством. А именно: порядка и условий дачи “гарантийных обязательств” о взаимодействии государств на основе принципа взаимности; оформления и содержания запроса об оказании правовой помощи в проведении конкретных процессуальных действий по уголовным делам.

SUMMARY

The article under consideration tackles certain norms of the Draft of a new Criminal-Procedural Code of Ukraine, concerning the procedure of criminal case in terms of international cooperation. Namely: the procedure and the conditions of giving “liabilities” about the principle of reciprocity in international cooperation; the submission and the content of the request about rendering legal assistance in the execution of certain criminal case related procedural actions.

Рекомендовано кафедрою кримінального процесу та криміналістики

Отримано 21.03.06



А.М. Бірюкова,
проректор Академії адвокатури України

Проблеми надання адвокатом правової допомоги у кримінальному судочинстві

Ключові слова: адвокат, правова допомога, кримінальне судочинство.

Для здійснення професійної діяльності на досудовому слідстві законодавство України наділяє адвоката-захисника певними правами та обов'язками. Так, стаття 48 КПК закріплює перелік прав і обов'язків захисника з моменту допуску його до участі у справі. Сукупність цих прав і обов'язків визначається категорією "процесуальний статус" даного суб'єкта процесуальних відносин. Проте стаття 6 Закону України "Про адвокатуру", безвідносно до того, чи набув адвокат статус захисника, багато в чому дублює зазначений перелік прав, але вже як перелік прав адвоката. Можна додати, що і Правила адвокатської етики конкретизують статус адвоката та висувають додаткові вимоги щодо його професійної діяльності. Таким чином, процесуальний статус захисника-адвоката визначається не лише нормами КПК, але й іншими нормативно-правовими актами.

В літературі висловлена думка про існування двох статусів захисника та неспівпадіння процесуального статусу захисника з його фактичним статусом. Так, розглядаючи права і обов'язки адвоката-захисника на досудовому слідстві Ю.Ф. Лубшев розрізняє його процесуальний і фактичний статус: "Вся сукупність прав і обов'язків учасника

процесу, що складає зміст його статусу як учасника кримінального процесу, може бути найменована його фактичним положенням... Є відносини, котрі або недоцільно, або неможливо врегулювати правом в силу багатогранності та їх індивідуальної неповторності" [1]. За міркуваннями зазначеного автора виділення фактичного положення адвоката обумовлено необхідністю реформування кримінально-процесуального законодавства та закону про адвокатуру.

В науковій літературі також висловлена думка, що діяльність адвоката в кримінальному процесі потрібно розглядати на двох етапах: "передпроцесуальної або допроцесуальної діяльності" та процесуальної діяльності захисника в кримінальній справі [2].

На нашу думку, розмежовувати статус адвоката-захисника доцільно не на правовий і фактичний, а на загальноправовий і кримінально-процесуальний, оскільки правова допомога адвоката в кримінальному процесі не обмежується його процесуальним статусом у справі. Так, загальновідомо, що до вступу в справу як захисника, адвокат надає особам, які вважають, що відносно них у правоохоронних органів є підозри, попередню правову допомогу.

До вступу в справу надання адвокатою правової допомоги особі у період провадження дізнання та під час проведення досудового слідства є прикладом реалізації професійних прав адвоката, передбачених ст. 6 Закону України “Про адвокатуру”. В цьому випадку мову потрібно вести не про адвоката-захисника в кримінальному процесі, а про адвоката, що надає правову допомогу особі в кримінальному процесі. Не буде перебільшенням, що саме на стадії вирішення питань про порушення кримінальної справи щодо певної особи або порушення справи “за фактом скоєння злочину”, вказана особа потребує кваліфікованої правової допомоги. При цьому правова допомога, на мою думку, не може обмежуватися консультаціями в адвокатських конторах або складанням письмових довідок. В цьому контексті виникає декілька питань: чи передбачає КПК в період дізнання та на досудовому слідстві представництво підозрюваних, обвинувачених та відповідно до яких норм КПК адвокати виступають представниками осіб в судах в справах про оскарження процесуальних рішень органів дізнання, слідчих, прокурорів на досудовому слідстві? Відповіді на зазначені питання вкрай важливі, оскільки прийнято вважати, що на досудовому слідстві адвокат бере участь як захисник підозрюваного, обвинуваченого (ст. 44 КПК), а з іншого боку, адвокат може бути представником лише потерпілого, цивільного позивача і цивільного відповідача (ст. 52 КПК). Зазначені підходи до розуміння представництва у кримінальному процесі є сталими у науковій літературі. Зокрема вказується, що представник у кримінальному процесі — це особа, уповноважена за законом або за дорученням учасника процесу — потерпілого, цивільного позивача чи цивільного відповідача — представляти у кримінальній справі його законні інтереси [3].

Потрібно зазначити, що інститут представництва підозрюваних, обвину-

вачених передбачений КПК при провадженні в справах про злочини неповнолітніх, але він виключає представництво адвокатом зазначених осіб в кримінальному процесі. У п. 10 ст. 32 КПК визначено, що “законні представники” — це батьки, опікуни, піклувальники даної особи або представники тих установ і організацій, під опікою чи опікуванням яких вона перебуває.

В літературі висловлене й інше міркування, що адвокат-захисник виконує не лише функцію захисту, але й одночасно є представником обвинуваченого на досудовому слідстві відповідно до ст. 47 КПК [4]. Проте аналіз ст. 47 КПК не дає підстави говорити про статус захисника як представника обвинуваченого. Однак судова практика свідчить про обґрунтованість міркувань В.О. Попелюшка. Зокрема, в ухвалі Колегії суддів судової палати у кримінальних справах Апеляційного суду міста Києва від 30 червня 2004 р. зазначається, що Колегія розглянула справу за апеляцією адвоката Ф.С.Є. представника М.Є.В. — особи, щодо якої порушено кримінальну справу, на постанову Шевченківського районного суду м. Києва. На підставі матеріалів справи Колегія апеляцію адвоката Ф.С.Є. задовольнила та скасувала постанову Шевченківського районного суду м. Києва про відмову в задоволенні скарги адвоката щодо скасування постанови слідчого про порушення кримінальної справи проти М.Є.В., а також скасувала постанову слідчого про порушення зазначеної кримінальної справи проти М.Є.В. [5].

Результати анкетування суддів судової палати у кримінальних справах Апеляційного суду м. Києва та суддів Шевченківського районного суду м. Києва, яке проводилося автором цієї статті у лютому 2006 року з метою з’ясування питань, пов’язаних з подачею та розглядом скарг на постанови слідчого, прокурора про порушення ними кримінальних справ, також свідчать про здійснення

представництва адвокатами зазначеної категорії осіб у кримінальному судочинстві. Так, на запитання “На практиці такі скарги подаються”: адвокатом — зазначили 32 судді, що складає 64%; представником — відповіли 18 суддів, що складає 36%.

На запитання “на Ваш погляд, яке з юридичних визначень — адвокат чи представник — є найбільш точним”, 31 з суддів (що складає 62%) відповіли, що це адвокат, мотивуючи тим, що адвокатська діяльність регулюється не тільки Конституцією України, КПК, а й спеціальним Законом “Про адвокатуру”, Правилами адвокатської етики.

19 опитаних суддів (що складає 38%) вважають, що найбільш точним юридичним визначенням є представник та обґрунтовують це тим, що у відповідності з Постановою № 1 Пленуму Верховного Суду України від 11 лютого 2005 року “Про деякі питання, що виникають під час розгляду судами України скарг на постанови органів дізнання, слідчого, прокурора про порушення кримінальної справи” визнана правильною практика тих судів, які при розгляді таких скарг додержуються порядку, визначеного у ст. 236² КПК (ст. 236¹ КПК передбачає, що скарга на постанову органу дізнання, слідчого, прокурора про відмову в порушенні кримінальної справи подається особою, інтересів якої вона стосується, або її представником до районного (міського) суду за місцерозташуванням органу або роботи посадової особи, яка винесла постанову...).

Отже, представництво підозрюваних, обвинувачених на досудовому слідстві є реальністю і відбувається на етапі судового контролю в стадії досудового провадження кримінальної справи.

Наявність представництва підозрюваних, обвинувачених на досудовому слідстві є наслідком не новел в КПК, а впливає з правової позиції Конституційного Суду України. Так, Рішенням Конституційного Суду України від 30

січня 2003 року № 3-рп визнані такими, що не відповідають Конституції України положення ч. 6 ст. 234, ч. 3 ст. 236 КПК, які унеможливають розгляд судом на стадії досудового слідства скарг на постанови слідчого, прокурора стосовно приводів, підстав і порядку порушення кримінальної справи щодо певної особи. З даного рішення також випливає, що суди мають право приймати до розгляду й скарги на інші процесуальні дії, рішення і бездіяльність органів, що проводять досудове розслідування справи, за умови, що вони породили чи можуть породити наслідки, які виходять за межі кримінально-процесуальних відносин, і завдати такої шкоди конституційним правам і свободам внаслідок несвочасного судового контролю, що поновити їх буде неможливо або надзвичайно важко.

Виникає питання, якщо в наведених випадках адвокат представляє інтереси особи в суді, він діє як представник в кримінальному процесі чи як представник у цивільно-процесуальних відносинах? Як зазначалося, це питання обумовлено тим, що представництво осіб на досудовому слідстві чітко визначено і воно обмежується представництвом потерпілого (ст. 49 КПК), цивільного позивача (ст. 50 КПК), цивільного відповідача (ст. 51 КПК).

На мою думку, представництво осіб в кримінальному процесі в інших випадках ніж це встановлено в КПК започатковано не лише вказаним рішенням Конституційного Суду України, але й відповідно до статті 6 Закону України “Про адвокатуру”. В цьому випадку потрібно говорити про представництво лише адвокатами осіб, в справах за скаргами на процесуальні дії, рішення і бездіяльність органів, що проводять досудове розслідування справи, за умови, як зазначається в рішенні Суду, що вони породили чи можуть породити наслідки, які виходять за межі кримінально-процесуальних відносин, і завдати такої шкоди конституційним правам і свободам внаслідок

несвоечасного судового контролю, що поновити їх буде неможливо або надзвичайно важко.

В зазначеній статті 6 Закону України “Про адвокатуру” право адвоката на представництво громадян не обумовлюється певним видом (типом) судочинства. В цьому контексті цікавими виглядають правові підходи суддів при вирішенні скарг осіб на постанови слідчих про порушення кримінальних справ за фактом вчинення злочину або відносно певних осіб. Потрібно врахувати, що зазначені особи на етапі порушення справи за “фактом” не є суб’єктами кримінального процесу, і взагалі можуть бути не допитані як свідки, підозрювані.

Судова практика свідчить, що оскарження постанов про порушення кримінальних справ відбувається виключно на підставі норм кримінально-процесуального закону. Так, в ухвалі Колегії судової палати у кримінальних справах Апеляційного суду м. Києва від 9 червня 2004 р. в справі за апеляцією С.В.В. на постанову Шевченківського районного суду м. Києва від 03.03.2004 р. про відмову в задоволенні скарги на постанову слідчого про порушення кримінальної справи за фактом скоєння злочину зазначається наступне. Розглядаючи скаргу С.В.В. на постанову про порушення кримінальних справ, суд першої інстанції правильно застосував норми кримінально-процесуального закону, оскільки згідно зі ст. 3 КПК України провадження в кримінальних справах здійснюється за правилами цього Кодексу. Тому доводи апеляції про те, що суд при розгляді скарги на постанову про порушення кримінальної справи повинен був керуватися вимогами глави 31-А ЦПК України є безпідставними [6]. На жаль, в справах за скаргами осіб або їх представників-адвокатів на постанови про порушення кримінальних справ за фактом вчинення злочину або проти конкретної особи правовий статус скаргників, їх представників не розкривається [7]. Як ми

пересвідчилися, оскарження адвокатом в інтересах клієнта процесуальних дій в період досудового розслідування не можна розглядати поза межами кримінального процесу, незважаючи на ту обставину, що КПК не визнає адвоката-представника суб’єктом цього процесу. Зазначене твердження є спірним і прямо стосується питань представництва свідка на досудовому слідстві та надання йому правової допомоги. Особливо ця теза є актуальною, з огляду на те, що в багатьох випадках на перших етапах досудового розслідування особи, щодо яких є підозри, допитуються як свідки. Відповідно до визначених у статті 69¹ КПК прав свідка, він не може розраховувати на судовий захист (відновлення порушених прав) у кримінальному процесі. Зазначений висновок можна зробити і з рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням Верховного Суду України щодо відповідності Конституції України (конституційності) положень частини третьої статті 120, частини шостої статті 234, частини третьої статті 236 Кримінально-процесуального кодексу України (справа про розгляд судом окремих постанов слідчого і прокурора) № 3-рп/2003 від 30.01.2003 [8], оскільки в цьому випадку Суд визнав право на судовий захист на досудовому розслідуванні за особами, відносно яких порушені кримінальні справи.

За таких обставин виникає питання: в порядку кримінального чи в порядку цивільного судочинства має оскаржувати свідок незаконні дії слідчого? На жаль КПК не містить відповіді на це питання, тому в деяких випадках суди поновлюють права свідків на досудовому слідстві в порядку кримінального судочинства, в інших — в порядку цивільного судочинства. На нашу думку, такий стан речей не можна визнати задовільним у кримінальному процесі. Проте в обох випадках, як засвідчує судова практика, свідки діють через своїх представників-адвокатів. Ілюстрацією проблем захисту

прав свідків в кримінальному процесі можуть слугувати дві справи: перша — це справа К.С.В., розглянута в порядку кримінального судочинства на дії слідчого прокуратури Харківської області, та цивільна справа № 2-2202/2005 за скаргою В.І.А. на дії слідчого Генеральної прокуратури України про виїмку паспорта скажениці [9]. В першому випадку йдеться про те, що у 2003 р. прокуратура Харківської області розслідувала кримінальну справу стосовно інших осіб. До участі у вказаній справі як свідок був притягнутий приватний підприємець К.С.В. У відповідності з КПК на нього був покладений один обов'язок — дати правдиві показання. Натомість прокуратура Харківської області здійснила обшук у К.С.В. та вилучила у нього товари, бухгалтерські документи, печатку, грошові кошти та долучила все це як речові докази до кримінальної справи стосовно інших осіб. В порядку кримінального судочинства рішеннями Червонозаводського районного суду м. Харкова від 19 червня 2003 р. та від 22 червня 2003 р., ухвалами судової палати в кримінальних справах апеляційного суду Харківської області від 15 серпня 2003 р. та від 13 серпня 2004 р. дії слідчих органів прокуратури Харківської області визнані незаконними і на них покладено обов'язок поновити порушені права К.С.В. [10]. В іншому випадку В.І.А. звернулася до Печерського районного суду м. Києва зі скаргою у порядку, передбаченому главою 31-а ЦПК України, та просила визнати неправомірною постанову, прийняту суб'єктом оскарження, про проведення виїмки її паспорта. Скажениця зазначала, що вона напередодні виїмки була допитана слідчим як свідок у кримінальній справі. Ухвалою Печерського районного суду від 9 червня 2005 р. в прийнятті скарги В.І.А. було відмовлено, оскільки, на думку суду, згідно рішення Конституційного Суду України від 23.05.2001 р. щодо офіційного тлумачення положень

ст. 248³ ЦПК України, діяльність посадових осіб на досудовому слідстві не належить до сфери управлінської і не може бути предметом оскарження в порядку, визначеному главою 31-а ЦПК України. В.І.А. не погодилась з рішенням суду та в апеляційній скарзі зазначила, що ухвала постановлена судом з порушенням процесуального права, Конституції України і не відповідає правовій позиції Конституційного суду України в справі № 1-12/2001 від 17.05.2001 р., а отже, вона мусить бути скасована, а справа розглянута по суті. Свідок в кримінальному процесі, зазначено в апеляційній скарзі, відповідно до п. 8 ч. 1 ст. 69¹ Кримінально-процесуального кодексу України, має право лише в позасудовому порядку оскаржити дії слідчого, а з іншого боку, свідок не є стороною у судовому засіданні і не користується відповідними процесуальними правами в кримінальному судочинстві (див. ч. 5 ст. 16¹ КПК). За схожих обставин Конституційний суд України дійшов висновку, що "...Положення абзацу четвертого статті 248³ ЦПК України про те, що судам не підвідомчі скарги на акти і дії службових осіб органів дізнання, попереднього слідства, прокуратури ...якщо законодавством встановлено інший порядок оскарження" [11], сформульовано так, що позбавляє громадянина права звернутися до суду за захистом своїх прав і свобод, якщо встановлено лише позасудовий порядок оскарження. Тому це положення є таким, що не відповідає Конституції України (є неконституційним), зокрема, її статтям 55, 124. Напередодні слухання справи в апеляційного суді, суб'єкт оскарження повернув паспорт В.І.А., а її представник відкликав апеляційну скаргу.

На мою думку, з наведеного приклада випливає, що адвокат представляв інтереси клієнта в кримінальному процесі, але способи захисту порушених прав обрав відповідно до порядку цивільного судочинства. Зазначена особливість захисту порушених прав, на мою думку,

обумовлена недосконалістю нормативного регулювання статусу свідка в кримінальному процесі.

Оскільки частина підозрюваних, обвинувачених на перших етапах кримінального процесу допитуються як свідки, проблеми нормативного регулювання їх статусу за КПК, певною мірою створюють в подальшому проблеми захисту прав та інтересів підозрюваних, обвинувачених, які були вперше допитані в цій якості. Вбачається, що проблема захисту вказаних осіб виникає ще з моменту здійснення правоохоронними органами перевірки повідомлень про злочини.

Зокрема, коли необхідно перевірити заяву або повідомлення про злочин до порушення справи, така перевірка здійснюється прокурором, слідчим або органом дізнання шляхом відібрання пояснень від окремих громадян, посадових осіб або перевірка здійснюється шляхом проведення оперативно-розшукової діяльності. Виникає питання: чи можуть скористатися допомогою адвоката особи, щодо яких здійснюються процесуальні заходи у вигляді “відібрання пояснень”? Безперечно, це їх конституційне право, але вони не вільні у виборі місця і часу отримання правових консультацій адвоката. Так, при перевірці заяв про злочин у випадку явки з повинною або відібрання пояснень від осіб у порядку ст. 97 КПК, відповідні посадові особи правоохоронних органів не дозволяють адвокатам бути присутніми при здійсненні цих процесуальних дій щодо їх клієнтів.

Зазначені обмеження прав осіб на правову допомогу в кримінальному процесі є наслідком не лише неврегульованості цього питання в КПК, але й продовжуються вадами Закону України “Про адвокатуру”. Зокрема вказаний закон не передбачає такого виду адвокатської діяльності як надання правової допомоги у кримінальному судочинстві. Передбачені у статті 5 Закону України “Про адвокатуру” види адвокатської діяльності

як-то: консультації з юридичних питань, представництво. Та професійні права адвоката, визначені у статті 6 цього Закону, зокрема, право представляти і захищати права та інтереси громадян, не охоплюють і не передбачають такої діяльності адвоката як надання правової допомоги у кримінальному процесі, в т.ч. на стадії до порушення кримінальної справи. Хоча Закон України “Про адвокатуру” і надає можливість адвокату у передбачених законодавством випадках здійснювати й інші види юридичної допомоги, однак КПК не передбачає надання адвокатом правової допомоги особі на цій стадії. Проте в інших країнах такий вид адвокатської діяльності є сталим та окремим і особливим видом правової допомоги, а гарантії безперешкодної зустрічі адвоката і клієнта не обумовлюються наявністю у клієнта статусу підозрюваного чи обвинуваченого. Без вирішення питання щодо безперешкодної зустрічі адвоката і клієнта, а не лише адвоката-захисника і підозрюваного, обвинуваченого, діяльність адвоката з надання правової допомоги втрачає сенс. Невипадково в багатьох країнах нормативно вирішені ці взаємообумовлені питання. Так, ч. 2 статті 4 Закону Литовської Республіки “Про адвокатуру” визначає, що будь-яка особа у визначеному законами порядку вправі обрати адвоката, котрий би виступав як радник, його представник або захисник його інтересів. Стаття 45 цього закону забороняє чинити перешкоди зустрічі адвоката з клієнтом без сторонніх осіб [12].

Таким чином можна констатувати, що ні КПК, ні Закон України “Про адвокатуру” не передбачають участі адвоката як представника осіб, що потребують правової допомоги в зв’язку з порушенням відносно них кримінальних справ або в зв’язку з порушенням кримінальних справ “за фактом”, а також в інших випадках, коли на досудовому розслідуванні права і свободи осіб суттєво обмежуються. Не передбачається будь-яких

новел з цього питання і у проекті КПК. Новий проект КПК, і взагалі такий стан нормативного регулювання діяльності адвоката суперечить ст. 59 Конституції України стосовно проголошеного права кожного скористатися правовою допомогою та суперечить правовій позиції Конституційного Суду України в справі про розгляд судом окремих постанов слідчого і прокурора № 3-рп/2003 від 30.01.2003 р. та в справі щодо офіційного тлумачення положень ст. 248³ ЦПК України від 23.05.2001 р.

За аналогічних обставин Конституційний Суд Росії визнав неконституційним окремі норми КПК РФ, які обмежували надання правової допомоги на досудовому слідстві, а парламент вніс відповідні зміни до КПК РФ [13].

В.Т. Маляренко зазначає, що “ною в кримінальному процесі України є проблема оскарження дій і рішень органів дізнання та досудового слідства до суду. У ст. 13 Конвенції про захист прав людини та основних свобод зазначено, що кожен, чиї права і свободи, викладені в цій Конвенції, порушуються, має право на ефективний засіб правового

захисту у відповідному національному органі...” [14].

Вбачається, що у проекті Закону України “Про адвокатуру” необхідно доповнити види адвокатської діяльності та встановити, що надання адвокатом правової допомоги у кримінальному судочинстві є окремим видом адвокатської діяльності. Одночасно проект КПК, в частині визначення статусу суб’єктів кримінального процесу, доповнити нормою, яка б визнавала адвоката, який надає правову допомогу, суб’єктом кримінального процесу та наділяла його правом безперешкодної участі на всіх етапах кримінального процесу у процесуальних діях що здійснюються стосовно його клієнта. Крім того, слід передбачити заборону будь-кому перешкоджати конфіденційній зустрічі адвоката та клієнта. З метою однозначного розуміння правової позиції Конституційного Суду України щодо межі судового контролю на етапі досудового розслідування, передбачити в проекті КПК норму (групу норм) яка б визначала цей процес за суб’єктами оскарження, предметом оскарження, строками розгляду справ тощо.

