



ВІСНИК

**Академії адвокатури
України**

Заснований у 2004 році

ВИПУСК `2 2005

Засновник

Академія адвокатури України

Свідоцтво

про державну реєстрацію Серія КВ № 8325

Рекомендовано до друку

*Вченою радою Академії адвокатури України
від 28.12.04 протокол № 4*

Вісник Академії адвокатури України. – К.: Видавничий центр Академії адвокатури України, 2005. – Вип. 2.

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)*

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.*

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

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

Кузисцова 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.*

Неліп М.І. — *канд. юр. наук, доц.*

Пастухов В.П. — *канд. юр. наук, проф.*

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

Пронська Г.В. — *д-р юр. наук, проф.*

Туркевич І.К. — *д-р юр. наук, проф.*

Фесенко Є.В. — *д-р юр. наук, доц.*

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

Підписано до друку 2.02.2005. Формат 70х100/16. Папір офсетний. Офсетний друк.

Обл.-вид. арк. 7,8. Тираж 300. Набір та верстка виконані
у видавничому центрі Академії адвокатури України.
02032, м. Київ, бульвар Тараса Шевченка, 27.

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

ЗМІСТ

<i>ДЗЕРА О.В.</i> Правочини за новим Цивільним кодексом України.....	4
<i>КОВАЛЬ О.А.</i> Види принципів права України.....	16
<i>МАТЮХІНА О.А., ДЕНІСОВ Я.Я.</i> Формування державницької свідомості української інтелігенції доби відродження	26
<i>ГАНЮКОВА К.О., БОТВИНА Н.В.</i> Статус державної мови та перспективи її викладання у світлі результатів Болонського процесу	35
<i>БЕЗСМЕРТНА Н.В.</i> Обмеження та обтяження права власності в законодавстві України	44
<i>КАШИНЦЕВА О.Ю.</i> Правові проблеми отримання, використання та зберігання генетичних та протеомних даних людини.....	49
<i>ОЛЮХА В.Г.</i> Публічний договір в системі цивільно-правових договорів	54
<i>ЧЕРНЯК Ю.В.</i> Зміна прізвища дитини	61
<i>ОСЕТИНСЬКИЙ А.Й.</i> Правове супроводження адвокатом господарських справ при їх перегляді в касаційній інстанції	65
<i>БАБЕНКО В.В.</i> Деякі питання доказування в сучасному господарському процесі	74
<i>ТИЩЕНКО О.В.</i> Моббінг – психосоціальний нещасний випадок на роботі.....	82
<i>КОНОПЛЬОВ В.В.</i> Шляхи вдосконалення системи управління ОВС.....	86
<i>ЯНОВСЬКА О.Г.</i> Суд присяжних в системі гарантій захисту прав людини	93
<i>ІСМАЙЛОВА Л.Б.</i> Деякі питання реалізації права на захист	99
<i>МОТЛЯХ О.І.</i> Питання організації дій слідчого у злочинах, вчинюваних у сфері комп'ютерних технологій.....	106
<i>ГОРБАНЬОВ І.М.</i> Особливості проведення допитів окремих категорій свідків при розслідуванні незаконного розповсюдження комп'ютерних програм	114
<i>ЧЕРКОВА М.Ю.</i> Про можливість введення спрощеного порядку зміни обвинувачення на досудовому слідстві.....	119
<i>ЛЕЩИШИНА О.М.</i> Деякі питання початкового етапу розслідування торгівлі людьми	126
Вимоги до оформлення наукових статей, що подаються до “Вісника Академії адвокатури України”	135

Правочини за новим Цивільним кодексом України



*О.В. Дзера,
доктор юридичних наук, професор,
член-кореспондент АПРН України
(Київський національний університет
імені Тараса Шевченка)*

Ключові слова: *правочин, угода, договір, недійсність правочину, нікчемність правочину, зобов'язання, Цивільний кодекс України, Господарський кодекс України.*

РЕЗЮМЕ

Исследуется вопрос целесообразности введения в Гражданский кодекс Украины нового правового понятия «правочин». Особое внимание обращается на соотношение понятий «правочин», «сделка», «договор». Рассматриваются вопросы правомерности, недействительности «правочинив» и их правовые последствия.

SUMMARY

The problem of purposefulness of putting the new legal term “pravotchyn” to the Civil Code of Ukraine is researched in article. The particular attention is paid to correlation of terms “pravotchyn”, “agreement”, “treaty”. The questions of legality, non-actuality of “pravotchyns” and their legal consequences is also considered.

Одне з центральних місць у новому Цивільному кодексі України (далі – ЦК) зайняв інститут правочинів (глава 16), норми якого як сприйняли вдалі і випробувані практикою правові конструкції норм глави 3 “Угоди” ЦК УРСР 1963 р., так і вмістили надзвичайно багато новел, у тому числі доволі суперечливих. Серед них, зокрема, такими є положення глави 16 про поняття правочинів, про їх правомірність, про недійсність правочинів та їх правові наслідки.

Новела ЦК щодо введення терміна “правочин” обумовлена насамперед тим, що термін “угода” у

філологічному розумінні тотожний термінам “договір”, “домовленість” кількох осіб. Між тим, як відомо, в цивільному праві існує певна категорія односторонніх угод, для яких не є обов'язковою ознакою наявності домовленості між кількома особами (наприклад довіреність, заповіт, гарантія, відмова від спадщини, прийняття спадщини). Відтак дії особи стосовно видачі довіреності, заповіту, гарантії юридично некоректно іменувати угодою. Некоректність визнання вищезазначених одноособових дій суб'єктів цивільного права угодами нівелювалася певною мірою віднесенням їх до

категорії односторонніх угод. Однак навіть поділ угод на односторонні та багатосторонні (договори) повністю не усував нелогічності щодо визнання одноособових дій суб'єктів цивільного права угодами. Тому, на наш погляд, саме на усунення подібної правової колізії і спрямоване введення в ЦК нового терміна “правочин”, який за своїм філологічним значенням не обумовлює обов'язкової домовленості кількох осіб.

Відповідно постає питання про доцільність такого нововведення та його правові наслідки. Однозначно позитивну відповідь на це питання дати досить важко. У новому ЦК Російської Федерації збережено звичний термін “сделка” (угода), що можна, зокрема, пояснити відсутністю в російській мові іншого вдалого адекватного терміна. Оскільки ж українська мова надає юристам можливість застосувати до правомірних дій однієї особи та погоджених дій кількох осіб новий адекватний термін “правочин”, то його введення заслуговує на позитивну оцінку.

Разом з тим, не можна недооцінювати можливих проблемних наслідків введення категорії правочину, що може проявитися, зокрема, в неправильному застосуванні правових норм глави про правочини, а зрештою, і в ігноруванні його застосування у правозастосовчій діяльності.

Так, не сприйняв категорію правочину новий Господарський кодекс України (далі – ГК), в якому перевага надана традиційним термінам “договір” та “угода” (статті 144, 174, 182, 267 ГК). У ньому взагалі відсутнє посилення на можливість застосування до господарських зобов'язань та господарських договорів безпосередньо норм ЦК про правочини.

Однак дорікати авторам ГК з цього приводу не варто, оскільки і в новому ЦК термін “правочин” вживається досить рідко, не враховуючи главу 16. Так, у главі 26 “Право спільної власності” термін “правочин” вживається лише двічі, натомість перевага надається терміну “домовленість”, який застосовується у даній главі 10 разів, хоча в цих випадках більш доречним є вживання термінів “правочин” або “договір”. Між тим, загальновідомо, що поняття “домовленість” не завжди тотожне поняттям “угода”, “правочин”, “договір”, оскільки домовленість характеризує дії осіб, які у багатьох випадках не набувають цивілістичного значення.

Термін “правочин” не набув широкого застосування і у Книзі V “Зобов'язальне право”. Тут йому знайшлося місце переважно в главі 57 у статтях 512, 513, 521, 532, а також у деяких статтях наступних глав, зокрема у ст. 661. У зв'язку з цим не може не викликати інтересу визначення поняття договору. Відповідно до ст. 626 ЦК “договором є домовленість двох або більше сторін, спрямована на встановлення, зміну або припинення цивільних прав та обов'язків”. З наведеного визначення може скластися враження, що договір начебто не є правочином, що насправді, безумовно, не так, оскільки кожен договір є правочином або угодою за ЦК УРСР. Але так чи інакше, наведене визначення поняття договору певною мірою не узгоджується зі змістом ст. 202 ЦК, згідно з якою дія особи, спрямована на набуття, зміну або припинення цивільних прав та обов'язків, є правочином, а не домовленістю.

Водночас не можна не відзначити, що термін “угода” не зник повністю з нового ЦК. Так, відповідно

до ст. 1267 ЦК спадкоємці можуть змінити розмір частки у спадщині за усною угодою щодо рухомого майна або за письмовою угодою щодо нерухомого майна або транспортних засобів.

Не вносять однозначності у вирішення проблеми співвідношення понять правочину, угоди та договору і норми нового Сімейного кодексу України (далі – СК). Так, у главах 8 і 10 СК домінуючими є терміни “договір”, “шлюбний договір” і відсутній термін “правочин”. Як у ЦК, так і в СК використовується не досить вдалий термін “домовленість” (статті 63, 70). Проте в СК широко застосовується нова форма регулювання майнових відносин між подружжям. Так, відповідно до нового СК подружжя “може домовитися” між собою: про порядок користування майном (ст. 66); про порядок поділу майна (ст. 71); про припинення права на утримання (ст. 89); про надання утримання одному з подружжя (ст. 99). Наведені юридичні конструкції щодо регулювання майнових відносин між подружжям є юридично некоректними, оскільки вони не розкривають правової природи таких правовідносин. Безумовно, тут можна припустити, що якщо подружжя “домовилося” щодо правового режиму того чи іншого спільного чи роздільного майна, то тут матиме місце правочин (угода за ЦК 1963 р.), який водночас має ознаки договору.

Нарешті в СК в одному випадку знайшлося також місце терміну “угода”. Відповідно до ст. 100 СК “угода про зміну шлюбного договору нотаріально посвідчується”.

Таким чином, у ЦК, в ГК та в СК не завжди послідовно й узгоджено застосовуються такі юридичні категорії як правочин, угода, договір, а відтак постає питання про принципи їх за-

стосування в судовій, нотаріальній практиці та іншій правозастосовчій діяльності.

На наш погляд, вирішення цієї проблеми може бути здійснено таким чином. Базовим критерієм тут має слугувати положення ст. 11 ЦК про те, що підставами виникнення цивільних прав та обов’язків, зокрема, є договори та інші правочини. Формально серед цих підстав не зазначені ні угоди, ні так звані “домовленості”. Однак не можна не зважати на те, що численні спеціальні закони, нормативно-правові акти містять посилання на угоди в розумінні договорів, а також на те, що розглядувані терміни стали звичними для населення і правознавців. Тому необхідно сприйняти таку концепцію співвідношення зазначених термінів:

1. Двосторонні й багатосторонні правочини є договорами і водночас угодами.

2. Договори й угоди – тотожні поняття.

3. Термін “домовленість” необхідно розуміти як договір чи угоду, якщо такої домовленості досягнуто з дотриманням вимог, встановлених для укладання договору.

Таким чином, не кожний правочин є договором (угодою), а лише той, який опосередковує обопільну домовленість двох чи більше осіб, спрямовану на набуття, зміну або припинення цивільних прав та обов’язків. Тому не можна повністю погодитись з тими юристами, які стверджують, що в новому ЦК поняття “правочин” застосовано у значенні, тотожному поняттю “угода”.

Будь-який правочин має набути чинності, тобто набрати юридичної сили. Для цього він має відповідати вимогам, встановленим законом. У ст. 203 ЦК перераховані лише загальні

вимоги до чинності правочину, що стосуються правомірності його змісту, дієздатності сторін, волевиявлення сторін, форми укладеного правочину, реальності передбачуваних правових наслідків, дотримання батьками прав та інтересів їхніх малолітніх, неповнолітніх та непрацездатних дітей. Іншими словами, за коментованою статтею, щоб правочин вважався чинним, а відповідно і правомірним, при його вчиненні мають бути дотримані такі умови, як: законність змісту правочину; наявність у сторін (сторони) необхідного обсягу дієздатності; наявність об'єктивно вираженого волевиявлення учасника правочину та його відповідність внутрішній волі учасника правочину; відповідність форми вчиненого правочину вимогам закону; спрямованість волі учасників правочину на реальне досягнення обумовленого ним юридичного результату; відсутність спрямованості у вчинюваному батьками правочині на порушення прав та інтересів їхніх малолітніх, неповнолітніх чи непрацездатних дітей. У разі недотримання перерахованих вимог правочин є недійсним або може бути визнаний недійсним у порядку, встановленому цим Кодексом.

Зміст правочину (його умови), насамперед, не повинен суперечити вимогам як ЦК, так і інших актів цивільного законодавства, наприклад Законам України “Про захист прав споживачів”, “Про цінні папери і фондову біржу”, які переважно є актами цивільного законодавства. Однак у правовій системі України функціонує значна кількість законів іншої галузевої належності, а також законів комплексного правового характеру, що містять різногалузеві норми (Земельний кодекс України,

Сімейний кодекс України, Митний кодекс України, Повітряний кодекс України, Кодекс торговельного мореплавства, Господарський кодекс України, Закон України “Про зовнішньоекономічну діяльність” та ін.). Вчинювані правочини не повинні також суперечити положенням і цих законодавчих актів, незважаючи на те, що за частиною 1 ст. 203 ЦК правочини мають відповідати лише ЦК та іншим актам цивільного законодавства. У зв'язку з цим варто зауважити, що за проектом ЦК (ст. 194) в редакції 1997 р. вони мали б відповідати також “іншим правовим актам”. Отже, зміст правочинів відповідно до п. 1 ст. 203 ЦК не повинен порушувати положень як законів, так і інших нормативно-правових актів, прийнятих на основі Конституції України.

В ч. 1 ст. 48 ЦК 1963 р. передбачалося, що недійсною є та угода, яка не відповідає вимогам закону. Однак у судовій практиці давалося поширювальне тлумачення терміна “закон”, суди визнавали недійсними й ті угоди, що не відповідали вимогам підзаконних нормативних актів (п. 5 постанови Пленуму ВСУ “Про судову практику в справах про визнання угод недійсними” від 28 квітня 1978 р. № 3).

В ст. 203 ЦК не розкривається зміст “моральних засад суспільства”, яким має відповідати правочин. Однак у будь-якому разі необхідно уникати поширювального тлумачення цього поняття, адже це може призвести до довільного визнання недійсним правочину, у якому поведінка його учасників не містить ознак істотної суспільної небезпеки. За таких обставин правочин, який суперечить моральним засадам суспільства, має вважатися не чинним,

якщо ці моральні засади у прямій чи загальній формі знайшли своє нормативне закріплення, наприклад, як це передбачено у Конституції України, Законі України “Про захист суспільної моралі”.

У статті 215 визначаються загальні правові засади визнання правочину недійсним. Звичайно, для цього має існувати відповідна правова підстава. Такою правовою підставою ЦК визнає факт недодержання однією стороною чи всіма сторонами вимог, встановлених частинами 3, 5, 6 ст. 203 ЦК, тобто вимог щодо волевиявлення учасника правочину, щодо настання реальних правових наслідків правочину, щодо недопустимості порушення правочином, вчинюваним батьками, інтересів малолітніх дітей. Тобто порушення вимог закону, допущені стороною (сторонами) після укладення правочину, не можуть спричинити його недійсність, а призводять до інших правових наслідків, передбачених законом.

Недійсність правочину може наступати лише за певних порушень закону. За ступенем недійсності правочину всі правочини поділяються на абсолютно недійсні з моменту їх вчинення (нікчемні) та відносно недійсні (оспорювані), які можуть бути визнані недійсними, але за певних умов.

У статті 216 сформульовані загальні правила щодо правових наслідків недійсності як нікчемних, так і оспорюваних правочинів. Визначальним тут є принцип, згідно з яким недійсний правочин не створює для сторін чи інших осіб правових наслідків. Зокрема, сторони не зобов’язані виконувати передбачені таким правочином умови, одна сторона недійсного правочину має право відхилити

вимоги іншої сторони щодо вчинення певних дій. Зрозуміло, що це можливо лише тоді, коли сторонам відомо про недійсність правочину.

Водночас ЦК встановлює виняток із вищезгаданого правила, який полягає в тому, що недійсний правочин породжує лише ті юридичні наслідки, які пов’язані з його недійсністю. Як свідчить практика, сторони досить часто частково чи повністю виконують умови недійсного правочину, наприклад, передають майно, виконують певну роботу, надають послуги, здійснюють їх оплату. Вчинення таких дій за нікчемним правочином або правочином, визнаним судом недійсним, не має під собою правової підстави, а відтак набуває ознак неправомірності. Тому в коментованій статті міститься положення про те, що за недійсним правочином кожна зі сторін зобов’язана повернути іншій стороні в натурі все, що вона одержала на виконання цього правочину, а якщо це неможливо, зокрема тоді, коли одержане полягає в користуванні майном, виконаній роботі, наданій послугі, — відшкодувати вартість одержаного за цінами на момент відшкодування. Застосування зазначених правових наслідків засвідчує факт повернення сторін у первинний стан, який мав місце до вчинення недійсного правочину. В цивілістичній науці та судовій практиці застосування таких наслідків іменується двосторонньою реституцією. Однак недійсний правочин може виконати лише одна зі сторін. У такому випадку логічно, що інша сторона має повернути все одержане стороні, що виконала правочин. Такі правові наслідки одержали назву односторонньої реституції. У новому ЦК, на відміну від ЦК УРСР, одностороння реституція

безпосередньо не закріплена. Однак можливість її застосування впливає з тексту ч. 1 ст. 216 ЦК. Двостороння реституція застосовується незалежно від наявності чи відсутності вини у діях учасників правочину щодо його недійсності. Випадки застосування двосторонньої реституції передбачені, зокрема, статтями 218, 219, 220, 221, 222, 226, 227, 229, 233 ЦК.

Ст. 49 ЦК УРСР передбачала можливість визнання недійсною угоди, укладеної з метою, що завідомо суперечить інтересам соціалістичної держави і суспільства із застосуванням санкції у вигляді стягнення у доход держави всього одержаного стороною, яка діяла з умислом. У новому ЦК не передбачено конкретних підстав для застосування конфіскаційних санкцій за недійсними правочинами. Однак ст. 208 ГК передбачає можливість застосування конфіскаційних санкцій щодо учасників господарського зобов'язання, визнаного недійсним як вчиненого з метою, що завідомо суперечить інтересам держави і суспільства. Аналіз положень ст. 208 ГК та їх співвідношення з ЦК наведено у коментарі до ст. 228 ЦК.

Спеціальні правові наслідки недійсності правочину передбачені Законом України “Про відновлення платоспроможності боржника або визнання його банкрутом”, згідно зі ст. 39 якого визнання мирової угоди недійсною є підставою для поновлення провадження у справі про банкрутство.

Вчинення недійсного правочину може призвести до заподіяння збитків та моральної шкоди іншій стороні або третій особі. Можливість відшкодування винною стороною збитків та моральної шкоди, завданої недійсним правочином, передбачена також

статтями ЦК про недійсність окремих видів правочинів (ст. 231, 232, 233), що є новелою порівняно з ЦК УРСР, за яким взагалі не передбачалося відшкодування моральної шкоди за недійсними угодами, а відшкодування майнових збитків встановлювалося як виняток. Нетиповими для цивільного права є положення ЦК про допустимість стягнення з винної у недійсності правочину сторони подвійної суми збитків (статті 230, 231). Частина 2 передбачає, що такі збитки й моральна шкода відшкодовуються винною стороною. Порядок такого відшкодування може здійснюватися також за правилами статей 22, 23 ЦК та правилами, встановленими для зобов'язань, що виникають із факту заподіяння шкоди, тобто за правилами позадоговірної (деліктної) відповідальності, оскільки положення норм про недійсність правочинів такого порядку не встановлюють.

В обох перерахованих випадках застосовуються зазначені наслідки, якщо закон не встановлює інших особливих умов їх застосування або особливих правових наслідків окремих видів недійсних правочинів. Це, зокрема, стосується недійсних правочинів, вчинених малолітніми, неповнолітніми та неієздатними особами, юридичними особами під впливом помилки, обману, насильства. Так, статтями 230 та 231 ЦК передбачено стягнення зі сторони, винної у недійсності правочину, подвійної суми збитків на користь іншої сторони. ГК передбачає стягнення в доход держави всього одержаного сторонами (стороною) у разі визнання господарського зобов'язання, вчиненого з метою, завідомо суперечною інтересам держави і суспільства, недійсним (ст. 208).

Положення ЦК про правові наслідки нікчемного правочину є імперативними і відповідно до ч. 4 не можуть піддаватися змінам за домовленістю сторін. Однак це правило не слід розуміти буквально, оскільки сторона нікчемного договору може вимагати визнання правочину нікчемним, але не зобов'язана вимагати відшкодування завданих збитків чи моральної шкоди. Тобто в ч. 4 ЦК йдеться про заборону сторонам змінювати законодавчі положення щодо правових наслідків нікчемного правочину, але її норми не зобов'язують їх застосовувати в усіх випадках, якщо це не порушуватиме інтереси третіх осіб. Оскільки ч. 4 встановлює заборону на зміну визначених законом правових наслідків лише щодо нікчемних правочинів, то цілком логічно, що така заборона не стосується інших видів недійсних правочинів.

Як відомо, ЦК УРСР передбачав норми про недійсність угод, які не відповідають вимогам закону (ст. 48), та угод, укладених з метою, що суперечить інтересам держави й суспільства (ст. 49). Так, згідно зі ст. 49 ЦК УРСР за угодою, укладеною з метою, що завідомо суперечить інтересам соціалістичної держави і суспільства та за наявності умислу у обох сторін, все одержане ними за угодою стягується в доход держави, а в разі виконання угоди лише однією стороною – з іншої сторони стягується в доход держави все одержане нею і все належне від неї першій стороні на відшкодування одержаного. За наявності ж умислу лише у однієї сторони, все одержане нею за угодою повинно бути повернуто іншій стороні, а одержане останньою або належне їй на відшкодування виконаного стягується в доход держави.

Таким чином, правові наслідки, встановлені ст. 49 ЦК УРСР, фактично мали усі ознаки “цивільно-правової конфіскації” (двосторонньої чи односторонньої), застосування якої можливе лише тоді, коли сторони (сторона) знали, що укладена угода суперечить інтересам держави і суспільства. Тобто, у разі відсутності такого суб'єктивного фактора, як умисел сторони, немає підстав для застосування цивільно-правової конфіскації, а відтак за відсутності умислу у обох сторін угода має визнаватися недійсною за правилами ст. 48 ЦК УРСР та із застосуванням передбачених нею правових наслідків у формі двосторонньої чи односторонньої (за наявності умислу у однієї сторони) реституції сторін.

У новому ЦК України відсутня норма, яка б передбачала цивільно-правову конфіскацію у разі визнання правочину недійсним. Натомість згідно зі ст. 228 ЦК України, яка є певним аналогом ст. 49 ЦК УРСР, нікчемним є правочин, який порушує публічний порядок (якщо він був спрямований на порушення конституційних прав і свобод людини і громадянина), спричинив знищення, пошкодження майна фізичної або юридичної особи, держави, територіальної громади, незаконне заволодіння ним. Однак у цій статті безпосередньо не визначені правові наслідки нікчемності такого правочину.

Однак складається враження, що розробники ст. 228, яка має назву “Правові наслідки вчинення правочину, який порушує публічний порядок” та законодавці мали за мету встановити за вчинення такого правочину спеціальні санкції. Це припущення підтверджується аналізом обставин розробки й прийняття нового ЦК,

адже в його Проекті в редакції у першому читанні від 5 червня 1997 р. закладалися правила про цивільно-правову конфіскацію у разі вчинення з умислом правочину, що порушує публічний порядок (ст. 218). Однак ч. 2 ст. 228 ЦК передбачається лише нікчемність такого “антипублічного правочину”, що дає підстави вважати можливим наявність упущень технічного характеру. Звичайно, можна вважати, що правові наслідки нікчемності антипублічного правочину мають визначатися за загальними правилами ч. 1 ст. 216 ЦК України, оскільки відповідно до ч. 3 цієї статті правові наслідки, передбачені в цих частинах, застосовуються, якщо законом не встановлюються особливі правові наслідки окремих видів недійсних правочинів. Щоб уникнути будь-яких сумнівів щодо розуміння ст. 228 ЦК, у ч. 2 її можна було б зробити застереження, що у зв’язку з нікчемністю правочину, який порушує публічний порядок, застосовуються правові наслідки, встановлені ст. 216 ЦК України. Однак у такому випадку взагалі втрачає будь-який правовий сенс існування ст. 228 ЦК без встановлення спеціальних правових наслідків у вигляді цивільно-правової конфіскації за вчинення антипублічного правочину.