Список літератури:

1. Лубишев Ю.Ф. Адвокатура в России: Учебник. — М.: ООО “Профобразование”, 2001. — С. 665-666.
2. Трунов И.Л. Защита прав личности в уголовном процессе. — М.: ИД “Юриспруденция”, 2005. — С. 178.
3. Юридичний словник-довідник / За ред. Ю.С. Шемшученка. — К.: Феміда, 1996. — С. 521.
4. Попелюшко В.О. Предмет захисту та його доказування в кримінальній справі: Монографія. — К.: Прецедент, 2005. — С. 127.
5. Справа № 11-а-1214/2004. Архів Шевченківського районного суду м. Києва за 2004 р.
6. Справа № 11-а-1037. Архів Шевченківського районного суду м. Києва за 2004 р.
7. Див.: Справа № 11-а-331. Архів Шевченківського районного суду м. Києва за 2005 р.; Справа № 11-а-733. Архів Шевченківського районного суду м. Києва за 2005 р.; Справа № 11-а-988. Архів Шевченківського районного суду м. Києва за 2005 р.; Справа № 11-а-1057. Архів Шевченківського районного суду м. Києва за 2005 р.; Справа № 11-а-2378. Архів Шевченківського районного суду м. Києва за 2004 р.; Справа № 11-а-1977/2004. Архів Голосіївського районного суду м. Києва за 2004 р.; Справа № 948. Архів Оболонського районного суду м. Києва за 2005 р.

8. Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням Верховного Суду України щодо відповідності Конституції України (конституційності) положень частини третьої статті 120, частини шостої статті 234, частини третьої статті 236 Кримінально-процесуального кодексу України (справа про розгляд судом окремих постанов слідчого і прокурора) № 3-рп/2003 від 30.01.2003 р. // Адвокат. — № 1, 2003. — С. 41-45.
9. Справа № 2-2202/2005. Архів Печерського районного суду м. Києва.
10. Чому й кого бояться судді? // Свобода. — № 27, 23-29 серпня 2005 р. — С. 11.
11. Конституційний Суд України: Рішення. Висновки. 1997-2001. Книга 2, абз. 6. — К.: Юрінком-Інтер, 2001. — С. 393.
12. Закон Литовской Республики “Об адвокатуре” от 18 марта 2004 г. // Сайт Сейма Литовской Республики.
13. Постановление Конституционного Суда РФ по делу о проверке конституционности положений ч. 1 ст. 47 и ч. 2 ст. 51 УПК РСФСР в связи с жалобой гражданина Маслова В.И. № 1-П от 27 июня 2000 г. — СЗ РФ, 2000. — № 27. — Ст. 2882.
14. *Маляренко В.Т.* Перебудова кримінального процесу України в контексті європейських стандартів. — К.: Юрінком-Інтер, 2005. — С. 106.

РЕЗЮМЕ

В статье рассматриваются вопросы, касающиеся проблем, связанных с получением гражданами правовой помощи в уголовном судопроизводстве, оказанием адвокатами такой помощи. Автором поставлен вопрос о необходимости законодательного урегулирования данных проблем и сделаны соответствующие предложения о внесении изменений в УПК Украины и Закон Украины “Об адвокатуре”.

SUMMARY

The article deals with the topic of legal aid for individuals within criminal cases given by lawyers. The author has risen the question on the necessity of legal regulation and made suggestions on amendments to the Criminal Procedural Code of Ukraine and to the law of Ukraine “On the Bar”.

*Рекомендовано кафедрою
адвокатської майстерності*

Отримано 22.04.06



Л.Б. Ісмаїлова,
аспірантка
(Академія адвокатури України)

Функція обвинувачення в кримінальному судочинстві в контексті принципу рівності сторін

Ключові слова: *функція обвинувачення, тягар доказування, прокурор, потерпілий, цивільний позивач, слідчий, рівність.*

Щоб висвітлити формування та реалізацію функції обвинувачення, необхідно встановити сутність, місце та процесуальне значення обвинувачення у кримінальному процесі. Успішне вирішення поставленого завдання вимагає всебічного аналізу цього інституту.

В усі історичні епохи обвинувачення було обов'язковим елементом кримінального процесу. Без обвинувачення конкретних осіб у вчиненні діяння, що розглядається законом як злочин, кримінальний процес не існує.

На жаль, визначення поняття обвинувачення у діючому КПК відсутнє, і лише ст. 16¹ містить пряму вказівку на обвинувачення як процесуальну функцію та закріплює принцип поділу процесуальних функцій як основи змагальності [1, с. 21]. На відміну від діючого, один з проектів КПК України містить у ст. 6 визначення обвинувачення як твердження про вчинення певною особою злочину, висунуте у встановленому Кодексом порядку [2].

Ми вважаємо, що обвинувачення — це самостійна кримінально-процесуальна функція, сутність якої складає регламентоване законом спрямування діяльності суб'єктів обвинувачення (прокурора, потерпілого, цивільного

позивача, представників двох останніх), що здійснюється шляхом формування та реалізації обвинувачення відносно конкретної особи, яка, на думку обвинувача, вчинила злочин, і полягає у формулюванні та пред'явленні обвинувачення, застосуванні до неї заходів процесуального примусу, у тому числі запобіжних заходів, збиранні доказів щодо винуватості цієї особи і обґрунтуванні кримінальної відповідальності обвинуваченого перед судом.

Обвинувачення є необхідним елементом будь-якого кримінального судочинства, незалежно від його типу та форми. Однак його юридичний зміст і пов'язані з ним наслідки не завжди однакові. Вони залежать від того, наскільки доведена формула обвинувачення. Якщо обвинувачення сформовано згідно з законом, то його наслідки однозначні — обвинувальний вирок. Але якщо при формуванні обвинувальної тези не витримані всі вимоги чинного законодавства, то негативні наслідки будуть звернені до обвинувача, і обвинувачення взагалі може не бути.

В той же час обвинувачення — це не догма і не аксіома, оскільки будучи сформульованим у кримінальній справі,

воно на підставі процесуального закону суб'єктом обвинувачення може бути змінене, доповнене і навіть закрите в якійсь частині, тобто може варіюватися без виходу за межі предмета доказування. Обвинувачення, на нашу думку, є категорією релятивістичною, що постійно змінюється і набуває більшої якості, воно являє собою формулу, теорему, яку необхідно формулювати і доводити протягом усієї кримінально-процесуальної діяльності. Таке твердження стосується процесу виникнення обвинувачення, формулювання та його конкретизації.

Засади обвинувачення починають формуватися, коли порушується кримінальна справа, коли є достатні дані, що вказують на наявність ознак злочину (ст. 94 КПК України). Це в свою чергу дає підставу для цілком обґрунтованого припущення про наявність особи майбутнього обвинуваченого, яка винна у вчиненні злочину і підлягає притягненню до кримінальної відповідальності. Справа і порушується для того, щоб у наступній стадії процесу встановити цю особу і притягнути її до відповідальності, пред'явивши їй обвинувачення у вчиненні злочину. Тому, хоч у стадії порушення кримінальної справи обвинувачення не має такого чіткого вираження, як на досудовому слідстві, однак воно існує як публічно висунута обґрунтована гіпотеза.

Конкретно окреслене обвинувачення у кримінальному процесі фігурує під час досудового слідства і судового розгляду, хоч і тут колись висловлювалось твердження, ніби в першому випадку його немає [3, с. 48-49]. Але це суперечить і закону, і практиці, бо якщо погодитися з цим, то вийде, що у кримінальному процесі віддаються до суду особи, яких до суду ніхто ні в чому не обвинувачував.

Особливо підкреслимо, що для того, аби виник процес, неодмінно необхідно, щоб уповноважений законом суб'єкт офіційно і документально висунув адресний чи гіпотетичний докір, у якому

містилися б достатні підстави вважати, що якась певна або якась, поки що не встановлена, особа вчинила діяння, передбачене Кримінальним кодексом як злочин. Цей момент фіксується постановою про порушення кримінальної справи проти конкретної особи чи за фактом виявлення результатів якоїсь дії або бездіяльності, і з цього ж моменту й починається процедура обвинувачення, яка закінчується або задоволенням вимог обвинувачення судом, або припинення обвинувачення (і разом з тим самого процесу) в суді чи на стадії досудового слідства [4].

Наявність у судочинстві інституту приватного обвинувачення не змінює висловленої позиції, бо за логікою речей порушує кримінальну справу заявник (потерпілий), а суд на підставі зробленої заяви повинен лише відкривати провадження у даній справі.

Сторона обвинувачення за діючим КПК України визначена у ст. 261, до неї належать прокурор, потерпілий, цивільний позивач та їх представники [5]. У деяких проектах КПК України [2] відносять до сторони обвинувачення прокурора, слідчого, особу, яка здійснює дізнання, потерпілого, цивільного позивача та їх представників. Нам здається, що укладачі проекту КПК без достатніх підстав визнали слідчого та особу, яка здійснює дізнання, стороною обвинувачення.

Як бездоганно обґрунтовано зазначено в одному із юридичних словників, слідчий — це особлива посадова особа, яка в передбаченій законом процесуальній формі веде дослідження у кримінальній справі для встановлення події злочину, осіб, які його вчинили, та з'ясування всіх обставин злочину з метою підготовки справи, за наявності для того підстав, для розгляду її в суді [6]. Тобто слідчий є неупередженим дослідником в досягненні істини.

У той же час оскільки, крім слідчого, ніхто не вправі провадити слідчі дії з метою отримання доказів, що виправдо-

вують особу або свідчать про її менший ступінь вини, слідчий фактично виконує і функцію захисту. Ті права, які надані захиснику ст. 48 КПК щодо збирання відомостей про різного роду факти та надання доказів, не ліквідують цієї функції слідчого. Захисна функція слідчого закріплена в ст. 22 КПК. Зокрема, нею передбачено, що слідчий і особа, яка провадить дізнання, зобов'язані вжити всіх передбачених законом заходів для всебічного, повного і об'єктивного дослідження обставин справи, виявити як ті обставини, що викривають, так і ті, що виправдовують обвинуваченого. Аналогічний обов'язок слідчого і особи, яка проводить дізнання, передбачений і в ст. 16 названого проекту КПК. Отже, в чинному КПК, а в проекті КПК ще більшою мірою, крім обов'язку обвинувачення підозрюваного та обвинуваченого, обов'язком слідчого є захист цих людей від обвинувачення. Чи можливо це одночасно? Чи може слідчий за умови такого роздвоєння бути об'єктивним, перебуваючи на державній службі і відповідаючи за розкриття злочину? Звичайно, превалюючою діяльністю буде та, що направлена на "користь" відомства, в якому він служить.

Передбачаючи функцію обвинувачення і функцію захисту обвинуваченого і в той же час визнаючи слідчого стороною обвинувачення в кримінальному процесі, законодавець закладає істотну непослідовність та суперечливість і фактично ліквідує принцип змагальності на досудових стадіях процесу, оскільки слідчий процесуально не може змагатися сам із собою (в психологічному сенсі таке змагання неминуче). Законодавець, бажаючи врівноважити в слідчому функції обвинувача і захисника, не утримає цієї рівноваги, оскільки вона може існувати лише умовно, віртуально, але нездійснена в реальному житті. Законодавець все більше схиляється в бік обвинувальної функції слідчого, тобто збільшує силу обвинувачення, додаючи до прокурора

і потерпілого ще й слідчого та дізнавача. У такому випадку законодавець порушує засаду рівності сторін, баланс сил. Слідчий стає більше обвинувачем, ніж захисником, а формально — лише обвинувачем.

Як правильно зазначає О.А. Баулін, всебічне, повне і об'єктивне дослідження слідчим обставин справи сприяє її розгляду та справедливому вирішенню в суді. За своєю метою, предметом, деякими умовами та досить чітко визначеною законом формою, процесуальна діяльність слідчого багато в чому схожа з діяльністю судді у здійсненні правосуддя. Слідчий, як і суддя, може бути дійсно об'єктивним під час дослідження доказів у кожній справі лише тоді, коли він буде процесуально незалежним суб'єктом судової влади, який підпорядкований тільки закону [7, с. 346-349]. На жаль, такого слідчого і такого слідства в Україні поки що немає.

Наведене ж дає підстави стверджувати, що допоки слідчі структури будуть знаходитися в складі адміністративної, виконавчої влади, в підпорядкуванні органів дізнання, про самостійність і незалежність слідчого та про підкорення його лише закону, про те, щоб він діяв неупереджено як суддя, не може навіть іти мова. На цю принципову обставину вказували ще при проведенні судової реформи 1864 р. Відокремлення судової влади (а слідчий був визнаний представником цієї влади) від адміністративної ще тоді вважалось одним із найважливіших принципів правосуддя [8, с. 252].

Кроком уперед у цьому напрямі є введення нової процесуальної фігури — слідчого судді, до повноважень якого віднесено забезпечення додержання конституційних прав і свобод громадян на стадії досудового провадження. Слідчий суддя має вирішувати питання про взяття і тримання особи під вартою, продовження строків тримання під вартою, про проведення обшуку житла чи іншого володіння особи, про відвід захисника в період розслідування справи тощо.

Участь слідчого судді у складі суду першої і судових інстанціях вищого рівня, які здійснюють розгляд судових справ, не допускається. Це сприятиме підвищенню значення і якості судового контролю за додержанням прав і свобод громадян на стадіях дізнання і досудового слідства, виключить причетність зазначених суддів до судового розгляду кримінальних справ та вплив на суддів, які розглядають справу по суті, забезпечить їх неупередженість. Разом з тим у проекті КПК знову передбачається віднести вирішення подання прокурора за клопотанням слідчого про накладення арешту на кореспонденцію чи застосування технічних засобів отримання інформації або про відмову в цьому до компетенції судді апеляційного суду.

Таким чином, обвинувальну функцію як і в суді, на досудовому слідстві повинен здійснювати лише прокурор, а за певних обставин, і потерпілий. Такі суто обвинувальні процесуальні дії та рішення, як порушення кримінальної справи та відмова в її порушенні, визнання особи підозрюваною та обвинуваченою, пред'явлення обвинувачення та складання обвинувального висновку повинні здійснюватися лише прокурором [9].

А щоб завершити загальний аналіз функції обвинувачення принагідно зауважимо, що її здійснення вимагає рішучого удосконалення, бо зараз вона не має єдиного авторитетного і відповідального господаря, оскільки порушувати кримінальні справи (а, отже, і відкривати обвинувальний процес) має право безліч суб'єктів. Але ж обвинувачення починається і у таких випадках, і підтримувати його протягом усього процесу повинна мати право (і обов'язок) лише одна особа — прокурор. Тому в плані майбутнього законодавства необхідно закріпити виключне право порушувати кримінальні справи за прокурором, на якому і буде цілком природно і обґрунтовано лежати тягар доказування вини певних осіб перед державою і суспільством [10, с. 7].

Складною проблемою інституту підтримання обвинувачення у суді є питання відмови прокурора від обвинувачення.

Варто зазначити, що прокурор повинен виголосити обвинувальну промову лише в тому разі, якщо в результаті судового розгляду справи він повністю переконається у винності підсудного. Інакше, згідно ст. 264 КПК і ст. 36 Закону України “Про прокуратуру” він повинен відмовитися від обвинувачення, пояснивши суду в своїй постанові, чому він вважає пред'явлене підсудному обвинувачення необґрунтованим (тобто таким, що не підтвердилось судовим слідством).

Відмова від державного обвинувачення, за наявності для цього достатніх і законних підстав, не тільки право, а й обов'язок прокурора.

Відмова прокурора від державного обвинувачення — це заява прокурора, звернена у вигляді постанови до суду, в якій він повністю або частково заперечує обґрунтованість обвинувачення і мотивує неможливість його підтримання щодо підсудного, фактично припиняючи, в цілому чи в якійсь частині, продовження обвинувальної діяльності проти даної особи.

Наслідком цього є припинення прокурором обвинувальної діяльності, тобто припинення функції обвинувачення. Висловлена у постанові прокурора відмова запобігає розвитку публічної, від імені держави, обвинувальної діяльності і виступає специфічним правовим засобом самоусунення прокурора від здійснення функції обвинувачення.

Які ж фактичні обставини і юридичні підстави породжують обов'язок прокурора відмовитись від обвинувачення?

Передусім, це неправильна, помилкова оцінка прокурором матеріалів досудового слідства, яка була виявлена у ході перевірки доказів в умовах гласного і змагального судового процесу.

Відмова прокурора від обвинувачення можлива і необхідна за умови зникнення у нього твердої перекона-

ності та впевненості в тому, що підсудний винен. А впевненість у тому, що обвинувачення не підтвердилось, — це і є відсутність переконання у винності. Ніяких інших вимог (фактичних обставин) для відмови від обвинувачення закон не висуває.

На практиці прокурор відмовляється від обвинувачення, коли його переконання у винності змінюється невпевненістю у вині, сумнівами. Сумніви ж можуть бути мотивом для відмови від обвинувачення лише за умови, якщо прокурор використав усі передбачені законом засоби, щоб їх усунути:

- потрібен ретельний аналіз кожного доказу окремо і всіх доказів у сукупності;

- з особливою увагою мають бути вивчені нові докази;

- встановлені причини, чому нові докази не потрапили в поле зору слідчого;

- перед тим, як заявити постанову про відмову від обвинувачення, прокурор повинен чітко уявити собі, яких конкретно змін зазнало обвинувачення в суді, тобто стосуються ці зміни тільки формулювання і юридичної кваліфікації інкримінованого підсудному діяння, чи вони підривають самі фактичні підстави і правову суть обвинувачення, роблять його безпідставним. У першому випадку обвинувачення продовжує існувати, хоч і в трансформованому вигляді, у другому — його існування поставлено під загрозу і обов'язок прокурора публічно сказати про сумніви, які виникли, дати їм об'єктивну оцінку. На жаль, психологічно це зробити дуже важко.

Як свідчить практика, не поодинокі випадки, коли прокурори, турбуючись про “честь мундира” закривають очі на невідповідності і суперечності в доказовому матеріалі і продовжують відстоювати попереднє обвинувачення.

Як відомо, суб'єктом обвинувачення, крім прокурора, є потерпілий. Його процесуальна функція зумовлюється

наявністю в суді державного обвинувачення в його матеріально-правовому змісті. Виникнувши на базі державного обвинувачення, діяльність потерпілого в подальшому здійснюється самостійно і незалежно від позиції прокурора. Ніякі заяви державного обвинувача, в тому числі і відмова від обвинувачення чи його зміна, не перешкоджають потерпілому продовжувати виконувати свою обвинувальну функцію. Якщо відмова прокурора супроводжується аналогічними заявами потерпілого, можна вважати обвинувачення повністю анульованим. Якщо ж він не підтримав прокурора, суд зобов'язаний розглянути справу по суті.

Потерпілий є іншою особою, крім прокурора, яка повинна здійснювати обвинувачення, тому що коли порушується право особи, у неї виникає бажання встановити баланс цілісності та непорушності своїх законних свобод і інтересів. В аспекті функціонального підходу у потерпілого виникає природна реакція на спричинену йому шкоду, і він починає функціонувати, тобто здійснювати чітко визначену діяльність, яка носить обвинувальний характер. Він обвинувачує кривдника у тому, що останній заподіяв йому негативні наслідки. Останнім часом саме цей погляд одержав поширення у наукових дослідженнях і є, на нашу думку, найбільш обґрунтованим.

У справах публічного обвинувачення основна фігура обвинувачення — прокурор. Прокурор діє в інтересах держави, а потерпілий захищає свій особистий інтерес, хоча обидва діють у рамках однієї процесуальної функції. Потерпілий і прокурор поза рамками судового засідання можуть погодити свої позиції і за взаємної згоди виступити солідарно, тобто інтереси потерпілого може представляти прокурор. Він може висловити загальну позицію з питань вини підсудного, кваліфікації його діяння, міри покарання, способів відшкодування заподіяної шкоди.

У випадку відмови прокурора від обвинувачення (ст. 264 КПК України) подальше підтримання обвинувачення може здійснювати потерпілий. За відмови прокурора від обвинувачення необхідно з'ясувати думку потерпілого з питання про закриття кримінальної справи у зв'язку з заявленою позицією державного обвинувача. Якщо потерпілий не заперечує проти відмови від обвинувачення у кримінальній справі, вона повинна бути закрыта суддею. Якщо потерпілий наполягає на підтриманні обвинувачення та розгляді справи, то публічне обвинувачення, яке вичерпало себе, поступається місцем обвинуваченню, що виходить від потерпілого. Якщо йому в цій ситуації потрібний адвокат (професійний представник), судовий розгляд повинен бути відкладений за його клопотанням для запрошення останнього. У такому випадку обвинувачення набуває рис кримінального позову, що ніяким чином не суперечить діючій доктрині українського кримінального процесу.

Якщо потерпілий відмовився брати участь у судовому розгляді або клопотав про проведення засідання без нього, а прокурор відмовився від обвинувачення, потерпілий повинен бути поставлений до відома про закриття публічного обвинувачення, йому необхідно надати час в офіційній формі та за визначеною процедурою висловити згоду з позицією прокурора або ж прийняти функцію обвинувачення на себе. При цьому позиція потерпілого повинна бути активною, він зобов'язаний бути присутнім у судовому засіданні, вправі представляти докази, брати участь у їхньому дослідженні.

Прокурор, відмовившись від обвинувачення, припиняє виконувати обвинувальну функцію. Якщо потерпілий наділений правом підтримувати обвинувачення у судовому розгляді (за відмови прокурора від обвинувачення), то в законодавчому порядку повинно бути врегульоване питання — чи повинен державний обвинувач, який відмовився від

обвинувачення, брати участь у судовому засіданні, якщо суддя за результатами судового розгляду прийняв рішення про продовження судового розгляду. У цьому випадку вже потерпілий несе тягар доведення обвинувачення, і участь у судовому засіданні державного обвинувача не є необхідною.

Особливістю справ приватно-публічного обвинувачення (це справи про злочин, передбачений ч. 1 ст. 152 КК України) є те, що вони порушуються не інакше, як за скаргою потерпілого, але закриттю за примиренням потерпілого з обвинувачуваним, підсудним не підлягають. Проведення у цих справах ведеться в загальному порядку. Інакше кажучи, у цих справах порушення кримінальної справи — приватний порядок, оскільки закон надав право визначатися з ініціативою приватній особі щодо порушення справи, а наслідок — публічний судовий розгляд. До цих справ застосовується все те, що відноситься до справ приватного і публічного обвинувачення.

У силу особливостей такого роду справ може виникнути ситуація, коли потерпілий відмовляється від обвинувачення (відбулося примирення, підсудний загладив заподіяну шкоду), а прокурор наполягає на винесенні вироку. У такому випадку справа не може бути закрыта судом, оскільки з моменту порушення справи обвинувачення прийняло публічний, а не приватний характер.