У ГК України є кілька статей, присвячених недійсності господарських зобов’язань, в яких закладено інші підходи, порівняно зі статтями ЦК України про правочини. Так, у ст. 208 ГК України зазначається: “Якщо господарське зобов’язання визнано недійсним як таке, що вчинено з метою, яка завідомо суперечить інтересам держави і суспільства, то за наявності наміру в обох сторін — у разі виконання зобов’язання обома

сторонами — в доход держави за рішенням суду стягується все одержане ними за зобов’язанням, а у разі виконання зобов’язання однією стороною, з другої сторони стягується в доход держави все одержане нею, а також все належне з неї першій стороні на відшкодування одержаного. У разі наявності наміру лише у однієї із сторін усе одержане нею повинно бути повернено другій стороні, а одержане останньою або належне їй на відшкодування виконаного стягується за рішенням суду в доход держави”.

Таким чином, ч. 1 ст. 208 ГК майже повністю текстуально співпадає зі ст. 49 ЦК УРСР, незважаючи на її істотні вади, з тією лише різницею, що в ст. 208 визнається недійсним господарське зобов’язання, а не господарський договір чи інший правочин. Юридична некоректність цього положення є очевидною, адже недійсним має визнаватися договір як одна лише з підстав виникнення господарського зобов’язання. Це принципове правило було закріплене в ст. 48 ЦК УРСР, за якою могли визнаватися недійсними угоди, що не відповідають вимогам закону, а також в ст. 215 ЦК України, якою передбачається недійсність правочину. Тобто недійсною необхідно визнавати підставу виникнення зобов’язання.

У зв’язку з цим, постає цілком закономірне питання: можливо, розробникам нового ЦК доцільно було б зберегти в ньому норму ст. 49 ЦК УРСР, як це зробили розробники ГК? Однак аналіз практики застосування ст. 49 ЦК УРСР свідчить про наявність у її положеннях істотних вад.

Редакцію ст. 49 ЦК УРСР не можна визнати вдалою у зв’язку з відсутністю у її тексті конкретних

критеріїв для визнання угоди недійсною та застосування передбачених нею правових наслідків. Відповідно і в судовій практиці зміст статті не набув чіткого тлумачення, у зв'язку з чим суди навіть у радянський період вкрай рідко визнавали недійсними угоди за правилами ст. 49 ЦК УРСР, вдаючись до застосування передбачених нею санкцій у тому випадку, коли дії учасника недійсної угоди містили ознаки злочину. Тому позиція судів щодо застосування ст. 49 ЦК УРСР змінювалася залежно від соціально-політичної ситуації в країні. Наприклад, відповідно до п. 6 постанови Пленуму Верховного Суду України “Про судову практику у справах про визнання угод недійсними” від 28 квітня 1978 р. у початковій його редакції ст. 49 ЦК УРСР поширюється на угоди, що порушують основні принципи соціалістичного суспільного ладу, зокрема, спрямовані на використання соціалістичної власності з корисливою метою, одержання громадянином нетрудових доходів або використання майна, що знаходиться у їх особистій власності або користуванні на шкоду інтересам суспільства, на відчуження землі або незаконне користування нею, розпорядження чи придбання всупереч установленим правилам предметів, вилучених з обігу або обмежених в обігу.

25 травня 1998 р. до п. 6 постанови Пленуму були внесені зміни, за якими дія ст. 49 ЦК УРСР має вже поширюватися, зокрема, на угоди, спрямовані на використання всупереч закону колективної, державної або чиеїсь приватної власності з корисливою метою, приховування фізичними та юридичними особами від оподаткування доходів, використання майна, що знаходиться в їх

власності або користуванні на шкоду правам, свободам і гідності громадян, інтересам суспільства, на незаконне відчуження землі або незаконне нею користування, розпорядження чи придбання всупереч установленим правилам предметів, вилучених з обігу або обмежених в обігу. Подібна позиція щодо тлумачення змісту ст. 49 ЦК УРСР була сформульована також в Роз'ясненнях Вищого арбітражного суду України “Про деякі питання практики вирішення спорів, пов'язаних з визнанням угод недійсними” від 12 березня 1999 р. (з наступними змінами). Однак Вищим господарським судом України 26 квітня 2002 р. до Роз'яснень від 12 березня 1999 р. були внесені істотні зміни про те, що :

а) у разі визнання у встановленому порядку недійсними установчих документів суб'єкта підприємницької діяльності або скасування його державної реєстрації у зв'язку із здійсненням відповідної реєстрації на підставі загубленого документа, що посвідчує особу, або на підставну особу — засновника суб'єкта підприємницької діяльності, укладені таким суб'єктом підприємницької діяльності угоди мають визнаватися недійсними згідно із статтею 49 ЦК УРСР незалежно від часу їх укладення;

б) якщо у встановленому порядку буде з'ясовано, що зміну носіїв корпоративних прав або продажу таких прав здійснено для укладання відповідним суб'єктом підприємницької діяльності угод із метою ухилення від сплати податків та інших обов'язкових платежів або легалізації коштів, набутих злочинним шляхом, суд має визнавати такі угоди недійсними за ознаками статті 49 ЦК УРСР.

Сформульовані в Роз'ясненнях Вищого господарського суду підстави для визнання недійсними угод за ст. 49 ЦК УРСР не можна визнати вдалими і повністю прийнятними з наступних міркувань.

По-перше, рекомендації Вищого господарського суду України дозволяють визнавати недійсними за ст. 49 (такі судові рішення можливі і нині щодо угод, укладених до введення в дію нового ЦК України) будь-які угоди суб'єктів підприємництва, незалежно від правової підстави визнання недійсними установчих документів, у тому числі і тоді, коли створення суб'єкта підприємництва не мало на меті укладання угод, що суперечать інтересам держави і суспільства, та спрямованих на ухилення від сплати податків.

По-друге, положення зазначеної постанови Пленуму Верховного суду України та Вищого господарського суду України є такими, що дають підстави для занадто широкого тлумачення змісту ст. 49 ЦК УРСР і фактично містять ознаки нових правових норм, хоча зазначені судові органи не можуть приймати нормативно-правові акти, а їх правові позиції мають лише рекомендаційний характер.

Аналіз вищезазначеного дає підстави зробити висновок, що судова практика, незважаючи на впровадження ринкових реформ та демократизацію суспільних відносин, пішла шляхом надто широкого й довільного тлумачення ст. 49. Цьому сприяла також досить абстрактна конструкція її норм, яка не містила вичерпного чи орієнтовного переліку складу конкретних правопорушень закону учасників недійсної угоди. Протягом останніх кількох років цими недоліками ст. 49 ЦК УРСР досить активно

і не завжди коректно користувалися податкові органи.

На заміну ст. 49 ЦК УРСР у новий ЦК України введена ст. 228, яка, однак, досить істотно відрізняється за своїм змістом від своєї попередниці. Так, відповідно до ст. 228 ЦК України правочин вважається таким, що порушує публічний порядок, якщо він був спрямований на порушення конституційних прав і свобод людини і громадянина, знищення, пошкодження майна фізичної або юридичної особи, держави, Автономної Республіки Крим, територіальної громади, незаконне заволодіння ними (нікчемні правочини). Однак у ст. 228 ЦК передбачається лише нікчемність такого правочину без встановлення спеціальних правових наслідків, наприклад, у вигляді цивільно-правової конфіскації, що дає підстави за таких обставин застосовувати лише загальні положення про правові наслідки, передбачені ч. 1 ст. 216 ЦК України, наприклад, реституцію.

Введення до ГК України положень ст. 49 ЦК УРСР із застосуванням до сторони, що діяла з наміром, конфіскації одержаного в доход держави та відсутності такої у новому ЦК України матиме певні негативні правові наслідки, які зводяться до наступного.

1. Положення ГК України будуть суперечити існуючій практиці ділового обороту у підприємницько-господарській діяльності, в якій договірні відносини сторони оформляють шляхом укладення договорів, а не господарських зобов'язань. Відтак господарські суди будуть змушені визнавати недійсними конкретні договори (контракти), а не господарські зобов'язання.

2. Положення ГК України суперечать нормам статей 16, 215, 216,

547 ЦК України, ст. 152 Земельного Кодексу, ст. 6 Закону України “Про зовнішньоекономічну діяльність”, в яких прямо передбачається недійсність правочину (угоди), а не зобов’язання.

3. Положення ГК України суперечать вимогам ЦК України та іншим законодавчим актам, які встановлюють обов’язковість державної реєстрації певних правочинів (договорів, угод), скасування якої можливе також у разі визнання недійсним правочину, а не зобов’язання.

4. Положення ст. 208 ГК України про недійсність господарських зобов’язань із застосуванням конфіскаційних санкцій є неприйнятними з тих міркувань, що були вже висловлені вище щодо ст. 49 ЦК УРСР, тобто вони не містять конкретних складів правопорушень сторонами вимог законодавства, а відтак завжди будуть піддаватися неоднозначному тлумаченню.

5. Розбіжності між ЦК та ГК України у врегулюванні питань недійсності правочинів та господарських зобов’язань призведуть до конкуренції норм цих актів, а зрештою, і до довільного їх застосування судами. По-різному будуть тлумачити досліджувані норми як сторони правочину (господарського зобов’язання), так і інші особи, серед яких і податкові органи, зацікавлені у визнанні їх недійсними із застосуванням або незастосуванням конфіскаційних майнових наслідків.

Вищевикладене засвідчує наявність вразливих положень як в ЦК, так і в ГК, а відтак постає проблема про можливі шляхи вдосконалення. Насамперед може постати питання про доцільність введення конфіскаційних санкцій у разі визнання

певних правочинів недійсними. Звичайно, для сторін тих цивільно-правових правочинів, які не можуть бути кваліфіковані як господарсько-правові за Господарським кодексом, надзвичайно прийнятною є відсутність конфіскаційних санкцій за вчинення антипублічних правочинів, які вони можуть вчиняти, завідомо знаючи про такі сприятливі для них правові наслідки. Однак, на наш погляд, встановлення таких санкцій є доцільним лише у разі допущення навмисних істотних порушень при укладенні правочинів. Певним орієнтиром у цьому могли б бути норми ст. 228 ЦК, оскільки в ній передбачені конкретні види порушень, що слугують підставою нікчемності правочину. Водночас положення ст. 228 ЦК в тій частині, що дозволяє визнавати правочин таким, що порушує публічний порядок, якщо він спрямований на порушення конституційних прав і свобод людини і громадянина, також дають підстави до надзвичайно широкого кола випадків, в яких довільно будуть недійсними правочини, адже в Конституції України конституційні права та свободи людини і громадянина передбачені в десятках статей (21-68).

Далеко не ідеально вирішена подібна проблема в ЦК РФ, згідно зі ст. 169 якого угода, укладена з метою, що завідомо суперечить основам правопорядку чи моралі, нікчемна. Відповідно науковці і практики здійснюють пошук оптимального тлумачення такої норми. Зокрема, висловлюється думка про те, що під дію ст. 169 мають підпадати угоди, сторони (сторона) якої для досягнення правового результату навмисно чинять дії, що містять склад злочину або іншого небезпечного правопору-

шення (адміністративного проступку або делікту), наприклад ухилення від оподаткування. Але так чи інакше, незважаючи на 10-річний період застосування ЦК РФ 1994 р., російські юристи поки що не змогли дати чіткої відповіді на питання про кваліфікацію угод за ст. 169. Вважаємо, що це зробити неможливо з огляду на відсутність у ній критеріїв для однозначного розуміння її положень.

У врегулюванні недійсності правочинів (господарських зобов'язань) за ЦК України та ГК України існують і інші проблеми. По-перше, по-різному буде тлумачитися питання недійсності господарського зобов'язання, укладеного з порушенням господарської

компетенції (ст. 207 ГК). По-друге, ГК не містить належного механізму визнання господарських договорів недійсними, а відтак ГК вимагає термінового доповнення нормою про те, що на ці відносини мають поширюватися відповідні норми глави 16 ЦК України. По-третє, в ГК не виправдано звужене коло осіб, які можуть звертатися з позовами про визнання господарських зобов'язань недійсними. За ст. 207 ГК таке право мають лише сторони або відповідний орган державної влади, в той час як за ст. 215 ЦК України правочин може бути визнаний недійсним на вимогу сторони або іншої зацікавленої особи.

Література

1. *Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации, части первой* / Под ред. Т.Е. Абовой и А.Ю. Кабалкина. – М., 2003. – С. 431–433.
2. *Цивільний кодекс України: Науково-практичний коментар* / За заг. ред. Я.М. Шевченко. – К., 2004. – Ч. 1. – С. 283.

Види принципів права України



О.А. Коваль
(Академія адвокатури України)

Ключові слова: *принципи права, критерії класифікації принципів права, види принципів права.*

РЕЗЮМЕ

Стаття посвящена проблемам классификации принципов права. На основании научных разработок, результаты которых опубликованы в юридической литературе, автором формулируется и предлагается собственная классификация принципов права Украины. Разрабатываются критерии классификации, которые позволят достичь нужного уровня абстракции и осветить основные моменты сущностных характеристик принципов права.

SUMMARY

This article is devoted to the problems of classification of principles of law. Based on analysis of scientific research works, results of which are published in legal literature, the author formulates and proposes his own classification of principles of law of Ukraine. The author also formulates the criterions which will allow to reach the necessary level of abstraction and to clear the main points of essential characteristics of principles of law.

Постановка проблеми. Розвинуте суспільство передбачає досконалу, цілісну юридичну надбудову, сформовану на передових засадах правової організації суспільного життя людей, їх установ та соціальних інститутів. Ці засади знаходять свій вираз насамперед у праві і, перш за все, в його принципах. Ми пропонуємо визначати принципи права як основні засади, відправні ідеї його буття, котрі виражають найважливіші закономірності даної суспільно-економічної формації, є однопорядковими із сутністю права

й мають нормативний характер, володіють універсальністю, вищою імперативністю й загальною значимістю.

Але для формування цілісної картини будь-яких явищ необхідно виробити їх класифікацію. За допомогою такої класифікації дослідження стає більш розгорнутим, з'являється можливість розглянути об'єкт дослідження з різних точок зору, скласти вірне уявлення про його формування, існування та розвиток. Принципи права є багатоманітним явищем й потребують розгляду під різними ку-

тами зору, тому аналогічна ситуація складається і з принципами права.

Класифікація — особливий випадок застосування логічної операції поділу об'єму поняття, що являє собою певну сукупність ділень (класи, види і т. ін.) [14, с. 200].

На жаль, єдину класифікацію принципів права виробити практично неможливо, бо не існує в юриспруденції “простих” явищ, які можна розглядати лише з одного боку. Тому є загальноприйнятим проводити декілька класифікацій змісту об'єкта дослідження, що дозволяє його розглянути з різних точок зору. Але вважаємо за доцільне виробити так звану “основну” класифікацію, що відповідає певним вимогам:

- вона повинна бути доволі абстрактною, щоб вказувати найважливіше, квінтесенцію об'єкта дослідження;
- вона має проводитись лише за одним критерієм, що є істотним для даного предмета;
- абстрактність не повинна бути метою, а лише шляхом для досягнення “чистих” видових груп.

Для цього необхідно провести аналіз класифікацій принципів права, що розглядаються в науковій літературі з теорії права, й визначити класифікацію, що відповідає зазначеним критеріям.

Ступінь наукової розробки проблеми. До цієї тематики зверталось багато науковців, але більшість з них розглядало можливість класифікації принципів права як засіб досягнення певної наукової мети, а не як спосіб висвітлення найважливіших ознак або властивостей принципів права. Серед вчених, що звертаються до проблем класифікації принципів права, є А.І. Денисов, О.А. Лукашева,

В.М. Семенов, Л.С. Явіч, Г.А. Борисов, П.М. Рабинович та багато інших. Необхідно зазначити, що й досі не існує єдиної, загальновизнаної класифікації принципів права.

Мета статті. На підставі наукових здобутків, висвітлених в юридичній літературі, за допомогою аналізу принципів, відображених в Конституції України, виробити та запропонувати власну класифікацію принципів права.

Виклад основного матеріалу дослідження. Одним із перших до проблеми класифікації принципів права звернувся А.І. Денисов. Він запропонував використовувати як критерій для класифікації принципів права на види їх належності до певної кількості галузей права. На підставі даного критерію визначаються такі три групи принципів права:

1. Принципи, що властиві всім без виключення галузям права.
2. Принципи, що властиві для двох чи більше галузей права (але не всіх).
3. Принципи, що властиві одній галузі [3].

На нашу думку, даний критерій передбачає залежність принципів права від системи права, визначає їх другорядність відносно останньої. Однак принципи права є явищем однопорядковим із сутністю права, тому даний критерій можна вважати таким, що не вказує на важливий аспект об'єкта дослідження. Дана класифікація фактично лише відбиває й закріплює існуючий розподіл на галузі права, але не дає необхідного рівня абстрагування для визначення істотних ознак нашого об'єкта дослідження, не дозволяє змодельовати струнку системну класифікацію принципів права.

Проблема визначення сутності принципів права, природно, переходить і в сферу розробок їх класифікації. Наприклад, О.А. Лукашева пропонує розподіляти принципи права на принципи загальної організації суспільства та власне правові принципи. До останніх вона відносить:

- принцип справедливості;
- принцип рівноправності;
- законність;
- принцип нерозривного зв'язку прав та обов'язків;
- принцип поєднання методів примусу та переконання;
- принцип відповідальності за вину [6, с. 26-28].

Сутність права полягає в тому, що воно є соціальним регулятором, виступає критерієм визначення правомірності або неправомірності поведінки державних органів, посадових осіб, людей та їх об'єднань [13, с. 130]. А принципи права покликані закріплювати основні засади, на яких будується суспільство та держава, формувати певні тенденції розвитку цивілізації й культури. Тому принципи загальної організації суспільства та власне правові принципи перетинаються за багатьма аспектами. Наприклад, принцип справедливості має знаходитись одразу ж у двох вищевказаних групах, причому в кожній з груп набуваючи особливого значення, яке лише конкретизує якийсь загальний принцип. Подібна ситуація складається і з принципами гуманізму, рівності та ін. Фактично класифікація носить доволі суб'єктивний характер. Тобто погляд автора на належність принципу права до однієї з названих груп є визначальним фактором для подібного розподілу.

Наступну класифікацію пропонує В.М. Семенов — він заперечує мож-

ливість вважати принципами права закріплені в законодавстві принципи устрою економіки, політики, суспільства. „Чисті” принципи права він поділяє таким чином:

1. Загально-правові принципи.
2. Міжгалузеві принципи.
3. Галузеві принципи.
4. Принципи окремих інститутів [12, с. 30-31].

На жаль, автор не пропонує критерію, за яким можливе виділення „чистих” принципів права. Як було зазначено раніше, принципи економічної системи, політичної системи тощо, що закріплені в законодавстві, перетинаються з „чистими” принципами права за багатьма аспектами. Автор порушує логічність думки при створенні даної класифікації: якщо певний об'єкт, за своїми ознаками, належить до певної групи, то і його окремий випадок також належить до цієї ж групи (якщо застосовується вірний та єдиний критерій групування). Розглянемо, наприклад, принцип рівності. Він належить до групи „чистих” принципів права та підгрупи загально-правових принципів права (за класифікацією В.М. Семенова), але його конкретизація в сфері економіки — рівність всіх форм власності (ст. 13 Конституції України) — вже належить до іншої групи принципів: до принципів економічної системи суспільства, тобто зовсім до іншої групи ніж його основа, принцип рівності.

Така постановка проблеми характерна для прихильників теорії нормативізму в праві. У даному випадку виключення з принципів права принципів економіки, політики, етики тощо властиве крайньому прояву нормативізму — теорії „чистого” права Г. Кельзена. Однак необхідно зазначити, що теорія „чистого” права

не заперечує, що зміст будь-якого позитивного юридичного порядку, чи це міжнародне, чи право національне, обумовлено історичними, економічними, моральними й політичними факторами, однак вона намагається пізнати право з внутрішнього боку, в його специфічному нормативному значенні [4]. Таким чином, ми можемо говорити, що запропонована класифікація є класифікацією не принципів права, а принципів законодавства, тобто відображає не сутнісний бік права, а його змістову характеристику. До цього необхідно додати, що за відсутності врахування мети, для досягнення якої були створені ті чи інші норми, ми втратимо мету для всього права, право буде існувати саме для себе.

Деякі дослідники вважають можливим визнати критерієм класифікації принципів права спосіб їх закріплення у писаному законі. На підставі даного критерію, принципи права можна розділити на два великих класи:

1. Принципи, що прямо закріплені в законодавстві;

2. Принципи, зміст яких випливає із сукупності правових приписів [5].

На нашу думку, обраний критерій класифікації не належить до істотних ознак нашого об'єкта дослідження. Більшість науковців погоджуються з думкою, що опосередковано закріплений принцип права в законодавстві — це недолік законодавчої техніки, котрий підлягає виправленню. Ми вважаємо, що другий клас принципів права є “браком” праці законодавця й підлягає виправленню, після якого автоматично переходить до першого класу. Такий розподіл принципів права дозволяє виявити недоліки законодавчої техніки, щоб з часом виправити їх. Ідеальною ситуацією з системою права можна назвати

відсутність другого класу принципів права як явища.

Оскільки дана класифікація не відповідає вимогам, що висувуються для визнання її основною, — ми можемо застосовувати її лише як допоміжну: для визначення недоліків законодавчої техніки.

Більш складну класифікацію принципів права пропонує Л.С. Явіч. Принципи права перебувають у взаємодії, тобто є системою з суворою субординацією, тому автор пропонує підставою класифікації обрати місце принципів права в житті суспільства та держави. На підставі обраного критерію принципи права можна класифікувати наступним чином:

1. Основні (конституційні) принципи права.

2. Міжгалузеві принципи права.

3. Галузеві принципи права.

4. Принципи права окремих інститутів права [15, с. 147-148].

При цьому автор вказує, що основні принципи певним чином відображаються в принципах кожної галузі правової системи. В даному випадку перевага надається основним принципам права, а інші вважаються лише конкретизацією таких. Такої ж думки дотримуються й інші автори [8, с. 59-61]. Більш того, Л.С. Явіч пропонує такий розподіл основних (конституційних) принципів права:

1. Загально-соціальні, в т.ч. економічні; політичні; соціальні; моральні; ідеологічні.

2. Спеціально-юридичні [15, с. 148-150].

Підставою для поділу конституційних принципів права на групи автор пропонує обрати сферу дії принципів права в суспільному та державному житті. Крім того, автор вважає можливим поділ основних

принципів права на принципи правоутворення і принципи правореалізації.

Пропонуються й більш складні класифікації. Так, Г.А. Борисов обрав підставою класифікації принципів права сфери суспільних відносин, на які поширюються:

1. Загальнополітичні принципи.
2. Правові принципи.
3. Принципи побудови й функціонування державної організації.
4. Принципи окремих форм державної діяльності: правотворчість, правореалізація, правоохорона і т. д.
5. Принципи права.
6. Міжгалузеві й галузеві принципи.
7. Принципи окремих груп норм [1].

На нашу думку, головний недолік цієї класифікації — відсутність єдиного критерію для її проведення. Запропонована підстава для групування принципів права на види — сфера суспільних відносин, на які поширюються принципи, є не досить вдалою. По-перше, принципи права здійснюють свій вплив на всі суспільні відносини, що є предметом правового регулювання в житті суспільства і держави; по-друге, сфера суспільних відносин — доволі нечіткий критерій, він не має конкретних меж: наприклад, можна запропонувати виділити групу “принципи побудови й функціонування громадських організацій”, що також має право на існування відповідно до підстав розподілу принципів права на види. Дані недоліки не дають можливості створити класифікацію принципів права з чітко відокремленими групами.

Сучасні російські дослідники пропонують поділ принципів права на три групи. Кожна з них характеризує

відповідну сторону права, не його структуру, а зміст правової матерії. Перша група принципів характеризує загальне ставлення до права та закону. До неї належать:

- принцип рівності;
- принцип законності;
- принцип нерозривного зв'язку

прав та обов'язків та ін.

Друга група принципів права характеризує ставлення до людини як до найвищої цінності права. Сюди можна віднести наступні положення:

- людина має право на недоторканість;
- принцип відповідальності за вину;
- ніхто не може бути визнаний винним у вчиненні злочину інакше як за вироком суду та у відповідності до закону та ін.

Третя група принципів права пов'язана із встановленням істини при розв'язанні суперечок, із дослідженням доказів:

- ніхто не може бути суддею у своїй справі;
- презумпція невинуватості;
- незнання закону не звільняє від відповідальності та ін. [7, с. 88-91].

Автори визнають, що наведений перелік не носить вичерпного характеру, він може бути доповнений. Але він відображає підхід до проблеми, намір сконцентрувати в принципах права їх юридичний зміст і звільнити їх від ідеологічних конструкцій.

На нашу думку, запропонований критерій утворює неоднорідні за складом групи принципів, наприклад, друга група складається з елементів, що поєднуються одним загальним терміном — “принцип гуманізму”, а третя складається лише з презумпцій, що в тій чи іншій мірі є втіленням принципів справедливості та рівності,

їх конкретизацією в окремій галузі права.

Іншого плану класифікацію пропонує П.М. Рабінович. Він обрав підставою диференціювання принципів на групи сферу їх дії:

1. Загальнолюдські (цивілізаційні) принципи.
2. Типологічні принципи об'єктивного юридичного права.
3. Конкретно-історичні принципи.
4. Міжгалузеві принципи.
5. Галузеві принципи [12].

На нашу думку, деякі принципи права в даній класифікації будуть дублювати один одного, оскільки перші три групи є взаємопроникаючими. Прикладом можуть бути принцип гуманізму та принцип рівності. Дані принципи можна віднести до першої (загальнолюдські (цивілізаційні) принципи) та третьої (конкретно-історичні принципи) груп. Саме з цієї причини класифікувати принципи права за цим критерієм не бажано.

Сучасні дослідники проблеми принципів права вказують на те, що принципи права можна розглядати відповідно до структури права. Тому можливий такий поділ принципів права:

1. Принципи публічного й приватного права;
2. Принципи регулятивного й принципи охоронного права;
3. Принципи матеріального й принципи процесуального права;
4. Принципи об'єктивного й принципи суб'єктивного права [9, с. 33].

Деякі дослідники лишають поза увагою необхідність наявності єдиного критерію класифікації — істотної ознаки об'єкта дослідження, що втілює у собі один з його важливих аспектів. Наприклад, А.М. Колодій

не вказує у своєму дослідженні істотну ознаку принципів права, на підставі якої він поділяє принципи на групи. Однак аналізуючи класифікацію, що пропонує автор, ми бачимо конгломерат із декількох різних класифікацій:

1. Принципи правосвідомості.
2. Принципи правоутворення.
3. Принципи правотворчості, а серед них — законотворчості і нормотворчості.
4. Принципи системи права:
 - a) загально-правові (основні);
 - b) міжгалузеві;
 - c) галузеві;
 - d) інститутів права.
5. Принципи структури права:
 - a) загально-соціального і юридичного;
 - b) публічного й приватного;
 - c) регулятивного й охоронного;
 - d) матеріального й процесуального;
 - e) об'єктивного й суб'єктивного.
6. Принципи правореалізації, а серед них — правозастосування;
7. Принципи правоохорони, а серед них — правосуддя і юридичної відповідальності [9, с. 39].

Якщо проаналізувати наведені класифікації, можна зробити такі висновки: автори пропонують класифікувати принципи права відповідно до системи права або ж відповідно до сфери дії (сфери суспільних відносин); різниця полягає лише у кількості груп чи видів принципів права, що виділяють дослідники. Доцільність розмежування принципів права відповідно до системи права практично не викликає сумнівів. Однак при цьому деякі дослідники заперечують самотійну регулятивну роль міжгалузевих, галузевих і т. д. принципів права [2; 8, с. 7-9]. Справа в тому, що міжгалузеві й галузеві принципи іноді повторю-

ють один одного, певні принципи в різних галузях права є тотожними і т. ін. Дійсно, галузеві принципи права конкретизують основні принципи стосовно відповідної галузі права. Вся система права, залежно від предмета і методу правового регулювання, поділяється на галузі. Таким чином, принципи окремої галузі мають специфіку стосовно інших галузей права та не завжди співпадають за об'ємом зі своїми витоками — основними принципами права, але в будь-якому випадку не можуть бути ширшими за останні. Галузеві принципи модифікують основні відповідно до потреб своєї галузі, інакше кажучи, основне положення, що міститься в основному принципі, конкретизується стосовно певного кола суспільних відносин. Таким чином, галузеві принципи права мають специфіку й певну самостійність у межах однієї галузі. Але й при застосуванні цих аргументів є крайність — деякі автори заперечують роль загальноправових принципів у правовому регулюванні [10, с. 22-24].

На нашу думку, більш доцільною є спроба провести послідовну класифікацію. Справа в тому, що будь-які класифікації пов'язані між собою. Наприклад: принципи публічного права можуть бути одночасно й конституційними принципами права; принципи приватного права — принципами інститутів права і т.д. Таким чином, принципи права також можна поділити на певні види. На нашу думку, це можна зробити так: конституційні принципи права й інші (до цієї групи належать міжгалузеві, галузеві принципи права). Це дасть нам можливість визначити так званий рівень принципу права, визначити основні з них. Таким чином, даний вид класифікації вказує на рівень принципів

права, а не на належність до тієї чи іншої галузі права. До усієї сукупності принципів права входять його так звані частини, наприклад принципи правотворчості, правосуддя і т.д.

На нашу думку, критерієм основної класифікації краще за все взяти рівень значимості принципів права для правового регулювання. Принципи права пропонуємо розділити на дві групи: основні(конституційні) та інші (міжгалузевий, галузевий рівні). Неможливо надати вичерпний перелік міжгалузевих і галузевих принципів права, оскільки їхню кількість важко підрахувати й, на нашу думку, це тема окремого дослідження. Треба зауважити, що загальна теорія права не в змозі самостійно дослідити галузеві принципи права, не спираючись на дослідження галузевих юридичних наук. Як ми бачимо, друга група принципів права є деталізацією й конкретизацією основних принципів права стосовно конкретних суспільних відносин — предмета правового регулювання певних галузей. Але це в будь-якому випадку не заперечує їхньої самостійності. Основні принципи права є доволі абстрактними, що дозволяє їм спрямовувати правове регулювання суспільних відносин в необхідних напрямках. Однак саме завдяки абстрактності вони пропонують простір управління власною поведінкою суб'єктам правовідносин. Саме галузеві принципи права дозволяють суб'єктам правової поведінки вірно оцінити свої можливості й ефективно керувати своїми діями. Внутрішня єдність і стабільність кожної галузі права, її особливі ознаки багато в чому залежать від галузевих принципів права.

Висновок. Вищевикладене дає нам підстави запропонувати наступну класифікацію принципів права:

1. **Конституційні принципи** (принципи права, що мають найвище значення для життєдіяльності суспільства і держави, й тому повинні бути закріплені в Основному Законі країни):

1) принцип справедливості (сутність даного принципу втілена в ст.ст. 55, 56, 61, 129 та ін. Конституції України). Взагалі, це категорія морально-правової та соціально-політичної свідомості. Вона являє собою вимогу відповідності між правами та обов'язками людей, працею та винагородою за працю, злочином та покаранням та ін.;

2) принцип рівності (ст.ст. 13, 21, 24, 26, ч. 2 ст. 38, ст.ст. 51-52, ч. 1 ст. 71, ст. 80, ст.ст. 105, 126, 129, 149 Конституції України). Є органічним продовженням принципу демократизму та принципу гуманізму. Під рівністю завжди розуміється суспільна рівність, рівність суспільного положення, та ніколи — рівність фізичних та духовних здібностей окремих осіб;

3) принцип законності (ст.ст. 68, 129 Конституції України). Поєднує в собі два основних елементи:

- умови суспільного та державного життя, за яких можлива належна реалізація правових приписів, що містяться в законодавстві;

- вимога суворого дотримання законів, що передбачає застосування державного примусу в разі їх порушення;

4) принцип гуманізму (ст.ст. 3, 23, 27-29, Конституції України). Є одним з основних принципів існування сучасного суспільства. Згідно принципу гуманізму людина сприймається як найвища цінність суспільства й завданням держави є забезпечення цього. Оскільки принцип гуманізму має багато аспектів, повний його зміст неможливо розкрити в одній нормі;

5) принцип верховенства права (ст. 8 Конституції України). Норми права мають пріоритетне положення стосовно інших соціальних норм при вирішенні справ, що врегульовані одночасно декількома видами соціальних норм. Всі закони та підзаконні акти приймаються на підставі Конституції України, де закріплені загальні положення життєдіяльності суспільства та держави;

6) принцип юридичної визначеності, який складається з трьох елементів:

а) принцип виключення зворотної сили закону (ст. 58 Конституції України). Забезпечує неможливість посилення відповідальності особи за скоєне або ж виключає її, якщо діяння на момент здійснення не вважалося за злочин;

б) принцип недопущення звуження змісту та обсягу існуючих прав і свобод (ст.ст. 22, 64, 157 Конституції України);

с) принцип відповідальності держави перед особою (ст. 56 Конституції України);

7) презумпція невинуватості (ст. 62 Конституції України). Забезпечує відносну безпеку людини, захищає її від свавілля або ж самоуправства державних органів і посадових осіб, оскільки особа вважається невинуватою у вчиненні злочину, доки не буде доведено протилежне. Обов'язок такого доведення покладений на державні органи;

8) принцип “дозволено лише те, що прямо передбачено законодавством”, — для державних органів (ч. 2 ст. 19 Конституції України), і принцип “дозволено все, що прямо не заборонено”, — для людини (ч. 1 ст. 19, ч. 1 ст. 60 Конституції України). Ці два принципи вказують на можливість для особи діяти на свій розсуд, не по-

рушуючи при цьому законодавство, а для державних органів діяти лише у спосіб, передбачений законодавством. Зазначені також виступають типами правового регулювання, але в умовах побудови демократичної, соціальної, правової держави вони набувають ознак принципів права;

9) принцип гласності (ст. 32, ч. 2 ст. 50, ст. 57, ч. 4-5 ст. 94, ст.ст. 97, 129 Конституції України). Забезпечує широку участь мас у юридичному процесі.

2. **Інші** (міжгалузеві й галузеві принципи). Принципи права, що за своєю сутністю є конкретизацією конституційних принципів права в окремих галузях права, та за своєю значимістю поступаються першим. Необхідно зазначити, що наданий перелік не є вичерпним, а лише демонструє приклади міжгалузевих і галузевих принципів:

- принцип публічності (ст. 4 КПК України);
- принцип індивідуального характеру відповідальності (ст. 61 Конституції України);

- принцип всебічного, повного і об'єктивного розгляду справи (ст. 22 КПК України);

- принцип "незнання закону не звільняє від відповідальності" (ст. 68 Конституції України);

- принцип забезпечення обвинуваченому права на захист (ст. 21 КПК України);

- принцип змагальності (ст. 16¹ КПК України; ст. 15 ЦПК України);

- принцип усності й безпосередності (ст. 10, 160 ЦПК України);

- принцип диспозитивності (ст. 16¹ КПК України; ст. 4, 15, 151 ЦПК України);

- принцип "ніхто не може бути суддею у власній справі";

- принцип неприпустимості повторного покарання за той же злочин;

- принцип відповідальності лише за вину;

- принцип незалежності суддів (ст. 18 КПК України; ст. 8 ЦПК України), тощо.

Література

1. *Борисов Г.А.* О системе принципов, действующих в правовой сфере // Проблемы правоведения. Межвед. научн. сб. – К.: Вища школа, 1976. – вып. 34.
2. *Дазель П.С.* Рецензия на монографию Фелелова П.Я. Понятие и система принципов советского уголовного права // Сов. государство и право. – 1972. – № 3. – С. 142-143.
3. *Денисов А.И.* XXIV съезд и вопросы государства и права. – М.: Юрид. лит., 1972. – С. 95.
4. *Kelsen H.* Reine Rechtslehre, Wien. – 1976. – Русский перевод. Чистое учение о праве Ганса Кельзена: сборник переводов. – М., 1987-1988. – вып. 1-2.
5. *Лившиц Р.З., Никитинский В.И.* Принципы советского трудового права // Сов. государство и право. – 1974. – № 8. – С. 32.
6. *Лукашева Е.А.* Принципы социалистического права // Сов. государство и право. – 1970. – № 6. – С. 21-29.
7. *Общая теория государства и права.* Академический курс в двух томах / Под ред. М.Н.Марченко. – М.: Зерцало, 1998. – Т. 2: Теория Права. – 656 с.
8. *Келина С.Г., Кудрявцев В.Н.* Принципы советского уголовного права. – М.: Наука, 1988. – 178 с.
9. *Колодій А.М.* Принципы права України. – К.: Юрінком Інтер, 1998. – 206 с.

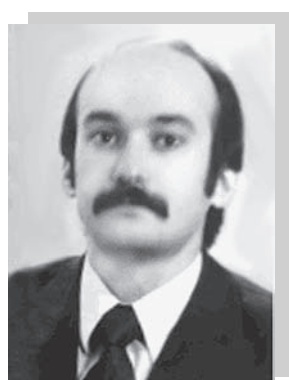
10. *Пеньков В.М.* Социальные нормы – регуляторы поведения личности: некоторые вопросы методологии и теории. – М.: Мысль, 1972. – 86 с.
11. *Рабінович П.М.* Основи загальної теорії права і держави: посібник для студентів спеціальності “Правознавство”. – Київ, 1994. – С. 82–84.
12. *Семенов В.М.* Конституционные принципы гражданского судопроизводства. – М.: Юрид. лит., 1982. – 150 с.
13. *Теорія держави і права: Навчальний посібник* / А.М. Колодій, В.В. Копейчиков, С.Л. Лисенков та ін.; за заг. ред. С.Л. Лисенкова, В.В. Копейчикова. – К.: Юрінком Інтер, 2002. – 268 с.
14. *Философский словарь* / Под ред. И.Т. Фролова. – М.: Политиздат, 1986. – С. 200.
15. *Явич Л.С.* Право развитого социалистического общества: сущность и принципы. – М.: Юрид. лит., 1978. – 223 с.

*Рекомендовано кафедрою
теорії та історії держави
та права ААУ*

Формування державницької свідомості української інтелігенції доби відродження



О.А. Матюхіна,
кандидат філософських наук,
доцент
(Академія адвокатури України)



Я.Я. Денісов,
кандидат історичних наук,
доцент
(Національний університет
"Львівська політехніка")

РЕЗЮМЕ

Стаття посвячена актуальній проблемі – процесу формування в середі української інтелігенції державного самосвідомості, створення її концепції української державності. Автори розглядають початковий період цього процесу – епоху Відродження, коли відбувалося і формування самої інтелігенції. Її громадянське самосвідомість і концепції державності формувалися на основі давньоруського культурного спадку, ідей «громадянського гуманізму» італійського Ренесансу, суспільно-політичних ідей античних філософів і християнської віровчення. Перспективи історичного розвитку українського народу осмислюються в контексті необхідності відновлення втраченої державності.

SUMMARY

The article deals with the essential problem of the process of building state self-consciousness in the midst of Ukrainian intellectuals and of creating the Ukrainian statehood concept by them. The authors investigate the early period of this process which is the Renaissance epoch when forming of intellectuals' environment itself took place. Their citizen self-consciousness and statehood concepts were formed on the basis of the ancient Russ cultural heritage, of the Italian Renaissance "citizen humanism", of antique philosophers' and Christian religion's social-political ideas. Perspectives of the Ukrainian nation's historical development are therefore considered in the context of the need of rebuilding the lost statehood.

Величезне значення для політичного, національного розвитку України, розгортання національно-визвольного руху мало формування в добу Ренесансу української інтелігенції, яка стала

Ключові слова: інтелігенція, Ренесанс, еліта, державницька свідомість, патріотизм.

духовним проводирем нації. Власне національне пробудження, формування державницької ідеології було характерною рисою українського Ренесансу (XVI – перша половина XVII ст.).

Стаття являє собою спробу реалізації такої цілі, як аналіз ролі, джерел, шляхів процесу формування державницької свідомості інтелігенції України “добі першого українського національно-культурного Відродження”, за висловом М. Грушевського.

В українській історіографії багато зроблено для висвітлення різних аспектів української історії цього періоду, особливо історії козацтва, його світогляду. Це, перш за все, фундаментальні дослідження М. Грушевського: “Історія України-Руси”, “История украинского козачества до его соединения с московским государством”; В. Голобуцького “Запорожское козачество”; праці Я. Дашкевича, М. Котляр, В. Смолія, В. Степанкова, В. Щербака та ін.

В останні роки опубліковано ряд праць, присвячених першому етапу виникнення і кристалізації державницької свідомості провідних верств нації, особливо української інтелігенції. Необхідно відмітити антологію у дев’яти томах “Тисяча років української суспільно-політичної думки”, в якій зібрано величезну кількість матеріалів. У вступних статтях до кожного тому цього видання, написаних провідними українськими вченими, аналізуються особливості суспільно-політичної думки окресленого періоду. Також значну увагу приділено цій проблемі у другому томі “Історії української культури” під редакцією Я. Ісаєвича. Список праць можна продовжувати і продовжувати, що свідчить про значну увагу до проблеми формування державницької свідомості. Її дослідження для новітньої української історіографії є актуальним і своєчасним, має велике наукове та практично-політичне значення. Ґрунтовний аналіз процесу формування державницької

самосвідомості провідних верств українського народу — козацтва та інтелігенції доби Відродження — є перспективним з позицій вироблення ідеології сучасної України початку ХХІ ст., кристалізації державницької самосвідомості її громадян, особливо духовної еліти.

У добу Відродження відбулося якісне зростання самосвідомості козацької старшини, всього українського народу, зросло почуття людської гідності, честі, лицарства. Не тільки у представників козацької старшини, а й у козаків рельєфно проявлялася горда самовивиченість до верхів лицарства. Це якісне зростання мало певне підґрунтя та свою передісторію.

Навчаючись в провідних університетах Європи — центрах ренесансної культури, філософії, — зокрема таких, як університети Болоньї, Падуї, Парижа, Гейдельберга, Кракова та ін., молодь сприймала передові гуманістичні ідеї. “Культура доби Відродження, — писав видатний історик Якоб Буркхардт, — веде за собою не тільки ряд зовнішніх відкриттів, її найголовніша заслуга в тому, що вона вперше розкриває весь внутрішній світ людини і закликає його до нового життя” [2, 25]. І найголовнішою умовою, цінністю нового життя, з точки зору гуманізму, є свобода. “Свобода серед вас – над неї немає нічого більш солодкого чи бажаного, і ніколи не пізнаєш її краще, ніж тоді, коли втратиш... Хто би став коливатись: чи вмерти вільним, чи жити в неволі? — писав Франческо Петрарка в листі до римського трибуна Кола ді Рієнцо [11, 101]. Свобода особи, свобода народу – ось одна з провідних ідей Ренесансу. Після довгих століть Середньовіччя знов відродилось сфор-

моване в античності переконання, що єдино гідною формою правління є демократія і що вищим сувереном є не володар, а народ. Недарма одним з провідних напрямів Ренесансу був “громадянський гуманізм”. “Весь комплекс філософії “морального гуманізму”, що включав і соціально-політичні ідеї, був чітко орієнтованим на виховання патріотизму і суспільної активності людей... Любов до Вітчизни піднімалась до рангу найвищої чесноти” [1, 22].

Опору своїм демократичним переконанням, аргументи на захист своєї позиції гуманісти знаходили перш за все в творах античних авторів, зокрема Аристотеля і Цицерона. І взагалі антична спадщина сприймалась і трактувалась гуманістами з позицій не тільки особистісного, але й громадянського гуманізму. Твори античних авторів в період Ренесансу, в ренесансній системі освіти, ставали могутнім засобом формування демократичної, патріотичної свідомості молоді.

Світогляд українських гуманістів, які навчались в європейських університетах, формувався під величезним впливом культури античної, яка сприймалась як недосяжний зразок. Латиномовні поети Іван Домбровський, Симон Пекалід, Себастьян Кльонович не тільки писали свої твори латиною, але й з античних позицій осмислювали світ, ставили на чільне місце людину як творчого індивіда, що самовиражається в активній діяльності на благо себе та суспільства, оспівували гармонію земного та небесного світів. Антична філософія, відроджена і переосмислена ренесансними гуманістами, найбільше впливала на формування світогляду елітарної течії українського Ренесансу. Вплив античної культури та філософії, який йшов через європейські універ-

ситети в XVI-XVII ст., охоплював представників як римо-католицької шляхти, міщан, так і православного шляхетства, заможного міщанства. Випускниками європейських університетів були: Станіслав Роксолан-Оріховський, Павло Русин, славетний Юрій Дрогобич, митрополит Петро Могила, Іов Борецький, Сільвестр Косів, Інокентій Газель, ряд сподвижників Богдана Хмельницького. Корсунський полковник Станіслав Морозенко, герой народної пісні “Ой Морозе, Морозенку”, навчався в Падуанському та Краківському університетах [8, 89].

Ряд представників православної шляхти, духовенства, міщанства завоювали античну спадщину через навчання в братських школах, яке відкривало їм скарби давньоруської та візантійської культур. Вся візантійська патристика розвивалась на основі неоплатонізму, який був узагальненням античної філософії. До того ж, в творах візантійських та болгарських мислителів, поширених в Україні ще з часів Київської Русі, наводились цитати з творів Платона, Аристотеля та інших античних мислителів, істориків, драматургів. У XVI-XVII ст. в монастирях звичайними письменними людьми читались, переписувались збірники “Шестоднев”, “Діоптра”, “Пчола”, “Аристотелеві врата” та ін. [див. 6, 597]. Так що без перебільшення можна сказати, що знайомство з античною філософією, історією міцно увійшло в українську культурну традицію. До того ж, частина молоді в пошуках знань йшла не в університети Західної Європи, а в монастирі Греції, зокрема Афон, як це зробив Іван Вишенський.

Фактично, світогляд української інтелігенції формувався під сильним

впливом античної культури. Саме в той час, коли закладались основи світогляду, молодь у навчальних закладах отримувала класичну освіту. Її духовною поживою були твори античних письменників та мислителів, які значно впливали на осмислення ними світу і суспільних проблем протягом усього життя.

Великого значення засвоєнню античної спадщини приділяли братські школи. Братства зосередили ідейну, освічену частину українського міщанства і стали вогнищами нового суспільного життя. Гетьман Конашевич-Сагайдачний разом з “усім військом Запорозьким” записався до Київського братства — майбутнього осередку Києво-Могилянської колегії, створеної 1672 р. В братських школах обов’язковим було вивчення латинської, грецької, церковнослов’янської мов. Мета — відкрити учням доступ до античної та візантійської мудрості. У бібліотеці Львівського Святоуспенського братства були в наявності твори Аристотеля, Платона, Гесіода, Демосфена, Плутарха, Еврипіда, Сенеки та інших античних письменників та філософів [9, 96]. Першим підручником, який видала друкарня Львівського Ставропігійського братства, був “Адельфотес”. “Грамматика доброгого еллинословенського языка” була призначена власне для збагачення учнів книжковою мудрістю, відкриття ними шляху до еллінської скарбниці. Засвоюючи символічний, тематичний та категоріальний апарат культури античності, яким досить часто й досі користується культура та наука Європи, молодь отримувала доступ до вершин культури європейської. І в той же час, сприйняття еллінської культури через культуру візантійську надавало неповторності

та свіжості відчуттям сутності, духу еллінської культури українськими митцями і мислителями, зумовило глибинний гуманізм культури, її зверненість до людини як частини світу і, разом з тим, його вінця, але за умови єдності з природою, а не підкорення їй. Технократизм не властивий українській культурі, українській ментальності. Саме своєрідний і неповторний синтез, сплав давньої язичеської культури з культурою античності став тим підґрунтям, на якому розвинулись українська культура, філософія з їх гуманістичністю, цілісністю, зверненістю перш за все до серця людини, її високого розуму, а не до буденної розсудливості, загощеною увагою до етичних питань, осмисленням світу через естетичне його сприйняття, демократичністю та волелюбністю.

Для українського Ренесансу є характерним опора не лише на античну, але й власну давньоруську культуру. Це було засобом національної самоідентифікації, зверненням, зокрема через давньослов’янські книги, до своїх коренів, засобом усвідомлення своїх національних інтересів та шляхів їх реалізації. Книги — повчання, літописи — говорили про славу і могутність Київської Русі, запалювали в серцях її нащадків любов до волі, прагнення до відновлення власної держави. Ці книги сприймалися як засіб формування патріота своєї землі. Недарма особлива увага звертається на відповідний вибір книг для навчання, які б виховували у молоді необхідні духовні цінності. Тут, в середовищі української інтелігенції, зустрічаємо продовження, оновлення традиції старослов’янської книжності, збагаченої ренесансними впливами. Традиції давньоруської книжності орієнтува-

лись на особу як члена громади, віддану інтересам держави. Як було вже вище сказано, в ренесансній культурі високо цінувались ідеали “громадянського гуманізму” — служіння суспільству, політичної свободи, патріотизму. Шлях до самореалізації особи вбачався в діяльності на благо громади. Така риса виразно простежується у львівських гуманістів: як правило, вони брали активну участь у житті братства, міста, обіймали визначні урядові посади.