Як свідчить наведений матеріал, діючий КПК визнав потерпілого активним учасником кримінального судочинства. Йому надані повноваження як у стадії досудового розслідування, так і в ході судового розгляду. Він вправі представляти докази, заявляти клопотання, приносити скарги на дії слідчого і прокурора (ст. 49 КПК України). У ході судового слідства потерпілий бере участь у допиті підсудного (ст. 300 КПК України); не просто ставить питання свідкам, а допитує їх (ст. 303 КПК України); ставить питання експертам (ст. 311 КПК Украї-

ни). Потерпілий як самостійний суб'єкт кримінального процесу вправі подати апеляцію на вирок суду у кримінальній справі, у розгляді якого він брав участь (ст. 348 КПК України) і найголовніше — реалізує функцію обвинувачення (ст. ст. 27, 264 КПК України).

Цивільний позивач також є суб'єктом процесу на стороні обвинувачення. Він зацікавлений у тому, щоб під час судового розгляду знайшли підтвердження подія злочину і винуватість підсудного в його скоєнні, тобто в постановленні обвинувального вироку, тому що у випадку винесення виправдувального вироку за відсутністю події злочину чи недоведеності участі підсудного в скоєнні злочину суд відмовляє в задоволенні цивільного позову, що позбавляє цивільного позивача можливості пред'являти позов знову в порядку цивільного судочинства. Характер і розмір шкоди, заподіяної злочином, входять у предмет доказування у кримінальній справі, а значить, доказування розмірів шкоди — функція обвинувачення. У справах публічного обвинувачення цивільний позивач приєднується до обвинувача-прокурора, складаючи з ним одну сторону обвинувачення, що протистоїть стороні захисту [11, с. 255].

Зі змісту ст. ст. 4, 29, 50, 64 КПК України випливає, що тягар доказування обставин, що складають підставу цивільного позову і характеризують розмір шкоди, у справах публічного обвинувачення лежить на органі розслідування, а в суді — на прокуророві. Але якщо цивільний позов пред'являє особа, яка понесла матеріальні збитки від злочину, вона і повинна розпоряджатися долею цього позову, тут необхідна дія принципу диспозитивності, тобто вільного розпорядження своїми правами. Так, у ході судового розгляду підсудний може відшкодувати заподіяний збиток або потерпілий у силу яких-небудь обставин може відмовитися від відшкодування шкоди (це може бути і прощення, і небажання що-небудь одержувати від злочинця).

Тоді мотивованою ухвалою (постановою) суду провадження справи в частині цивільного позову повинно закриватись, що позбавляє цивільного позивача права пред'явлення позову до тієї ж особи та на тих же підставах як у кримінальному, так і в цивільному судочинстві.

З метою забезпечення законного та обґрунтованого підтримання державного обвинувачення в суді необхідно переглянути норми, передбачені статтями 49 і 50 КПК України, які регламентують питання, хто саме може бути визнаний потерпілим і цивільним позивачем, з тим щоб у кримінальному процесі мали право захищати свої інтереси як потерпілі всі ті особи (як фізичні, так і юридичні), яким злочином заподіяно шкоду. На сьогодні, виходячи з аналізу ст. 49 КПК, зокрема частин 1 і 2, якими передбачено, що “потерпілим визнається особа, якій злочином заподіяно моральну, фізичну або майнову шкоду”, і що “про визнання громадянина потерпілим чи про відмову в цьому особа, яка провадить дізнання, слідчий і суддя виносять постанову, а суд — ухвалу”, потерпілим визнається лише фізична особа. Юридична особа за змістом ст. 50 КПК України може бути визнана лише цивільним позивачем. З урахуванням змін, які відбулися в суспільному житті України, зокрема появи колективної приватної власності, власності на змішаній основі тощо, така норма обмежує права людей, не повністю забезпечує захист їхніх інтересів. У Російській Федерації, наприклад, цю обставину врахували і в ст. 42 КПК закріпили норму про те, що потерпілим є фізична особа, якій злочином заподіяно фізичну, майнову та моральну шкоду, а також юридична особа у випадку заподіяння злочином шкоди її майну та діловій репутації. На нашу думку, це правильне рішення, яке має бути закріплене і в КПК України.

Таким чином, функція обвинувачення виступає детермінантою в системі функцій. І це об'єктивно, тому що без

докору, висловленого від імені держави або потерпілого не може виникнути процес взагалі. Функція обвинувачення здійснюється за визначеними законом правилами процедури, яка полягає у порушенні кримінального процесу, збиранні доказів, пред'явленні обвинувачення, складанні аргументованого обвинувального висновку, передачі справи до суду, підтриманні обвинувачення в суді. 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. Зрозуміло, що 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. У цьому випадку обвинувальний процес, за окремими винятками, не має продовження [10, с. 6].

Функція обвинувачення повинна виконуватися на загальних підставах рівності сторін обвинувачення і захисту в змагальному процесі в сенсі можливості відстоювання передбачених законом прав й інтересів, а також рівності окремих суб'єктів обвинувачення у відстоюванні своєї обвинувальної позиції. Обвинувачення є рівноправною функцією і не має жодних переваг перед іншими функціями кримінального процесу, не зважаючи на великі діяльнісні і змістові відмінності.

Список літератури:

1. Кримінально-процесуальний кодекс України: Офіц. видання. — К.: Видавничий Дім "Ін Юре", 2002. — 416 с.
2. Проект Закону України від 19.05.2003 р. № 3456-1 "Кримінально-процесуальний кодекс України", одержаний Верховною Радою України 19.05.2003 р., прийнятий за основу 22.05.2003 р.
3. Рахунов Р.Д. Участники уголовно-процессуальной деятельности по советскому праву. — М.: Госюриздат, 1961. — 277 с.
4. Гончаренко В.Г. Загубився обвинувач... // Український Юрист — Юридическая практика — № 6 (30), червень 2005. — С. 31.
5. Кримінально-процесуальний кодекс України // Відомості Верховної Ради УРСР. — 1961. — № 2. — Ст. 15.
6. Юридический словарь. — М.: Юрид. лит., 1953. — С. 500.
7. Баулін О.А. Реальне забезпечення процесуальної незалежності слідчого у майбутній правовій системі України. Концепція розвитку законодавства України / Матеріали науково-практичної конференції. — К., 1996. — С. 346-349.
8. Российское законодательство X-XX веков. Т. 8. Судебная реформа / Отв. ред. Б. В. Виленский. — М.: Юрид. лит., 1991. — С. 376.
9. Прокурорський нагляд в Україні: Курс лекцій (В.Т. Нора, Я.О. Береський, І.І. Когутич та ін.) / За ред. В.Т. Нора. — Львів: Тріада плюс, 2002. — С. 279.
10. Гончаренко В.Г. Onus probandi в контексті процесуальних функцій і етики спілкування // Вісник Академії Адвокатури України. — К., 2005. — № 4. — С. 9.
11. Сульженко Ж.О. Проблеми участі прокурора в судовому розгляді кримінальних справ: Автореф. дис... канд. юрид. наук. 12.00.11 / Нац. юрид. акад. України. — Х., 1995. — 24 с.

РЕЗЮМЕ

Статья посвящена исследованию сущности функции обвинения с учетом ее процессуального равенства с иными функциями. Рассматриваются вопросы формирования, механизма реализации обвинения в уголовном судопроизводстве. Автор определяет круг субъектов, которые должны осуществлять функцию обвинения, и компетенции каждого из них.

SUMMARY

The article is dedicated to the investigation of the essence of the function of accusation. It tackles certain questions of forming, the mechanism of the realization of accusation in criminal legal procedure. The author defines the scope of subjects who should carry out the function of accusation and competence of either of them.

Рекомендовано кафедрой кримінального процесу та криміналістики

Отримано 22.03.06



Є.І. Виборнова,
аспірантка
(Академія адвокатури України)

Актуальні питання впровадження міжнародних стандартів у кримінальному процесі України

Ключеві слова: *правова держава, Європейська конвенція про захист прав людини, змагальність, право на захист.*

З прийняттям Конституції почався новий етап розвитку України як демократичної, соціальної, правової держави. Права і свободи людини, їх гарантії визначають зміст та спрямованість діяльності такої держави. Основний Закон України закріпив положення про те, що людина, її життя і здоров'я, честь і гідність, недоторканність і безпека є найвищою соціальною цінністю. Україна почала створювати національну правову систему, яка перш за все визнає загальнолюдські цінності, права і свободи громадян.

Актом міжнародного визнання України як демократичної правової держави стало прийняття її 9 листопада 1995 р. до країн-членів Ради Європи та ратифікація Верховною Радою України Європейської конвенції про захист прав людини та основоположних свобод і протоколів до неї [1]. Відповідно до ст. 9 Конституції України чинні міжнародні договори, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України, є частиною національного законодавства [2].

Реальне застосування норм Конституції України у правозастосовчій практиці включило наше суспільство в процес міжнародного співробітництва по забез-

печенню прав людини і основних свобод. Разом з тим застосування норм Європейської конвенції у вітчизняній правозастосовчій практиці вимагає удосконалення національного законодавства, у тому числі і кримінально-процесуального. Таке удосконалення законодавства потребує значної правотворчої роботи зі сторони держави, а у зв'язку з цим — обумовлює необхідність вивчення судової практики, її аналізу, виявленню як позитивних напрямів розвитку судово-правової реформи, так і тих, які не є такими.

Європейська конвенція являє собою систему норм права, велика кількість яких за своєю суттю є оціночними. Тлумачення та зміст цих норм знаходить свій прояв у рішеннях Європейського суду. Питання про те, чи є самі по собі ці рішення джерелом права для вітчизняних правозастосовчих органів, залишається дискусійним, однак безперечно, що практика вирішення окремих справ Європейським судом дає можливість зробити певні висновки щодо удосконалення національного законодавства, тобто прийняття нових законів, внесення змін чи доповнень до чинних. Такі рішення є свого роду орієнтиром у питаннях відповідності рішень судів

України нормам Європейської конвенції [3].

Держава бере на себе обов'язок забезпечення прав і свобод людини (ст. 3 Конституції). З цим обов'язком держави пов'язане право кожного вимагати від органів державної влади захисту його прав і свобод. Реалізація цих концептуальних положень пов'язана з необхідністю відтворення у законодавстві про кримінальне судочинство норм, спрямованих на захист прав і свобод людини.

На думку П.Л. Фріса, розробка нового кримінально-процесуального законодавства України передбачає не просто підтвердження в нових формах старих постулатів, на яких засновувалась діяльність щодо відправлення правосуддя в кримінальних справах протягом десятиліть, а кардинальність змін, які б відповідали тим процесам, що відбуваються в нашому суспільстві. Деякі кроки в цьому напрямі вже зроблені відомими нормативними актами червня-липня 2001 року. Однак ці кроки досить незначні і суперечливі. Вони не створили, а в разі їх механічного повторення в новому КПК без зміни самої концепції кримінально-процесуальної діяльності і не створять дієвої системи, яка б забезпечувала реальну рівність учасників кримінального процесу й надавала особі, стосовно якої ведеться кримінальне переслідування, всі можливості для здійснення її захисту. Фактично ці зміни є стороннім предметом у старій закостенілій системі інквізиційного радянського кримінального процесу, який залишився, на жаль, незмінним і в незалежній Українській державі [4].

Потреби боротьби зі злочинністю, з одного боку, і дотримання прав людини, з іншого — визначають специфіку застосування принципів рівності і змагальності на стадії досудового слідства. Зрозуміло, що ефективність оперативно-розшукової діяльності, без якої важко уявити дізнання та досудове слідство, неможлива без певної конфіденційності.

Доступ до інформації правоохоронних органів, яка стосується відшукування доказів, осіб, які підозрюються в їх скоєнні, об'єктивно повинен бути обмежений. Водночас, це створює небезпеку перетворення органів боротьби зі злочинністю в каральні органи, створення сфери позаконтрольного збору інформації про особу та інших зловживань. Ці органи мають певні повноваження щодо прав людей, вони добре організовані, численні, озброєні. Держава в особі цих органів і громадянин знаходяться у фактично нерівному становищі, а тому повинен існувати інститут, який би і фактично, і юридично зробив їх рівними. Тому і виникають деякі завдання, які полягають в тому, щоб і на загальному рівні — рівні процесуальних інститутів, і на рівні особливому — прав конкретної людини, мати задовільний баланс між потребами боротьби із злочинністю і дотриманням конституційних прав та інтересів людей. Уявляється, що створення такого балансу можливе, коли існуютимуть механізми реального впливу на конкретні правові ситуації під час здійснення правосуддя в кримінальних справах.

Не можна сказати, що в чинному КПК відсутні гарантії дотримання прав людини. Вони є, однак не завжди діють, оскільки процедура проходження кримінальних справ не може працювати при їх безумовному дотриманні.

Одночасно, як зауважує П.Л. Фріс, залишається незрозумілою позиція законодавця, який обмежив сферу дії принципів змагальності і диспозитивності лише стадією судового розгляду кримінальних справ (ст. 16¹ КПК).

З позиції проблеми, яка розглядається П.Л. Фрісом, наголошується, що в ситуації правового регулювання кримінально-процесуальної діяльності за наведених обставин реальне впровадження принципу змагальності на всіх стадіях нашого кримінального процесу може паралізувати діяльність органів дізнання, досудового слідства. При впровадженні

цього принципу, визначення напрямів дізнання, слідства, його методів у кожній конкретній справі, процесуальній ситуації залежатиме від активності захисту, яка, при нормальній його організації, з урахуванням існуючої форми кримінального процесу, здатна повністю блокувати розслідування. Змагальність неможлива без суб'єкта розсуду спірних питань, що обов'язково виникли б під час розслідування. Ні слідчий, ні прокурор не можуть бути таким суб'єктом, оскільки це було б зосередженням функцій обвинувачення і суду в одній особі, що суперечить Конституції України. Адже і обвинувачення, і захист шукають захисту права в суді.

Змагальність на стадії досудового слідства можлива тільки за наявності судового контролю за діяльністю органа дізнання, слідства та прокурора. Тобто, гарантом реалізації змагальності та рівності сторони обвинувачення і сторони захисту в процесі розслідування повинен стати суд, який може застосувати механізми примусу до виконання обґрунтованих клопотань захисту. Звичайно, при цьому виникає надзвичайно багато питань, вирішення яких залежить від концептуальної досконалості та ретельної пропрацьованості кожного положення нового Кримінально-процесуального кодексу.

Існуюча система досудового слідства, структура органів, які його здійснюють, та підпорядкованість їх органам нагляду, яка виникла, розвинулась та зміцнилась в роки тоталітаризму, залишається незмінною і в процесі побудови демократичної правової Української держави, і мало того, оберігається від будь-яких посягань на її реформування. Ця система, в основі якої лежать бюрократичні принципи функціонування, вищою цінністю яких є відповідні показники звітності, а не реальної діяльності, утворила систему жорновів, потрапляння в яку людини практично не може призвести ні до чого іншого, як до засудження. Така ситуація, до певної

міри, обумовлюється концентрацією в одному органі — прокуратурі — функцій нагляду за досудовим слідством та підтримування державного обвинувачення в суді. При такій системі людина, яка потрапляє в шестерні кримінально-процесуальної машини, перемелюється нею незалежно від того, чи винна вона, чи ні, бо найвищою цінністю залишається цифра звітності. А при такій побудові механізму, як та, що створена в нашій країні, орган контролюючий і одночасно виконуючий ніколи не визнає своїх помилок. Звичайно, такий симбіоз був вигідним тоталітарній державі з розвинутою репресивною системою. Однак його існування не може бути виправданим при закріпленні Конституцією України принципів демократизму і примату прав людини. Водночас, і суди доволі часто йдуть на поводу у державного обвинувачення, постановляючи вироки будь-які, аби не виправдувальні [5].

Досудове слідство є одним з центральних інститутів, які призначені забезпечувати провадження у кримінальних справах. Традиційно всі дослідники підкреслюють цю його характеристику. Однак, не знаходить належного висвітлення той факт, що насправді цей інститут є основним — таким, що визначає всю долю кримінальної справи. В законі про це згадки немає, однак, якщо проаналізувати чинний КПК, то виявляється, що значна частина його норм присвячена саме досудовому слідству. Важливою гарантією дотримання прав людини у цієї стадії є правильний вибір моменту винесення постанови про притягнення як обвинуваченого та пред'явлення обвинувачення. Процесуальне становище обвинуваченого — це проблема, до вивчення якої зверталось багато авторів, оскільки це питання ввібрало в себе безліч різних аспектів кримінально-процесуальної теорії і практики. Вся кримінально-процесуальна діяльність, усі дії її суб'єктів пов'язані з особою, якій пред'явлено обвинувачення у скоєні злочину.

Правовий статус обвинуваченого складається із значно більшого обсягу прав і обов'язків, ніж, наприклад статус свідка. Однак на практиці бувають випадки, коли особу залучають у сферу кримінально-процесуальних відносин як свідка, незважаючи на те, що її слід було б залучити як обвинуваченого. Обвинувачений знає, в чому він обвинувачується, і може захищатися від пред'явленого обвинувачення. Свідок же, якому ставлять питання, що викривають його, не знає, в чому конкретно він обвинувачується, і захищатися не може. У нього лише залишається конституційне право не давати показань або пояснень щодо себе, членів сім'ї чи близьких родичів, коло яких визначається законом (ст. 63 Конституції). Проте замовчування мети допиту призводить до можливості отримання таких відомостей (викривальних і обвинувальних щодо даної особи) майже від кожного з допитуваних. Врешті-решт, ніхто не позбавляє слідчого (особу, що провадить дізнання) права попередити про кримінальну відповідальність за дачу завідомо неправдивих показань і відмови від дачі показань [6].

Обвинувачений не зобов'язаний доводити свою невинуватість або меншу вину, ніж йому інкримінується. Більше того, він вправі взагалі відмовитися від дачі показань. А вищезгаданий "свідок" фактично вимушений, під загрозою кримінальної відповідальності, давати показання, спрямовані проти нього самого, тобто повинен або брати участь у доведенні своєї винуватості, або давати неправдиві показання. Така практика обмежує права особи і суперечить діючим у державі кримінально-процесуальним і моральним принципам [7].

Вітчизняна практика здійснення кримінального судочинства виявила немало проблем, пов'язаних з необхідністю дотримання захисту конституційних прав особи. В такій ситуації, безперечно, необхідно врахувати позитивні здобутки організації та законодавчої регламентації правосуддя, що сформувалося в зарубіжних країнах зі сталими демократичними традиціями, а також потреб у розробці, на основі вивченого матеріалу, цілої низки пропозицій щодо вдосконалення кримінально-процесуального права та практики його застосування.

Список літератури:

1. Огляд практики Європейського суду з прав людини. Норми та стандарти Конвенції про захист прав людини і основних свобод. — МЮ України. — 2002. — С. 3.
2. Конституція України. — К., 1997. — С.5.
3. Зубар В. Національне кримінально-процесуальне законодавство та Європейська конвенція про захист прав людини і основних свобод // Право України. — 2004. — № 8. — С. 93.
4. Фріс П.Л. Питання реформування кримінально-процесуального законодавства України та забезпечення рівності учасників кримінального процесу // Адвокат. — 2002. — № 1. — С. 11-13.
5. Там само.
6. Гончаренко С.В. Стаття 6 ЄКПЛ: кримінально-процесуальні права і гарантії // Європейська конвенція з прав людини: основні положення, практика застосування, український контекст. — К.: Віпол, 2004. — С. 283-284.
7. Стецовский Ю.И. Если человек обвинен в преступлении. — М., 1988. — С. 150.

РЕЗЮМЕ

В статье рассматриваются некоторые актуальные вопросы совершенствования уголовно-процессуального законодательства с учетом международных стандартов в области защиты прав человека.

SUMMARY

This article reviews the questions of current importance concerning the improvement of criminal procedure legislation from the standpoint of international standards of human rights protection.

*Рекомендовано кафедрою прав людини,
міжнародного та європейського права*

Отримано 22.04.06



С.С. Аскеров,
аспірант
(Академія адвокатури України)

Принцип незалежності і недоторканності суддів у кримінальному процесі України та Азербайджану

Ключові слова: кримінальний процес, принципи кримінального процесу, незалежність суддів, недоторканність суддів

Проблеми принципів кримінального процесу, їх значення, місце і роль, законодавче закріплення та забезпечення є однією із основних тем у науці кримінального процесу.

До критеріїв визнання певного положення принципом кримінального процесу, на думку М.М. Михеєнка, відносять таку сукупність властивостей: а) найбільш загальні, вихідні ідеї, які мають фундаментальне значення для кримінального процесу, визначають його спрямованість, побудову в цілому, форму і зміст його стадій та інститутів; б) вони мають виражати панівні в даній державі політичні та правові ідеї, які стосуються завдань, способу формування і здійснення правосуддя в кримінальних справах; в) вони повинні бути закріплені в нормах права; г) вони мають діяти у всіх або кількох стадіях кримінального процесу й обов'язково в його центральній стадії — стадії судового розгляду; ґ) їх порушення означає незаконність рішення у справі та обов'язкове його скасування [1, с. 222].

Наявність сильної і незалежної судової влади поряд із законодавчою і виконавчою є обов'язковою умовою існування правової держави. Відповідно

до Конституції України державна влада здійснюється за принципом її розділення на законодавчу, виконавчу і судову. Про це свідчить і Декларація про державний суверенітет України, прийнята Верховною Радою України 16 липня 1990 року, в якій підтверджено прагнення створити демократичне суспільство, потребу всебічного забезпечення прав і свобод людини, необхідність правової держави [2, с. 4].

Принцип незалежності і недоторканності суддів є одним з основних принципів в кримінальному процесі. Разом з тим, говорячи про принципи кримінального процесу окремо і системи принципів кримінального процесу в цілому, можна зробити висновок, що всі вони тісно пов'язані між собою, постійно взаємодіють, і тому можна обґрунтовано говорити не просто про сукупність, а про систему принципів кримінального процесу. Разом з тим, кожен принцип, який взаємодіє з іншими принципами, зберігає свою власну значущість, цінність для побудови процесу, свій юридичний зміст. Про значення, місце і роль принципу незалежності і недоторканності суддів та інших принципів кримінального процесу можна сказати, що принципи

кримінального процесу за розміром змісту і сферами діяльності іноді значно розрізняються, але це відмінність, швидше за все, чисто кількісна, а не якісна. Тому ми не можемо підрозділяти принципи на основні і другорядні, головні і неголовні. Знаходячись в тісній взаємодії та взаємозв'язку, одні принципи сприяють здійсненню інших. Але це зовсім не означає, що одні принципи підкоряються іншим, що існують принципи, які є тільки гарантіями здійснення інших, а тим більше таких, які утворюються з інших принципів. Тільки реалізація всіх принципів в їх сукупності в системі у взаємозв'язку і взаємодії може привести до виконання завдань кримінального судочинства. Можливість застосування кожного принципу має бути так врегульовано в законі, щоб жоден принцип не заперечував інший (наприклад, принцип встановлення об'єктивної істини — принцип недоторканності особи і житла, охорони особистого життя, таємниці листування, телефонних розмов, телеграфних повідомлень; принцип змагальності — принцип незалежності суддів і їх підпорядкування тільки закону). Необхідно забезпечити розумний компроміс між окремими принципами, виходячи при цьому із загальних правових принципів гуманізму і справедливості. Все це зумовлює необхідність передбачати в законі розумні винятки майже з кожного принципу кримінального процесу (окрім принципів законності і презумпції невинуватості). Але це мають бути тільки винятки, які не перекреслюють сам принцип, інакше вони перетворяться на загальне правило, на протилежний конкуруючий принцип. Наприклад, з метою забезпечення всебічного, повного і об'єктивного дослідження обставин справи закон дозволяє такі винятки з принципів недоторканності особи і житла, таємниці листування, гласності і усності, як арешт обвинуваченого, обшук житла, накладення арешту на поштово-телеграфну кореспонденцію і її виїмку у

відділенні зв'язку; слухання справи в закритому судовому засіданні, оголошення під час судового слідства показань свідків, якщо їх явка до суду є неможливою. Але ці винятки закон також забезпечує певними процесуальними гарантіями від довільного їх використання органами слідства і суду.