У середовищі молоді української інтелігенції гармонійно поєднались давньоруські традиції патріотизму, демократизму, волелюбності з республіканськими ідеалами античності та ідеями ренесансного “громадянського гуманізму”. Власне ці джерела сформували державницьку свідомість української інтелігенції. В поемі “Роксоланія” Себастьян Кльонович згадує славу історію Русі, її звичаї, традиції, що є в його викладі способом підкреслення самодостатності краю, його значення. В творах Герасима Смотрицького, В.Тяпінського, Мелетія Смотрицького та інших згадки про часи Київської Русі, її могутності є основою національної самосвідомості. В славнозвісному творі Касіяна Саковича “Вірші на жалісний погреб шляхетного лицаря Петра Конашевича-Сагайдачного” козаки оспівуються як спадкоємці традицій Київської Русі:

Запорозьке військо ту вольність
здобуло,
Бо служило вітчизні старанно
і чуло.
І у хроніках давніх про це
написали,
Як вони противенців вітчизни
збивали

Морем, долом, і пішо, і кінно
бувало,

Хоча ворог при зброї находив
навалом.

Плем’я те із насіння іде Іафета,
Що батьківського з Симом ховає
секрета.

За Олега Роського монархи гуляли
І по морю човнами, Царград
штурмували,

Їхні предки із роським монархом
хрестились —

З Володимиром, — стійко у вірі
лишились

І ту віру несхитно тримають, ста-
течно,

Бо за неї вмирати готові, конечно
[14, 232].

Здобутки українського козацтва, українського народу нероздільно пов’язані з постаттю гетьмана Петра Конашевича-Сагайдачного. Йому належить заслуга об’єднання двох національних центрів — братств і Запорізького Війська. Як підкреслював М.Грушевський, високо цінувався політичний таланти Петра Сагайдачного, який разом з Іовом Борецьким стали речниками союзу духовенства і козацтва. Союз козацтва з інтелігенцією зміцнив ці дві найактивніші сили українського громадянства. До програми козацтва увійшли загальнонародні справи: оборона церкви й культура. Нововисвячені православні ієрархи України в маніфесті 1621р. зустріли Запорізьке Військо словами найвищого визнання, називаючи козаків наступниками давнього князівського лицарства. Це пов’язання Запорізького Війська з традиціями київської князівської доби надзвичайно піднесло значення Запоріжжя і дало йому вже за часів Са-

гайдачного (1614-1622) провідне місце в Українському національному житті. М.Грушевський писав: “В сучаснім громадянстві славили Сагайдачного як дуже розважного політика, що вмів поставити козащину на службу загальнонародним справам і зробив з козацького війська опору національного життя”. Славний образ великого сина України – гетьмана Конашевича-Сагайдачного, й на сьогодні є зразком для військовослужбовців Збройних Сил України.

Звертання до традицій Київської Русі сприяло самоусвідомленню українцями себе як окремого соціумного тіла, окремого народу, відтак змагання йшли, щоб вивищити Україну до політичного рівня чи Корони Польської, чи князівства Литовського [15, 16]. Усвідомлення себе як народу, який мав державність, але втратив її, закономірно схиляло до думки про необхідність її відновлення. Звертання до Київської Русі формувало не просто державницьку ідеологію, а й демократичну. Вона давала зразки не монархічного устрою, а великих прав городян (віче), бояр, дружинників за обмеженої князівської влади. В Київській Русі князі не були повновладними володарями, а скоріше гарантами дотримання законів, зафіксованих в “Руській правді”, виконання рішень віча і боярської ради. Найважливішою складовою спадщини Київської Русі, основою національної самототожності України була православна віра. В “Треносі” Мелетій Смотрицький взагалі ототожнює Східну Церкву і Русь: “... а колись була дивом дивним і людям, і ангелам. Оздобленою була перед усіма, принадною і милою, гарною, як вранішня зоря удосвіта, красною, як місяць...” [14, 295]. Василь Загоровський у “Духовному заповіті” 1577 р.

дбає про те, щоб його діти “письма свого руського і мовлення руськими словами та звичаїв цнотливих і покірних руських не забували, а найбільше — віри своєї”. Визначення надзвичайно промовисте, бо українця автор бачить у тій людині, що освічується і розмовляє українською мовою, живе в системі національних звичаїв і дотримується східної, тобто православної, конфесії [15, 10]. Звертання до спадщини Київської Русі сприяло не тільки формуванню державницької свідомості, а й параметрів етнічного самоусвідомлення.

Звертання до античної спадщини збагачувало українство етико-політичними ідеями мислителів Стародавньої Греції та Риму. Власне в античності відшукували ідеал людини-громадянина, героя, відданого своїй Вітчизні, розроблену систему взаємовідносин людини і суспільства, сам принцип загального блага. В своєму “Вірші” Касіян Сакович порівнює Петра Конашевича-Сагайдачного зі славетним спартанцем Леонідом, героєм Фермопіл, або з афінським царем Кодром, який врятував рідне місто від ворогів. Античні діячі, які прославились своєю жертвовною відданістю інтересам Вітчизни, висувались гуманістами як найвищі зразки для українців. Недарма козацька старшина виводила свою генеалогію від Ахілла, Гектора, Юлія Цезаря, інших античних героїв. Цим вона демонструвала духовний зв’язок з античними ідеалами державності, патріотизму, мужності. Античність сприймалась не як віддалене минуле, а як надихаючий зв’язок для наслідування в державницьких прагненнях. Недарма в бібліотеках братств постійно зустрічаємо твори Цицерона, знайомство з ними простежується в

творах полемістів, зокрема “Апокрисіс” Христофора Філарета. “Основні положення цієї (Цицерона, — прим. авт.) доктрини — поєднання морально-прекрасного з корисним, зв’язок доброчесності і знання з соціальною практикою — були близькі представникам громадянського гуманізму. Особливо привабливим було вчення Цицерона про державу як вищу форму загальнолюдської справедливості, а також його моральний ідеал громадянина, який підкорює свої приватні інтереси турботам про загальне благо” [1, 25]. Великий вплив освіти, власне освіти гуманістичної, побудованої на вивченні античної спадщини, на вдосконалення державного правління, вказує Симон Пекалід у творі “Про Острозьку війну”:

Феб увінчає чоло молодих колись
лавром зеленим,
Він їм покаже зірки, що сяють у небі
просторім,
Дасть теж кіфару, навчить лікувати
і знати майбутнє,
Будуть тоді керувати злочинним
безглуздям чесноти,
І завдяки божеству процвітатимуть
влада і право,
Й слава воєнна князів аж до ясного
неба долине,
Збільшити прагнуть вони
батьківщини кордони і завжди,
Тільки покличе вона, подають
допомогу їй радо [14, 46].

Античний ідеал держави не як цінності сам по собі, а як умови розвитку і вдосконалення людини простежується в поглядах Івана Вишенського. Він був добре обізнаний з творами візантійських богословів, високо цінував твори Діонісія Ареопігита, послідовника неоплатонізму, раннь-

охристиянську філософію, що сформувалась у руслі філософії античної. У трактуванні матерії як похідної від Бога, що залежить від нього і керується ним, помітно вплив неоплатонівського трактування вчення Платона про “ідею”. Також з неоплатонівських позицій І. Вишенський розглядає сутність людини, яку вбачає в єдності духу і тіла. Співзвучність з античним евідемонізмом спостерігаємо в розумінні І.Вишенського щастя як внутрішньої свободи і душевної рівноваги. Концепція соборності державного правління має у І.Вишенського виразно демократичний характер. У концепції соборності зустрічаються гуманістично-демократичні ідеали християнства, демократичні ідеали античності, збережені в творах патристів, та демократична орієнтація української культури, української ментальності.

У формуванні державницької свідомості І. Вишенського й інших полемістів провідну роль відігравало християнство. Християнство, власне демократичні ідеали раннього християнства були досить важливим чинником формування державницької свідомості української інтелігенції доби Ренесансу. Визначальними, поруч з національними, в ній були християнські цінності. Дослідник творчості І.Вишенського А.Пашук відзначає: “Таким чином, у трактуванні Вишенського гуманістично-демократичні засади раннього християнства, основані на рівності людей від природи і перед Богом, набувають значення первинних, основоположних і визначальних принципів не лише для утвердження так званої правдивої церкви, а й для встановлення рівності, свободи і справедливості і на цій основі ліквідації гноблення, деспотії у

суспільному житті”[10, 140]. Православна церква була тією силою, яка консолідувала український народ, була опорою його національної самототожності. І тому природно, що державницька свідомість сформувалась як свідомість християнська на основі християнських ідеалів. У творі Хоми Євлевича “Лабіринт” освіта і віра постають тими силами, що здатні повернути стародавню свободу:

Щоб про мене, про мудрість красну,
завжди дбали
І зо мною побожність в згоді
пильнували.
Тоді буде надія, що вам
усміхнеться
Стародавня свобода, і слід
проореться
Вернути країну на ті дороги
[14, 265].

Провідною силою, яка може відродити народ, постає в Х. Євлевича Військо Запорізьке. Усвідомлення політичної ролі козацтва, його місця в реалізації державотворчих прагнень народу, усвідомлювалось діями українського Ренесансу власне в категоріях віри, давньоруської спадщини, античної громадянськості та героїзму. Козацтво сприймалось як продовжувач і спадкоємець військової могутності Київської Русі, її бойових традицій, а в сучасності — як опора України і віри православної, “... упередметнений у вітчизняній книжності початку 20-х рр. XVII ст. “епічний” підхід до “козацької” теми, елементи міфологізації при обґрунтуванні ролі козаків як воєнної сили і слави руського народу, непохитної опори православ’я, щита християнського світу проти “невірних”, захисників і відданих синів Речі Посполитої

мали неабияке політичне значення. По-перше, це урівнювало фактично бездержавний український народ з іншими народами світу, утверджувало в його політично активних репрезентантах почуття власної сили, гідності, унікальності та надійності свого історичного фундаменту. По-друге, Військо Запорізьке вводилося тим самим у контекст духовного, а також політичного життя руського народу” [6, 489].

Підсумовуючи проаналізований фактичний матеріал, можна зробити висновок, що в період Ренесансу відбувалось формування державницької свідомості української інтелігенції. Вона формувалась на основі давньоруської культурної спадщини, “громадянського гуманізму” італійського Ренесансу та християнства і суспільно-політичних ідей античних мислителів. Перспективи історичного розвитку українського народу стали осмислюватись в контексті необхідності відновлення втраченої державності. Власне на основі суспільно-політичних вчень італійських гуманістів, врахування історичного досвіду Київської Русі формувались концепції державного устрою України, необхідні для її політичного та суспільного розвитку, збереження національної самототожності. Християнські ідеали сприймалися як етична основа держави, яка мала служити не лише земному добробуту, але й духовному вдосконаленню громадян.

Політичною силою, здатною реалізувати державницькі прагнення, вважалось Військо Запорізьке. Власне в середовищі українських гуманістів сформувались державницькі ідеї, політичні позиції та орієнтації, які визначили політичну культуру, ідео-

логію козацтва, орієнтувавши його не на покращення свого становища в складі Речі Посполитої як окремого

стану, а на створення самостійної Української держави, держави демократичної, християнської.

Література

1. *Античное наследие в эпоху Возрождения*. – Москва: Наука, 1984. – 285 с.
2. *Буркхардт Я.* Культура Италии в эпоху Возрождения. Т. 1-2. – Санкт-Петербург: 1904. – 408 с.
3. *Голобуцький В.А.* Запорожское козачество. – Киев: Госполитиздат, 1957. – 463 с.
4. *Грушевський М.* История украинского козачества до его соединения с московским государством. Т. 1. – Санкт-Петербург-Москва-Киев: 1914. – 408 с.
5. *Дашкевич Я.* Козацтво на великому кордоні // Український історичний журнал. – 1990. – № 12. – С. 20–22.
6. *Історія української культури*. Т. 2. – Київ: Наукова думка, 2001. – 848 с.
7. *Котляр М.* Українське козацтво: сучасний стан і перспективи дослідження проблеми // Український історичний журнал. – 1990. – № 12 – С. 15–18.
8. *Мазур П.* Отчі світильники. – Донецьк: Знання, 1998. – 262 с.
9. *Заславський І.В.* З історії розвитку філософських ідей на Україні в кінці XVI—XVII ст. – Київ: Наукова думка, 1984. – 125 с.
10. *Пашук А.І.* Іван Вишенський – мислитель і борець. – Львів: Світ, 1990. – 176 с.
11. *Парандовский Ян.* Петрарка // Иностранная литература. – 1974. – № 4. – С. 72–128.
12. *Смолій В.* Про нові підходи до вивчення історії українського козацтва // Український історичний журнал. – 1990. – № 12. – С. 12–15.
13. *Степанков В.* Українське козацтво і формування національної держави на Україні // Український історичний журнал. – 1990. – № 12 – С. 22–24.
14. *Українські гуманісти* епохи Відродження. Антологія. Ч. 2. – Київ: Наукова думка, 1995. – 429 с.
15. *Тисяча років української суспільно-політичної думки*. У 9-ти т. – Т.2. – Київ: 2001. – 560 с.

*Рекомендовано кафедрою
теорії та історії держави
та права ААУ*

Статус державної мови та перспективи її викладання у світлі результатів Болонського процесу



*К.О. Ганюкова,
кандидат філологічних наук,
доцент
(Академія адвокатури України)*



*Н.В. Ботвина,
кандидат філологічних наук,
доцент
(Академія адвокатури України)*

РЕЗЮМЕ

Стаття посвячена рассмотрению проблемы статуса государственного языка и перспектив его преподавания в свете результатов Болонского процесса. Ключевыми моментами в возвращении конкретным языкам роли функциональных названы: ориентация на изменяемость трудовой деятельности, преодоление коммуникативного разрыва, усиление престижа языка, трактовка государственной языковой политики как системного взаимодействия факторов открытого обмена информацией и структурированного преподавания государственного языка на основе мобильной взаимосвязи уровней и целей личностно-ориентированного обучения.

SUMMARY

The article is devoted to the state language status and perspectives of its teaching problem's consideration in the context of the Bologna process results. Several key moments have been pointed out in solving problem of returning the role of functional languages to concrete ones which are: being oriented to the changeability of job activities, removing the communicative gap, strengthening prestige of a language, considering state language policy as the systematic interaction of factors of both the open information change and structured teaching state language on the basis of mobile connection of personally oriented teaching's levels and aims.

Входження до єдиної сім'ї європейських народів, звернення до європейських політичних і культур-

Ключові слова: *змінність виробничої діяльності; глобалізація міжкультурного спілкування; комунікативний розрив; престиж мови; офіційна мова; функціональність мови; зняття методико-психологічного бар'єру; мотивація; відкритий обмін інформацією; активація словникового фонду*

них традицій вважається в наші дні ключовою ланкою відкриття України світу, переходу від закритого тоталі-

тарного до відкритого демократичного суспільства. Для освіти України, у культурно-цивілізаційному аспекті, європейська інтеграція – це систематизація державної системи освіти за базовими принципами зазначеної співдружності на основі вітчизняних традицій.

“Болонським процесом” прийнято іменувати діяльність європейських країн, спрямовану на узгодження їх систем вищої освіти. Основний зміст Болонської декларації, прийнятої 19 червня 1999 року, полягає в зобов’язанні країн-учасниць до 2010 року привести свої освітні системи у відповідність певному єдиному стандарту. “Європа знань” є на сьогодні широко визнаним незамінним фактором соціального і людського розвитку” [1, 6] – так формулюються вихідні позиції учасників процесу в тексті декларації.

Однією з найпоширеніших ідей, що їх пов’язують зі здійсненням завдань перетворення змісту й форми освіти, є ідея необхідності її гуманізації. Вона полягає в спрямуванні її компонентів на становлення і вдосконалення особистості суб’єктів навчання, стимулювання й гармонізацію їхнього розвитку. Відтак гуманізація має бути “не просто збільшенням кількості дисциплін соціально-гуманітарного профілю, а зміною внутрішніх орієнтирів освіти” [2, 311]. Передовсім гуманізація освіти має на увазі переосмислення двох основних її функцій. Одна, звернена до суспільства й міцно асоційована з традицією, полягає в забезпеченні неперервності його функціонування через передачу новому поколінню певної сукупності “норм діяльності” – цінностей, установок, знань, умінь, навичок, правил поведінки. Друга функція, звернена

на індивіда, полягає в підготуванні його до життя у суспільстві, в тому, щоб допомогти знайти в ньому гідне місце, належним чином адаптуватися до його вимог.

Інтернаціоналізація світового соціального та економічного простору, його глобалізація є прикметною ознакою кінця XX – початку XXI століття. У ділову взаємодію вступають носії різних культур, ущільнюються мовні зв’язки, прискорюються темпи спілкування і передачі інформації, звідси впливає багато проблем комунікативного характеру – подібність або різниця моральних, етичних вимірів, звичаїв та ритуалів, наявність мовних стандартів [3, 5]. Стає важливим не лише оволодіння державною або іноземною мовою, а й опанування навичок ділового спілкування з представниками різних культур.

Пріоритетними напрямками державної політики щодо розвитку вищої освіти, в тому числі в галузі лінгвістичної підготовки, є зокрема:

- її особистісна орієнтація;
- її розвиток як відкритої державно-суспільної системи, з’ясування параметрів якого є головною метою нашої розвідки.

Сучасна вища освіта є інструментом виховання громадянина держави Україна, гармонійно розвиненої особистості, для якої підвищення свого загальноосвітнього і професійного рівня означає зміцнення своєї держави. Тому розвиток вищої освіти неминуче підпорядковується закону змінності праці, що викликає потребу розрізнення двох процесів і їх реальних результатів – освіти і професійної підготовки. Відповідно до ступеневої освіти підготовка фахівців (4 ступені) орієнтована на мобільність і мінливість соціальної і виробничої

діяльності, адаптація ж до них в останні два десятиліття виступає як одна з ознак рівня освіти.

В Україні у межах діяльнісного підходу означення терміну “кваліфікація” змістово більш наповнене та диференційоване, і для національного розвитку вищої освіти у контексті Болонського процесу цей факт має велику вагу. Вітчизняна програма вищої освіти певного напрямку підготовки є вимогливішою від загального рівня, але менш гнучкою через традиційну спрямованість вищої професійної освіти на певну первинну посаду. В ідеалі ж вища школа повинна готувати випускника не до конкретного робочого місця, а до вільного пошуку роботи на ринку праці.

Засвоївши навички володіння державною (так само, як і іноземною) діловою мовою, в контексті глобалізації міжкультурного спілкування громадяни України повинні, на нашу думку, знати і вміти розглядати:

- основні етапи становлення української мови як державної;
- параметри зв'язку мови й національної картини світу;
- основні положення міжнародного мовно-етичного кодексу ділової людини;
- основні правила сучасного ділового, службового та телефонного етикету;
- загальні (і порівняльні) правила оформлення різних видів письмових документів, ведення ділового листування;
- стратегію і тактику переговорного процесу;
- найважливіші ознаки високої культури мовлення;
- етичні аспекти культури дискусії та шляхи і засоби врегулювання конфліктів;

- техніку самопрезентації (в тому числі вербальної) в колі ділових людей.

Жодне суспільство, на якому б рівні воно не знаходилося, не може існувати без мови. Обслуговуючи потреби суспільства, мова виконує низку функцій, життєво важливих як для самої мови, так і для цього суспільства. Мова, якою не спілкуються, стає мертвою; народ, який втрачає свою мову, зникає. Але додамо: вона є засобом спілкування тільки для тих, хто її знає. Для тих, хто її не знає, вона є засобом роз'єднання, сепарації, відокремлення своїх від чужих. Спілкуватися за допомогою якоїсь мови можуть лише носії цієї мови. Тільки для них вона є засобом ідентифікації, ототожнення в межах певної спільноти.

Проблеми “мова і народ”, “мова і особистість” є актуальними і неперехідними впродовж уже досить довгого часу – від епохи еллінізму до наших днів, — оскільки мова, за визначенням багатьох європейських вчених (В. Гумбольдта, О. Потебні, Л. Вайсгерберга, М. Хайдеггера, К. Леві-Стросса та ін.), — це духовна субстанція, культурний код, вербалізований інтелект як народу, нації в цілому, так і окремої особистості. Тому цілком закономірною є незмінна увага до цих проблем філософів і мовознавців, культурологів і політиків, соціологів і психологів. З огляду на це принципове значення для сучасного мовознавства і, зрештою, етно- та соціолінгвістики мають дослідження особливостей мовної картини світу як способу відбиття реалій у свідомості людини, що полягає у сприйнятті цих реалій крізь призму мовних та національно-культурних особливостей, властивих як певній мовній спільноті, так і окремій особистості.

У сучасному мовознавстві цей напрям досліджується через врахування різних елементів мовної компетенції, під якою розуміють “рівень знань своєї мови певним індивідом” [4, 130].

Те, що національні мови сприймаються оточуючими по-різному, відзначалося протягом століть. Іспанський король Карл V говорив, що, на його думку, німецькою доречно говорити з солдатами, англійською – з кінями, італійською – з жінками, а іспанською – з Господом Богом. Вінченцо Спінеллі помітив, що італійською мовою співають, іспанською декламують, французькою танцюють і лише португальською справді говорять. Отже, стикаючись з різноманіттям культур, ми простежуємо й причини комунікативного розриву, який виявляється у трьох формах: мовній, практичній та культурній.

Пізнання народу, його культури, його ментальності іншими народами може бути поверховим і глибинним, всебічним. Для глибинного пізнання народу необхідне знання його мови. У цьому випадку мова виконує функцію зв'язку між народами. Пропагуючи свою мову в світі, ми пропагуємо власну культуру, її надбання, збагачуючи світову культуру. Згадаймо, яке враження на Європу справили гастролі українського хору Кошиця перед Першою світовою війною, відкривши світові цілий материк оригінальної і багатющої культури, а з нею і наш народ. Так за допомогою мови відбувається “переливання” духовних цінностей, транспортування їх іншими мовами, завдяки чому наша духовність стає органічною частиною духовності інших народів, а існування нашого народу стає з маловідомого у світі факту невід'ємним чинником світової цивілізації. І дуже прикро,

коли з тих чи інших причин існують у мові прогалини, лакуни, незаповнені ділянки. Наявність таких прогалин у мові змушує народ дивитися на світ чужими очима, порушує національну цілісність духовної культури. Найчастіше це трапляється з “непрестижними” мовами, які не мали можливості лінгвалізувати певні сфери пізнання і діяльності людини, лінгвалізовані “престижними” мовами.

Конструктивна обробка важливого питання престижу української мови має відбуватись, на наш погляд, із точки зору таких його основних показників:

- інформативність мови, тобто застосування її як носія найважливішої і найновішої інформації;
- виокремлення тих специфічних рис національного іміджу, для яких вираження засобами української мови має принципове у світовому соціоментальному контексті значення;
- високий рівень окультурення тощо.

Зазначені кроки до утвердження певної мови як офіційної (в іншій ситуації – як державної, як це є з українською мовою, розширення соціальних функцій якої відбувається повільно й суперечливо) наведені з огляду на необхідність врахування двох взаємопов'язаних тенденцій глобалізації європейського культурного процесу: 1) узагальнення на конкретній національно-традиційній основі; 2) комплексність і до певної міри необхідна механістичність підходу до опрацювання фактичних національно-культурних здобутків.

При поліетнічності населення країни і, відповідно, наявності в ній дво- чи багатомовності завжди виникає проблема співіснування мов різних етносів не тільки і не стільки на

побутовому, а насамперед на офіційно-державному рівні. У мовному законодавстві держав світу відомі три основні підходи до розв'язання цієї проблеми.

У першому випадку як державний засіб спілкування виступає мова однієї, звичайно найчисленнішої національності, що відіграла провідну роль в історичному формуванні держави. Таку функцію виконує іспанська мова в Іспанії, англійська – у США і т.ін. Ця роль мови може бути закріплена Конституцією, як, наприклад, в Іспанії, або не закріплена, як у США. У законодавстві різних країн назва цієї мови може бути різною – офіційна, державна або національна, з чого можна зробити висновок, що поняття “державна мова” та “офіційна мова” в цих країнах схильні розглядати як тотожні.

Другий шлях вибору загальнодержавного засобу спілкування в умовах багатомовності – визначення як державних усіх основних мов країни. Це має місце переважно в тих країнах, де важко визначити якусь одну корінну національність (наприклад, у Люксембурзі, де дві офіційні мови – французька і німецька), або є території компактного проживання двох і більше різномовних етносів. Наприклад, у Швейцарії є три офіційні мови – німецька, французька та італійська, однак ця тримовність здійснюється тільки в центральних органах влади (у роботі Федеральних зборів тощо). Фактично ж у країні має місце постійна одномовність: вона розділена чітким кордоном на три частини, у кожній з яких використовується як офіційна тільки одна з трьох мов. Подібна мовна ситуація в Бельгії. Тут також на рівні центральних установ визнано французьку, нідерландську

та німецьку. Країна розділена чітким лінгвістичним кордоном на три частини: фламандську (з нідерландською мовою), валлонську (з французькою) та двомовний округ столиці Брюсселя. Дві офіційні мови існують у Фінляндії (фінська, шведська), у Канаді (англійська, французька). Така ситуація склалася в цих країнах внаслідок компактного територіального поділу різномовних етнічних груп. Проте нерідко респектабельність особи, яка претендує на визначну посаду в державі, визначається ступенем засвоєння усіх офіційно визнаних мов держави. Таку ситуацію бачимо в республіці Мальта з двома державними мовами – мальтійською та англійською: володіючи англійською, людина може отримати надзвичайно престижний у цій країні фах гіда, але якщо вона має на меті стати політиком хоча б найнижчого рангу, вона повинна бездоганно опанувати мальтійську.

Практикується також третій варіант – із співвідношенням у законодавстві країни понять національна або державна та офіційна мови. Така картина властива в основному постколоніальним країнам, у яких поряд з місцевими (“національними”) мовами функціонують як офіційні мови колишніх метрополій – англійська, французька, іспанська, португальська (наприклад, в Індії, Гані та ін.). Спроба запровадження понять “офіційна” і “державна” мови була розроблена в СРСР перед його розпадом. Після того, як мови корінних народів кожної із республік були проголошені державними, офіційною мовою, незважаючи на строкатість мовно-державної картини, в межах усього Радянського Союзу було запропоновано вважати російську. Співіснування понять про державну

та офіційну мови закріплене в законодавстві Республіки Крим: державними проголошено російську, українську і кримськотатарську мови, а офіційною – тільки першу з них.

Боротьба українців за відновлення власної державності, за національну консолідацію завжди була невіддільно пов'язана з боротьбою за права рідної мови (рідною мовою вважають мову своєї нації, мову предків, яка пов'язує людину з її народом, з попередніми поколіннями). Як переконує світовий досвід, в основі духовного єднання людей у певну спільноту лежала й тепер лежить насамперед мова. Вона виконує такі найважливіші функції: а) інтегруючу – мова об'єднує людей, створює в них відчуття групової єдності, групової ідентичності і, отже, сприяє перетворенню населення в суспільство; б) організуючу – мова виступає засобом планування, мобілізації зусиль, адекватної передачі волі від одних структур суспільства до інших; в) регулюючу – мова забезпечує здатність підтримувати й відтворювати високу інтенсивність внутрішніх зв'язків, якими поширюються інтелектуальні й моральні імпульси, що пронизують суспільство.

Ці функції мова найуспішніше виконує тільки тоді, коли вона витворена цим суспільством, пристосована саме до його менталітету, до його умов існування, і стає спільним надбанням для всіх його членів.

Історія державних інших мов дає багато таких прикладів.

Відродження втраченої майже дві тисячі років тому власної держави євреї тісно пов'язали з відродженням своєї давньої мови – івриту. Для вивчення івриту було створено мережу денних і вечірніх курсів, видавалася потрібна література, спеціальні газети.

В Індонезії, яка нараховує десь 200 млн. населення, є понад 300 мов і близько однієї тис. діалектів. Понад 300 років країна перебувала під владою Голландії. Метрополія доклала усіх зусиль, щоб накинати індонезійському суспільству голландську мову, яку було відкинуто разом із колоніальним ярмом.

Танзанія, де 12 млн. населення і понад 100 мов, єдиною національною мовою країни проголосила мову суахілі. Вона вживається в усіх державних установах. Цією мовою проводиться навчання в школах. Обов'язковою умовою для одержання диплома про закінчення середньої школи є досконале (!) володіння державною мовою. Зазначимо принагідно, що пріоритетними напрямками європейської інтеграції є саме розвиток галузей середньої освіти так само, як і вищої, перепідготовка кадрів тощо – тобто ті галузі, які мають безпосередній стосунок до працевлаштування, мобільності кадрового складу.

Коли Італія здобула незалежність, італійська мова ледве животіла: із понад 25 млн. населення Італії тільки 600 тисяч володіли італійською мовою – решта розмовляли німецькою, французькою, діалектами. І за дорученням італійського уряду відомий письменник Алессандро Мандзоні розробив програму утвердження італійської мови серед населення Італії.

У Франції наприкінці XVIII століття ще цілих шість мільйонів французів (із 25 мільйонів) не знали французької мови і приблизно така ж кількість не могли вести зв'язної розмови (до цього числа входили 4-5 мільйонів нефранцузів), тобто половина населення не володіла мовою своєї країни. У прикордонних департаментах населення розмовля-

ло німецькою мовою, італійською чи іспанською мовами, залежно від департаменту. Вирішальним стало XIX століття: військова повинність, розвинена освіта (обов'язкова з 1886 року), поширення французької книги і особливо газет, журналів, державні чиновники, які мусили вживати мову держави, — усе це сприяло утвердженню французької мови на всій території держави й у всіх сферах суспільного життя. Наслідки – консолідація суспільства й духовне та економічне зростання Франції.

Стартова ситуація в Україні незрівнянно сприятливіша, ніж вона була свого часу у Франції, Італії, Індонезії чи Ізраїлі під час їхнього становлення як держав. Українською мовою в Україні, за переписом 1979 року, вільно володіли близько 80% громадян, розуміють її практично всі. В Україні потрібна цілеспрямована й ефективна підтримка з боку державних чиновників, правильна мовна політика, як б повернула зденаціоналізовану частину українського народу до рідної мови, а національним меншинам дала б змогу зберегти свої мови й водночас оволодіти державною мовою в повному обсязі.

Виходячи з історичних та мовно-культурних особливостей формування етнічного складу населення України, де кількісну перевагу на всій території, крім Криму, мають українці, роль державної й офіційної мови в Україні має виконувати одна мова – українська. Крім того, це є виправданим, оскільки статус державної забезпечує українській мові можливість поступово розширити сфери функціонування. Адже мова, якою наразі спілкується більшість українського населення – це й мова функціональна, мова з тисячолітньою

літературною та культурною традицією, національний код українства, який, згідно з загальними підсумками Болонського процесу, має бути збережений, систематизований і виведений на актуальний рівень універсального засобу вираження соціоментального обличчя народу (як часткові варіанти в цій ситуації можуть виступати етичний кодекс українського бізнесмена відповідно до етики міжнародної ділової комунікації, систематизація мовного іміджу української науки та ін.). Аксіомою є те, що для повноцінності функціонування мова повинна обслуговувати всі сфери комунікації: науку, техніку, виробництво, ділове спілкування, навчання тощо. Вагому роль, гадається, може відіграти в цьому процесі систематична інтеграція мово- та культуротворчих зусиль континентальної України та української діаспори як органічної складової нашої нації.

У Законі про мови в Україні сказано, що в роботі державних та громадських органів, установ і організацій, розташованих у місцях проживання більшості громадян інших національностей, можуть використовуватися поряд з українською й інші національні мови. Цим положенням гарантуються мовні права всіх інших національностей України. В такому розумінні за мовами цих національностей можна закріпити статус офіційних на певних територіях – на відміну від загальнодержавної української. Проте, на наш погляд, за цієї перспективи перед суб'єктами утвердження статусу кожної конкретної офіційної мови постають певні концептуальні завдання, що мають ступеневий характер, а саме:

- з'ясування часового континууму вживання мови в регіоні як

загальноприйнятої при діловому та юридичному спілкуванні;

- систематизація джерел лексичного, фразеологічного й текстового фонду мови;

- впровадження різностильових джерел, інтерактивних навчальних програм у сферу викладання мови в середніх та вищих навчальних закладах, тобто закріплення (у деяких випадках – відновлення) “культурно-стильової пам’яті” – мовно-національного коду спілкування;

- зміцнення психолінгвістичної традиції вживання конкретної національної мови як функціональної – живої, тієї, що “працює”, — а отже, поступове подолання “комплексу меншовартості”;

- послідовний синхронічно-діахронічний моніторинг динаміки вживання мови у всіх сферах діяльності населення конкретної територіальної одиниці;

- чітке задокументоване визначення способів безперешкодного переходу з мови, визнаної офіційною в певному територіальному окрузі, на загальнодержавну і навпаки.

Євроінтеграційний процес на відповідних напрямках полягає у “впровадженні європейських норм і стандартів в освіті, науці і техніці, поширенні власних культурних і науково-технічних здобутків у ЄС” [1, 3]. Здійснення цього завдання передбачає взаємне зняття будь-яких принципів, на відміну від технічних, обмежень на контакти і обміни, на поширення інформації. Внутрішньо-державний аспект цього моменту означає, зокрема, зняття методикопсихологічного бар’єру при переході від стадії простого сприйняття інформації до системної взаємодії “збір інформації – переробка – кваліфікована

передача іншому члену соціуму”, яка є призабутою складовою національно-традиційного навчального менталітету. Необхідність такого реформування системи освіти України, в тому числі викладання державної мови, її удосконалення і підвищення рівня якості є найважливішою соціокультурною проблемою, яка значною мірою зумовлюється процесами глобалізації та потребами формування позитивних умов для індивідуального розвитку людини, її соціалізації та самореалізації. При цьому свідоме прагнення вдосконалення володіння державною мовою (як феноменом, об’єктом методичної уваги тощо) повинне бути як мінімум таким само високим, якою є зараз мотивація студентів різного мовного рівня при вивченні іноземних мов міжнародного спілкування.

Згадана вище настанова може бути розглянута на прикладі організації вивчення лінгвістичних дисциплін, зокрема італійської мови як державної (і як іноземної), в університеті міста Болонья в Італії, яке дало назву вищезгаданому знаковому процесу глобалізації системи вищої освіти. Робота студентів за програмою Socrates / Erasmus, у рамках якої в університеті було проведено навчально-наукові заходи з 16 лютого по 30 червня 2004 р., була побудована на таких засадах, як:

- поєднання особистісно орієнтованого аналізу й синтезу системи освіти й стилю життя (шляхом посилення відкритості обміну інформацією);

- систематизація спільних інформаційних здобутків ВНЗ Європи на базі врахування їх конкретного внеску;

- баланс між потребою в інформації і стилем роботи над нею, в тому числі застосування лінгвістичних навичок як робочого інструменту;

- розробка студентами і презентація засобами глобальної мережі Internet власних навчальних і дослідницьких програм;

- публікація результатів (їх унаочнення, концептуалізація, можна сказати, “оречевлення”) як необхідний елемент робочого процесу.

Міжфакультетський центр теоретичної та прикладної лінгвістики “L.Heilmann”, лінгвістичні центри ALTAIR та CLIRO постійно пропонують курси італійської мови для іноземців, на яких методика викладання передбачає активний міжвузівський обмін студентами, і як наслідок — постійну активацію набутого словникового фонду (тобто закріплення статусу італійської мови у свідомості таких студентів як функціональної), а також можливість перевірити свої знання й мовний прогрес шляхом доступного для всіх бажаючих (і для студентів-італійців) тестування, тренінг із підвищення рівня професійного мовлення, здійснюваний на основі групування за обраною в межах ВНЗ спеціалізації.

У наші дні в Європі постійно зростає кількість офіційно визнаних і державних мов, що є підтвердженням наведених домінант аналізу й синтезу головних концептів мовної політики в Україні. “Якщо в 1815 році (під час Віденського конгресу), — пише Орест Ткаченко, — їх було лише 13, то в 1919 р. (під час підписання Версальської мирної угоди) уже 27, а в 1945 р. (під час Потсдамської конференції) — 35. Отже, поява дедалі нових мов — закономірність загальносвітова. І на цьому тлі піднесення статусу української мови до рівня державної мови України виглядає не як виняток, а як цілком природне явище” [Цит. за: 3, 33]. Мова — живий організм, а отже, підлягає дії біогенетичного закону, що відображає єдність частини (індивідуум) і цілого (рід), окремого й загального. Таким чином, розгляд мовного питання в Україні в контексті процесу європейської інтеграції покликаний і здатний наблизити нашу державу до нового, цілком досяжного соціотворчого рівня.

Література

1. *Модернізація вищої освіти України і Болонський процес: Матеріали до першої лекції.* — К.: Науково-методичний центр вищої освіти Міністерства освіти і науки України, 2004. — 26 с.
2. *Александров В.М.* Інтенсивне навчання іноземній мові: аспект гуманізації // Збірник матеріалів регіональної науково-практичної конференції “Сучасне студентство України: досвід, проблеми, перспективи” (2004 р.). — Запоріжжя: ЗДУ, 2004. — С. 311-315.
3. *Ботвина Н.В.* Міжнародні культурні традиції: мова та етика ділової комунікації: Навчальний посібник. Вид. 2-ге, доп. та перероблене. — К.: АртЕк, 2002. — 208 с.
4. *Кочерган М.П.* Загальне мовознавство: Підручник. — К.: Академія, 2003. — 464 с.
5. Електронне джерело:
www.unibo.it/Portale/Didattica+e+studenti/Imparare+le+lingue.

*Рекомендовано кафедрою
української та іноземної філології ААУ*

Обмеження та обтяження права власності в законодавстві України



*Н.В. Безсмертна,
кандидат юридичних наук
(Академія адвокатури України)*

Ключові слова: *суб'єктивне право власності, здійснення права власності, обмеження права власності, обтяження права власності.*

РЕЗЮМЕ

Исследуется правовая природа субъективного права собственности. Анализируется его отдельный аспект – осуществление. Обращается внимание на ограничения права собственности, которые существуют в законодательстве Украины.

SUMMARY

The article is devoted to the juridical nature of the right of property. Some problem arising from the realization of this right in Ukraine are investigated due to its determinations existing in the Ukrainian legislation.

Як відомо, термін “право власності” вживається в декількох значеннях. По-перше, ним іменується суб'єктивне право, тобто міра можливої поведінки уповноваженої особи (власника), по-друге, правовий інститут як сукупність норм. Значення цього правового інституту визначається тим, що норми права власності закріплюють економічну основу суспільства, тому і не випадковим є те, що даному інституту відводиться значна увага в цивільно-правовій літературі. Але все ж таки ряд проблем, пов'язаних із правом власності, до цього часу не отримали свого оста-

точного вирішення. Не однозначно вирішується, наприклад, питання про обмеження та обтяження права власності, що є найменш вивченим юридичним феноменом, який представляє інтерес як з теоретичної, так і з практичної точок зору. Між тим, правильне вирішення цього питання має важливе значення для удосконалення правового регулювання відносин власності та практики застосування діючого законодавства.

Дана проблема набуває своєї актуальності ще й з огляду на те, що нині в Україні прийнято новий Цивільний кодекс, закони України

“Про забезпечення вимог кредиторів та реєстрацію обтяжень” та “Про державну реєстрацію речових прав на нерухоме майно та їх обмежень”.

Розв’язання проблем, пов’язаних зі здійсненням, меж та обтяжень здійснення права власності, започатковано у цивілістичній літературі кінця ХІХ – початку ХХ-го століть у роботах таких видатних учених, як Савін’ї, Пухти Зом, Шершеневича, Гартмана та ін.

Теоретичною основою дослідження стали висновки, викладені у працях відомих теоретиків права та фахівців-цивілістів із загальних проблем права, в тому числі цивільного. Це, переважно, роботи С. Алексєєва, В. Грибанова, О. Дзери, О. Пушкіна, О. Підопригори, С. Савицької та ін.

Загальноприйнятою точкою зору є та, що право власності має необмежену і виключну владу особи над річчю. Максимальна повнота влади особи розцінюється як найважливіша якість із числа речових прав, яка належить лише праву власності. Діючим цивільним законодавством встановлено, що власник володіє, користується, розпоряджається своїм майном на власний розсуд (ст. 319 ЦК). На думку Ю.К. Толстого, здійснення власником повноважень за своїм розсудом є суттєвою ознакою, яка відрізняє право власності від інших майнових прав [1]. Поряд із цим ст. 319 ЦК встановлює, що власник має право вчиняти щодо свого майна будь-які дії, які не суперечать закону, зобов’язаний додержуватися моральних засад суспільства, не може використовувати право власності на шкоду правам, свободам та гідності громадян, інтересам суспільства, погіршувати екологічну ситуацію та природні якості землі. Таким чином,

повнота права власності може розглядатися лише як відносна, найбільша у порівнянні з іншими речовими правами, і полягає вона в тому, що власник здійснює будь-які дії за своїм розсудом (в рамках закону). На необхідність встановлення обмежень речових прав вказувала більшість науковців. Так, В.М. Хвостов зазначає: “Право власності є найбільш повна влада над річчю, яка взагалі допускається об’єктивним правом. Але її не можна визначити в принципі безмежною, яка не допускає по природі своїй ніяких обмежень. Таке визначення було б неісторичним і суперечило б навіть загальному поняттю про право... Історія показує, що право власності ніколи не існувало у вигляді ніким не обмеженої влади суб’єкта над річчю. Обмеження у вигляді загальнодержавних, в інтересах сусідів і т.п. завжди існували” [2]. На думку В.П. Камишанського, встановлення меж здійснення права власності також є не менш важливим і для власника, оскільки нічим не обмежена свобода може зашкодити його власним інтересам. Наприклад, втручання власника в оперативно-господарську діяльність унітарного підприємства, вилучення основних засобів виробництва, нав’язування своєї номенклатури продукції, яка виробляється без урахування потреб ринку, може привести до банкрутства підприємства [3]. Проте необхідно зазначити, що ЦК надає всім суб’єктам цивільних прав можливість здійснювати належні їм права у певних межах, наданих договором або актами цивільного законодавства (п.1 ст. 13 ЦК).

Якщо питання про те, що право власності не є необмеженим правом і власник повинен терпіти різного роду обмеження в суспільних чи приватних

інтересах, є загальноновизнаними, то питання про те, яким є співвідношення понять “межі (обмеження) прав” і “обтяження прав”, залишається не вирішеним і дискусійним. Дана проблема давно є предметом наукових досліджень, але, як зазначається в літературі, “до цих пір не існує чіткого розмежування понять” [4].

У юридичній літературі висловлені різні погляди на цю проблему. Так, на думку одних авторів, “обмеження (обтяження) представляють собою наявність встановлених законом чи уповноваженим органом в передбаченому законом порядку умов, які ускладнюють право власника при здійсненні права власності чи інших речових прав на конкретний об’єкт нерухомого майна” [5]. Звертає на себе увагу той факт, що дані терміни — обмеження та обтяження — вживаються як синоніми. Подібна точка зору висловлена і в законодавстві України. Так, згідно зі ст. 3 Закону України “Про забезпечення вимог кредиторів та реєстрацію обтяжень” під обтяженням рухомого майна є право обтяжувача на майно боржника або *обмеження* (виділено мною — Н.Б.) права боржника чи обтяжувача на рухоме майно, що виникає на підставі закону, договору, рішення суду або з інших дій фізичних і юридичних осіб, з якими закон пов’язує виникнення прав і обов’язків щодо рухомого майна. У ст. 2 Закону України “Про державну реєстрацію речових прав на нерухоме майно та їх обмежень” подано наступне визначення обмеження речових прав: обмеження речових прав на нерухоме майно (обтяження нерухомого майна) – обмеження або заборона розпорядження нерухомим майном, установлена відповідно до правочину (договору), закону

або актів органів державної влади, місцевого самоврядування, їх посадових осіб, прийнятих у межах повноважень, визначених законом. Як бачимо, законодавець дані терміни ототожнює повністю. У Цивільному кодексі України вживається лише термін “обмеження” (ст. 182).

На думку інших авторів, дані поняття слід розмежовувати, оскільки кожне із них має різну правову природу [6]. Така думка є найбільш правильною. Адже неоднакові наслідки мають для власника такі випадки, як передання належного йому майна за договором застави, оренди, ренти іншій особі або встановлення на таке майно сервітуту та, наприклад, використання власником земельної ділянки, житлового приміщення відповідно до цільового призначення, встановленого законом.

В юридичній літературі до обтяжень права власності відносять сервітути, іпотеку, довірче управління, оренду, ренту, передбачені законом права третіх осіб, наприклад, ст. 405 ЦК встановлюється, що члени сім’ї власника житла, які проживають разом з ним, мають право на користування цим житлом відповідно до закону. Під обмеженнями науковці розуміють правовий механізм, який ускладнює здійснення власником окремих повноважень, що складають зміст суб’єктивного права, або спричиняє тимчасову неможливість їх реалізації [7].

Відмінність полягає також і в підставах виникнення обмежень та обтяжень права власності. За загальним правилом, обмеження встановлюються нормами права та правовими принципами, наприклад такими, як добросовісність, розумність, моральність (п. 5 ст. 12, п. 4 ст. 13 ЦК Украї-

ни). Обмеження зумовлюються також і соціальним призначенням власності в суспільстві. Така функція власності вперше в українському законодавстві знайшла своє закріплення в Конституції України. Так, поряд з конституційним проголошенням принципу непорушності приватної власності і її гарантованості, Конституція встановлює норму про соціальне призначення власності: “власність зобов’язує і не повинна використовуватися на шкоду людині і суспільству” (ст. 13). Теорія соціальної функції власності покладає на право приватної власності особливий відбиток, адже поведінка власника при реалізації ним повноважень, які утворюють зміст права приватної власності, несе конкретні обмеження в інтересах всього суспільства, окремих соціальних груп.

На відміну від обмежень, обтяження можуть встановлюватися законом, уповноваженими органами в порядку, передбаченому законом (наприклад, винесення судом рішення про встановлення сервітуту на відповідну земельну ділянку власника), а також самим власником в правочинах, які ним здійснюються, наприклад, передача власником належного йому майна за договором оренди породжує обтяження на таке майно, яке зумовлене правами орендатора.

Різниця між обмеженням права власності та обтяженням полягає також в цілях, заради яких вони встановлюються. Перші мають за мету зробити можливим здійснення права власності в інтересах самих же власників взагалі та в інтересах суспільства в цілому. Інші – надати третім особам права на чужу річ, розширити сферу їхнього панування над цією річчю. І нарешті, не можна ототожнювати поняття обмеження і

обтяження права власності навіть з тієї причини, що вони мають різне тлумачне значення. Так, обмеження – це встановлення меж чого-небудь, а обтяження – це тягар для кого-небудь, який завдає багато клопоту, незручностей і т. ін. [8].

За своєю правовою природою обтяження можна поділити як на такі, що є речово-правовими, наприклад сервітуту, так і на ті, що не належать до речово-правових (оренда, застава). Як відомо, більшість науковців заперечують речово-правовий характер застави, оренди [9]. Проте ця проблема потребує окремого дослідження.

На думку певних науковців, арешт майна власника також слід відносити до обтяжень [10]. На нашу думку, з даною точкою зору не можна погодитися, оскільки при накладенні арешту на майно ні у кредиторів, ні в органів, які його наклали, повноважень володіння, користування та розпорядження цим майном не виникає. Адже розпорядження річчю здійснюється уповноваженими органами при зверненні стягнення, а не в силу того, що на майно накладений арешт. З огляду на це, не можна погодитися із законодавцем, який до публічних обтяжень рухомого майна відносить накладення арешту на рухоме майно на підставі рішень уповноважених органів у випадках, встановлених законом (п. 2, п. 5 ст. 37 Закону України “Про забезпечення вимог кредиторів та реєстрацію обтяжень”).

Отже, з огляду на викладене, можна зробити висновок про те, що під обтяженням слід розуміти привнесене ззовні право третіх осіб, утруднення, яке перешкоджає власнику речі вільно, в повному обсязі реалізувати свої повноваження, а під обмеженням — рамки діяльності власників з

реалізації повноважень володіння, користування та розпорядження, які складають зміст суб'єктивного права. Обтяження зумовлюють обмеження права власності конкретного власника. Їх доцільно поділяти на ті, що

мають речово-правову природу, і ті, що не належать до речово-правових. Хотілося б, щоб законодавець при формулюванні певної норми дотримувася вищенаведених особливостей кожного із понять.