Немає сумніву, що конституційний принцип незалежності і недоторканності суддів та підкорення їх тільки закону нерозривно пов'язаний з іншими принципами кримінального процесу, знаходиться в постійній взаємодії з ними.

Загальноприйняті принципи, до яких, зокрема, належать право на життя; право на свободу та особисту недоторканність; право на справедливий і відкритий розгляд справи упродовж розумного строку незалежним і безстороннім судом; право на повагу до приватного і сімейного життя, до житла і до таємниці кореспонденції; право на ефективний засіб правового захисту; презумпція невинуватості; право на апеляцію містяться у таких міжнародно-правових актах, як Загальна декларація прав людини (1948 р.), Конвенція про захист прав людини і основних свобод (1950 р.), Міжнародний пакт про громадянські і політичні права (1966 р.), Основні принципи незалежності судових органів (1985 р.), Рекомендації № (94) 12 Комітету Міністрів Ради Європи “Незалежність, дієвість та роль суддів” (1994 р.) і складають основу системи принципів кримінального процесу.

Україна, яка є членом Ради Європи, має виконати взяті на себе певні зобов'язання, одним з яких є забезпечення принципу незалежності і недоторканності суддів. При цьому норми міжнародно-правових документів повинні бути основою для зміни національного законодавства лише в бік підняття рівня вже досягнутих гарантій незалежності суддів, бо зниження рівня гарантій незалежності суддів опосередковано може призвести до обмеження можливостей реалізації права на судовий захист.

В Україні підвищений інтерес до проблем незалежності і недоторканності суддів був пов'язаний з затвердженням “Концепції судово-правової реформи в Україні” постановою Верховної Ради від 28 квітня 1992 р. В ній зазначалось, що одним із основних завдань формування незалежної судової влади шляхом ефективного розмежування повноважень є гарантування самостійності і незалежності судових органів від впливу законодавчої і виконавчої влади та забезпечення прав громадянина на розгляд його справи компетентним, незалежним і неупередженим судом [3, с. 3-4].

У розвиток “Концепції судово-правової реформи в Україні” були прийняті закони “Про статус суддів”, “Про органи суддівського самоврядування”, “Про кваліфікаційні комісії, кваліфікаційно-атестаційну і дисциплінарну відповідальність суддів судів України”, “Про державний захист працівників суду і правоохоронних органів”, “Про забезпечення діяльності судів”, “Про забезпечення безпеки осіб, які беруть участь у кримінальному судочинстві”, “Про джерела фінансування органів державної влади”, “Про Вищу раду юстиції”, “Про судову експертизу”, “Про порядок відшкодування шкоди, завданої громадянину незаконними діями органів дізнання, попереднього слідства, прокуратури і суду”, постанова Кабінету Міністрів України “Про затвердження порядку та умов обов'язкового державного страхування життя і здоров'я суддів”.

Значною подією в цьому напрямі було прийняття Конституції України (1996 р.). Гарантована Конституцією України незалежність суддів насамперед забезпечується особливим порядком їх обрання або призначення на посаду та звільнення з посади (п. 27 ч. 1 ст. 85, ч. 4, 5 ст. 126, ч. 3, 4 ст. 127, ст. 128, п. 1 ч. 1 ст. 131); заборонаю впливу на них у будь-який спосіб (ч. 2 ст. 126); захистом професійних інтересів (ч. 6 ст. 127); підкоренням суддів при здійсненні правосуддя лише закону (ч. 1

ст. 129); особливим порядком притягнення їх до дисциплінарної відповідальності (п. 3 ч. 1 ст. 131); гарантуванням державою фінансування та належних умов для функціонування судів і діяльності суддів (ч. 1 ст. 130); заборонаю суддям 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 (ч. 2 ст. 127); притягненням до юридичної відповідальності винних осіб за неповагу до суду і судді (ч. 5 ст. 129); забезпеченням державою особистої безпеки суддів та їхніх сімей (ч. 7 ст. 126); здійсненням суддівського самоврядування (ч. 2 ст. 130) [4, с. 58].

На реалізацію цих приписів було прийнято Верховною Радою у 2002 р. Закон України “Про судоустрій України”, в якому незалежність та недоторканність суддів забезпечується та гарантується і розглядається як один із ефективних способів захисту гарантованих Конституцією і законами України прав і свобод людини і громадянина, прав і законних інтересів юридичних осіб і держави. Органи та посадові особи державної влади, органи місцевого самоврядування, їх посадові особи, громадяни та їх об'єднання, а також юридичні особи зобов'язані поважати незалежність суддів і не посягати на неї [5, с. 27].

Такі гарантії закріплено, зокрема у статтях 3, 11, 12, 13, 14, 15, 31, 42, 44, 45 Закону “Про статус суддів”; статтях 376, 377, 378, 379 Кримінального кодексу України.

Положення ст. 18 Кримінально-процесуального кодексу України передбачає, що судді вирішують кримінальні справи на основі закону, в умовах, що виключають сторонній вплив на суддів [6, с. 15].

Визначені Конституцією та законами України гарантії незалежності суддів як необхідні умови здійснення правосуддя

неупередженим, безстороннім і справедливим судом мають бути реально забезпечені. Тому будь-яке зниження рівня гарантій незалежності суддів у разі прийняття нових законів чи внесення змін до чинних законів є неприпустимим.

Складовою незалежності суддів є їхня недоторканність, призначення якої — забезпечити здійснення правосуддя. У Рішенні Конституційного Суду України від 23 грудня 1997 року № 7-зп (справа про Рахункову палату) зазначено, що “встановлення додаткових порівняно з недоторканністю особи гарантій недоторканності для окремих категорій державних посадових осіб має на меті створення належних умов для виконання покладених на них державою обов’язків та захист від незаконного втручання у їх діяльність” [7, с. 85].

Затвердження Конституцією України гарантій недоторканності суддів зумовлено їхньою професійною діяльністю у відправленні правосуддя. За Основним Законом України недоторканність судді в разі порушення щодо нього кримінальної справи полягає у тому, що суддя не може бути без згоди Верховної Ради України затриманий чи заарештований до винесення обвинувального вироку судом (ч. 3 ст. 126). Разом з тим, відповідно до положення частини першої цієї статті Конституції України, недоторканність суддів як гарантія їхньої незалежності у виконанні професійних обов’язків може не обмежуватися обсягом, визначеним у частині третій статті 126 Конституції України. Додаткові гарантії недоторканності суддів можуть встановлюватися також законами. Зокрема, ст. 13 Закону України “Про статус суддів” передбачено: недоторканність судді поширюється на його житло, службове приміщення, транспорт і засоби зв’язку, кореспонденцію, належне йому майно і документи (частина перша); проникнення в житло чи службове приміщення судді, в його особистий чи службовий транспорт, проведення там огляду, обшуку чи виїм-

ки, прослуховування його телефонних розмов, особистий обшук судді, а так само огляд, виїмка його кореспонденції, речей і документів можуть провадитись тільки за вмотивованим рішенням суду, а також за згодою судді у разі прийняття головою відповідного суду рішення про вжиття спеціальних заходів забезпечення безпеки (частина четверта) та інші гарантії недоторканності суддів, ухвалені цим Законом.

Принцип незалежності і недоторканності суддів є одним з найважливіших конституційних принципів кримінального процесу не тільки в Україні, а й у деяких країнах СНД, які проголосили себе демократичними та правовими державами. Конституція Азербайджанської республіки від 27 листопада 1995 року (*Azerbaijan Respublikasinin Konstitusiyasi*) визначає Азербайджан як демократичну правову державу, передбачає реалізацію державної влади шляхом поділу на законодавчу, виконавчу і судову гілки влади. В ній особливий статус суду визначається тим, що при рішенні спорів суди незалежні і недоторканні. Зокрема, в ст.ст. 127, 128 Конституції Азербайджанської Республіки передбачено, що судді незалежні та недоторканні, підкоряються лише Конституції і законам Азербайджану, незмінні протягом строку своїх повноважень. Судді розглядають справи неупереджено, справедливо, з дотриманням юридичної рівноправності сторін, на підставі фактів та відповідно до закону. Притягнення до кримінальної відповідальності судді у разі вчинення ним злочину потребує за Конституцією та законами Азербайджану узгодження з Президентом та Парламентом (*Milli Maclis*) [8, с. 54-56].

Конституційний принцип незалежності суддів знаходить своє підтвердження в таких законах Азербайджану як “Про суди і суддів” від 10.07.1997 р., “Про державний захист працівників суду та правоохоронних органів” від 11.12.1998 р., “Про відшкодування шкоди, завданої

фізичним особам незаконними діями органів дізнання, попереднього слідства, прокуратури і суду” від 29.12.1998 р., “Про оскарження до суду рішень, дій (бездіяльності), що порушують права і свободи громадян” від 11.07.1999 р., “Про державне обов’язкове особисте страхування працівників суду та правоохоронних органів” від 05.10.1999 р., Кримінальному кодексі (Cinayat ma-callasi) від 30.12.1999 р.

У Кримінально-процесуальному кодексі Азербайджану (Azerbaijan Respublikasinin Cinayat-prosesual ma-callasi) також закріплено конституційний принцип незалежності суддів. Незалежність за нормами Кримінально-процесуального кодексу поширюється однаково як на суддів, так і на присяжних засідателів, оскільки носіями судової влади є судді й залучені у визначених законом випадках для здійснення правосуддя присяжні засідателі. Зокрема, в положеннях ст. 25 цього Кодексу передбачається, що судді і присяжні засідателі незалежні та підкоряються лише законам Азербайджану. Вплив на суддів і присяжних засідателів у будь-який спосіб, втручання в їх діяльність або обмеження здійснення правосуддя з боку будь-яких осіб забороняється [9, с. 21-22]. Ці гарантії також встановлено у ст.ст. 8 і 122 Закону Азербайджану “Про суди і суддів”. Таке формулювання законодавця є вдалим, адже при здійсненні правосуддя не забезпечивши незалежність і недоторканність присяжних засідателів, не можна говорити про незалежність суддів.

У колишньому Радянському Союзі суд був тільки як орган, покликаний охороняти від неправомірних дій державу, посадовців. Відповідальності держави перед своїми громадянами, повазі до прав і свобод людини не надавалося значення. Прерогативи суду були обмежені точним застосуванням закону, він не мав права усунути навіть явно очевидні недоліки нормативних актів, зокрема у сфері захисту прав і свобод людини.

В той же час рівень демократії в суспільстві визначається місцем суду в системі органів державної влади і його роллю в захисті прав і свобод людини і громадянина. Саме суд покликаний забезпечити ефективний захист та відновлення прав і свобод людини. Тому створення в Україні умов для роботи та належне фінансування на державному рівні суду, який міг би ефективно захищати і відновлювати права людини, є однією з найважливіших завдань сьогоденного дня.

У Рішенні від 24 червня 1999 року № 6-рп/99 (про фінансування судів) Конституційний Суд України зазначив, що однією з конституційних гарантій незалежності суддів є особливий порядок фінансування судів, а важливим механізмом їх забезпечення є встановлений частиною першою статті 130 Конституції України обов’язок держави забезпечувати фінансування та належні умови для функціонування судів і діяльності суддів. Це стосується зокрема, недопущення скорочення видатків фінансування судової діяльності, скасування або призупинення пільг та ін. [10, с. 12].

Слід вважати, що важливою матеріальною гарантією у забезпеченні незалежності суддів є високий рівень державної винагороди за діяльність по здійсненню правосуддя. Тому необхідно чітко визначити в законодавчих актах такі умови роботи та фінансування судів (суддів), щоб незалежність суддів була реально забезпечена від будь-яких чинників.

За інформацією, що надана заступником голови Державної судової адміністрації України Л. Богдановим на першому засіданні Ради суддів України в 2006 р., відповідно до Закону України “Про Державний бюджет на 2005 рік”, видатки на утримання судів профінансовані в повному обсязі [11, с. 7]. Але разом з тим, це не означає, що сьогоднішні обсяги фінансування судів задовольняють всі їх потреби. Залишається невирішеним ряд

важливих питань, що перешкоджають нормальному функціонуванню судової системи. У багатьох судах значна частина приміщень судів не відповідає вимогам здійснення судочинства. Відсутня необхідна кількість оргтехніки, не вистачає коштів на відрядження, канцелярське приладдя, оплату участі в розгляді справ свідків і потерпілих. Низький рівень видатків Державного бюджету на оплату праці суддів негативно позначається на якості формування суддівського корпусу та заповненні вакантних посад працівників апаратів судів.

Проблеми з належного фінансування судів і судової діяльності у певній мірі є і в Азербайджані, які негативно впливають на стан незалежного здійснення правосуддя. Так, Конституційний Суд Азербайджану (*Azərbaycanın Konstitusiyası Məhkəməsi*) в постанові від 27 червня 2001 р. по тлумаченню частини п'ятої ст. 109 Закону Азербайджану “Про суди і суддів” вказав, що матеріальне та соціальне забезпечення суддів є складовою частиною їх незалежності. Спроможність суду протистояти жодному впливу залежить не лише від етики, авторитету, кваліфікації, гідності і відповідальності суддів, а й від їх реального матеріально-соціального забезпечення [12, с. 16].

Безперечно, що під незалежністю судді розуміється і свобода від державного, депутатського, партійного або іншого впливу. Незалежність судді не є особистим привілеєм, а способом захисту публічних інтересів, перш за все, законних інтересів, прав і свобод людини, громадянина.

Таким чином, суддя покликаний здійснювати свої повноваження незалежно від будь-яких пристрасей і стороннього впливу. З цією метою Конституція України закріплює спеціальні вимоги до кандидатів на посаду судді і особливий порядок їх призначення, гарантує незмінність, незалежність і недоторканність судді.

Незважаючи на чітке розмежування Конституцією повноважень між гілками влади, спроби керувати судами з боку законодавчої, виконавчої влади продовжуються. Спроби привласнення прав контролювати діяльність судів і тим самим впливати на здійснення правосуддя спостерігаються за окремими посадовцями. Прикладом може бути вказівка Генерального прокурора України 10 вересня 2004 року № 09/1233 вих. — 04285 ОКБ прокурорам усіх рівнів стосовно виконання ними завдань, визначених Законом України “Про порядок обрання на посаду та звільнення з посади професійного судді Верховною Радою України”, в якій Генеральний прокурор України зобов'язує органи прокуратури аналізувати діяльність судів при здійсненні судочинства, збирати інформацію про суддів та висвітлювати її у пресі, на радіо і телебаченні.

Рада суддів України рішенням від 24.09.2004 р. № 59 (Про вказівку Генерального прокурора України) розцінила цю вказівку як приховану спробу втручання в діяльність зі здійснення правосуддя, намагання відновити прокурорський нагляд за судами, потенційну загрозу впливу на суддів, оскільки розпорядження такого роду спонукають прокурорів до пошуку підстав для критики в засобах масової інформації діяльності суддів, пов'язаної з розглядом ними конкретних справ [13, с. 14].

Аналізуючи сказане, слід вважати, що незалежність суддів та їх недоторканність є найважливішою умовою надійного захисту конституційних прав і свобод громадян, а тому необхідно добитися, щоб здійснення правосуддя було вільним від будь-яких посягань. Але поступ у цьому русі буде ефективним, коли судді самі рішуче намагатимуться покласти край будь-якому втручання в судову діяльність як із боку громадян, так і посадовців владних структур.

Принцип незалежності і недоторканності суддів і їх підпорядкування тільки

закону розповсюджується на всі ланки судової системи. У ньому закріплений демократичний характер правосуддя, його етичний зміст. Ця загальнообов'язкова форма стосується всіх: органів держави і різних організацій, посадовців і громадян. Нікому не дозволено впливати на суддів, втручатися в їх діяльність, нав'язувати їм певні рішення.

Необхідно відзначити, що розглянутий принцип є двоєдиним. Незалежність суддів при здійсненні правосуддя обов'язково передбачає їх підпорядкування тільки закону, інакше вона може привести до беззаконня і свавілля. Тому чим повніше і точніше в кримінально-процесуальному законі регламентована діяльність суддів з розгляду і вирішення кримінальних справ, тим більше гарантії від свавілля. Суддя вирішує кримінальні справи на підставі закону, відповідно до своєї правосвідомості, в тих умовах, що виключають сторонній вплив на нього. Без належного забезпечення принципу незалежності і недоторканності суддів не можна повною мірою реалізувати інші принципи кримінального процесу та забезпечити ефективний судовий захист прав і свобод людини і громадянина.

Наведене свідчить, що законодавство України та Азербайджану містить достатні положення, які забезпечують незалежність і недоторканність суддів. Разом з тим, в кримінально-процесуальному законодавстві Азербайджану можна відмітити ряд особливостей, за якими воно відрізняється від українського законодавства, зокрема:

- кримінальні справи про злочини, за які законом передбачена можливість призначення покарання у вигляді довічного позбавлення волі, в суді першої інстанції розглядаються судом присяжних засідателів, які при здійсненні правосуддя користуються всіма правами судді (ст. 24 і ч. 1 ст. 359 КПК);

- кримінальні справи про особливо тяжкі злочини, за які законом передбачено покарання у вигляді позбавлення волі

на строк більше дванадцяти років, розглядаються в суді першої інстанції судом присяжних засідателів, якщо підсудний заявив клопотання про такий розгляд (ст. 24 і ч. 2 ст. 359 КПК);

- судді і присяжні засідателі незалежні та підкоряються лише законам Азербайджану (ч. 1 ст. 25 КПК);

- висновки органів попереднього слідства не є обов'язковими для суддів й присяжних засідателів при здійсненні кримінального судочинства (ч. 2 ст. 25 КПК);

- судді й присяжні засідателі вирішують кримінальні справи за своїм внутрішнім переконанням, що ґрунтується на дослідженні доказів, наданих сторонами (ч. 3 ст. 25 КПК);

- суди Азербайджану здійснюють правосуддя в умовах, що виключають будь-який вплив на незалежність суддів й присяжних засідателів (ч. 4 ст. 25 КПК);

- забороняється будь-яке втручання у здійснення правосуддя й право зажадати у суддів і присяжних засідателів пояснення з справ й матеріалів, які знаходяться у провадженні (ч. 5 ст. 25 КПК);

- забороняється з будь-яких причин та з боку будь-якої особи пряме чи непряме обмеження здійснення правосуддя, неповага до суду та інші неправомірні дії проти незалежності суддів (ч. 6 ст. 25 КПК).

Вказані положення заслуговують на увагу при реформуванні кримінально-процесуального законодавства України.

З метою вдосконалення гарантій незалежності суддів і виходячи з Конституційних вимог, що народ безпосередньо бере участь у здійсненні правосуддя, пропонується викласти:

1. Частина 2 ст. 17 КПК України в такій редакції — “Кримінальні справи про злочини, за які законом передбачено покарання у вигляді позбавлення волі на строк більше десяти років, розглядаються в суді першої інстанції у складі двох суддів і трьох народних засідателів, які

при здійсненні правосуддя користуються всіма правами судді”.

2. Частина 3 ст. 17 КПК України в такій редакції — “Кримінальні справи про злочини, за які законом передбачена можливість призначення покарання у вигляді довічного позбавлення волі, в суді першої інстанції розглядаються

судом присяжних, які при здійсненні правосуддя користуються всіма правами судді”.

3. Статтю 18 КПК України в такій редакції — “Судді, народні засідателі та присяжні при здійсненні правосуддя незалежні і недоторканні та підкоряються лише закону”.

Список літератури:

1. Михеєнко М.М. Проблеми розвитку кримінального процесу в Україні: Вибрані твори. — К.: Юрінком Інтер, 1999. — 271 с.
2. Декларація про Державний суверенітет України від 16 липня 1990 р.// Закони України. т. 1. — К.: Книга, 1996. — 5 с.
3. Постанова Верховної Ради України “Про Концепцію судово-правової реформи в Україні” від 28 квітня 1992 р. // Відомості Верховної Ради України. — 1992. — № 30. — Ст. 426.
4. Конституція України від 28 червня 1996 року — К.: Київська Правда, 1996. — 80 с.
5. Організація судової влади в Україні: перший аналіз нормат. змісту Закону України “Про судоустрій України” / А.О. Селіванов (кер. авт. кол.). — К.: Юрінком Інтер, 2002. — 112 с.
6. Кримінально-процесуальний кодекс України. — К.: Атіка, 2001. — 208 с.
7. Офіційний вісник України, 1998, № 1 (22.01.98), ст. 23.
8. Azərbaycan Respublikasının Konstitusiyası, “Huquq adabiyatı” nasriyatı, Bakı, 2002, 84 sah.
9. Azərbaycan Respublikasının Cinayət — prosesual macallası. “Huquq adabiyatı” nasriyatı, Bakı, 2005, 752 sah.
10. Юридичний вісник України, 1999, 09, № 35.
11. Юридична практика від 07 лютого 2006. — № 6 (424).
12. <http://stacker.bos.ru/laws/0000.html>.
13. Закон і Бізнес, 2004, 10, № 41.

РЕЗЮМЕ

Настоящая статья посвящена принципу независимости и неприкосновенности судей в уголовном процессе Украины и Азербайджана, анализируются нормы Конституций, законов и других нормативно-правовых актов, в том числе международные акты о нормативном закреплении и роли принципа независимости и неприкосновенности судей в уголовном процессе.

SUMMARY

The real article is devoted to principle of independence and inviolability of judges in criminal procedure of Ukraine and Azerbaijan, the norms of Constitution, laws and other normatively-legal acts are analysed, in that number, international acts about the normative fixing and role of principle of independence and inviolability of judges in criminal procedure.

Рекомендовано кафедрою кримінального процесу та криміналістики

Отримано 11.04.06



*І.М. Білоус,
ад'юнкт
(Київський університет внутрішніх справ)*

Загальна характеристика релігійних організацій, діяльність яких побудована на деструктивних ідеологіях

Ключові слова: *релігійна організація, секта, деструктивна ідеологія.*

Як свідчить історія розвитку людства, релігія упродовж багатьох тисячоліть впливає на розвиток права і свобод людини, держави і правових систем, на формування політичної правової та релігійної культури населення.

Процес формування релігійних вірувань відбувається під впливом як національних, так і світових релігій, таких як буддизм, християнство, іслам та ряд інших, які набули поширення в багатьох країнах, у тому числі на території України.

Україна, як і абсолютна більшість держав світу, має багатоетнічний склад населення. Окрім українців як найчисельнішої нації, на її теренах живуть і національні меншини — росіяни, білоруси, болгари, поляки, греки, євреї, угорці, німці тощо, які дотримуються різних релігійних вірувань. Тут пустили коріння не лише близькі християнству вірування, а й інші, часто екзотичні спільноти, відгалуження, групи, далекі від національної культури та релігійних традицій українського народу.

Сучасні нетрадиційні релігії почали з'являтися, в основному в 60–80 роках минулого століття. Спочатку в США та Західній Європі, а пізніше набули поширення в усьому світі. В 90-і роки ХХ ст.

вони стали з'являтися та поширюватися на території України.

Із проголошенням 24 серпня 1991 р. Верховною Радою України незалежності держави релігійне життя в нашій країні значно активізувалося, набуло якісно нових вимірів. Поступово вивільняючись від впливу чужих політичних та релігійних центрів, більшість релігійних організацій стала на шлях вдосконалення своїх національних форм.

За офіційною статистикою у 2000 р. в Україні діяли релігійні організації 105 конфесій, напрямів, церков і течій. Після різкого збільшення їх кількості у 1992–1993 рр. і певного спаду темпу їх зростання у 1995–1996 рр., з 1997 р. починається стабільний приріст їх чисельності на 6–8 відсотків щорічно. Характерним є процес зростання кількості релігійних організацій та громад за роки незалежності України, кількість яких досягла 30 тисяч. Щороку з'являються нові культові споруди, відкриваються нові монастирі, духовні навчальні заклади, недільні школи, виходять у світ нові періодичні видання [1].

Різні віровчення несуть в суспільство позитивізм, принципи моралі і є плюсами в суспільстві. Але окремі особи і прошки суспільства підпадають під вплив

різних негативних факторів об'єктивного і суб'єктивного чину і намагаються тлумачити догми віровчення по-своєму. Неминуче в цій системі нових віровчень, інтерпретацій виникає викривлене тлумачення, засноване на прагненні влади, похоті, користі, заперечення добра і моралі, що спричиняє виникнення сект, які проповідують деструктивну ідеологію, далеку від норм моралі і доброчесності.

Численні культи і секти мають свій “індивідуальний профіль”, але між ними у віровизнавчому відношенні є чимало спільних рис. Вони мають невиразний, дуже розмитий, але у чомусь спільний “символ віри”, певні доктрини, які формують їхні віровчення. Насамперед — віра у власного пророка, тобто в духовного вождя, засновника культу або секти. Угрупування ці об'єднуються навколо якогось новоявленого “пророка”, який розкриває перед групою людей “видіння” майбутнього і каже, як треба поводитися його прихильникам, щоб найкраще зустріти це майбутнє, опанувати становище і врятуватися. “Месія” дає норми поведінки, в основі яких лежать безоглядна відданість йому, відділення від решти суспільства, повне підпорядкування його вказівкам і вербування нових прихильників. Вожді культів і сект використовують Біблію та священні книги інших релігій на свій розсуд, те що їм підходить — вони схвалюють, виділяють, а що стоїть на дорозі — відкидають. Фанатична відданість вождеві — неодмінна риса вірних у культах і сектах. Навіть якщо вождь накаже вмирати, це має бути виконане. Наприклад, так було з керівником секти “Народний храм” Джімом Джонсом в латиноамериканській країні Гайяні, коли за його наказом здійснили масове самогубство через прийняття отрути 912 осіб.

Наступне — це віра в нові богонатхненні відкриття дані від Бога лідерам сект і культів. Нові дива і послання переповнюють життя релігійних новоутворень. Оскільки їхні документи добре

продумані авторами і пристосовані до конкретних умов життя суспільства, Біблія проголошується “застарілою”, а традиційні історичні Церкви — “мертвими”. Також мертвими й неправдивими проголошуються віровчення інших (конкуруючих) сект і культів. Наголошуючи на своїй винятковості й унікальності, вожді-месії доводять, що Бог тільки їм дав потаємну місію розкрити правду і поширити її на весь світ. Вони також кажуть про вражаючі факти зцілень колишніх хворих та інші надприродні явища, які вони звершують нібито силою Божою.

Одні культи і секти роблять власні “вчені” переклади Біблії і дають її ясным термінам та положенням власні (і вигідні їм) трактування; інші не зупиняються навіть перед тим, щоб оприлюднювати інші “біблії”, наприклад “Книгу Мормона”, “Коштовну Перлину”, “Учення й Заповіді” (секта Мормонів); “Божественний Принцип” (секта Муна) [2].

Досі не існує єдиного загальновизнаного серед релігієзнавців поняття, яке б найбільш точно відповідало визначенню новітніх релігій. У Західному світі, який давно і плідно вивчає нетрадиційну релігійність, прийнято позначати її аббревіатурою **NRM**, що значить **New Religions Movements**, тобто нові релігійні течії.

Для визначення нових релігій у світовому релігійному просторі вживається також термін **New Age**, що перекладається як **Релігії Нового Віку**.

Визначення поняття та класифікація релігійних течій є однією із складних тем, оскільки щодо неї не має єдиної думки серед вчених, які вивчають релігію: Ю.А. Калінін, В.А. Лубський, Е.Г. Балагушкін, О.Л. Дворкін, Д.В. Степовик, В.М. Петрик, А.М. Черній та ін. називають релігійні течії різними поняттями й пропонують свою класифікацію. Вітчизняні релігієзнавці найчастіше на означення нових релігійних течій вживають низку синонімів типу: *секти, новітні релігії, нетрадиційні релігії, неорелігійні*

рухи, нехристиянські релігії, тоталітарні секти, новітні та нетрадиційні культи, квазірелігії, псевдорелігії, неорелігії, неомістицизм, неокульти, модернові релігії, позавіросповідна містика, позаконфесійні вірування та ряд інших [3]. На нашу думку, жоден з цих термінів не відзначається точністю та в залежності від об'єкта дослідження та притаманності конкретних рис, можна застосовувати всі наведені поняття.

Термін “традиційні” може відноситися лише до тих релігій, що склалися в Україні історично, а особливості віровчення і культу цих релігій передаються від покоління до покоління, тобто успадковуються. Чого аж ніяк не можна сказати про нові релігійні течії. Вони не є властивими українській ментальності, релігійній духовності нашого народу, його культурі, традиціям, звичаям. Засновані на іншій, чужій традиції, вони набувають тут поширення не традиційним способом, а внаслідок місіонерської діяльності здебільшого іноземних проповідників, які прагнуть поширити релігію своєї історичної батьківщини на нашому українському ґрунті.

Для нетрадиційних релігій характерним є те, що вони, як правило, не обмежуються одним віровченням, а здебільшого спрямовані на міжрелігійний синтез, і не тільки поєднують в собі елементи багатьох релігій, а й широко використовують ідеї та концепції окультизму, спиритизму, теософії, антропософії, сучасної філософії, астрології тощо.

Неокульти (релігійні організації, що виникли у другій половині ХХ століття — на початку ХХІ століття) стали фактом і фактором сучасного релігійного життя, активно змінюють усталену релігійну карту світу, геополітичний баланс між певними релігіями. Вони, як правило, не знають географічних, державних, національних та культурних кордонів. Негативним наслідком перебування людей у деяких неокультурах є суттєве погіршення їх психічного стану. Безумовну шкоду

для здоров'я членів неокультур завдає також наявна в деяких подібних угрупованнях практика відмови від медичної допомоги, нанесення собі поранень і каліцтв.

Особливе занепокоєння викликає залучення до неокультур молоді, яка ще не може передбачити майбутніх негативних наслідків перебування в них, та виконання відповідних культових правил. Переважає молодь тому, що якраз молоді люди ще не вміють долати життєві труднощі і через це найчастіше зневіряються в своїх можливостях, в існуванні на світі справедливості. Відсутність професійної кваліфікації, відчуття власного соціального безсилля призводять до того, що молодь довго не має можливості для самоствердження в суспільстві. Натомість в неорелігійних громадах юнаки та дівчата отримують змогу обіймати ключові посади та самореалізуватися.

Сьогодні правоохоронні органи є свідками збільшення кількості правопорушень з боку деструктивних релігійних організацій. На теперішній час в Україні діє велика кількість різних старих та нових сект, у тому числі тоталітарних, які керуються з-за кордону.

Небезпечність тоталітарних сект випливає з кримінальних спрямувань їх внутрішнього життя, зомбування своїх adeptів, форм дій проти традиційних релігій інших сект, методів вербування осіб. Кримінальне спрямування деструктивних релігійних організацій випливає із їх фанатичності й деформованості розуміння цілей в житті, всездозволеність у виборі методів їх досягнення, а також сліпе підкорення своєму вищому керівництву. Під час ритуалів члени подібних релігійних організацій часто здійснюють й кримінальні злочини. Існують крайні агресивні кримінальні секти, які навіть виділяються на загальному фоні тоталітарних сект.

У нинішній духовній дезорієнтованій масі населення України нову секту створити дуже просто, а викоренити

тоталітарну, яка стала кримінальною сектою, після завершення формування її структури надзвичайно складно. У разі її переслідування з боку державних структур, вона переходить на нелегальне становище.

Проведений нами аналіз дозволяє виділити деякі кримінологічні ознаки, що характеризують структуру, методи вербування й способи досягнення поставлених цілей. При цьому необхідно відзначити, що аналіз ієрархічної структури сект й злочинних угруповань досить схожі. Члени сект підкоряються жорсткій дисципліні, яка часто носить характер тоталітарного поневолення з придушенням особистості. У багатьох українських сектах основні джерела фінансування надходять з-за кордону. Авторитет вчителя в сектах дуже високий. Під ним знаходиться оточення (довірені особи), середня ланка — активісти й рядові сектанти. В ім'я інтересів секти, їх членам дозволяються різні вчинки: брехня, зрада, здійснення кримінально караних діянь і т.п.

Для людей, які вперше прийшли до секти, вона маскується й сприймається для них як дружельна організація, що активно бажає допомогти їм в самовдосконаленні, розвитку, переборювати життєві труднощі. Секта намагається увійти в сферу інтересів людини й заволодіти нею. Така людина, як правило, не знає, що вже почала співпрацювати із сектою. Вона може бути впевнена, що відвідує гурток любителів рок-музики, театру, або спортивну секцію, які бажають вивчати Біблію.

Найбільш поширені способи вербування до секти:

а) “випадкове” знайомство й розмова за інтересами (індивідуальні бесіди в громадському транспорті або візит до квартири);

б) надання “безкоштовних” послуг або допомоги (запрошення на безкоштовні курси навчання або вигідну роботу);

в) шахрайські способи (представництва неіснуючих міжнародних організацій, студентські рухи, центри здоров'я або сім'ї);

г) психологічні впливи (постійні телефонні дзвінки з питань життя й духовності, запрошення до участі в масових заходах).

У тоталітарних сектах використовується комплекс спеціальних психологічних прийомів, в тому числі й нейролінгвістичне програмування (НЛП), направлене на здійснення маніпуляцій з свідомістю людини. Існує думка вчених (О.Л. Дворкін, А.Г. Софронов, Д.Н. Гранов), які вважають, що люди вступають до сект тому, що їх зомбують та встановлюють над ними психологічний контроль. Щоб встановити психологічний контроль над людиною, потрібно змінити її свідомість й створити їй нову особистість. Для цього необхідно контролювати поведінку, емоції, думки й інформацію, яка надходить до людини. Існують прийоми, методи, які впливають на психіку людини, змінюючи стан свідомості через лінгвістичне моделювання реальності на основі тяжкої мови, ритуали зупинки думок, запрограмовування фобій, введення особу в залежність, гіпнотичний вплив, НЛП, музичне зомбування [4].

Ці явища в спеціальній літературі визначені, як “контроль над свідомістю”, “незаконний вплив”, “реформування мислення”, “програмування”, що й представляє насильницьке управління психікою й поведінкою, психологічний вплив для досягнення односторонньої користі.

Наукові дані дозволяють стверджувати, що в результаті тривалого використання прийомів в деяких деструктивних релігійних організаціях, техніка контролю над свідомістю особи призводить до стану психічної безпорадності, знесилення. Замість неї з'являється особистість, яка призначена для виконання ідей і волі лідера культу. Найяскравішим

прикладом агресивного сектантства є поведінка прихильників ваххабізму. Правоохоронні організації світу ведуть боротьбу з терористичними організаціями, які проявляють терористичні риси зі сторони adeptів тоталітарних сект, а саме:

а) використання керівниками тоталітарних сект контролю над свідомістю своїх adeptів, що призводить до крайнього ступеня фанатичності терористів, відданості своїм лідерам й готовності по жертвувати своїм життям для досягнення цілей секти;

б) використання організацією й здійснення терористичних актів терористами-смертниками (аналогів японських камікадзе, близькосхідних й чеченських смертників-терористів) із числа adeptів;

в) можливість використання й здійснення терористичних актів adeptами-дітьми, які в умовах секти можуть виконувати різні накази їх керівників;

г) непередбачуваність дій adeptів тоталітарних сект [5].

Аналізуючи діяльність релігійних організацій, можна сформулювати основні положення в їх діяльності, що становлять небезпеку для держави, суспільства та окремих громадян.

1. Поширення деструктивних ідеологій, що становлять загрозу духовності українського народу та суперечать загальнолюдським нормам (ст. 161 КК України — порушення рівноправності громадян залежно від їх расової, національної належності або ставлення до релігії)

Діяльність об'єднань “Церква Христа” призводить до негативних змін у житті новонаверненої молоді. Молоді люди припиняють навчання, нехтують громадською думкою, починають зверхньо і презирливо ставитися до батьків та близьких. Усе це викликає постійні сварки і зрештою призводить до розриву з батьками. Якщо новонавернений все ж таки вирішує вийти із церкви, то “учні Христа” починають ставитися до нього як до ізгоя, створюючи довкола нього

несприятливу атмосферу. Спілкування з “відступниками” суворо забороняється.

Релігійна практика “Слова віри” стала предметом численних скарг і заяв на адресу офіційних органів з боку громадян, чії родичі, діти або друзі були залучені до церкви. Заявники повідомляють, що участь близьких людей у культовій діяльності громадян негативно позначилися на їх психічному стані, міжособистісних стосунках та соціальній поведінці.

2. Заподіяння шкоди здоров'ю людей під приводом проповідування релігійних віровчень чи виконання релігійних обрядів. Якщо заподіяння шкоди здоров'ю утворює склад більш тяжкого злочину, ніж передбачений ч. 1 ст. 181 КК України, за наявності підстав слід додатково кваліфікувати за ст. 115, ч. 2 ст. 119, ч. 2 або ч. 3 ст. 120, ст. 121, ч. 2 ст. 122, ч. 2 ст. 126, ст. 127 КК України.

Заподіяння смерті, посягання на здоров'я людей під приводом проповідування релігійних віровчень чи виконання релігійних обрядів вчиняється як необхідний обряд релігійної групи або становить одне із правил релігійних віровчень. Найбільш поширені в синкретичних культах, культах східного типу: “АУМ сінрікьо”, “Біле Братство”, сатанинських сектах тощо.

Російський прихильник сатанистів Микола Каверін убив на Великодень трьох ченців в Оптиній пустелі. У 1993 році загинули двоє ченців Києво-Печерської лаври. На ножі вбивці стояв знак Сатани — три шістки.

У 1993 р. в Україні було проведено психологічну експертизу з метою дослідження людей, які відчули на собі вплив релігійних культів (“Велике Біле Братство”, “Богородичний центр” тощо). У результаті дослідження експерти дійшли висновку: у людей, які зазнали впливу керівників цих угруповань, піддалися “зомбуванню” психоенергетичними засобами, відбулися в особистих інтелектуальних і енергетичних структурах

суттєві розлади. Такі зміни виявляються у механізмах нервової регуляції поведінки і життєдіяльності. Відбувається спотворення природного механізму функціональної асиметрії.

3. Діяльність релігійної групи пов'язана зі статевою розпущою, вчиненням конкретних актів згвалтування, насильницького задоволення статевої пристрасті неприродним способом, статевих зносин з особою, яка не досягла статевої зрілості (ст. 181, ст.ст. 152, 153, 155 КК України).

У місті Рівне “святий отець” Георгій відкрив релігійну громаду “Альфа і Омега”, яка активно використовувалась для проведення комерційної діяльності. Послушницями цього угруповання були молоді привабливі жінки. Неофітки кидали сім'ї, віддавали керівнику своєї громади гроші, квартири, вступали з ним в інтимний зв'язок, використовуючи наркотичні речовини та алкогольні напої.

Релігійну групу у Києві у середині 90-х років ХХ ст., заснували колишні православні ченці отці Василь та Сергій (особи не встановлені, а їхні справжні імена невідомі). Вони згуртували біля себе підлітків віком 15-17 років, яким для кращого засвоєння “духовної істини” пропонували вступати з ними у статеві зв'язки.

4. Провокування та загострення конфліктів на релігійному і національному ґрунті (ст. 161 КК України).

5. Можливий вихід з-під контролю окремого воєвничого культу, діяльність якого може призвести до загибелі людей (ст. 120 КК), масових заворушень (ст. 294 КК) та терористичних актів (ст. 258 КК).

У березні 1995 року активісти культу “АУМ сінірікьо” використали нервово-паралітичний газ “зарін” під час газової атаки у токійському метро, в результаті котрої загинули 12 осіб та постраждало тисячі людей. Отруйних хімічних та бактеріологічних речовин, що знаходились на таємних базах цієї секти, було знай-

дено у кількості, достатній для отруєння десятків мільйонів людей.

6. Поширення впливу культів, діяльність яких супроводжується підривом громадського порядку (ст. 293 КК), ушкодженням здоров'я і моральності населення (ст. 181 КК, ст. 300 КК). Використання спеціальних хімічних препаратів і апаратури, котрі надають можливості маніпулювати вольовою сферою людини. Загрози, переслідування, а в деяких випадках і фізичний тиск на тих, хто вирішив залишити культ, з боку його лідерів.

У м. Черкаси при релігійній організації прихильників вчення Будди її лідер В. заснував спортивну школу “Білий Лотос”, філії якої діяли не лише в Україні (Київ, Одеса, Дніпропетровськ, Луганськ, Львів, Харків, Херсон, Ялта), а й у Росії, Литві, Киргизстані, США та інших державах. Члени цього культу виховувались в сліпій покорі своїм наставникам, необхідності бути готовим до боротьби з “ворогами церкви”, дотримувались суворих методів конспірації. Для зарахування до школи кандидати подавали заяви, де вказували, що вони цілком добровільно відмовляються від усіх громадянських прав і свобод, просять вважати їх власністю “Білого Лотосу”, при цьому зобов'язуються виконувати будь-які накази своїх керівників. Вихід з “школи” дозволявся тільки у випадках виплати “вчителю” значної суми грошей.

7. Використання релігійних організацій кримінальними структурами. Можливе відмивання через секти „брудних” грошей, отриманих злочинним шляхом (ст. 209 КК) чи, навпаки, використання пожертв і, навіть, самих віруючих для протиправної діяльності (ст. 255 КК). У цьому зв'язку створює небезпеку поширення наркоманії. Деякі керівники неокультів використовують різні наркотичні речовини, вводячи своїх послідовників у залежність, що надає можливість маніпулювати віруючими та отримувати прибутки (ст. 307 КК, ст. 317 КК) [6].

Таким чином, ми можемо сформулювати поняття **деструктивних ідеологій** релігійних організацій як діяльність, що порушує та руйнує нормальну структуру релігійних ідей, поглядів, понять у суспільстві.

Протидія протиправним проявам, котрим супроводжується діяльність неоекультів буде ефективною, на наш погляд, тільки тоді, коли буде вироблено відповідну державну політику та реформовано чинне законодавство. Також необхідне повне інформування населення про діяльність, в тому числі й кримінального характеру, різних тоталітарних сект. На даний момент в нашій країні в цій галузі явно виявляється “інформаційний голод” й навіть ведеться позитивна пропаганда діяльності релігій-

них організацій. При реєстрації громад нових релігій, які є підрозділами закордонних центрів, до уваги обов’язково слід брати діяльність цього центру за кордоном. Через МЗС і МВС України налагодити отримання інформації з зарубіжних країн щодо методів роботи та поведінки представників неоекультів, які мають негативну міжнародну репутацію. На підставі викладеного, можна зробити висновок, що на порядку денному стоїть питання поліпшення державної політики в сфері духовності українського суспільства. Потрібно підвищити ефективність законодавчого врегулювання існування релігійних організацій деструктивного характеру і розслідування та судового розгляду злочинних проявів в діяльності цих організацій.

Список літератури:

1. *Петрик В.М., Ліхтенштейн С.В., Сьомін С.В.* Новітні та нетрадиційні релігії, містичні рухи у суспільно-політичній сфері України. — К.: Вид-во Європ. Ун-ту, 2002. — С. 336.
2. *Дворкин А.* Сектоведение. Тоталитарные секты: опыт системного исследования. — Нижний Новгород: Изд. Братство во имя св. князя Александра Невского, 2000. — 655 с.
3. *Академічне релігієзнавство / За ред. А. Колодного.* — К.: Світ знань, 2000. — С. 298.
4. *Шхагапсоев З.Л., Голяндин Н.П.* Деструктивные религиозные организации и их криминальная опасность // Российский следователь. — 2005. — № 6 — С. 41.
5. *Новые религиозные организации деструктивного и оккультного характера.* Справочник. — Белгород, 1977. — С. 202.
6. *Петрик В.М.* Шляхи та механізми захисту української молоді від деструктивного впливу неоекультів. — Доповідь на III Міжнародному Соборі православної молоді (електронний варіант).

РЕЗЮМЕ

В статье рассматривается общая характеристика религиозных организаций, деятельность которых построена на деструктивных идеологиях. Освещаются характер и сущность их деятельности, которые угрожают безопасности государства, общества и отдельных граждан.

SUMMARY

The article investigates general characteristics of religious organizations whose activities are based on destructive ideologies. It also describes the character and the essence of their activities which threaten the security of the state, society and citizens in particular.