Література

1. Більш детально див. *Безсмертна Н.* Співвідношення понять “право власності” та “здійснення права власності” // *Право України*. – 2003. – № 11. – С. 134.
2. *Хвостов В.М.* Система римского права: Учеб. – М., 1996. – С. 223-224.
3. *Камышанский В.П.* Право собственности: пределы и ограничения. – М., 2000. – С. 123.
4. *Ильсова К.М.* Понятие и виды обременений прав на недвижимое имущество в Казахстане. Избранные труды по гражданскому праву. – 2000. – С. 235.
5. Постатейный комментарий к закону РФ “О государственной регистрации прав на недвижимое имущество и сделок с ним” / Под ред. П.В. Крашенинникова; *Аккуратов И.Ю., Кориунов Н.М., Хорев А.А.* К вопросу об ограничениях и обременениях права собственности // *Государство и право*. – 2000. – № 6. – С. 68-69; *Ильсова К.М.* Вказ. праця. – С. 242.
6. *Аккуратов И.Ю., Кориунов Н.М., Хорев А.А.* Вказана праця; *Камышанский В.П.* Вказ. праця. – С. 138.
7. *Михайленко О.О.* Речово-правові обмеження права приватної власності за стародавнім римським та сучасним цивільним правом України. Автореф. дис... канд. юрид. наук. – Харків, 2003. – С. 10.
8. *Яременко В.В., Слінушко О.М.* Новий тлумачний словник української мови у трьох томах. – Том 2. – К, 2001. – С. 406.
9. *Барінова Е.А.* Вещные права в системе субъективных гражданских прав // *Актуальные проблемы гражданского права*. – Вып. 6. – М., 2003. – С. 151 – 166; *Севрюкова И.Ф.* Деякі проблеми побудови системи обмежених речових прав у цивільному законодавстві України // *Вісник університету внутрішніх справ*. – Вип. 6. – Харків. – 1999. – С. 93-95.
10. *Ильсова К.М.* Вказана праця. – С. 244.

*Рекомендовано кафедрою
цивільного, господарського права
та процесу ААУ*

Правові проблеми отримання, використання та зберігання генетичних та протеомних даних людини



О. Ю. Кашинцева,
кандидат юридичних наук
(Академія адвокатури України)

Ключові слова: генетичні дані людини, протеомні дані людини, генетична консультація, генетичне тестування, генетичне обстеження.

РЕЗЮМЕ

Представленная статья касается проблем украинского законодательства в сфере генетических данных человека. Автор анализируется международное законодательство и вносятся предложения в национальное законодательство в данной сфере.

SUMMARY

This article is about the main problems in the Ukrainian legislation in the sphere of obtaining, using and saving the genetic information of individuals. The author analyses the international legislation in the genetic branch and submits the propositions to the national legislation in the mentioned sphere.

Кожна людина має притаманну лише їй генетичну конституцію [1, ст. 3]. Проте ідентичність людини не слід зводити лише до її генетичних характеристик, оскільки як особистість вона формується під впливом комплексу культурних, освітніх, екологічних, соціальних, духовних та емоційних факторів. При вивченні проблеми отримання та використання генетичних даних людини неможливо залишити осторонь морально-етичний аспект цього явища, проте у цій статті автор обмежується лише

зазначенням деяких правових питань щодо окресленої проблематики.

Генетичні дані людини – це інформація про спадкові характеристики окремої особи, які отримані шляхом аналізу нуклеїнових кислот; протеомні дані людини – це інформація, що міститься у білкових сполуках [1, ст. 2] (надалі – генетичні дані). У минулому столітті, відколи були отримані перші лабораторні результати щодо геному людини, це поняття мало значення здебільшого для медичної наукової спільноти.

Сьогодні ж генетичні дані людини є предметом жорсткого правового регулювання на міжнародному рівні, оскільки довільне їх отримання, використання і зберігання можуть призвести до неочікуваних людством результатів. Серед „традиційних” прав людини віднайшло своє місце право на отримання, використання та зберігання її генетичних даних.

Міжнародна декларація про генетичні дані людини була прийнята на 32-й сесії Генеральної конференції ЮНЕСКО в Парижі 17 жовтня 2003 року. В основу цього документа було покладено, зокрема, такі міжнародні акти: Загальна декларація прав людини 1948 року, Міжнародна конвенція про ліквідацію всіх форм расової дискримінації 1965 року, Конвенція ООН про ліквідацію всіх форм дискримінації жінок 1979 року, Конвенція ООН про права дитини 1989 року, Загальна декларація про геном людини та права людини 1997 року, Загальна декларація ЮНЕСКО про культурне різноманіття 2001 року, Угода TRIPS та суспільна охорона здоров'я (прийнята в Дохе) 2001 року та ін. Україні як країні-учасниці ООН, а також як країні, яка прагне найближчим часом стати країною-членом ЕС, слід заповнити прогалини національного законодавства, керуючись основними принципами міжнародної доктрини захисту біологічної недоторканності і цілісності людини.

Декларацією про генетичні дані людини закріплено особливий статус генетичних даних людини з таких основних причин:

по-перше, генетичні дані можуть містити інформацію про генетичні схильності людини;

по-друге, генетичні дані можуть мати значний вплив на визначення

соціальної долі нащадків;

по-третє, генетичні дані можуть містити інформацію, значення якої є невідомим науці на момент її отримання.

Особливість статусу зумовлює і особливий режим отримання такої інформації. Генетичні дані щодо кожної людини можуть бути отримані лише для діагностики та надання медичної допомоги, проведення обстежень та прогностичних тестувань, проведення медичних епідеміологічних та інших обстежень, які відповідно до документів Всесвітньої Організації Здоров'я мають статус „медичних та наукових досліджень”, а також такі дані можуть бути отримані для проведення судової медичної експертизи.

Міжнародним законодавством передбачається, що процедура отримання, використання та зберігання генетичних даних людини повинна бути врегульована на рівні національного законодавства відповідно до основних прав і свобод людини. Так, відповідно до ст. 16 Загальної декларації про геном людини та права людини [2] держави-учасниці повинні надати законодавче забезпечення для проведення будь-яких досліджень, пов'язаних із геномом людини. На національному рівні необхідно створити Комітети з етики, які повинні проводити міжвідомчі консультації, узагальнювати світовий досвід і подавати проекти законодавчих актів, які б регулювали відносини у суспільстві щодо генетичних даних людини з урахуванням культурологічних, релігійних, а також інших соціальних та економічних особливостей регіонального розвитку.

В Україні відповідно до Указу Президента створено Міжвідомчу комісію з питань біологічної та гене-

тичної безпеки при Раді національної безпеки і оборони України [3] (надалі — Комісія). Комісія є консультативно-дорадчим органом, завданнями якого є аналіз стану і можливих загроз національній безпеці України у галузі нових біотехнологій та генної інженерії, узагальнення міжнародного досвіду щодо формування та реалізації державної політики у галузі нових біотехнологій та генної інженерії, тощо. Постановою Кабінету Міністрів України від 13 грудня 2001 року створено також Комісію з питань біоетики [6].

Медичний аспект отримання та зберігання генетичних даних людини віднесено до компетенції Українського науково-дослідницького інституту медичної генетики, створеного відповідно до Постанови Кабінету міністрів від 2 липня 1999 року [4].

Діяльність Комісії при Раді Безпеки, Комісії з біоетики та Українського науково-дослідницького інституту медичної генетики деякою мірою охоплює ті завдання, які покладаються ООН на національні Комісії з етики. Проте особливості статусу генетичних даних (про який йшлося вище), комплексність правових, етичних, релігійних проблем, що виникають у цій галузі, вимагають надання цим органам реальних правових механізмів реалізації своїх завдань.

Відповідно до державної програми „Здоров’я нації 2002-2011” [5] і Заходів щодо подальшого поліпшення медико-генетичної допомоги населенню на 2004-2008 роки [6] в Україні передбачається створення та забезпечення медико-генетичних центрів, робота зі створення на основі результатів генетичного моніторингу реєстру вродженої та спадкової патології, репродуктивних втрат, утворення рефе-

ренс-лабораторій з цитогенетичних, молекулярно-генетичних, біохімічних досліджень, розроблення вимог щодо акредитації лікувально-профілактичних закладів з надання медико-генетичної допомоги та ін.

Проведення генетичних консультацій є одним із першочергових завдань для профілактики спадкових захворювань у суспільстві. Але з огляду на величезне суспільне значення таких консультацій та недоторканність інтересів людини, якій вона надається (її душевний спокій, самоусвідомлення, релігійні переконання тощо), поняття „генетична консультація”, процедуру отримання даних для надання певних висновків, процедуру отримання згоди на проведення таких заходів слід закріпити на рівні національного закону „Про отримання, використання і зберігання генетичних даних людини”.

У законі слід закріпити особливий правовий статус генетичних консультацій порівняно з іншою медичною консультативною допомогою відповідно до міжнародного законодавства. Під генетичною консультацією пропонується розуміти процедуру роз’яснення можливих наслідків, які зумовлюються результатами генетичного тестування чи генетичного обстеження, а також співвідношення переваг і ризиків за висновками такого тестування чи обстеження, і у разі необхідності надання медичної допомоги для подолання таких наслідків. Як зазначалося вище, такі консультації повинні проводитися лише з визначеною в Декларації про генетичні дані людини метою і їх висновки повинні мати суто рекомендаційний характер. Такі консультації не можуть надаватися за будь-яких інших підстав, що можуть призвести до дискримінації чи

мати інші негативні моральні наслідки для особи.

На рівні національного законодавства потрібно визначити процедуру отримання згоди на проведення генетичного тестування чи генетичного обстеження.

Так, відповідно до ст. 8 Декларації про генетичні дані людини для отримання генетичних даних людини чи біологічних зразків за допомогою інвазійних чи неінвазійних процедур, а також для їх подальшої обробки, використання та зберігання як державними, так і приватними установами від особи, стосовно якої будуть проводитись такі обстеження, слід отримати чітко виражену згоду, яка не може базуватись на перспективі отримання жодних матеріальних чи інших зисків. Дія цього принципу може бути обмежена лише істотними причинами, які визначаються на рівні національного законодавства, відповідно до вимог міжнародного законодавства у галузі охорони прав людини.

Неврегульованою в українському законодавстві залишається проблема генетичного тестування чи генетичного обстеження особи, яка не здатна сама дати згоду на такі обстеження. Доцільним буде передбачити це право за опікунами чи піклувальниками такої особи, які, безперечно, повинні діяти лише в її інтересах, і якщо це має суттєве значення для її здоров'я.

Щодо неповнолітніх осіб, то питання проведення генетичного тестування чи генетичного обстеження має переважно етичне забарвлення, а не правове. На шальках терезів з одного боку – медична значимість таких дослідів для фізичного здоров'я дитини і право батьків вирішувати за неї необхідність проведення таких досліджень, з іншого – права дитини,

як і будь-якої людини, бути чи не бути поінформованою щодо результатів таких досліджень і з якого віку.

Доцільним є закріплення в законі можливості відкликання згоди на проведення таких досліджень на будь-якій стадії, звичайно, якщо вони проводились з медичних підстав, а не в режимі судової медичної експертизи, а також відмова бути поінформованим про результати таких досліджень.

В законі також слід передбачити юридичну долю біологічних зразків. У разі відкликання особою згоди на проведення генетичного тестування чи генетичного обстеження юридична доля біологічних зразків повинна вирішуватись за бажанням особи, якій вони належать. У разі, якщо біологічні зразки були отримані від особи через згоду батьків, опікунів чи піклувальників, по закінченні проведення досліджень вони повинні бути, безумовно, знищені.

На думку автора, нагальність законодавчого врегулювання відносин щодо отримання, використання та зберігання генетичних даних людини є очевидною. Навряд чи інтересам суспільства відповідає пасивна позиція вітчизняного законодавця стосовно цієї проблеми. Відсутність національної законодавчої бази не дає можливості повноцінно розвиватися українській генетичній науці.

Отже, необхідним є прийняття пакета законів, серед яких, зокрема, закон „Про охорону генетичних і протеомних даних людини”, в якому б були закладені основні принципи отримання, використання і зберігання генетичних і протеомних даних людини, визначалися б такі поняття: “генетичні дані людини”, “протеомні дані людини”, “генетичне тестування”, “генетичне обстеження”, “ге-

нетична консультація”, “біологічні зразки”, “генетичні дослідження популяції” і “генетичні дослідження моделей поведінки” тощо. В законі

також слід чітко визначити мету і регламентувати процедури отримання генетичних даних, їх використання та зберігання.

Література

1. Міжнародна декларація про генетичні дані людини // www.rada.gov.ua
2. Загальна декларація про геном людини та права людини // www.rada.gov.ua
3. Указ Президента України № 672 „Про Міжвідомчу комісію з питань біологічної та генетичної безпеки при Раді національної безпеки і оборони України” від 23 червня 2004 року / 2004//<http://zakon.rada.gov.ua>
4. Постанова Кабінету Міністрів № 1176 „Про утворення Українського національного інституту медичної генетики” від 2 липня 1999 року <http://zakon.rada.gov.ua>
5. Постанова Кабінету Міністрів № 67 „Про затвердження міжгалузевої комплексної програми „Здоров’я нації” від 16 січня 2002 року <http://zakon.rada.gov.ua>
6. Постанова Кабінету Міністрів України № 1677 від 13 грудня 2001 року „Про утворення Комісії з питань біоетики” // <http://zakon.rada.gov.ua>
7. Розпорядження Кабінету Міністрів України від 25 серпня 2004 року № 602-р „Про затвердження заходів щодо медико-генетичної допомоги населенню на 2004-2008 роки” // <http://zakon.rada.gov.ua>

*Рекомендовано кафедрою
цивільного, господарського права
та процесу ААУ*

Публічний договір в системі цивільно-правових договорів



*В.Г. Олюха,
кандидат юридичних наук
(Криворізький економічний інститут КНЕУ)*

Ключові слова: *договір, правочин,
зобов'язання, публічна оферта, спо-
живач.*

РЕЗЮМЕ

В статье раскрыты признаки публичного договора, сфера его возможного применения. К числу его субъектов отнесены с одной стороны лица осуществляющие предпринимательскую деятельность, а с другой – потребители (физические и юридические лица). Анализируются особенности формирования предложения на заключение договора со стороны предпринимателя.

SUMMARY

The features of the public treaty and the sphere of its possible usage are described in this article. Its subjects are: on the one side – persons who deal with entrepreneurship activity, on the other side – consumers (physical and judicial persons). The peculiarities of forming the offer for making a treaty from the entrepreneur's side are also analyzed.

Одним з правових інструментів, який забезпечує захист справ споживачів у роздрібній торгівлі та у побутовому обслуговуванні тощо, є публічний договір. Держава для забезпечення сталості цивільного обігу створює додаткові гарантії споживачам, обмежуючи принцип свободи договору для більш сильної та організованої сторони. Ці обмеження полягають у тому, що суб'єкти підприємницької діяльності не можуть вільно обирати сторону, з якою укладають публічний договір,

бо вони повинні здійснювати продаж товарів, виконання робіт, надання послуг кожному, хто до них звернеться. При цьому встановлюються ціна та інші умови двосторонньої угоди однакові для всіх споживачів, без надання переваг одній особі перед іншою і можливостей відмовити комусь у його укладанні. Судові та державні виконавчі органи забезпечують функціонування цих положень застосуванням фінансових санкцій, інших негативних наслідків для порушників вказаних імперативних норм. Цим

питанням приділяли увагу у своїх працях, на які спирався автор при написанні цієї статті, М.І. Брагинський, В.В. Вітрянський, О.Н. Танага, Ю.В. Романець. Проте у вітчизняній науковій літературі належної уваги дослідженням цієї правової категорії не приділялось. Тому загальнотеоретичний аналіз положень щодо режиму публічності договору, особливостей його укладання є необхідним як для подальшого розвитку теорії цивільно-правового договору в цілому, так і правильного вирішення завдань правозастосування і пошуку шляхів удосконалення законодавства.

Метою цієї статті є визначення ознак публічного договору та особливостей пропозицій щодо його укладання.

Правове регулювання публічного договору з набуттям чинності новими Цивільним та Господарським кодексами України з січня 2004 року відбувається на кодифікаційній основі. Разом з тим окремі положення про нього можна знайти у нормативно-правових актах з питань захисту прав споживачів. Так, у Законі України від 15 грудня 1993 р. “Про внесення змін та доповнень до Закону УРСР “Про захист прав споживачів” використовуються певні положення про публічний договір: держава гарантує споживачеві можливість вільного вибору товару (робіт, послуг), а на продавця (виробника, виконавця) покладено обов’язок передати йому обране ним. Крім того, заборонено встановлювати переваги або, навпаки, обмежувати права, надані споживачам, примушувати їх до придбання товарів або послуг. Ряд ознак публічного договору міститься і в підзаконних нормативних актах. Наприклад, діє Порядок заняття

торговельною діяльністю і правила торговельного обслуговування населення, затверджений постановою Кабінету Міністрів України від 8 лютого 1998 р. № 108, яким заборонено обумовлювати продаж одних товарів обов’язковим придбанням інших чи їх безпідставне вилучення у разі виставлення для продажу та затримання реалізації. Згідно з Правилами побутового обслуговування населення, затвердженими постановою Кабінету Міністрів України від 16 травня 1994 р. № 313, виконавець має право відмовитися від прийняття замовлення тільки тоді, коли клієнт надає недоброякісний матеріал.

Але єдине поняття, визначення та загальні положення про публічний договір міститься у ст. 633 ЦК України. З аналізу цієї норми можна зробити висновок, що підставою для застосування режиму публічності договору до відносин сторін є підприємницька діяльність, яка відбувається у певній економічній сфері. Її визначення в науковій літературі залишається дискусійним. Так, Ю.В. Романець вважає, що такий режим поширюється лише на зобов’язання, які прямо визначені у нормах ЦК, що регулюють конкретні види договорів у зв’язку зі складністю визначення такого режиму [9, с. 154] О.Н. Танага, наголошуючи на певних труднощах у правозастосовчій практиці за відсутності прямої вказівки на режим публічності у нормах права з регулювання конкретних видів договорів, розглядає загальні ознаки публічного договору достатніми для визначення його режиму сторонами самостійно і без такого імперативного окреслення [10, с. 67-68].

На нашу думку, більш правильною є позиція О.Н. Танаги. Так, загальні положення про публічний договір,

встановлені у ст. 633 ЦК, визначають лише приблизний перелік таких видів діяльності: роздрібна торгівля, перевезення транспортом загального користування, послуги зв'язку, медичне, готельне, банківське обслуговування. Разом з тим ст. 633 ЦК встановлено ознаки, за умови відповідності яким договір визнається публічним. Це дає змогу захищати права споживачів і за договорами, не передбаченими в особливій частині ЦК (нетипові, змішані). Крім того, суб'єкти підприємницьких відносин публічною офертою фактично можуть встановлювати такий режим у будь-якому договорі, адже умови, запропоновані в такій оферті, є однаковими для всіх акцептантів без надання переваг при укладанні двостороннього правочину: оформлення договору відбувається з першим, хто відгукнеться. У разі безпідставної відмови від укладання договору для offerenta також настає цивільно-правова відповідальність. У сучасних умовах існують договори, які за своїм характером є публічними, але визначення їх як таких у чинних нормативно-правових актах не відбувається. Судова ж практика йде шляхом визнання їх такими.

Верховний Суд України скасував рішення Жовтневого районного суду м. Дніпропетровська про задоволення позову Г. до комунального підприємства “Дніпротепломережа” про звільнення від оплати за опалення і гаряче водопостачання, зокрема, з тих підстав, що суд першої інстанції не врахував порядок повного звільнення від плати за неналежне теплопостачання, передбачене п. 24 Типового договору про надання населенню послуг з водо-, теплопостачання та водовідведення, які є обов'язковими умовами для будь-яких споживачів [8, с. 30-31].

Цивільним кодексом України окремі види договорів віднесені до публічних за прямою вказівкою: договір роздрібної купівлі-продажу (ч. 2 ст. 698), договір прокату (ч. 3 ст. 787), побутового підряду (ч. 2 ст. 815), банківського вкладу (ч. 2 ст. 1958). Проте не всі види договорів з публічним характером визнані такими за прямою вказівкою у нормах з їх регулювання у ЦК, зокрема договір постачання енергетичних та інших ресурсів через приєднану мережу. Згідно з позицією Ю.В. Романця споживачі таких послуг не матимуть належного правового захисту. У зв'язку з цим, ми вважаємо, що у загальних нормах про режим публічності має бути пряма вказівка, що наведений у ст. 633 ЦК перелік видів діяльності не є вичерпним.

Наведена норма містить й істотні вимоги до публічних договорів: умови такого правочину встановлюються підприємцями однакові для всіх споживачів, єдиним винятком з цього правила є випадки, коли законом надаються певній категорії споживачів відповідні пільги; підприємець не повинен надавати переваги одній особі перед іншими в укладенні публічного договору (винятком є випадки, передбачені у законі), відмовляти в цьому за наявності у нього можливостей задовольняти споживацький попит; актами цивільного законодавства можуть бути встановлені правила, обов'язкові для сторін при укладанні й виконанні публічного договору. У зазначеній статті Цивільного кодексу міститься і відповідальність за недотримання названих вимог, а саме: умови публічного договору, що не відповідають встановленим вимогам та правилам, обов'язковим для сторін, при укладенні і виконанні такої угоди є нікчемними.

Однією з основних ознак публічного договору науковці обґрунтовано визнають обмежений склад його суб'єктів [1, с. 204; 7, с. 423]. Згідно зі ст. 633 ЦК України такими є споживач та підприємець. Перша категорія в цій правовій нормі не розкривається. Натомість Закон України від 15 грудня 1993 р. “Про внесення змін та доповнень до Закону УРСР “Про захист прав споживачів” у преамбулі визначає її, і можна дійти висновку, що тут категорія “споживач” дещо звужена, оскільки з цього кола виключені юридичні особи і віднесено до них тільки фізичні, які набувають товари, роботи, послуги для особистих потреб. Це, мабуть, зумовлено специфікою Закону, який приймався у перехідний період, коли старі механізми контролю у цій сфері були ліквідовані, а нові знаходились у стадії становлення і спрямовувались на захист прав саме громадян як слабкішої сторони у договорі.

Разом з тим ст. 633 ЦК України у частині першій використовує для позначення сторони, що протистоїть підприємцю, категорію “кожен, хто звертається до підприємця”, а у другій — “споживач”. Застосовуючи конструкцію “кожен, хто звертається”, законодавець фактично розширює категорію “споживач” і відносить до них, крім фізичних, і юридичних осіб. Підставою для такого твердження є встановлення режиму публічності новим ЦК за прямою вказівкою у відповідних статтях для договорів складського зберігання автотранспортних засобів, яке здійснюється суб'єктом підприємницької діяльності (ст. 977). Адже в такі договірні відносини доволі часто вступають і юридичні особи, а коло споживачів зазначеними нормами не обмежене. При цьому

споживачі можуть, на нашу думку, укладати публічні договори як для задоволення власних потреб, так і для здійснення господарської, підприємницької діяльності.

Зміст категорії, що позначає контрагента споживача, — “підприємець”, в ЦК України не розкривається, але використовуються такі категорії, як “підприємницькі товариства” (глава 8) та “фізична особа — підприємець” (глава 5). Ще до прийняття Господарського кодексу в літературі була висловлена думка, що запровадження зазначеного терміна звужує коло суб'єктів публічного зобов'язання і безпідставно виключає з них юридичних осіб [6, с. 96]. Дійсно, у такому разі, з одного боку, неналежним чином відбудеться захист прав споживачів, а з іншого — підприємці й юридичні особи будуть поставлені у нерівне становище. Останні матимуть змогу отримати безпідставні переваги у конкурентній боротьбі, оскільки на них не буде покладено додаткових обов'язків, зумовлених публічним характером їхньої діяльності.

Крім того, з наведеного у ст. 633 ЦК України переліку сфер застосування публічного договору випливає, що юридичні особи є суб'єктами такого договору, оскільки банківська діяльність та послуги зв'язку відповідно до чинного законодавства надаються тільки юридичними особами.

На сучасному етапі проблему тлумачення наведеного терміна певним чином вирішує Господарський кодекс України, згідно з ч. 2 ст. 3 якого підприємцями є суб'єкти підприємництва, коло яких можна визначити шляхом аналізу статей 42-55 ГК: юридичні та фізичні особи, зареєстровані у встановленому законодавством порядку, які здійснюють господарську

діяльність для досягнення економічних та соціальних результатів та з метою одержання прибутку.