Рекомендовано кафедрою кримінального процесу та криміналістики

Отримано 10.03.06



Л.І. Кравченко,
експерт
(Центральна лабораторія Державної митної
служби України)

Процесуальні засади призначення судової експертизи героїну

Ключові слова: *судова експертиза, героїн, спеціаліст, висновок експерта*

Судова експертиза — це дослідження експертом на основі спеціальних знань матеріальних об'єктів, явищ і процесів, які містять інформацію про обставини справи, що перебуває у провадженні органів дізнання, досудового слідства та суду [1].

Призначення експертизи віднесено на розсуд слідчого або суду (крім випадків обов'язкового її призначення), які приймають рішення, виходячи з конкретних обставин справи, необхідності застосування наукових, технічних або інших спеціальних знань і неможливості встановлення фактичних даних іншим шляхом.

Експертиза проводиться в період розслідування або судового розгляду справи на підставі відповідного процесуального документа (постанови слідчого чи ухвали суду). Призначення експертизи є процесуальною дією і, таким чином, її проведення можливе лише у порушеній справі [2].

На даний час в усьому світі однією з найбільш серйозних і актуальних проблем є проблема боротьби з незаконним обігом наркотичних засобів і психотропних речовин. На території України найбільш широкого розповсюдження отримав такий напівсинтетичний наркотик

як героїн. В основному він надходить з країн південно-східного регіону.

Експертиза наркотичних засобів, в тому числі героїну, на даний час відноситься до криміналістичних експертиз матеріалів, речовин і виробів. Віднесення експертизи героїну до криміналістичної не є обґрунтованим і виглядає, з точки зору класифікації наук, безпорадним. Наприклад, якщо дослідження щодо встановлення наявності наркотичного засобу в порошок, вилученому у обвинувачуваного, проведе хімік, який не працює у спеціалізованій установі, то, не знаючи теорії криміналістичної ідентифікації, він прийде до тих же результатів, що й хімік, який перебуває в штаті експертної установи [3]. Таким чином, експертизу героїну скоріш за все можна назвати судово-хімічною, оскільки методи дослідження є методами аналітичної хімії.

Предметом експертизи героїну є фактичні дані, що встановлюються на основі спеціальних наукових знань про природу, властивості та технологію виготовлення, методів досліджень та аналізу матеріалів кримінальної справи, у якій призначена експертиза.

Об'єктом даного виду експертизи є наркотичний засіб героїн, що має вигляд порошкоподібної речовини кольором від

білого до темно-коричневого або рідин кольором від прозорих безбарвних до світло-коричневих. Інколи об'єктом дослідження даної експертизи є нашарування сухої речовини у шприцах, медичних флаконах, ватних тампонах, ложках та посуді, або на предметах одягу, наприклад, в кишенях.

Героїн являє собою діацетильне похідне морфіну. Зовнішній вигляд героїну залежить від багатьох факторів, головними з яких є: вигляд сировини і спосіб виготовлення, вміст наповнювачів, хімічна форма героїну (сіль чи основа), вміст домішок, характерних для сировини (кодеїн, тебаїн, папаверин) і обумовлених технологією отримання (ацетилкодеїн, моноацетилморфін).

При проведенні експертизи наркотичних засобів вирішуються наступні задачі: діагностичні — встановлення наявності наркотичного засобу; класифікаційні — віднесення наркотичного засобу до героїну; ідентифікаційні — встановлення джерела походження героїну. Інколи ідентифікаційні питання вирішуються у формі встановлення спільної родової або групової належності декількох зразків героїну.

Суттєвим для якісного дослідження героїну є правильне вилучення об'єктів дослідження, їх відібрання, збереження та упакування. Неправильні дії можуть змінити фізико-хімічні властивості, призвести до часткової або повної втрати речового доказу, що суттєво вплине на результати дослідження.

При вилученні героїну у вигляді сипучих порошкоподібних речовин необхідно зразки проб відбирати з кожної з різних упаковок, які відрізняються будь-чим (колір, подрібненість, вологість, запах тощо). У випадках, якщо зразки однакові, відбір проводять таким чином: за кількості упаковок менше 10 на аналіз беруться всі зразки; від 10 до 100 — відбираються 10; при 100 і більше — відбирається кількість, яка дорівнює кореню квадратному із загальної кіль-

кості. Відібрані проби упаковують герметично у пластикові ємності чи акуратно загортають у папір таким чином, щоб речовина не просипалася.

При відборі проб рідин з великих ємностей, їх спочатку перемішують, потім відбирають у пляшки чи флакони. Якщо в рідині є нерозчинний осад, він відбирається окремо. Якщо рідина у невеликій кількості (у шприцах або флаконах), то її надають на дослідження повністю. Флакони, шприци та пляшечки з рідиною вміщують у пластикові пакети. Якщо героїн знаходиться у мікрокількостях у вигляді нашарувань на різних предметах-носіях, то ці предмети необхідно вміщувати у окремі пластикові пакети.

За потреби для вилучення об'єктів необхідно залучати спеціаліста.

Всі направлені на дослідження речові докази, які належним чином герметично упаковані, повинні бути опечатані та супроводжуватися пояснювальними написами із зазначенням назви об'єкта, прізвища особи, у якої було проведено вилучення, місця та часу вилучення, прізвища понятих та особи, яка проводила вилучення із зазначенням посади та місця роботи.

Велике значення під час вилучення речових доказів слід приділяти заходам безпеки. Оскільки ін'єкційне вживання героїну є основним шляхом розповсюдження багатьох захворювань (СНІД, гепатит, малярія тощо), працівникам правоохоронних органів важливо уникати безпосереднього контакту з предметами, що використовувалися наркоманами, і відкритими виразками, ранами осіб, які підозрюються як наркомани.

Найбільша ймовірність зараження працівників правоохоронних органів виникає в ході обшуку на місці злочину, в тому числі огляду автомобілів та одягу підозрюваних. Сховані голки для ін'єкцій можуть спричинити рани, через які збудники хвороби потрапляють в кров. Тому потрібно виявляти особливу обережність під час вилучення голок та інших гострих

предметів, на яких могла залишитися заражена кров. Працівникам правоохоронних органів в ході проведення пошукових дій належить використовувати для захисту обличчя (особливо очей), рук засоби індивідуального захисту.

Специфікою експертизи наркотичних засобів, у тому числі героїну, є те, що встановлення події злочину неможливе без використання спеціальних знань в галузі хімічної науки. В Кримінальному кодексі міститься ціла низка статей, які стосуються контрабанди, незаконного виготовлення, зберігання, придбання, пересилання, збуту, розкрадання таких речовин і тому подібних діянь. Зрозуміло, що для встановлення події злочину необхідно визначити, чи відноситься певна речовина, виявлена на місці події, саме до героїну, обіг якого заборонено. Як правило, питання вирішується таким чином: вилучена речовина (рідина) надається на дослідження особі, яка має відповідні спеціальні знання, і перед нею формулюються питання для вирішення. Однак, оскільки кримінальна справа ще не порушена, постанова про призначення судової експертизи не може бути винесена, і відповідні речові докази, як об'єкти дослідження, супроводжуються офіційним листом, а за результатами дослідження оформляється не висновок експерта, а висновок спеціаліста. Якщо досліджувана речовина (рідина) дійсно відноситься до героїну, тобто подія злочину встановлена, то кримінальна справа порушується, і провадиться слідство. Висновок спеціаліста в даному випадку є підставою для порушення кримінальної справи і має статус документа (згідно з ст. 83 КПК України), а не висновку експерта, оскільки постанова про проведення судової експертизи не виносилась і особа, яка проводила дослідження, не попереджувалась про кримінальну відповідальність за ст. 384 КК України за дачу завідомо неправдивого висновку (що регламентовано ст. 196 КПК України).

Після встановлення події злочину слідчий призначає повторне дослідження тих же об'єктів — тепер уже речових доказів. На цей раз виноситься постанова про проведення судової експертизи, і та ж особа, як правило, яка проводила дослідження і оформила висновок спеціаліста, призначається експертом. Тепер оформляється висновок експерта, з його підписом щодо попередження про кримінальну відповідальність.

Згідно діючого “Переліку наркотичних засобів, психотропних речовин і прекурсорів”, затвердженого Постановою Кабінету Міністрів України № 770 від 06.05.2000 р., героїн (діацетилморфін) відноситься до особливо небезпечних наркотичних засобів, обіг яких заборонено (Таблиця I Список №1) і оскільки для нього не визначені невеликі розміри (Наказ МОЗ України № 188 від 01.08.2000 р.), порушення кримінальної справи відбувається вже за фактом його наявності.

Якщо на дослідження спеціаліста героїн надійшов у слідovій кількості, то під час дослідження, як правило, він повністю використовується і фактично на експертне дослідження надходить лише сам носій без наркотичного засобу. Якщо експертизу проводить та ж особа, що виступала як спеціаліст, і за умови, що цілісність упаковки речових доказів не була порушена, то фактично (без проведення експертного дослідження) висновок спеціаліста переоформлюється на висновок експерта. У випадку, коли з тих чи інших причин проведення експертного дослідження доручається іншій особі, то виникає велика проблема, яка на даний час не вирішена.

Одним з найбільш доцільних шляхів вирішення цієї проблеми, на перший погляд, видається можливість призначення експертизи на стадії порушення кримінальної справи. І слід відзначити, що це питання обговорюється досить давно і має як своїх прибічників, так і опонентів:

а) експертиза може бути призначена лише у порушеній кримінальній справі (В.М. Савицький, В.Д. Арсеньєв, В.І. Шиканов, В.Г. Гончаренко, М.Я. Сегай та ін.);

б) у необхідних випадках слід допустити призначення експертизи в стадії порушення кримінальної справи (Р.С. Белкін, В.П. Бахін, Г.Н. Мудьюгін, Я.П. Нагнойний та ін.).

Проте другий підхід істотно ускладнює реалізацію обвинуваченням своїх прав та не гарантує вірогідності експертного висновку, що відзначається прибічниками першої точки зору, і з цією позицією слід погодитись.

Як можливий варіант вирішення вказаної проблеми, може бути застосований підхід, за якого експерт вивчає матеріали дослідження, проведеного спеціалістом, і робить висновок про те, що використана методика є правильною, висновок спеціаліста науково обґрунтований і його правильність не викликає сумнівів. До речі, цей принцип використовується під час проведення судово-медичних та судово-психіатричних експертиз за матеріалами справи.

Як було зазначено, героїн (діацетилморфін) у чистому вигляді на експертне дослідження не надається. Як правило, він супроводжується іншими

наркотичними засобами: 6-моноацетилморфін, ацетилкодеїном, які теж входять до згаданого Переліку. Маючи наркотичний ефект, вони посилюють дію діацетилморфіну. Тому доцільним було б під визначенням “героїн” розуміти всю суміш наркотично активних компонентів (якщо вона є). Уявляється доцільним розширити поняття “героїн”, тобто розглядати його не як діацетилморфін, а як суму перелічених наркотичних компонентів [4].

У той же час не можна погодитись з пропозицією, яка лунає від експертів деяких відомств, про те, щоб вважати героїном не лише наркотично активні компоненти, а і всю суміш разом з речовинами-наповнювачами, такими як крохмаль, глюкоза, мука, цукор, карбонат натрію, сульфат барію, деякі ненаркотичні фармпрепарати. Звичайно, за такого підходу значно спрощується проведення експертизи (вирішення діагностичних та класифікаційних питань), але з правової та морально-етичної точок зору грубо порушуються права людини, оскільки вага суміші навіть з незначною кількістю діацетилморфіну може бути визначена як особливо велика кількість наркотичного засобу з подальшою відповідною мірою покарання.

Список літератури:

1. Закон України „Про судову експертизу” // Урядовий кур’єр. — 2004. — № 188.
2. Експертизи у судовій практиці / За заг. ред. В.Г. Гончаренка. — К.: Юрінком Інтер, 2005. — С. 386.
3. Гончаренко В.И., Степанова Л.А. Классификация наук и судебная экспертиза // Международная научная конференция “Роль и значение деятельности Р.С.Белкина в становлении современной криминалистики” (к 80-летию со дня рождения Р.С. Белкина). — Москва. — 2002. — С. 246-249.
4. Кравченко Л.И., Степанова Л.А., Стальмахович С.И. Некоторые аспекты криминалистического исследования героина // Криминалистика и судебная экспертиза. — К., 2003. — Вып. 51. — С. 138-142.

РЕЗЮМЕ

В статье рассматриваются процессуальные аспекты назначения и проведения судебной экспертизы наркотического средства героина и ее место в классификации экспертиз.

Освещаются проблемы, возникающие в связи с необходимостью исследования героина до возбуждения уголовного дела. Высказывается предложение об уточнении термина “героин”.

SUMMARY

The article considers the procedural aspects of the appointment and execution of forensic examination of the drug “heroin” and its place in the expertise classification. A suggestion is made to define the term “heroin”.

*Рекомендовано кафедрою кримінального процесу
та криміналістики*

Отримано 05.04.06



М. Ф. Сокиран,
ад'юнкт
(Київський національний університет внутрішніх
справ)

Проблеми використання цифрових технологій для фіксації процесуальної інформації

Ключові слова: звукозапис, відеозапис, електронний документ, електронний цифровий підпис, цифрові технології.

Рівень сучасної злочинності характеризується організованими формами, появою нових видів злочинів, технічною оснащеністю злочинних груп. Це, у свою чергу, обумовлює подальше посилення і вдосконалення форм і засобів боротьби зі злочинністю й, насамперед, за рахунок забезпечення ефективного використання досягнень науково-технічного прогресу у правоохоронній діяльності.

Технологія, яку використовує злочинний світ, часто випереджає технології, якими володіють правоохоронні органи, пристосовуючи усе більш могутні комп'ютерні засоби для скоєння масштабних злочинів, що зумовлює приймати більш ефективні правоохоронні міри [1].

Таким чином, проблеми, пов'язані із застосуванням новітніх технічних засобів у діяльності правоохоронних органів, набули виняткової актуальності. Вирішення цих проблем, зокрема, покладено на науку криміналістику, одним з насущних завдань якої є впровадження комп'ютерних технологій в правоохоронну діяльність.

Торкаючись такої досить нової і важливої теми, як застосування комп'ютерів, інформаційних та телекомунікаційних

технологій у розслідуванні злочинів, слід зупинитися на питаннях дотримання принципів науковості та законності використання досягнень сучасної аудіовізуальної техніки в процесі доказування у кримінальному судочинстві України. Грунтуючись на сучасних досягненнях цифрової аудіо-, відеоапаратури, їхніх технічних можливостях, а також виходячи із завдань, що постають перед правоохоронними органами, можна стверджувати, що нині утворилися передумови для застосування цих технологій в криміналістичних цілях для покращення боротьби зі злочинністю.

Як пише В. Г. Гончаренко, створення необхідних технічних і організаційних умов дозволить якісно підвищити рівень криміналістичної діяльності до оптимального, а це означає, що кожен оперативний працівник, слідчий, суддя, адвокат, експерт зможуть на високому технологічному рівні проводити роботу, володіючи сукупним позитивним досвідом своїх колег, рекомендаціями фахівців, зосередженими в пам'яті ЕОМ [2].

На сьогодні одним з перспективних напрямів використання технічних засобів правоохоронними органами, є цифрові розробки в галузі аудіо- і відеоапарату-

ри. Сучасні технічні засоби, що обслуговують різні галузі знань, — зазначає М.В. Салтєвський, — вимагають постійного вивчення з позицій можливості їх використання для збирання доказової інформації при розслідуванні злочинів [3]. Засоби і методи цифрової фіксації інформації багато в чому перевершили аналогові засоби за якістю запису, відтворення і збереження зафіксованих даних. Належне програмне забезпечення дає можливість скористатися безумовними перевагами цифрових технологій — дозволяє використовувати комп'ютерні технології для складання композиційних портретів [4] і процесуальних документів в ході розкриття та розслідування злочинів, виконання певних видів експертиз і досліджень, а також надає цілу низку інших додаткових функціональних можливостей.

Погляди на впровадження в криміналістичну діяльність цифрової техніки з боку як вчених-криміналістів, так і практичних працівників є неоднозначним. Юристи завжди відрізнялися дуже консервативним підходом до будь-яких нововведень. І це не випадково. Право як інструмент взаємин держави й особистості у своїй сутності припускає багаторічну незмінність не лише основних принципів, але і стабільність способів регулювання відносин між суб'єктами [5]. Так, в підручнику “Криміналістика” за редакцією М.П. Яблокова вказується на можливість редагування електронних знімків за допомогою спеціальних прикладних програм цифрового фотоапарата [6]. В іншому підручнику, за редакцією Т.О. Седової і О.О. Ексархопуло, наводиться така точка зору: “Головне, на що повинні звернути увагу юристи при впровадженні цифрової фотографії в практику, — це менший ступінь надійності результатів цифрової фотографії, оскільки тут є широка можливість комп'ютерного монтажу та інших способів зміни зображення, що важко розпізнати при професійному їх виконанні” [7].

Проти використання цифрових технологій фіксації зображень при розслідуванні злочинів висловлюється М.О. Сильнов, зазначаючи, що “за допомогою цифрових відео- і фотокамер можна проводити накладення об'єкта, що рухається, на інший фон, змінювати візуальні властивості об'єкта (наприклад, змінювати колір одягу) тощо, вже у момент запису, не говорячи вже про подальшу обробку даних в потужних графічних програмах-редакторах, до речі, на звичайних персональних комп'ютерах” [8].

Загалом, ці автори справедливо вказують на можливість внесення змін у цифрові дані, отримані при фіксації ходу слідчої дії засобами комп'ютерних технологій. Водночас, інші вчені-криміналісти позитивно розглядають можливість використання цифрових засобів фіксації слідчих дій на основі спеціально розроблених методик [9].

Історія знає спроби введення в кримінальний процес методик, що ґрунтуються на спірних наукових концепціях. Так, в “Практичному керівництві для судових слідчих, що знаходяться при окружних судах” 1915 року стверджувалося, що прозора рогова оболонка очей жертви, полеглої під ударами вбивці, до того вражається виглядом злочинця, що протягом майже доби зберігає його відбиток. Тому, варто лише перевести за допомогою фотографії цей відбиток на папір і вийде портрет злочинця. Наголошувалося навіть на тому, що цей спосіб не раз з успіхом застосовувався в Північній Америці. Нині це твердження спростовано, але на початку ХХ століття воно сприймалося як певний прорив у криміналістиці.

На сьогодні застосування в криміналістиці методик, що не базуються на серйозних наукових теоріях, трапляються, але досить рідко. Важливішою проблемою можна вважати те, що методи, які добре зарекомендували себе в науці, не завжди можуть бути безпосередньо використані в судочинстві. Розробники

акцентують увагу на підвищенні можливостей, точності і достовірності результатів своїх методик, забуваючи про те, що використовуються ці результати в доказуванні, й зокрема, в кримінальних справах. Тому, насамперед, мають відповідати вимогам, що пред'являються до доказів у кримінальному судочинстві. Звичайне явище, коли розробник взагалі нічого не знає про ці вимоги, а спеціаліст у галузі судочинства не розуміє принципу дії запропонованої методики або устаткування.

Технології аналогового аудіо-, відеозапису для фіксації фактичних відомостей, пройшли перевірку часом і досить вдало використовуються під час здійснення оперативно-розшукової діяльності, в ході проведення слідчих дій та фіксації судового засідання.

Застосування звуко-, відеозапису в чинному КПК України регламентовано такими нормами: ст. 85¹ “Застосування звукозапису при провадженні досудового слідства”, ст. 85² “Застосування кінозйомки, відеозапису при проведенні слідчої дії”, ст. 87¹ “Фіксування судового процесу технічними засобами”. У ч. 6 ст. 114 КПК України наголошується, що “при проведенні різних слідчих дій слідчий вправі використовувати машинопис, звукозапис, стенографування, кінозйомку і відеозапис”, а у ч. 4 ст. 85 КПК України вказується, що “... до протоколу можуть бути додані фотознімки, матеріали звукозапису, кінозйомок, відеозапису, плани, схеми, зліпки та інші матеріали, що пояснюють його зміст.” Аналіз цих норм, свідчить, що закон не містить вимоги про виняткове використання аналогових методів звуко-, відеозапису. З погляду кримінально-процесуального закону, важливий не принцип і технологія формування аудіо- та відеоінформації, а отримання якісних даних, які нас цікавлять в сенсі свого змісту.

Таким чином, використання цифрових засобів фіксації аудіо- та відеоінформації при проведенні слідчих дій і в

суді принципово не суперечить нормам КПК України.

Виникає лише питання достовірності даних, зафіксованих у цифровій формі, їх допустимості, що зазвичай пов'язується з можливістю зміни зафіксованих даних за допомогою комп'ютерних технологій, що дозволяє говорити про неприпустимість використання цих даних як доказів у кримінальному судочинстві. Постає питання, чи дійсно використання цифрового аудіо-, відеозапису для фіксації доказової інформації у криміналістичній діяльності неможливе? Ми вважаємо, що це спірне питання, тому необхідно проаналізувати поняття доказів в кримінальному судочинстві. Відповідно до ст. 65 КПК України, доказами в кримінальній справі є будь-які фактичні дані, на підставі яких у визначеному законом порядку орган дізнання, слідчий і суд встановлюють наявність або відсутність суспільно небезпечного діяння, винність особи, яка вчинила це діяння, та інші обставини, що мають значення для правильного вирішення справи. Докази характеризуються такими властивостями, як: належність, допустимість, достовірність і достатність.

Належність — це зв'язок доказу з обставинами, що мають значення для конкретної справи, та з іншими доказами. Розглядаючи діяльність із застосування засобів цифрового звуко-, відеозапису в кримінально-процесуальній сфері, маємо підставу стверджувати, що фактичні дані, отримані за допомогою такої техніки, безумовно, володіють однією з названих важливих якостей доказів у кримінально-процесуальному значенні — властивістю належності, тому що одержані фактичні дані є елементами предмета доказування у кримінальній справі. Застосування цифрових засобів аудіо-, відеозапису спрямоване на здобуття даних, які можуть підтвердити факт вчинення злочину і вказують на особу, яка його вчинила, тобто результати застосування цих технічних засобів під час проведення процесуаль-

них дій містять належну інформацію, яка за певних умов може бути використана як доказ у кримінальній справі.

Обов'язковою властивістю доказів є допустимість, яка означає відповідність їх форми, методів і прийомів отримання відповідної інформації, тобто це така властивість доказу, яка характеризується законністю джерела фактичних даних, а також способів отримання і фіксації фактичних даних, що містяться в цьому джерелі правомочним суб'єктом. Застосовуючи цифрові засоби аудіо- відеозапису в діяльності слідчого, ми маємо справу з належним джерелом одержання фактичних даних. Таке джерело є придатним для встановлення наявності або відсутності обставин, що входять до предмета доказування у кримінальній справі. Особою, яка використовує технічні засоби під час проведення слідчої дії, відповідно до ст.ст. 85¹, 85² КПК України, є сам слідчий або відповідно до ст. 128¹ КПК України може бути запрошений спеціаліст. Ці особи наділені правами на реалізацію своїх повноважень у цій діяльності, а отже є правомочними суб'єктами.

Щоб визнати матеріали застосування засобів цифрового аудіо-, відеозапису в процесуальній діяльності відповідними до вимоги достовірності, слід проаналізувати принципи отримання цифрового аудіозапису і відеозображення та провести порівняння зі звичайними (аналоговими) методами отримання звуко-, відеозапису.

У звичайному магнітофоні (диктофоні) звук записується на магнітну стрічку носія (компакт-касету) електромагнітним “аналоговим способом”. У цифровому магнітофоні (диктофоні) аналоговий звуковий сигнал з мікрофона перетворюється в цифровий і записується на вбудовану або змінну твердотільну карту пам'яті як потік цифрових даних. Внутрішній пристрій цифрового магнітофона (диктофона) також відрізняється від аналогового відсутністю будь-яких частин, що рухаються (кінематичних), тобто відсутністю

механіки, що істотно підвищує надійність застосування таких магнітофонів (диктофонів) з точки зору криміналістики.

Цифрова відеокамера відрізняється від аналогової попередниці лише способом запису на стрічку і можливістю легко передати відзняту інформацію на комп'ютер. Запис у цифровій відеокамері здійснюється через аналого-цифрове перетворення. Операція “оцифрювання” виконується аналого-цифровим перетворювачем, що є окремим модулем — інтегральною мікросхемою, розташованою на платі відеовведення зображень. Оптичне зображення об'єкта зйомки формується у фокальній площині відеокамери оптичною системою, аналогічною звичайної фотокамери. Проте світлоприймачем у цьому випадку служить спеціальний пристрій — напівпровідник із зарядовим зв'язком (НЗЗ). НЗЗ є світлочутливим напівпровідниковим кристалом, який також називають матрицею або чіпом НЗЗ (від англійського слова chip — пластинка), найдрібніші фотоеlementи, які знаходяться на ній — пікселями (від англійського виразу picture element — елемент зображення). Завдання аналого-цифрового перетворення полягає в перекладі відеосигналу (аналогового сигналу), що виник на екрані відеокамери (на виході НЗЗ), в кодові імпульси, які після подальшої обробки записуються на носії інформації і можуть бути виведені на монітор комп'ютера або інший відповідний пристрій. Електричний сигнал, що несе інформацію про зображення об'єкта, або відеосигнал в своєму початковому вигляді є аналоговим сигналом. Тому для його введення в комп'ютер він повинен бути перетворений в цифровий вигляд. Отже в цифровій відеокамері все та ж магнітна стрічка, на яку записуються дані в цифровій, а не аналоговій формі. Оптична частина цифрової відеокамери, НЗЗ* для прийому зображення, управ-

* Камери, обладнані НЗЗ-пристроями, давно повністю витіснили теле- і відеокамери першого покоління на вакуумних передавальних трубках, де електронний промінь послідовно проходить всі точки світлочутливої пластини, скануючи зображення об'єкта.

ління зйомкою тощо така ж, як і в аналоговій. В цифровій відеокамері запис аудіовізуальної інформації здійснюється на магнітну стрічку, що в подальшому дає змогу здійснити перенесення даної інформації на жорсткий диск комп'ютера, який укомплектований CD-RW ROM—пристроєм для запису одноразових компакт-дисків CD-R — Compact Disk Read (в дослівному перекладі на українську означає — компакт-диск, що забезпечує одноразовий запис та багаторазове зчитування). Проте при записі з комп'ютера відеозображення на CD-R виникає низка проблем. Максимальна місткість одноразового CD-R-диска складає 700 Mb, тоді як при перезаписі 15-хвилинного відеозображення з цифрової відеокамери на жорсткий диск комп'ютера у форматі AVI (без компресії) розмір цього файлу складає близько 1,5 Gb. У зв'язку з цим при перезаписі відеозображення з цифрової відеокамери на жорсткий диск комп'ютера слід застосовувати метод стиснення відеозображення за допомогою використання відеокодеків, що істотно зменшить розміри записаних відеофайлів і не приведе до значної втрати якості. Стосовно цього можна порекомендувати використовувати стиснення відеозображень відеокодеком MPEG4 з використанням технології DIVX. Даний відеокодек стиснення цифрового відеозображення є найбільш прийнятним для використання під час проведення слідчих дій, оскільки при відеозйомці важливо зафіксувати процес здійснення слідчої дії, яка може тривати більше години. Тому відеокодек MPEG4 на сьогодні є єдиним своєрідним форматом відеостиснення, здатним за стиснення досягти високих показників якості зображення і розміру отриманого відеофайлу. Іншими словами, при використанні відеокодека MPEG4 і установці відповідних параметрів відеостиснення на стандартний одноразовий CD-R — диск місткістю 700 Mb можна записати якісне відеозображення тривалістю близько двох годин.

Також деякі відеокамери дозволяють проводити запис даних не на магнітну плівку, а на високоемні диски DVD-R — Digital Versatile Disk (в дослівному перекладі на українську означає — універсальний цифровий диск, що забезпечує одноразовий запис та багаторазове зчитування)*.

Нині обсяг DVD-диска становить від 4,7 гігібайт до 17 гігабайт. Все залежить від кількості робочих шарів, щільності прилягання доріжок одна до одної, кількості робочих сторін диска. Наприклад, у звичайного компакт-диска типу CD-R або CD-RW робоча тільки одна поверхня диску (блисуча сторона), один шар доріжок (шари компакт-диску чи DVD-диску подібні до поверхів у будинку), щільність доріжок не така висока, як у DVD, тому обсяг компакт-дисків набагато менший від обсягу DVD-дисків. Чим більше робочих сторін має диск (не більше двох, адже у будь-якого диску дві сторони), тим більше шарів доріжок на кожній із сторін; чим вища щільність доріжок, тим більший обсяг диску.

Отже, проаналізувавши методи фіксації інформації за допомогою цифрової техніки ми приходимо до висновку, що ці дані можна визнати такими, що відповідають вимогам достовірності за певних умов. Інакше кажучи, використання пристроїв цифрового аудіо-, відеозапису для фіксації процесуальної інформації можливе за умови, що зафіксовані дані будуть захищені і зберігатимуться на носіїв, що виключить можливість безконтрольного суб'єктивного втручання з метою зміни даних, одержаних в ході слідчої дії.

Що ж до вимоги достатності, якій мають відповідати дані, здобуті в результаті

* В контексті даної статті автор розглядає носії, на які може бути записана інформація, з урахуванням унеможливлення безконтрольного внесення змін до змісту цих даних. Однак, є ряд інших носіїв інформації (наприклад оптичні диски CD-RW, DVD-RW, магнітні стрічки Mini DV і Digital 8 і м.д.), які не розглядаються нами тому, що є багаторазовими, тобто записану на них інформацію можна відредагувати і переписати наново або просто розмагнітити магнітну плівку, а це — втрата доказу як в першому, так і в іншому

застосування засобів цифрового аудіо-, відеозапису під час здійснення слідчої діяльності, то, безумовно, їх можна вважати достатніми лише в сукупності з іншими даними, коли вони нададуть можливість встановити всі обставини, необхідні для правильного вирішення кримінальної справи.

Використовуючи у сфері кримінального судочинства новітні методики і технічні засоби, які спираються на сучасні технології, слід розуміти, що виходячи з вимог, що пред'являються до доказів, результати використання деяких з цих методик у межах чинного законодавства не зможуть одержати статусу доказів внаслідок принципів дії, які лежать в їх основі. Наприклад, для виявлення слідів крові використовується тест “ГЕМОФАН” [10]. Реактив, який використовується в тесті, взаємодіє з молекулою гемоглобіну, даючи синьо-зелене забарвлення. Чутливість методу є досить висока, але результати його застосування не можуть мати доказового значення вже тому, що реакція — неспецифічна і відбувається з гемоглобіном як людини, так і тварини. Результати таких тестів матимуть лише орієнтуюче значення. Ніякими процесуальними тактичними прийомами закріпити за ними доказове значення неможливо.

Проте з цифровим відео-, звукозаписом дещо інша ситуація. Інформація, записана за допомогою цифрових методів фіксації на відповідний носій, є електронним документом у сенсі ст. 83 КПК України. Проблема їх використання в доказуванні нині стоїть дуже гостро. Не можна заперечувати того, що цифровий спосіб фіксації інформації знижує погрішності її передачі, уможлиблює подальшу обробку зафіксованої інформації, відкриваючи нові можливості вивчення прихованої інформації та її корегування.

Торкаючись доказового значення “електронних документів” у судочинстві, не можна обійти увагою сам термін

“електронний документ” і його тлумачення в кримінальному судочинстві. Відповідно до ст. 5 Закону України “Про електронні документи та електронний документообіг” [11], електронний документ — документ, інформація в якому зафіксована у вигляді електронних даних, включаючи обов’язкові реквізити документа. Згідно зі ст. 6 цього ж Закону, електронний підпис є обов’язковим реквізитом електронного документа, який використовується для ідентифікації автора та/або підписувача електронного документа іншими суб’єктами електронного документообігу. Накладанням електронного підпису завершується створення електронного документа. Стаття 7 цього законодавчого акту зазначає, що оригіналом електронного документа вважається електронний примірник документа з обов’язковими реквізитами, у тому числі з електронним цифровим підписом автора. Закон України “Про електронний цифровий підпис”, а саме стаття 1, визначає електронний підпис як дані в електронній формі, які додаються до інших електронних даних або логічно з ними пов’язані та призначені для ідентифікації підписувача цих даних [12].

17 січня 2006 року в Україні акредитовано перший приватний Центр сертифікації ключів цифрового підпису. Відтепер кожен підприємець чи фізична особа, які матимуть ключ у вигляді електронного файлу, зможуть засвідчувати документи й миттєво відправляти їх через Інтернет, не звертаючись до нотаріусів або відповідних державних органів. Цифровий підпис відтепер в Україні став рівносильним звичайному підпису або печатці [13]. Діловодство багатьох юридичних осіб ведеться, переважно, таким способом, тому електронні документи потраплятимуть в сферу судочинства, зокрема кримінального.

Суть електронно-цифрового підпису (ЕЦП) полягає в персоніфікації всіх можливих юридичних осіб, за якими закріплюються персональні ідентифіка-

ційні номери, і криптографічній прив'язці цифрових даних, підписаних цією юридичною особою, таким чином, що будь-яка зміна змісту файлу-документа з електронно-цифровим підписом чітко виявляється як порушення автентичності цього цифрового документа [14].

Загалом ЕЦП — це блок інформації фіксованої довжини, що додається до конкретного повідомлення (тексту, файлу даних або будь-якого набору бітів довільної довжини), який дозволяє забезпечити:

- підтвердження автентичності початкового повідомлення шляхом перевірки достовірності його джерела (можливість аутентифікації автора, відправника, власника інформації);
- підтвердження цілісності повідомлення (відсутність його несанкціонованих змін);
- гарантії неможливості відмови від авторства повідомлення (підпису).

Згідно зі ст. 83 КПК України, документи є джерелом доказів, якщо в них викладені або засвідчені обставини, які мають значення для справи. Що є документом, законодавець не визначив, лише зазначив, що вони використовуються у кримінальному процесі. Проаналізувавши зміст ст. 82 КПК України, яка зазначає: “Протоколи слідчих і судових дій, складені і оформлені в порядку, передбаченому цим Кодексом, носії інформації, на яких з допомогою технічних засобів зафіксовані процесуальні дії, є джерелом доказів, оскільки в них підтверджуються обставини і факти, що мають значення для вирішення справи”, приходимо до висновку, що документ може містити відомості, зафіксовані як в письмовому, так і в іншому вигляді. До них можуть відноситися матеріали фото- і кінозйомки, аудіо- і відеозапису та інші носії інформації. Отже, основним елементом у визначенні документа є інформація, обов'язково зафіксована на носіїві (у разі електронного документа — на магнітному носіїві). Так, після

введення в комп'ютер файл, що містить цифровий варіант зображення, або звуку, може бути змінений і перезаписаний, наприклад, на той же носій. Розрізнити факт внесення змін на рівні аналізу цифрової інформації неможливо. Природно, ми не беремо у розрахунок грубі варіанти відео-, аудіомонтажу, які можна виявити безпосередньо при дослідженні цифрового зображення або фонограми. Тому факт будь-якої передачі інформації в електронному вигляді, що має значення для справи (наприклад, з цифрової касети на комп'ютер), пов'язаний з виникненням низки процесуальних питань. Існує “чиста інформація”, тобто інформація в електронному вигляді, статично не пов'язана з твердим носієм. В межах однієї статті всі проблемні питання розглянути неможливо, тому ми вважаємо за доцільне зупинитись на ряді випадків, коли можна подолати бар'єр невірогідності інформації, зафіксованої цифровими методами аудіо-, відеотехніки за рахунок тактичних методик.

Тактичними особливостями застосування цифрового аудіо-, відеозапису є такі:

- інформація про використання цифрового методу має бути зафіксована в протоколі слідчої дії;
- після використання цифрового відео-, звукозапису необхідно відтворити зафіксовані дані понятим та іншими учасникам слідчої дії;
- перенесення інформації з цифрової техніки на жорсткий диск комп'ютера, як і всі подальші етапи створення відеографічного зображення або фонограми, повинні здійснюватися у присутності всіх учасників слідчої дії;
- аудіовізуальна інформація записується з комп'ютера на одноразові диски CD-R (DVD-R) і посвідчується електронним цифровим підписом слідчого, а якщо в слідчій дії брав участь спеціаліст, то і ЕЦП останнього.
- перед установкою CD-R (DVD-R) диска в рекордер на бланк диска спе-

ціальним маркером (CD-R Pen) наноситься посвідчувальний напис з датою запису відеофонограми, завірена підписами учасників слідчої дії. В протоколі вказується індивідуальний номер, що є на диску.

— носій (одноразові диски CD-R, DVD-R) з цифровим відеозображенням або фонограмою посвідчується, упакується і опечатується, після чого додається до протоколу слідчої дії.

Дотримання зазначених рекомендацій і зберігання зафіксованої інформації на одноразових дисках CD-R, DVD-R унеможливорює безконтрольне внесення змін в матеріали, отримані за допомогою цифрових методів аудіо-, відеозапису. Безумовно, в разі виникнення сумніву стосовно достовірності цих даних, вони, як і будь-які інші матеріали, здобуті в процесі розслідування кримінальної справи, можуть бути піддані експертному дослідженню або підтверджені спеціалістом.

Слід враховувати, що одноразова лазерна реєстрація технічно не дозволяє виправляти промахи, помилки Perezйомкою (це іноді допускають при магнітному (VHS) записі всупереч криміналістичним правилам). З цієї причини виправлення помилок (наприклад, неправильне оголошення прізвища понятного тощо) прово-

диться лише шляхом зйомки подальших пояснень, уточнень в реальному режимі часу [9].

Аудіовідеозображення, отримані за допомогою цифрової техніки, в подальшому без проблем можливо використовувати в провадженні інших слідчих дій (наприклад, для пред'явлення зафіксованих свідчень співучаснику злочину як доказу тощо), а також в суді після повного або часткового оголошення відповідних протоколів, використовуючи для відтворення комп'ютер або стандартний "побутовий" DVD-програвач.

Викладене свідчить про те, що проблема використання електронного відео-, звукозапису в кримінальному судочинстві нині актуалізується і, поза сумнівом, вимагає подальших поглиблених досліджень як з позиції теорії судового доказування, так і криміналістики

Наостанок зауважимо, що вже на етапі розробки криміналістичних технічних засобів доцільно замислюватися, а чи можуть результати їх застосування використовуватися в доказуванні. Звичайно, не варто відмовлятися від нових технологій, оскільки сучасний кримінальний процес встановлює дуже чіткі межі для процесуального закріплення їх результатів.

Список літератури:

1. Айков Д., Сейгер К., Фонсторх У. Компьютерные преступления / Пер с англ. — М.: Мир, 1999. — С. 12.
2. Гончаренко В.И. Кибернетика в уголовном судопроизводстве. — К., 1984. — С. 11.
3. Салтевский М.В. Современные проблемы собирания доказательственной информации техническими средствами // Теория и практика собирания доказательственной информации техническими средствами на предварительном следствии. — К., 1980. — С. 13.
4. Мартиненко І.В. Використання цифрової фото- відеотехніки у процесі розслідування злочинів // Науковий вісник НАВСУ. — К., 2000. — Вип.1. — С. 108-112.
5. Полевой Н.С., Крылов В.В. Компьютерные технологии в юридической деятельности. — М.: БЕК, 1994. — С. 5.
6. Криминалистика: Учеб. / Отв. ред. Н. П. Яблоков. — М., 1999. — С. 137.
7. Криминалистика: Учеб. / Под. ред. Т.А. Седовой, А.А. Эксархопуло. — СПб., 2001. — С. 170.

8. Сильнов М.А. К вопросу о допустимости использования цифровых технологий в доказывании при расследовании преступлений // Вест. Росс. унив. дружбы народов. Серия юрид. науки. — М., 1998. — № 3-4. — С. 103-104.

9. Вандер М., Холопов А. Цифровая фиксация аудио- и видеoinформации // Законность. — 2003. — № 8. — С. 38-40

10. Вандер М.Б. Применение научно-технических средств при расследовании преступлений: Конспект лекций — СПб.: Санкт-Петербургский юридический институт Генеральной прокуратуры РФ, 2000. — 60 с.

11. Закон України «Про електронні документи та електронний документообіг» від 22 травня 2003 року // ВВР. — 2003.—№ 36.— ст. 275.

12. Закон України «Про електронний цифровий підпис» від 22 травня 2003 року // ВВР. — 2003.—№ 36.— ст. 276.

13. Готовим документы не выходя из дома // Газета Столичка 19.01.2006. — С. 2.

14. Женило В.Р. Цифровой электронный документ / В.Р.Женило, В.И.Кирич // Информатизация правоохранительных систем: Сб. трудов X Междунар. науч. конф. — М.: Академия управления МВД России, 22-23 мая 2001.— С. 46-48.

РЕЗЮМЕ

Представленная статья касается проблем использования цифровых технологий для фиксации процессуальной информации в сфере уголовного судопроизводства. Автор на основе анализа действующего законодательства Украины, а также построения конструкций современных цифровых технологий звуко-, видеозаписи приходит к выводу о возможности использования данных технологий в криминалистической деятельности при определенных условиях. В статье поданы тактические особенности применения цифровых методов фиксации аудиовизуальной информации.

SUMMARY

The present article deals with the problem of use of digital technologies for fixing of judicial-meaningful information in the field of criminal trial. The author comes to conclusion about the possibility of use of these technologies in criminalistics' activity on the basis of analysis of current legislation of Ukraine, the constructions of modern digital technologies of the audio recording and videotape recording. The tactical features of applying of digital methods of fixing A.V. information are suggested in the article.

Рекомендовано кафедрой кримінального процесу
та криміналістики

Отримано 22.04.06



Т.І. Конончук,
кандидат філологічних наук, доцент
(Академія адвокатури України)

Педагог Софія Русова як одна з найкращих доньок України

Ключові слова: педагогіка, національні пріоритети у вихованні, народна словесність, мистецька творчість, музичне мистецтво.

Серед діячів педагогічно-просвітницького руху в Україні одне з цільних місць по праву належить Софії Русовій, яка своєю невтомною діяльністю освітила кінець XIX і третину XX століть. Народилася Софія Федорівна 18 лютого 1856 р. в селі Олешня на Чернігівщині в родині Федора Ліндфорса, шведа за походженням, та Ганни Жерве, французьки за походженням. Історія матеріної родини пов'язана з Україною ще з XVI ст., а батько Софії як військовий брав участь у війнах з поляками, турками. Родина Ліндфорсів формувала в дітях гуманістичні життєві орієнтири. Може, одним з перших ваговитих наслідків гуманістичного виховання стала організація старшою Софіїною сестрою в своєму домі в Олешні школи для сільської молоді.

Коли Софії було 10 років, батько з дітьми переїжджає до Києва (мати померла після смерті двох молодших від Софії брата й сестри). Сім'я живе відкрито для багатьох гостей, серед них і молоде подружжя Старицьких. Софія закінчує з золотою медаллю Фундуклеївську гімназію. Раптово помирає батько, і вибір подальшого шляху стає меншим. Маючи хороші музичні здібності, Софія не має можливості вступати до Петербурзької

консерваторії, тому вирішує пов'язати свою долю зі школою. 1871 р. сестри Софія та Марія Ліндфорси відкривають у Києві перший дитячий садок — на 20 дітей. Прикметно, що традиція сім'ї бути в духовному середовищі культурних діячів знайшла своє продовження, коли вже не стало й батька. Молоді педагоги спілкуються з Миколою Лисенком, Павлом Чубинським, Володимиром Антоновичем, Федором Вовком, Михайлом Драгомановим, Ольгою Косач, Олександром Русовим. Тут Софія зачаровується Олександром Русовим: “Він перший відкрив мені красу української народної поезії, заговорив до мене українською мовою і без довгих промов та пояснень збудив у мене ту любов до нашого народу, що вже ніколи не покидала мого серця й кермувала всією моєю працею довгі літа” [1, 33].

З 1874 р. Софія стає Русовою, і під цим ім'ям входить в українську педагогіку як велика патріотка й сподвижниця в справі навчання, виховання. Розпочинають своє подружнє життя Русови в Петербурзі, куди Олександр вимушений виїхати, оскільки як непокірний українофіл був звільнений з роботи в першій Київській гімназії. Пригадаймо, що це був важкий

час для української мови: між Валуєвським циркуляром та Емським указом. З Петербурга Русови виїжджають до Праги, щоб підготувати до видання 2-томник Великого Кобзаря без цензурних скорочень. Це їм вдається зробити. І цей вклад в українську культуру Русових безцінний. Потім буде повернення в Україну, проживання в Чернігові, Ніжині, Києві, Одесі та інших містах. Олександр працював статистом у земствах, а Софія, де б вони не були, організовувала дитячі садки, недільні школи, народні читальні, вела просвітницьку роботу. Оскільки українська мова була під забороною, свою педагогічну й просвітницьку роботу вела російською, відстоюючи ту думку, що в таких умовах важливо давати правдиву інформацію, і це буде впливати на самосвідомість. Активно ведеться робота цією родиною на зняття заборони з української мови. Коли 1904 р. було створено комісію при Академії наук у Петербурзі для розв'язання питання щодо української мови, Русови ввійшли до цієї комісії як експерти.

З 1908 р. Русов у Києві. Викладає статистику в Комерційному інституті. З 1910 р. в Києві й Софія, вона член вчительської колегії комерційної школи і вчительського товариства. В цей період Софія стає співредактором легального педагогічного журналу “Світло”. Буваючи за кордоном, вивчає досвід зарубіжних держав у царині дошкільного виховання. В журналі друкує ряд педагогічно-просвітницьких статей. А прочитання доповіді про дошкільне виховання за кордоном служить переконливим аргументом для запрошення Русової на викладацьку роботу до Фребелівського інституту. Відтепер діяльність Русової на все життя пов'язується з педагогікою.