Згідно з ЦК України підприємницька діяльність може проводитися також і не підприємницькими товариствами (споживчі кооперативи, об'єднання громадян тощо) та установами, якщо інше не встановлено законом і ця діяльність відповідає меті, для якої вони були створені, та сприяє її досягненню (ст. 86). Л. Медведєва та Н. Гончарова, аналізуючи норми ЦК України, дійшли справедливого висновку про можливість здійснення підприємницької діяльності як підприємницькими, так і не підприємницькими товариствами та установами [4, с. 127-128].

Статтею 178 ГК України стороною, яка є контрагентом споживача, визначено суб'єкт господарювання. Відповідно до ст. 55 ГК України ними є господарські організації, фізичні особи — підприємці, філії, представництва, відокремлені підрозділи (структурні одиниці) господарських організацій. На нашу думку, в ст. 178 ГК України застосовано невдалий термін, адже суб'єкти господарювання без статусу юридичної особи як такі, що не наділені цивільною правосдатністю і дієздатністю, не можуть укладати договори від власного імені, а також бути стороною двостороннього публічного правочину.

Таким чином, суб'єктом публічного договору, на якого покладені додаткові обов'язки у зв'язку зі здійсненням ним підприємницької діяльності у публічній сфері, можуть бути фізичні особи, які відповідно до чинного законодавства зареєстровані як підприємці, та юридичні особи, що створені для проведення підприємницької діяльності або створені без такої

мети, але її здійснюють. Тому першу сторону такого договору у ст. 633 ЦК та ст. 178 ГК доцільно позначати терміном “особи, які здійснюють підприємницьку діяльність”.

Укладання публічного договору має свої особливості. Серед вчених-цивілістів не існує єдиної думки щодо можливості оферти в тих договорах, в яких інша сторона заздалегідь не відома, бо адресність є однією з головних ознак оферти. Деякі вчені зазначають, що вона можлива тільки до конкретно визначеної особи і заперечують її існування в публічних договорах [11, с. 3]. Висловлювались думки, що оферта можлива і до невизначеного кола осіб, що треба розрізняти пропозиції до “невизначеного кола осіб” і до “всіх та кожного” [5, с. 50]. Так, Н. Єгоров зазначив, що пропозиція укладати договір звернена не до невизначеного кола осіб, а до будь-кого та кожного [2, с. 445-446]. Тому перший, хто відгукнеться на публічну оферту, акцептує її й тим самим знімає.

На нашу думку, принципової різниці між такими поняттями, як “невизначене коло осіб” і “всі та кожен”, немає. У першому випадку йдеться про певну кількість невизначених осіб, а в другому — про невизначену множинність адресатів оферти. І в першому, і в другому випадку оферент не має конкретно визначеного адресата оферти і не знає, хто її буде акцептувати. Тому можна говорити про конкретну, визначену адресність оферти або абстрактну (публічну), що має місце при укладанні публічних договорів.

Однією з вимог до набуття чинності договору є досягнення згоди за всіма його істотними умовами між належними суб'єктами. У протилежному разі може постати питання

про його недійсність. У договірні відносини згідно з положеннями розділу 2 Цивільного кодексу вступають підприємства, установи, організації, які набули статусу юридичної особи, а фізичні особи повинні бути право- і дієздатними. Тому не правильним є те, що оферта спрямовується до “будь-кого” або до “невизначеного кола осіб”, оскільки поняття особи ширше, ніж поняття дієздатної особи. І якщо зупинитися на точці зору, що “публічна” оферта звернена до будь-кого, всіх та кожного, то треба визнати, що воля оферента спрямована на укладання недійсного договору. А це неможливо. Тому більш слушно говорити, що воля оферента у публічних договорах звернена до невизначеного кола осіб — належних суб’єктів цивільних правовідносин.

У зв’язку з цим частину 2 ст. 641 ЦК України пропонуємо доповнити визначенням публічної оферти такого змісту: “Публічна оферта – пропозиція укласти договір, що містить істотні умови договору, виражає намір особи, яка зробила пропозицію, вважати себе зобов’язаною у разі її прийняття, адресована невизначеному колу осіб – належних суб’єктів цивільних відносин”.

Проведений аналіз свідчить про перспективність та плідність подальшого наукового дослідження даної теми і дозволяє сформулювати такі висновки:

1. Сторонами публічного договору є: споживач — будь-яка фізична чи

юридична особа, яка звертається за придбанням товарів, робіт, послуг із будь-якою метою і не є професіоналом у цій галузі діяльності; особи, які здійснюють підприємницьку діяльність, надають певні роботи, товари, послуги у публічній сфері діяльності з метою отримання прибутку та є професіоналами у цій галузі господарської діяльності.

2. Сфера застосування публічного договору визначається характером підприємницької діяльності і не обмежується їх переліком, встановленим частиною першою ст. 633 ЦК України.

3. Публічна оферта – пропозиція укласти договір, що містить істотні умови договору, виражає намір особи, яка зробила пропозицію, вважати себе зобов’язаною у разі її прийняття, адресована невизначеному колу осіб – належних суб’єктів цивільних відносин.

4. Публічний договір — цивільно-правовий договір, у якому особи, які здійснюють підприємницьку діяльність з метою отримання прибутку, взяли на себе обов’язок здійснювати продаж товарів, виконувати роботи, надавати послуги кожному, хто до неї звернеться, у будь-яких сферах господарювання, зокрема у роздрібній торгівлі, перевезенні транспортом загального користування, послугах зв’язку, медичному, готельному, банківському обслуговуванні.

Література:

1. Брагинский М. И., Витрянский В. В. Договорное право. — Кн. 1: Общие положения. — М., 1997. — 682 с.
2. Гражданское право. — Т.1 / Под ред. А.П. Сергеева, Ю.К. Толстого — М.: Проспект, 2000. — 630 с.

3. *Иоффе О.С.* Советское гражданское право. – Л.: ЛГУ, 1958. – С. 404.
4. *Медведєва Л. Гончарова Н.* Зміни в законодавстві щодо організаційно-правових форм юридичних осіб // Право України. – 2004. – № 4. – С. 127-128.
5. *Новицкий И. Б., Луц Л.А.* Советское гражданское право. Учебник, т. 1 – М.: Юрид. литература, 1965. – 504 с.
6. *Олюха В. Г.* Цивільно-правовий договір на сучасному етапі в Україні. – Кривий Ріг, 2002. – 135 с.
7. *Предпринимательское (хозяйственное) право* / Под ред. О. М. Олейника. – М., 1999. – 727 с.
8. *Рішення з цивільних справ* // Вісник Верховного Суду України. – 2002. – № 5. – С. 30-31.
9. *Романец Ю.В.* Система договоров в гражданском праве России. – М., 2001. – 496 с.
10. *Танага А.Н.* Принцип свободы договора в гражданском праве России. – СПб., 2003.
11. *Халфина Р.О.* Значение и сущность договора в советском социалистическом праве. – М., 1952. – 207 с.

*Рекомендовано кафедрою
цивільного, господарського права
та процесу ААУ*

P. 115 Q.

вання або суду. Слід підкреслити, що той із батьків, чиє прізвище визначено як прізвище дитини, не користується більшими правами стосовно дитини, а отже немає підстав говорити про те, що права іншого з батьків обмежуються і порушується принцип рівності прав та обов'язків батьків, закріплений у ст. 141 Сімейного кодексу України та у ст. 18 Конвенції ООН про права дитини 1989 р.

Важливим є те, що законодавець не обмежує можливість зміни прізвища дитини певними так званими “винятковими випадками” чи “винятковими обставинами”. Одним із найбільш поширених випадків, коли постає питання щодо зміни прізвища дитини, є розірвання шлюбу батьків дитини, хоча припинення шлюбу само по собі не тягне за собою автоматичної зміни прізвища дитини. У той же час, як показує практика, саме після розірвання шлюбу один з батьків дитини (як правило, той, з ким залишається проживати дитина) звертається до відділу РАЦСу з клопотанням щодо зміни прізвища дитини. Бажання матері чи батька, з якими проживає дитина, іменуватися одним з нею прізвищем, є зрозумілим і природним, адже спільне прізвище певною мірою зближує членів сім'ї.

Питання, яке потребує роз'яснення: чи потрібно повідомляти того з батьків, який проживає окремо, про подання іншим із батьків дитини клопотання про зміну прізвища дитини? У ч. 4 статті 62 Кодексу про шлюб та сім'ю України від 20 червня 1969 р. [4] було закріплено, що той із батьків, прізвище якого носить дитина, повідомляється про порушення клопотання про зміну прізвища. Стаття 148 Сімейного Кодексу України не містить прямих вказівок з цього приводу. Однак висновок про те, що в усіх випадках кожного із

батьків має бути поставлено до відома щодо вирішення питання про зміну прізвища, безпосередньо впливає з тлумачення даної статті. Саме думка обох батьків дитини, в тому числі і того, який проживає окремо від дитини, може сприяти встановленню доцільності зміни прізвища дитини та відповідності цієї зміни її інтересам.

З аналізу норм сімейного законодавства України випливає, що зміну прізвища дитини має бути дозволено в усіх випадках, коли це не суперечить її інтересам. Гарантією дотримання інтересів дитини при вирішенні питання щодо зміни її прізвища є положення вже згадуваної вище статті 148 Сімейного Кодексу України. Керуючись цією статтею, можна визначити такі основні вимоги, які повинні дотримуватись при вирішенні цього питання: зміна прізвища дитини є можливою за згодою обох батьків; якщо йдеться про зміну прізвища дитини, яка досягла семи років, то обов'язково має бути врахована її думка. Якщо один із батьків має заперечення щодо зміни прізвища дитини, то спір між батьками може вирішуватися двома юрисдикційними органами — органом опіки та піклування чи судом.

Присвоєння дитині того чи іншого прізвища, безперечно, зачіпає почуття обох батьків та дитини. Руйнування сім'ї та розлучення батьків є сильною душевною травмою для дитини. При вирішенні питання про те, з ким із батьків проживати і чиїм прізвищем іменуватися, дитина мусить вибирати між двома рідними і однаково потрібними їй людьми — мамою і татом. Тому при вирішенні такого простого, на перший погляд, питання про зміну прізвища дитини слід ретельно зважити всі обставини, виявити належні увагу і такт.

У будь-якому випадку при розгляді клопотання щодо зміни прізвища дитини необхідно враховувати стосунки, які існують між дитиною та її батьками, в тому числі й з тим батьком (матір'ю), які проживають окремо. Інтересам дитини відповідає збереження обох батьків, незважаючи на припинення їхнього шлюбу. Якщо той з батьків, хто має спільне із дитиною прізвище і проживає окремо від дитини, зберігає з нею близькі стосунки і продовжує брати участь у її вихованні, то навряд чи буде доцільним сприяти відчуженню між цим батьком і дитиною, зокрема, шляхом зміни її прізвища. Якщо ж батько (мати) не лише не спілкується з дитиною, хоча ніхто не перешкоджає йому (їй) в цьому, але й не виявляє щодо дитини батьківської турботи та уваги, то стає для дитини, по суті, чужою людиною. За цих обставин заперечення такого батька (матері) не може бути безумовною підставою для відмови у зміні прізвища дитини за наявності даних, які свідчать про обґрунтованість і доцільність такого рішення. Сьогодні нерідкими є випадки, коли батько чи мати дитини укладають новий шлюб, обирають прізвище свого нового подружжя і подають клопотання про зміну прізвища дитини від попереднього шлюбу на прізвище, набутого ним чи нею при реєстрації нового шлюбу. За таких умов бажано з'ясувати характер стосунків, які виникли між дитиною та її вітчимою чи мачухою. Безперечно, якщо між ними не сформувалися близькі стосунки, то зміна прізвища дитини не є доцільною як така, що не відповідає її інтересам. На нашу думку, є підстави для відмови у задоволенні клопотання про зміну прізвища дитини також у тому випадку, коли

той із батьків, хто звернувся з таким клопотанням, перешкоджає іншому з батьків спілкуватися з дитиною та брати участь у її вихованні. З іншого боку, немає причин для відмови у зміні прізвища дитини, якщо той із батьків, хто проживає окремо, не заперечує проти такої зміни або коли він без поважних причин ухиляється від участі у вихованні та утриманні дитини, невідоме його місце проживання, його позбавлено батьківських прав або визнано у судовому порядку недієздатним, і орган опіки та піклування чи суд дійде висновку про те, що зміна прізвища відповідає інтересам дитини.

Виходячи з того, що зміна прізвища допускається лише в інтересах дитини, необхідно враховувати бажання та згоду самої дитини. На жаль, Кодекс про шлюб та сім'ю України 1969 р. не містив правила, яке б зобов'язувало орган, який приймає рішення про зміну прізвища дитини, запитувати її згоди. Відсутність такої норми викликала здивування, адже відповідно до статті 116 цього Кодексу навіть при усиновленні присвоєння усиновлюваному, який досяг десяти років, прізвища усиновителя могло бути проведено тільки за згодою усиновлюваного, за винятком випадку, коли до подачі заяви про усиновлення дитина проживала в сім'ї усиновителя і вважала усиновителя своїм батьком (матір'ю). Новий Сімейний кодекс України 2002 р. надає згоди дитини на зміну її прізвища важливого значення: згідно зі статтею 148, прізвище дитини, яка досягла семи років, може бути змінено за її згодою. Положення цієї статті доповнюється правилами міжнародних актів. Так, ст. 12 Конвенції про права дитини 1989 р. зобов'язує держави-учасниці забезпечити дитині,

здатній сформулювати власні погляди, право вільно висловлювати ці погляди з усіх питань, що стосуються дитини, до того ж, поглядам дитини має бути приділено належну увагу з урахуванням її віку та зрілості. Європейська конвенція про здійснення прав дітей від 25 січня 1996 р. [5] серед основних процесуальних прав дитини визначає також право висловлювати свою думку і право бути поінформованою, в тому числі про можливі наслідки врахування цієї думки та про можливі наслідки будь-якого рішення. Таким чином, дані міжнародні акти, на відміну від внутрішнього сімейного законодавства України, не встановлюють мінімальний вік, з якого дитина має право вільно висловлювати свою думку. Доречно нагадати про те, що відповідно до ст. 9 Конституції України [6], ст. 13 Сімейного Кодексу України, ст. 10 Цивільного Кодексу України [7], ст. 19 Закону України від 29 червня 2004 р. “Про міжнародні договори України” [8], чинні міжнародні договори України, згода на обов’язковість яких надана Верховною Радою України, є частиною національного законодавства України; якщо міжнародним договором України, який набрав чинності в

установленому порядку, встановлено інші правила, ніж ті, що передбачені у відповідному акті законодавства України, то застосовуються правила міжнародного договору. Отже, на нашу думку, ставлення дитини до зміни її прізвища слід враховувати і в тих випадках, коли дитина молодша семи років, проте за ступенем свого розвитку вона в змозі свідомо поставитися до цього питання. Врахування думки дитини передбачає наступне: по-перше, дитина має бути заслухана тим органом, який приймає рішення про зміну її прізвища, і, по-друге, у тому разі, коли батьки дитини при вирішенні питання про зміну прізвища дитини не погоджуються із бажанням і думкою дитини, то вони мають обґрунтувати причини цього.

Насамкінець зазначимо, що батьки мають право змінити прізвище дитини лише до досягнення дитиною 16 років. По досягненні цього віку питання щодо зміни прізвища може бути ініційовано лише самою дитиною у порядку, встановленому Положенням про порядок розгляду клопотань про перемену громадянами України прізвища, імені та по батькові, затвердженим постановою Кабінету Міністрів України від 27 березня 1993 р.

Література

1. Законодавство України про сім’ю. – Київ:Юрінком Інтер, 2002. – С. 94–108.
2. Законодавство України про сім’ю. – Київ:Юрінком Інтер, 2002. – С. 8–78.
3. <http://www.rada.kiev.ua/>
4. Законодавство України про шлюб, сім’ю та молодь // Бюлетень законодавства і юридичної практики України. – 1997. – № 5. – С. 70–122.
5. Збірка договорів Ради Європи: Українська версія. – К.: Парламентське видавництво, 2000. – С. 455–466.
6. Відомості Верховної Ради України. – 1996. – № 30. – С. 141.
7. Офіційний вісник України від 28.03.2003. – № 11. – С. 461.
8. Урядовий кур’єр від 18.08.2004. – № 155.

*Рекомендовано кафедрою
цивільного, господарського права та процесу ААУ*

Правове супроводження адвокатом господарських справ при їх перегляді в касаційній інстанції



А.Й. Осетинський
(Вищий господарський суд України)

Ключові слова: адвокат, господарський процес, касація.

РЕЗЮМЕ

В статті досліджуються теоретичні та практичні аспекти процесуально-представительської діяльності адвоката при пересмотрі дел в кассационной инстанции системы хозяйственного судопроизводства – Высшем хозяйственном суде Украины. Проводиться детальний аналіз функціонально-правових основ здійснення адвокатом представництва прав і законних інтересів клієнта в касаційному господарському суді, особливостей, обумовлених правовою природою і роллю Вищого господарського суду України в системі спеціалізованих господарських судів, додаткових вимог, пред'являються к адвокату внаслідок специфіки категорій спорів, являються предметом розгляду в судах господарської юрисдикції. Згадуються актуальні проблеми, виникаючі в цій сфері, в частині необхідності удосконалення законодавчої бази, важливість неукосного дотримання адвокатом Правил адвокатської етики і підвищення рівня професійної підготовки і др.

SUMMARY

The article deals with the theoretical and practical aspects of the legal representation activity in the cassation instance of the commercial courts system – the Higher Commercial Court of Ukraine. The detailed analysis of the functional and legal basis of advocate's activity on representation of rights and interests of his client in commercial court of cassation is held highlighting the peculiarities invoked by the legal nature and the role of the Higher Commercial Court of Ukraine in the specialized commercial courts system, additional requirements caused by the specifics of cases being heard in the courts of commercial jurisdiction. Also the actual problems in this sphere are examined which are: the flaws of the legislative regulation field, the issue of advocate's commitment to follow the Code of Professional Ethics and to enhance his/her professional skills etc.

У сучасному світі однією з визначальних ознак, відповідно до яких прийнято оцінювати рівень демократичності держави, дотримання основних прав і свобод людини і громадянина в суспільстві, є стан адвокатури [1]. Саме від стану практичної реалізації конституційно визначених, закріплених на найвищому юридичному рівні прав і свобод кожного, індивідуалізації проголошених прав і обов'язків їй, водночас, забезпечення виваженого балансу потреб і можливостей держави та громадянського суспільства, безпосередньо залежить утвердження й розвиток загальновизнаних світовою співдружністю стандартів розбудови правової держави.

Ключова роль, яку відіграє адвокатура у правових системах сучасних цивілізованих країн, величезний вплив на формування правової свідомості в суспільстві, забезпечення реального, а не декларативного втілення принципів верховенства права та законності віднайшли широке міжнародне визнання та, як наслідок, дістали нормативного закріплення на високому світовому рівні — зокрема у таких міжнародно-правових актах, як “Основні положення про роль адвокатів”, прийняті VIII Конгресом ООН у серпні 1990 р., та Загальному кодексі правил для адвокатів країн Європейського співтовариства, прийнятому делегацією дванадцяти країн-учасниць на пленарному засіданні у Страсбурзі в жовтні 1988 р. Слід зазначити, що хоча дія останнього документа їй не поширюється на адвокатів України, у світлі стратегічної мети нашої держави – вступу до Європейського Союзу, Кодекс може слугувати певним орієнтиром, своєрідною сигнальною вежею для визначення пріоритетних напрямів, насамперед,

законодавчого регулювання й вдосконалення чинної нормативної бази, вимог та правил здійснення адвокатської діяльності [2].

У змісті цих документів наголошується на специфічному характері такої самобутньої незалежної громадської інституції, як адвокатура, особливій відповідальності, ролі та місці адвоката в суспільному житті. Як зазначається у вступній частині Загального кодексу правил для адвокатів Європейського Співтовариства, адвокат має діяти в інтересах права в цілому так само, як і в інтересах тих, чий права і свободи йому довірено захищати, на адвоката покладено цілий комплекс зобов'язань як юридичного, так і морального характеру, зокрема перед клієнтом, перед судом та іншими органами влади, перед іншими представниками своєї професії, а також перед суспільством, для членів якого існування вільної незалежної професії поряд з додержанням правових норм є найважливішою гарантією захисту прав людини перед державною владою та іншими інтересами суспільства.

В Україні фундаментальне призначення адвокатури – правозахисна діяльність на професійній основі — затверджено статтею 59 Конституції України, згідно положень якої адвокатській діяльності притаманні певні спеціальні функції: забезпечення права на захист від обвинувачення та надання правової допомоги при вирішенні справ у судах та інших державних органах України.

Віднесення до компетенції адвокатури функцій, пов'язаних із наданням правової допомоги при вирішенні справ у судах, обумовлюється необхідністю забезпечення високого професійного рівня такої допомоги. Зад-

ля реалізації цього завдання адвокати наділені спеціальними професійними правами, лише для них встановлені певні професійні обов'язки, правила адвокатської етики, передбачена адвокатська таємниця, а також відповідальність за неналежне виконання адвокатом своїх обов'язків [3].

Зокрема, правова допомога адвоката при вирішенні справи у судовому порядку може полягати у складанні заяв, скарг та інших документів правового характеру, збиранні відомостей про факти, які можуть бути використані як докази у судових справах, здійсненні представництва в суді, виконанні обов'язків відповідно до кримінально-процесуального, цивільно-процесуального, господарсько-процесуального законодавства тощо.

Законодавчу основу для надання правової допомоги на професійному рівні складає Закон України "Про адвокатуру" від 19 грудня 1992 р. Відповідно до Закону адвокатура є добровільним професійним громадським об'єднанням, покликаним сприяти захисту прав, свобод та представляти законні інтереси громадян України, іноземців, осіб без громадянства, юридичних осіб, надавати їм різноманітну юридичну допомогу.

Адвокатура України здійснює свою діяльність на принципах верховенства закону, незалежності, демократизму, гуманізму та конфіденційності. В Законі окремо закріплюються гарантії адвокатської діяльності – професійні права, честь і гідність адвоката охороняються законом, а будь-яке втручання в адвокатську діяльність, вимагання від адвоката відомостей, що становлять адвокатську таємницю, забороняється. Документи, пов'язані з виконанням адвокатом доручення, не підлягають

огляду, розголошенню чи вилученню без його згоди. Адвокату гарантується рівність прав з іншими учасниками процесу.

Розглядаючи питання правового супроводження адвокатом господарських справ в касаційній інстанції, слід, в першу чергу, зазначити, що діяльності адвокатів в галузі надання правової допомоги в суді, здійснення процесуального представництва клієнта притаманні певні особливі риси, обумовлені як специфікою конкретної сфери правовідносин, у якій виник спір, що є предметом судового розгляду, відмінностями процесуального порядку розгляду справ тієї чи іншої категорії, так і етапом інституційного проходження справи.

Отже, особливості виконання адвокатом доручень з процесуального представництва при розгляді справ у Вищому господарському суді, центральною "статутною" функцією якого є функція касаційного перегляду судових рішень у системі господарського судочинства, пов'язані, насамперед, із специфікою господарського процесу, характерними ознаками, що відрізняють цей тип процесуального провадження від цивільного та кримінального процесів.

В цьому контексті, серед найсуттєвіших відмінностей господарського провадження необхідно звернути увагу на спрощену процедуру розгляду справи, позбутість надмірної регламентованості та повільності, які притаманні цивільному процесу, а також відсутність показань свідків і "документованість" процесу [4].

Порядок та принципи здійснення правосуддя у спорах, що виникають при укладанні, зміні, розірванні і виконанні господарських договорів та з інших підстав, а також у спорах про

визнання недійсними актів з підстав, зазначених у законодавстві, справ про банкрутство та інших справ, віднесених до компетенції господарських судів, і в тому числі, загальні засади, відповідно до яких відбувається процесуальне представництво сторін і третіх осіб в господарському суді, врегульовано нормами Господарського процесуального кодексу України.

Зокрема, правосуддя у господарських судах здійснюється на засадах рівності всіх учасників судового процесу перед законом і судом (ст. 42 ГПК України), змагальності (ст. 43 ГПК України) (варто зазначити, що відповідно саме до цього принципу сторонам забезпечуються широкі можливості у відстоюванні зайнятих ними у спорі позицій [5]), гласності розгляду справ (ст. 44 ГПК України).

Зважаючи на особливості організації побудови юридичної особи (її відособленого підрозділу), справи таких осіб в господарському суді ведуть їхні органи, що діють у межах повноважень, наданих їм законодавством та установчими документами, через свого представника. Поряд з цим, законодавством (ст. 28 ГПК України) передбачено, що представляти права та законні інтереси юридичних осіб можуть також інші особи, повноваження яких підтверджуються довіреністю від імені підприємства або організації. Щодо громадян, які беруть участь у господарському процесі, то вони також можуть вести свої справи у господарському суді через представників, повноваження яких має бути підтверджене нотаріально посвідченою довіреністю.