1915 р. разом з Фребелівським інститутом Русови їдуть в евакуацію. Але в перші дні по приїзді до Саратова помирає Олександр. Софія перевозить його до Києва, ховає на Байковому цвинтарі. Тоді знову повертається в Саратов до

Фребелівського інституту. З 1916 р. вона знову в Києві, читає педагогіку у Фребелівському інституті, французьку — в Комерційному.

Надзвичайно насичений і плідний для Русової був 1917 рік, після Лютневої революції. Вона член Центральної Ради, член першого українського уряду. На пропозицію секретаря освіти І. Стеценка очолює 2 відділи — позашкільної освіти й дошкільного виховання. В цей час іде активний процес творення дитячих садків, відродження старих і творення нових закладів “Просвіти”.

Далі, як відомо, розпочинаються сумнозвісні події, спровоковані більшовицькою політикою. Уряд 1919 р. їде в евакуацію до Кам'янця, в тому числі й Міністерство освіти. Там відкривається перший український університет під орудою І. Огієнка. В цьому університеті Русова читає лекції, а крім того, опікується дитячими притулками, госпіталями, організовує Товариство дошкільного виховання Ім. Песталоцці. На жаль, атмосфера шпигунства не сприяла позитивному поступові в педагогіці в більшовицькі часи. І Русова після третьої чи четвертої спроби переходить Збруч. Якийсь час працює у Львові, потім переїздить до Відня до сина, в цей час пише дві свої визначні праці “Теорія і практика дошкільного виховання” та “Історію педагогіки”. Після відкриття в Чехії в Подебрадах Української академії її запрошено на посаду професора. В цей час в Гаазі відбувалися збори Інтернаціональної Жіночої Ради. На ці збори Русова була делегована Українською Жіночою Радою. До речі, з виступу Русової в Гаазі жінки з інших країн світу почули про справжню ситуацію в Україні, про те, що на східнослов'янських теренах голодує не лише Поволжя, а голодує Україна. На особисте прохання Русової голландський Червоний Хрест послав харчі голодуючим на Катеринославщині. Тепер, до речі, з документів відомо, що міжнародна спільнота виявляла вели-

ке бажання допомогти і під час другого голоду, в тому числі і через Червоний Хрест, а ініціювали цю роботу знову жінки через Союз українок, де одним із найбільш наполегливих організаторів у справі допомоги голодуючим була Мілена Рудницька; однак у страшне лихоліття 30-тих у передачі такої допомоги в Україну Москва відмовила, заявивши на весь світ, що в СРСР голоду немає і Україна допомоги не потребує.

Коли постало питання про створення в Празі Українського педагогічного інституту ім. М. Драгоманова, Русову було запрошено розробляти програми інституту, розв'язувати організаційні питання; після створення Інституту Русова викладає в ньому педагогіку. Очолює притулок для дітей емігрантів.

1934 р. з нагоди Українського жіночого конгресу пише книгу "Наші визначні жінки". Вперше книга була видрукувана в Коломиї. У передмові до книги, перевиданої 1945 р., в Канаді Олена Кисілевська писала, що Русова "ніжним серцем відчула горе й кривду народу, серед якого жила, і так полюбила його, що стала найкращою донькою України" [2, 16]. У книзі Русова веде мову про Наталю Кобринську, Ульяну Кравченко, Марка Вовчка, Ганну Барвінок, Олену Пчілку, Дніпрову Чайку, Грицька Григоренка, Христю Алчевську, Лесю Українку, Ольгу Кобилянську, Марію Загірню, Олександру Єфименко, Любов Яновську, Ганну Журбу, Миколаю Божуківну, Катрю Гриневичеву, Олену Кисілевську.

Якщо окинути оком увесь творчий шлях Софії Русової, то викликає захоплення ця цільна особистість, чие життя було наповнене невтомною працею для людей. Про багатогранність натури Русової свідчить увесь її творчий шлях. Візьмемо перший період — кінець ХІХ — 1906 р., що справедливо названий науковцями періодом просвітницької діяльності. В цей період Русова виступає як історик, письменник, педагог-просві-

титель, літературознавець, мистецтвознавець. Пише низку статей про діячів української культури, літератури, у тому числі про Т. Шевченка (французькою мовою, стаття була надрукована в Парижі), про Г. Квітку-Основ'яненка, Г. Сковороду, М. Гоголя, М. Драгоманова, Марка Вовчка, Н. Кобринську, про український театр з присвятою Марії Заньковецькій з нагоди 20-річчя театру (московський журнал "Русская мысль").

Другий період 1906–1916 рр. — педагогічна творчість, коли Русова поєднує викладацьку діяльність з підготовкою підручників, таких, як "Український буквар", "Початкова географія", "Підручник з французької мови". Педагогічно-просвітницькі статті друкує головним чином у журналі "Світло". Велике місце в просвітницько-педагогічних працях відводить різним педагогічним системам, провідним педагогам сучасності й минулого. Спостереження й висновки Русової щодо різноманітних педагогічних концепцій виявляють позицію і самої дослідниці, яка раціональне бачить у вихованні свідомої багатогранної особистості, налаштованої патріотично до землі, яка дала життя і виводить у люди. Наприклад, 1912 р., говорячи про Жан-Жака Руссо з приводу 200-ліття від дня його народження, вона акцентує увагу на його настановах щодо знань молодого людини, висловлених у праці "Думки про урядування в Польщі" (1772): молода людина має починати вчитися читати на своїх народних творах; у 10 років, пише Руссо, щоб кожний молодий поляк їх знав усі; в 12 років, щоб знав усі краї своєї землі; в 15 років — історію свого краю, в 16 — усі закони краю, "щоб не було по всій Польщі жодної славетної події, жодної славетної людини, яких би він не прийняв у свій розум і своє серце".

Русова активно друкується в багатьох педагогічних журналах Росії, де говорить про вчителя як центральну постать

у навчально-виховній роботі, порушує питання національної освіти серед народів Росії, де наголошує, що рідна мова є важливим засобом формування свідомості, а навчання рідною мовою має посісти визначальне місце в школах різних народів Росії. Особливу роль у формуванні особистості Русова відводить національному мистецтву, яке, на її думку, може збудити в дітях художні почуття, художнє, а отже, творче мислення. Наприклад, у статті “Націоналізація школи”, надрукованій в журналі “Вільна українська школа” за 1917 р., Русова пише: “Рідна мова у вихованні й освіті — то є найкращий інтимний провідник думок, почувань, вражень. От через що першою свідомою вимогою задля справедливого психологічного задоволення нації є вимога національної школи. І на нас, українських педагогах, лежить невідложний обов’язок допомогти в цій справі нашому людові дати змогу йому утворити тепер, негайно свою власну, не чужу, а рідну школу” [3, 294].

Надзвичайно актуальні слова Русової й сьогодні: “Рідна національна школа — це є перша політична і соціально-педагогічна вимога кожного народу, який скидає з себе ланцюги, скидає ту кригу байдужості, якою було окуто його серце за часів утисків і пригноблення його власної думки, його національної свідомості” [3, 295].

Русова наголошує: “Тільки рідна школа може виховати громадянську свідомість, почуття своєї людської гідності. Раби утворювалися в тій чужій школі, яка до сього часу панувала у нас в Україні, раби-учні, які в стінах школи мали зрікатися усього рідного, нехтувати усім тим, що вони поважали в рідній хаті, забувати материнську мову і ставати перевертнями, зрікатися рідного краю, рідного люду” [3, 295].

У цій статті Русова характеризує школу періоду царської Росії серед інших народів, що така школа з чужою для дітей російською мовою калічила дітей,

робила їх “недовірками, перевертнями”, “вела націю до морального занепаду”. “Вона була шкодлива саме тим, що зневажала душу народу. Психологічна вимога для людини і для нації одна, проста й органічна: щоб усе виховання, усе навчання ґрунтувалося на пошані до особи — особи як індивідуальності, так і особи національної” [3, 294].

Три аспекти виводить вона у націоналізації школи: народна словесність, мистецька і музична творчість. Слово народне, народні мистецькі вироби, спів — усе це “дає психічне задоволення учням, сприяє вільному розвитку їх духовних сил” [3, 295].

Підвалинами націоналізації школи Русова вважає націоналізацію самих засобів навчання й виховання: рідна мова викладу і зміна програм тих предметів, “які дають найбільш громадської національної свідомості — історію і географію рідного краю і народне мистецтво — музика, співи, орнамент” [3, 296]. Власне, як бачимо, йдеться про українізацію змісту освіти, що актуально сьогодні також.

І ще один аспект — “гармонійне освітлення всього рідного оточення учнів, щоб вони якомога краще вчилися свідомо ставитися і до природи своєї місцевості, і до своєї історичної минувшини” [3, 296].

А що ця любов до свого краю дасть? Русова відповідає таким чином: “Навчаючись любити і свідомо ставитися до свого люду, до свого краю, ми разом з цим навчаємося шанувати і других людей, що живуть поруч з нами, закладати з ними певні товариські зносини. Культурно, педагогічно поставлена національна школа ніколи не приводить ані до обмеженого безпросвітного шовінізму, ані до людоджерства. Вона викликає свідоме відношення і до своєї людності, і до чужих, вона пробуджує зацікавлення в учнях і це зацікавлення тягне їх знати щодалі ширший обрій, ставати свідомими діячами у всесвітньому культурному житті всіх народів-братів” [3, 296].

Або такі слова: "...вільна національна школа для виховання вільної, свідомої, дужеї нації" [3, 297].

А в статті "Нова школа", що була надрукована 1917 р. в журналі "Українська школа" читаємо: "На Вкраїні рідна мова — українська; нею й повинно вести активними творчими силами учнів" [4, 209].

Уся атмосфера повинна сприяти національному пробудженню учнів, пише Русова. "Хай навкруги учня будуть речі рідні, щоб він в них кохався, привчався любити все рідне, присвячувати йому всі сили свого духа й тіла. Любов до рідної країни — се перший найкращий крок до широкої вселюдської гуманности, пошана до людей — се вияв самоповаги й бажання собі й другим волі та незалежности. Хай на стіні нашої майбутньої рідної школи висить портрет великого апостола правди й науки — Тараса Шевченка, на вікнах стоять квіти, на стінах рушники з рідним вишиванням, хай у вікна тішать погляд рідні дерева й квіти" [4, 218].

Школа має бути гуманна, активно творча.

Досліджуючи творчий шлях видатних українських митців, Русова робить висновки слідом за ними про те, що обов'язок кожної людини — пізнати самого себе, а знання та щастя — це мета життя, але щастя не як пишне матеріальне забезпечення, а як внутрішнє задоволення. "Кожний мусить знати народ і в своєму народі пізнати себе самого. Чи ти німець, чи ти українець, якщо визнаєш себе німцем, то й "німечествуй", так сказав Сковорода ще в кінці XVI ст., коли українці соромилися звати себе українцями, а росіяни лізли в французи" [5, 64]. Ці думки висловила Русова в роки розбудови молодій держави у книзі "Дошкільне виховання" (Катеринослав, 1918).

У період еміграції (1921 — 1940) продовжує розробляти педагогічні теми,

видає підручники, посібники для студентів, які готувалися для праці в дитячих садках, притулках. Найважливіші видання цього періоду — "Теорія і практика дошкільного виховання" (1924), "Дидактика" (1925), "Нові методи дошкільного виховання" (1927).

1931 р. у Празькому педагогічному інституті було душе широко відзначено 75-річчя від дня народження С. Русової та 60-річчя педагогічної діяльності.

Не стало Софії Русової 5 лютого 1940 р. Похована вона в Празі на Ольшанському цвинтарі неподалік від О. Олеса.

Як бачимо, діяльність Софії Русової мала яскраво виражений національний характер. Її концепція дошкільного виховання, розробка питань шкільної освіти засвідчують, що це була патріотка української землі, бачила істинні джерела відродження української нації, зокрема і розбудови держави в цілому. Зрозуміло, чому ім'я такого видатного педагога-патріота замовчувалося. Лише в незалежній Україні стало можливим говорити щиро і в усій повноті про педагогічний набуток Софії Русової. Лише в незалежній Україні стало можливим пошанування та увіковічнення її пам'яті. Красномовний факт, що лише 1991 року в Олешні було відкрито пам'ятну дошку Софії Русовій і це з нагоди лише 135-річчя від дня народження. 1993 р. Олешнянській середній загальноосвітній школі присвоєно ім'я Софії Русової. Безперечно, необхідно, щоб педагогічна спадщина Русової стала надбанням і педагогів-теоретиків, і педагогів-практиків. Її думки, як і в роки УНР, актуальні й нині, в роки побудови Української держави; вони дають красномовний приклад поваги до землі, на якій живеш, і самовідданого служіння їй, що зрештою працює для вселюдського добра.

Список літератури:

1. Русова С. Мої спомини. — К., 1996.
2. Проскура О. Біля джерел української педагогічної думки // Русова С. Вибрані твори. — К.: Освіта, 1996.
3. Націоналізація школи // Русова С. Вибрані твори.
4. Нова школа // Русова С. Вибрані твори.
5. Дошкільне виховання // Русова С. Вибрані твори.

РЕЗЮМЕ

В статье идет речь о выдающемся украинском педагоге Софии Русовой, которой в 2006 году исполняется 150 лет со дня рождения. В основе ее педагогического теоретического и практического наследия лежит идея национального и эстетического воспитания, что формирует гуманистические общечеловеческие ценности.

SUMMARY

The article tells about the famous Ukrainian educator Sophia Russova, who will turn 150 years in the year of 2006. Her pedagogical theoretical and practical heritage rests upon the idea of national and esthetical education, which forms humanistic values.

*Рекомендовано кафедрою мовної підготовки
та культурології*

Отримано 06.04.06

до їх визначення, наводить авторське визначення валютних правовідносин, розкриває їх особливості, аналізує їх суб'єктний та об'єктний склад, пропонує різні класифікації валютних правовідносин. Формулюючи визначення валютних правовідносин, автор доходить висновку, що їм властиві основні ознаки фінансових правовідносин, в той же час вони мають свої специфічні риси, що обумовлюють необхідність комплексного правового регулювання, використання специфічних засобів правового регулювання таких як заборона, дозвіл і припис.

Найбільш вагомим за своїм змістом є третій розділ навчального посібника, в якому розкривається правовий режим здійснення валютних операцій. Насамперед, автор зупиняється на розкритті сутності валютних операцій, пропонує їх класифікацію, на підставі аналізу законодавства України, розкриває специфіку здійснення банками валютних операцій в залежності від їх змісту: конверсійні, кореспондентські відносини, порядок відкриття та ведення рахунків в іноземній валюті, кредитні, депозитні та неторговельні операції.

Безумовний інтерес становлять питання, пов'язані з аналізом ліцензування валютних операцій, з'ясування сутності генеральних та індивідуальних ліцензій, умов їх видачі Національним банком України, перелік документів, необхідних для одержання ліцензій та письмових дозволів, а також підстави для їх видачі.

Позитивним є прагнення автора навчального посібника всебічно дослідити проблеми формування інституту валютного контролю в Україні. У зв'язку з цим значна увага приділяється одному з важливіших питань, а саме з'ясуванню правової природи валютного контролю, його місця в системі державного контролю. Аналізуючи форми валютного контролю, автор послідовно розкриває зміст валютних обмежень, процедуру нагляду банків у сфері валютного регулювання, інспекційні перевірки та порядок реєстрації та обліку валютних операцій. Цікавими з наукової та корисним з практичної точок зору є висновки автора, що стосуються визначення мети, завдань, об'єктів валютного контролю, його видів.

В механізмі формування та здійснення державної валютної політики важливе місце належить органам державної влади, що здійснюють валютне регулювання в Україні. В посібнику характеризується система і повноваження органів, які здійснюють валютне регулювання і валютний контроль. Значна увага приділяється розкриттю особливостей повноважень та ролі Національного банку України як головного органу в системі органів і валютного регулювання і валютного контролю.

Заклучний розділ навчального посібника присвячений юридичній відповідальності за порушення норм валютного законодавства. Цікаво і ґрунтовно розкриваються поняття і види валютних правопорушень, підстави відповідальності за порушення валютного законодавства, обґрунтовується природа фінансових санкцій і фінансової відповідальності, як виду юридичної відповідальності, досліджується система санкцій за порушення валютного законодавства та досліджується механізм їх застосування.

Позитивним є і те, що кожен розділ посібника завершується добіркою контрольних питань, в ньому містяться тестові завдання, схеми, що ілюструють окремі положення, викладені в посібнику, додається перелік основних нормативних актів, щодо валютного регулювання і валютного контролю. Це в цілому підвищує практичну цінність посібника, забезпечує краще сприйняття учбового матеріалу студентами та слухачами.

Успішному вирішенню поставлених в навчальному посібнику завдань сприяла добре продумана його логічна структура, що свідчить про цілісність даного видання. Завдяки їй автор послідовно, системно і конструктивно проаналізував важливі теоретичні питання, що розкривають зміст валютного регулювання в Україні, відзначив методологічне значення різних поглядів вчених на природу валютного регулювання і контролю, проаналізував види, методи та форми контрольної діяльності держави щодо використання валютних цінностей, систему, структуру та функції органів, яким прита-

манна контрольна функція у зазначеній сфері, розкрив їх сутність, зміст та визначив шляхи вдосконалення.

Достовірність викладеного матеріалу та висновків автора навчально посібника обумовлюється вірно обраною методологією, ретельним аналізом наукової літератури з досліджуваної проблеми, законодавства України та практики його застосування, організації та діяльності державних органів, що здійснюють контрольну функції у бюджетно-виконавчій сфері.

В той же час, враховуючи необхідність поліпшення якості навчальної літератури з даної проблематики слід висловити низку побажань. Так, заслуговує на увагу висвітлення еволюції розвитку валютної системи України, яка за часів розбудови державності в Україні зазнала істотних змін і пройшла шлях від державної валютної монополії до поступової лібералізації валютного ринку, створення відповідної законодавчої бази валютного регулювання і валютного контролю. Не менш актуальним є висвітлення механізму бухгалтерського і податкового обліку операцій по розрахунках в іноземній валюті, що впливає на стан та результативність валютного контролю в Україні.

Підсумовуючи, слід зазначити, що рецензований посібник підготовлений на належному науковому та методологічному рівні, становить безперечний теоретичний та практичний інтерес і буде корисним не лише для викладачів та студентів, але й для фахівців фінансової сфери, для всіх, хто цікавиться питаннями валютного регулювання і валютного контролю в Україні.

Рецензент

доктор юридичних наук, член-кореспондент
Академії правових наук України,
Заслужений юрист України,
начальник наукового відділу
правової експертизи Київського
регіонального центру АПрН України

Н.М. МIRONENKO

**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. Судоустрій. 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. Вимоги до обсягу:

2.1. Обсяг матеріалів, які автори подають для публікації наукової статті – від 0,3 до 0,5 ум.друк. арк. (12 000 – 20 000 друк.знаків, включаючи пробіли). Орієнтовний посторінковий обсяг складає: мінімум – 7 сторінок, максимум – 12 сторінок, які оформлені у відповідності з вимогами.

2.2. Обсяг матеріалів, які автори подають для публікації рецензії – до 0,3 ум.друк.арк. (до 12 000 друк.знаків, включаючи пробіли). Орієнтовний посторінковий обсяг до – 7 сторінок, які оформлені у відповідності з вимогами.

3. Вимоги до оформлення матеріалів:

3.1. На початку статті в правій частині подається інформація про автора (ініціали автора і прізвище, науковий ступінь (якщо є), вчене звання, місце роботи).

3.2. Назва статті подається після інформації про автора з вирівнюванням по центру сторінки та виділяється напівжирним шрифтом.

3.3. Перед початком статті подається ключова термінологія відповідною мовою (список ключових слів, які зустрічаються у статті), що виділяється напівжирним шрифтом та (або) курсивом. Ключовим словом називається слово або стійке словосполучення із тексту, яке з точки зору інформаційного пошуку несе смислове навантаження. Сукупність ключових слів повинна відображувати поза контекстом основний зміст наукової праці. Загальна кількість ключових слів повинна бути не меншою трьох і не більшою десяти.

3.4. В тексті бібліографічні посилання відображаються цифрами в квадратних дужках у порядку їх зростання за логікою викладення змісту.

3.5. Перелік використаних джерел подається в кінці тексту після слів “Список літератури”. Оформлення списку літератури здійснюється згідно вимог ВАК України (див. Форма 23, затверджена наказом ВАК України від 21 березня 1997 року № 121) та відповідних державних стандартів.

3.6. Після списку літератури подаються резюме російською та англійською мовами. Викладення матеріалу в резюме повинно бути стислим і точним.

3.7. 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).

3.8. 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);

3.9. 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 форматування. Не допускається використання вставок та гіперпосилань. Можна виділяти окремі частини тексту курсивом або напівжирним шрифтом.

Ілюстрований матеріал виконується чітко і якісно. Посилання на ілюстрації в тексті статті – обов'язкове.

При наборі слід:

- а) вимкнути “перенос” (Категорично заборонені примусові переноси!!!)**
- б) абзаци позначати символом “Ентер”**
- в) вимкнути позначку вирівнювання праворуч,**
- г) якщо Ваша робота містить нестандартні символи, то подавайте разом зі своєю роботою і шрифти .ttf, які були використані в роботі.**

Зразок оформлення статті:

І.А. Іванов,
кандидат юридичних наук, доцент
(місце роботи)

Назва статті

Ключові слова: журнал, видавництво, юрист.

Основний виклад матеріалу [1, 13].

Список літератури

1. Криміналістика / Под ред. Р.С. Белкина. — М.: Норма-Инфра, 1999. — С. 13.
2. Стаття 6 Закону України “Про трансплантацію органів та інших анатомічних матеріалів людини” від 16 червня 1999 року // ВВР. — 1999. — № 41. — С. 377.
3. Быков В.М. Криминалистическая характеристика преступных групп. — Ташкент, 1986. — С. 25.

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:

4.1. 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.

4.2. Зі статтею обов'язково надається:

- фотографія автора (розміром не менше, ніж 3x4, бажано в електронному варіанті)
- для аспірантів та пошукачів обов'язкова наявність рецензії наукового керівника з зазначенням його наукового ступеня, вченого звання, прізвища, ім'я та по-батькові)

15-17 травня 2006
у Чернівецькому національному університеті
імені Юрія Федьковича
відбувся II етап
**Всеукраїнської студентської олімпіади
з правознавства**
де гідно представили Академію та були
нагороджені дипломами студентки 4 курсу
відділення загальної юридичної підготовки
Божагора Наталя та Пашко Катерина