Слід відзначити, що представниками адвокатури висловлюється думка стосовно недосконалості положень

Господарського процесуального кодексу України, якими регламентується питання участі адвоката у судовому розгляді господарських спорів, наявності суттєвих протиріч як між нормами самого Кодексу, так і нормами Кодексу та Закону України “Про адвокатуру”, Правилами адвокатської етики. Звертається увага на недостатню нормативну визначеність підстав участі адвоката у господарському процесі, обсягу прав, якими він володіє, відсутність приписів стосовно відповідальності представників за несумлінне ведення справи, як це передбачено у змісті Цивільного процесуального кодексу України [6].

Відносини щодо надання адвокатом правової допомоги клієнту-юридичній особі мають статус договірнього представництва та виникають на підставі укладеного між адвокатом з однієї сторони та особою, яку він представляє, з іншої сторони, договору доручення або іншого цивільно-правового договору [7]. У господарському процесі адвокат діє від імені особи, яку він представляє, а отже, його процесуальні повноваження визначають, виходячи з обсягу прав і обов’язків особи-доручителя, а коло його повноважень на вчинення певних процесуальних дій може бути обмежене в довіреності.

Здійснюючи процесуальне представництво інтересів юридичної особи, надаючи правову допомогу під час розгляду спору у господарському суді, адвокат, поряд із дотриманням інших стандартів професійної поведінки, які передбачені Правилами адвокатської етики (схвалені Вищою кваліфікаційною комісією адвокатури 1 жовтня 1999 року), зобов’язаний неухильно слідувати вимогам щодо

етичних аспектів відносин адвоката з клієнтом-юридичною особою та особливостей застосування правил щодо суперечності інтересів у відносинах з клієнтом-юридичною особою (ст.ст. 47, 48 Правил).

Аналізуючи практичні аспекти професійної діяльності адвокатів, яка пов'язана з правовим супроводженням господарських справ у Вищому господарському суді, необхідно окремо зупинитися на особливій правовій природі інституту касаційного оскарження судових рішень в господарському судочинстві, якою обумовлюються певні особливості процесуального представництва під час перегляду справ у касаційному суді.

Основним завданням Вищого господарського суду як касаційної інстанції є забезпечення правильного застосування закону у практиці господарських судів [8]. Вищий спеціалізований суд у системі господарського судочинства здійснює касаційні функції стосовно рішень, ухвал, постанов місцевих судів, перевіряє правильність застосування ними норм матеріального та процесуального права на підставі встановлених фактичних обставин справи. Таким чином, повноваження касаційної інстанції у господарських спорах не поширюються на перевірку фактичного боку справи, її обґрунтованість. Об'єкт касаційного перегляду, яким є судовий акт з матеріалами справи, сприймається судом не через виклад сторін, а незалежно від них, безпосередньо, тобто достовірно й об'єктивно [9].

Касаційне провадження у господарському процесі за своєю процесуальною сутністю відрізняється від інших форм касаційного перегляду справ. Порівняння функцій касацій-

ної інстанції в системі господарських судів з функціями аналогічних інстанцій в інших галузях свідчить, що обсяг повноважень, якими наділений касаційний господарський суд, є ширшим. Переглядаючи в касаційному порядку судові рішення, касаційна інстанція, згідно зі статтею 111⁹ Господарського процесуального кодексу України, за результатами розгляду касаційної скарги (подання) має право змінити рішення суду першої інстанції, постанову апеляційної інстанції, а також скасувати їх та прийняти нове рішення або направити справу на новий розгляд.

За таких умов, здійснення адвокатом своїх процесуальних повноважень набуває особливої ваги, адже, як зазначають М.Й. Штефан та О.Г. Дріжчана, формулюючи цілі процесуального представництва, до них належить також сприяння суду у прийнятті законного та обґрунтованого рішення по справі [10]. Касаційний суд в системі господарського судочинства перевіряє саме законність рішення нижчестоящих судів, забезпечує не тільки винесення справедливого рішення у конкретній справі, а й сприяє визначенню загальної практики правозастосування у судах відповідної юрисдикції.

Виступаючи у ролі процесуального представника особи у касаційній інстанції, адвокат реалізує її право касаційного оскарження шляхом подачі касаційної скарги на рішення місцевого господарського суду, що набрало законної сили, постанову апеляційного суду, ухвалу місцевого або апеляційного господарського суду, у письмовому вигляді з дотриманням вимог щодо форми і змісту, визначених процесуальним законом (ст. 111 ГПК України). Касаційна

скарга підписується особою, яка подала скаргу, або її представником, повноваження якого на підписання скарги повинні бути передбачені у довіреності. Подача скарги здійснюється через господарський суд першої інстанції або апеляційний господарський суд, рішення або постанову якого оскаржується (ст. 109 ГПК України).

Оскільки касаційний суд не наділений повноваженнями щодо вчинення процесуальних дій, пов'язаних із встановленням обставин справи та їх доказуванням, та використовує процесуальні права суду першої інстанції виключно для перевірки юридичної оцінки обставин справи та повноти їх встановлення у рішеннях нижчестоящих судів, у адвоката відсутня потреба здійснювати доказову діяльність, надавати правову оцінку дослідженим судом доказам.

Проте, аналізуючи процесуальні особливості участі адвоката у розгляді справи касаційним господарським судом, вкрай невірно було б применшувати роль такої неодмінної складової діяльності адвоката в рамках представництва прав та законних інтересів особи у суді, як визначення кола доказів у справі. Виконуючи свої процесуальні обов'язки у цій сфері, адвокат сприяє всебічному, повному і об'єктивному розгляду всіх обставин справи судами першої та другої інстанцій, від якісної реалізації ним відповідних повноважень залежить надання цими судовими установами об'єктивної оцінки доказам у справі. Відсутність у вищого суду господарської юрисдикції права вирішувати питання про достовірність доказів або перевагу одних доказів над іншими, збирати нові докази або додатково перевіряти докази зумовлює необ-

хідність постановлення рішення на підставі вже встановлених фактичних обставин справи. Таким чином, від ефективності доказової діяльності адвоката на попередніх етапах судового розгляду залежить й належне виконання судом касаційної інстанції одного з основних завдань цієї невід'ємної частини системи перегляду судових рішень – забезпечення узгодженості системи перегляду судових рішень з правилами доказування [11].

У касаційній інстанції не приймаються і не розглядаються вимоги, що не були предметом розгляду у суді першої інстанції, неприпустимим є посилення у касаційній скарзі на недоведеність обставин справи.

Складаючи касаційну скаргу, адвокат повинен чітко формулювати суть порушення або неправильного застосування норм матеріального чи процесуального права, уникаючи механічного перенесення позовних вимог до касаційної скарги, зведення змісту скарги тільки до перерахування норм права, намагання оцінити докази з власної точки зору, роз'яснити чи проаналізувати норми права, дати їм довільне тлумачення, не вказуючи при цьому суті порушень, допущених судом, адже недотримання цієї вимоги тягне за собою повернення поданої скарги судом.

Аргументовано вказуючи на те, в чому саме полягає невірне застосування або витлумачення норми права судом, рішення чи постанова якого оскаржується, залежно від характеру помилки, допущеної судом нижчого рівня, адвокат у касаційній скарзі може ставити питання про усунення її шляхом повного або часткового скасування, зміни, залишення в силі одного із раніше прийнятих рішень або постанов чи постановлення нового рішення.

Під час розгляду справи в суді касаційної інстанції адвокат виконує процесуальні дії в обсязі, визначеному особою-доручителем у довіреності, в тому числі, бере участь у засіданнях суду, заявляє клопотання, дає усні та письмові пояснення господарському суду, наводить свої доводи та міркування з усіх питань, що виникають у ході судового процесу, тощо.

Слід окремо наголосити на необхідності гармонійного дотримання адвокатом двох важливих принципів, якими зазвичай визначаються відносини адвоката з судом та іншими учасниками процесу, – законності та незалежності адвоката та домінантності інтересів клієнта, оскільки, на жаль, можна констатувати, що трапляються випадки зловживання адвокатом своїми процесуальними повноваженнями, наприклад затягування початку розгляду справи.

Сумлінне виконання адвокатом своїх обов'язків щодо здійснення представництва в касаційному господарському суді вимагає від нього виключної фахової підготовки, глибоких знань у відповідній галузі права, дотримання вимог щодо компетентності та добросовісності, передбачених статтею 10 Правил адвокатської етики, а саме наявності необхідного досвіду їх застосування, досконалого врахування всіх обставин, що стосуються доручення клієнта і можливих правових наслідків його виконання, ретельної підготовки до належного виконання доручення.

Специфіка категорій спорів, які розглядаються судами господарської юрисдикції, висуває до адвокатів додаткові вимоги. Ефективне представництво інтересів клієнта, професійне здійснення своїх обов'язків, в тому числі, й по відношенню до суду,

зумовлює практичну необхідність володіння відповідною термінологічною базою, опанування спеціальних знань в галузі економіки, ґрунтовного розуміння економічних процесів та механізмів в цілому, реалій сьогодення та напрямів розвитку економічної ситуації в країні.

Об'єктивно оцінюючи рівень фахової підготовленості адвокатів, які беруть участь у розгляді справ касаційною інстанцією судів господарської юрисдикції — Вищим господарським судом України, можна з впевненістю констатувати підвищення загального рівня кваліфікації представників адвокатури. Серед чинників, що сприяють формуванню цієї позитивної тенденції, варто, насамперед, назвати велику роботу в цій галузі, проведену кваліфікаційно-дисциплінарними комісіями адвокатури та Вищою кваліфікаційною комісією адвокатури. Неабияку роль у забезпеченні практичного втілення нормативно закріплених стандартів адвокатської діяльності відіграє Академія адвокатури України.

Нагальна потреба у постійному підвищенні кваліфікації адвокатів підтверджується й кількісними показниками функціонального навантаження касаційної інстанції в системі господарського судочинства. Так, за I півріччя 2004 року до Вищого господарського суду України надійшло 13 111 касаційних скарг та подань, порівняно з відповідним періодом 2003 року кількість надходжень збільшилась на 5% (у I півріччі 2003 року – 12490 скарг та подань), за 9 місяців 2004 року кількість надходжень складала 21 122. Супроводження переважної кількості з них здійснюється саме адвокатами.

Забезпечення кваліфікованого, здійснюваного на професійній основі

правового супроводження справ у Вищому господарському суді є невід'ємною умовою належної реалізації касаційним господарським судом процесуальної функції касації, пов'язаної з тлумаченням матеріальних та процесуальних норм через оцінку конкретних обставин справи [12]. Високопрофесійний та сумлінний адвокат, беручи участь у розгляді справи на рівні касаційного провадження, здатний суттєво вплинути на вірне визначення місця норми права у нормативному акті та у правовій системі в цілому, системну оцінку як її внутрішніх, так і зовнішніх зв'язків на різних рівнях, яка проводиться касаційним судом у процесі її системного тлумачення [13].

Підсумовуючи вищевикладене, варто зазначити, що, здійснюючи

процесуально-представницькі повноваження під час розгляду господарських справ у касаційній інстанції, адвокат виконує особливу функцію, сприяючи не тільки винесенню правосудного та законного рішення у справі, а й, зважаючи на визначальне місце вищого спеціалізованого суду у системі господарських судів, усуненню правових прогалин, уточненню та конкретизації неповно врегульованих законом правових процедур, формуванню єдиної сталої практики в системі господарського судочинства, забезпеченні належного рівня захисту прав господарюючих суб'єктів. Реалізуючи свої процесуальні повноваження, адвокат не тільки захищає інтереси клієнта, а й допомагає касаційному господарському суду у здійсненні правосуддя [14].

Література:

1. *Чебаненко А.* Права адвоката як гарантія ефективного здійснення професійної діяльності // *Юридична газета*. – 2004. – 15 січня. – №1(13).
2. *Варфоломєєва Т.В., Гончаренко С.В.* Науково-практичний коментар до Закону України “Про адвокатуру”. Законодавство про адвокатуру та адвокатську діяльність // *Бюлетень законодавства і юридичної практики України*. – 2003. – № 7. – С. 24.
3. *Святоцький О.Д., Медведчук В.В.* Адвокатура: історія і сучасність. – К.: “Ін Юре”, 1997. – С. 49.
4. *Зейкан Я.* Змішаний процес // *Дзеркало тижня*. – 2004. – 20–26 листопада.
5. *Притика Д.М., Тітов М.І., Щербина В.С.* та ін. Арбітражний процес: Навчальний посібник. – Харків: Консум, 2000. – С. 31.
6. *Заднепровский А.* Осуществление представительства в суде адвокатами и иными лицами // *Юридическая практика*. – 2003. – 12 серпня. – № 32 (294).
7. *Сулъєженко Ю.* Цивільне процесуальне представництво, його розвиток та види // *Бюлетень Міністерства юстиції України*. – 2004. – № 1.
8. *Притика Д.М.* Правові засади організації і діяльності органів господарської юрисдикції та шляхи їх удосконалення. – К.: “Ін Юре”, 2003. – С. 254–255.
9. *Кожемяко А.С.* Принципы арбитражного процесса в кассационном судопроизводстве и их реализация // *Арбитражная практика*. – 2001. – № 5. – С. 43.
10. *Штефан М.И., Дрижчаная Е.Г., Гусев Е.А.* Представительство граждан в суде: Учебн. пособие. – К.: “Льбидь”, 1991. – С. 5.
11. *Сірий М.І.* Вибір оптимальної моделі перегляду судових рішень – основа побудови ефективної системи правосуддя // *Податкове законодавство: проблемні питання теорії і практики його застосування господарськими судами. Матеріали науково-практичної конференції 20-21 квітня 2004 року м. Донецьк*. – Донецьк, 2004. – С. 75.

12. *Осетинський А.Й.* Функціональна основа організації касаційної судової інстанції господарської юрисдикції // Вісник Академії правових наук. – 2004. – № 3 (38). – С. 158–159.

13. *Осетинський А.Й.* Судове тлумачення як змістова основа касаційного перегляду господарських справ // Господарське судочинство: подальше його вдосконалення та проблемні питання розгляду спорів, пов'язаних з державним регулюванням економічних відносин. Матеріали науково-практичної конференції 20-21 жовтня 2004 року, м. Харків. – Харків, 2004. – С. 26.

14. *Притика Д.М., Тітов М.І., Гайворонський В.М.* та ін. Господарський процесуальний кодекс України. Науково-практичний коментар. – Харків: “Консум”, 2002. – С. 78.

15. *Осетинський А.Й.* Господарське судочинство: деякі теоретичні та практичні аспекти касаційної інстанції // Вісник господарського судочинства. – 2004. – № 2. – С. 175.

*Рекомендовано кафедрою
цивільного, господарського права
та процесу ААУ*

Деякі питання доказування в сучасному господарському процесі



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

Ключові слова: *судове доказування, засоби доказування, докази, суб'єкти доказування, змагальність.*

РЕЗЮМЕ

Стаття посвящена такому важному вопросу хозяйственного процесса, как доказывание. Автором определяется понятие судебного доказывания и средств, с помощью которых оно осуществляется. Отдельно рассматривается роль хозяйственного суда в процессе доказывания по делу с учетом провозглашенного в законодательстве принципа состязательности.

SUMMARY

The article is devoted to such an important question of economic process as proving. The author defines the concept of judicial proving and of means by which it is carried out. The role of the economic court in the process of proving on a case is separately considered in view of the competitiveness principle proclaimed in the legislation.

Актуальність розробки даної проблеми полягає в тому, що для успішного здійснення господарськими судами своїх повноважень необхідно чітко визначити обсяг і зміст обов'язків доказування, що належать кожній із сторін господарського спору. Крім того, необхідно враховувати підходи до оцінки доказів у практиці вирішення господарських спорів. Ме-

тою цього дослідження є визначення і висвітлення основних питань доказування в сучасному господарському процесі, що впливають безпосередньо на результати розгляду спорів. У науці господарського процесуального права теорія судового доказування розроблялася М.С. Фальковичем, К.С. Юдельсоном, М.К. Треушніковим, С.В. Курильовим та ін.

У літературі останніх років українські вчені, серед яких В.С. Щербина, Л.М. Ніколенко, більше уваги почали приділяти проблемам доказування в господарському процесі, проте до цього часу серед вчених немає одностайності стосовно найбільш важливих питань доказування, а саме: предмета, суб'єктів, об'єктів, оцінки та дослідження доказів тощо.

Метою даного дослідження є спроба з'ясування, що являє собою судове доказування та за допомогою яких засобів воно здійснюється, яку роль у процесі доказування відіграє господарський суд, та інші важливі питання доказування в господарському процесі.

Для правильного вирішення спорів, що підвідомчі господарським судам, слід проаналізувати і встановити дійсні взаємовідносини сторін за конкретною справою — позивача та відповідача. При цьому вкрай важливо перевірити обґрунтованість вимог позивача і заперечення відповідача. З цією метою суду слід з'ясувати, чи були дійсно допущені порушення відповідачем, які зачіпають законні інтереси позивача, і чи є у відповідача обов'язок з відновлення прав позивача. Зрозуміло, що вивчення всіх обставин будь-якого господарського спору здійснюється судом лише шляхом вивчення доказів, які містять інформацію про “факти” чи “обставини”.

У правовій літературі стосовно поняття судового доказування існують дві протилежні концепції. Перша ґрунтується на судовому доказуванні як способі пізнання фактичних обставин справи. На думку К.С. Юдельсона, М.К. Треушнікова, С.С.Алексеева, під судовим доказуванням розуміється діяльність

суб'єктів процесу із встановлення за допомогою вказаних законом процесуальних засобів і способів об'єктивної істинності наявності чи відсутності фактів, необхідних для вирішення спору між сторонами [14, 33; 4, 336; 13, 105].

Автори іншої концепції вважають, що під доказуванням розуміється діяльність, яка має за ціль переконати суд в істинності фактів (відомостей), які ним розглядаються. До числа таких авторів належить С.В. Курильов, який зазначав, що “доказування – не пізнання, доказування для пізнання” [10, 65].

Однак не можна тлумачити правові норми, які регулюють процес судового доказування так, нібито домінуючу роль у господарському процесі має тільки “елемент переконання суду”. Виявляється, що мова йде про вплив на суд, хоча і не про чисто механічне його переконання. З цього приводу вірно зазначає В.С.Анохін, — “арбітражний суд не просто спостерігає за процесуальним змаганням сторін. Він здійснює оцінку доказів за своїм внутрішнім переконанням, яке засноване на всебічному, повному і об'єктивному дослідженні всіх обставин справи. Іншими словами, вирішальне значення має не те, щоб сторони переконали суд в наявності чи відсутності шуканих фактів, а те, щоб суд сам переконався в цьому, тобто пізнав фактичні обставини справи. Саме пізнання визначає сутність судового доказування” [5, 115].

Виходячи із викладеного, ми погоджуємося з визначенням М.К. Треушнікова про те, що “доказування в арбітражному (господарському) процесі – це логіко-практична діяльність осіб, які беруть участь у справі, і суду по встановленню наявності

чи відсутності обставин, які мають важливе значення для правильного вирішення справи” [6, 88].

У Господарському процесуальному кодексі України (далі – ГПК) [2] положення щодо засобів доказування дещо відрізняються від аналогічних положень Цивільного процесуального кодексу України (далі – ЦПК) [3]. Якщо відповідно до ст. 27 ЦПК до засобів доказування належать пояснення сторін і третіх осіб, показання свідків, письмові і речові докази, висновки експертів, то в силу абз. 3 п. 2 ст. 32 ГПК до засобів доказування належать також факти, перераховані в ст. 27 ЦПК, за виключенням пояснень третіх осіб. Однак тут же говориться про пояснення інших осіб, які беруть участь у судовому процесі, що, на наш погляд, розширює коло джерел доказів у господарському процесі порівняно з цивільним процесом.

Видається, що А.А.Власов вірно тлумачить поняття “судового доказування”, визначаючи, що його структура складається із таких елементів, як суб’єкти і об’єкти доказування та зміст діяльності з доказування [8, 32]. Зазначене повністю можна віднести і до господарського судочинства. Так, основними поняттями, які утворюють ознаки доказів, є:

а) фактичні дані (ст. 32 ГПК);

б) ці фактичні дані – відомості про обставини справи, які мають значення для вирішення справи;

в) у господарському процесуальному доказуванні використовуються фактичні дані, одержані у встановленому законом порядку.

При цьому, перелік джерел доказів, які перераховані в абз. 3 ч. 2 ст. 32 ГПК, не підлягає поширювальному тлумаченню. Однак термін

“пояснення інших осіб, які беруть участь у справі” дозволяє зробити висновок, що докази не можуть бути вичерпними. Наприклад, з розвитком засобів зв’язку перелік можна було б доповнити, включивши до нього засоби звукозапису і відеозапису, а також інші засоби, отримані за допомогою науково-технічних досягнень. Наприклад, у ст. 64 Арбітражного процесуального кодексу Російської Федерації [7] такі засоби доказування закріплені. Крім того, у п. 3 цієї статті визначено, що не допускається використання доказів, отриманих з порушенням федерального закону, що є вірним і не було б зайвим і для Господарського процесуального кодексу України.

Відповідно до діючого господарського процесуального законодавства України серед фактів, які не підлягають доказуванню, прийнято виділяти дві категорії фактів, які можуть бути покладені в основу рішення по справі без доказування у судовому засіданні: загальновідомі факти; преюдиційально встановлені факти.

Загальновідомими є факти, про які знає широке коло осіб, у тому числі й судді. Відповідно до ст. 35 ГПК обставини, визнані господарським судом загальновідомими, не потребують доказування, тобто право визнавати чи не визнавати факт загальновідомим належить суду.

За словником С.І. Ожегова відомий, достовірний – означає вірний, який не викликає сумнівів [11, 173]. Достовірність і істина – взаємопов’язані категорії. Якщо істина – це відповідність людських знань реальній дійсності, то переконання в істинності знання – достовірність. Перехід від імовірності до достовірного знання – закономірність будь-якого процесу

пізнання. При цьому переконаність є індивідуальною характеристикою суб'єкта (судді, позивача, відповідача, експерта). Проте, на наш погляд, тут можливі помилки, фальсифікація і маніпуляція фактами, матеріалами. До цього можна додати проблеми сучасного інформаційного простору: ведення “інформаційних війн”, дезінформація, цензура тощо. Тому так звані “загальновідомі факти” можуть викликати обґрунтовані сумніви у судді і бути поставлені на обговорення. Іншими словами, у випадку сумніву суду щодо загальновідомого факту, ним може бути проведено дослідження відповідних обставин передбаченими процесуальним законодавством засобами за загальними правилами, які вироблені процесуальним правом.

Преюдиціально встановлені факти, тобто встановлені раніше винесеним вироком чи рішенням суду з даної справи, яке набрало законної сили, також не підлягають доказуванню відповідно до чинного законодавства. Виходячи зі змісту ч. 2 ст. 35 ГПК факти, встановлені рішенням господарського суду під час розгляду однієї справи, не доводяться знову при вирішенні інших спорів, в яких беруть участь ті ж самі сторони. Відповідно до ч. 3 та 4 ст. 35 ГПК вирок суду з кримінальної справи, що набрав законної сили, є обов'язковим для господарського суду при вирішенні спору з питань, чи мали місце певні дії та ким вони вчинені. Рішення суду з цивільної справи, що набрало законної сили, є обов'язковим для господарського суду щодо фактів, які встановлені судом і мають значення для вирішення спору. З цього можна зробити висновок, що преюдиціальність має суб'єктивні й об'єктивні

межі. Суб'єктивні межі – в обох справах беруть участь одні й ті ж особи або їхні правонаступники. Об'єктивні межі преюдиціальності належать до фактів, які встановлені рішенням або вироком суду, що набрали законної сили. На наш погляд, якщо суб'єктивні межі будь-яких складнощів на практиці не викликають, то об'єктивні межі преюдиціальності можуть увійти у протидію з іншими матеріалами, внутрішнім переконанням суду. Іншими словами, можливі ситуації, коли наявні у справі докази суперечать преюдиціальним фактам. Господарське процесуальне законодавство не вказує, як має діяти суд в разі виникнення колізії між висновками суду, які сформовані на підставі наявних доказів, і преюдиціальними фактами.

Одні процесуалісти виходять з того, що факти, встановлені рішенням суду, яке набрало законної сили, не входять до предмета доказування і повинні прийматися як дійсні, інші виходять з того, що при формуванні своїх висновків суд не зв'язаний ніякими судовими актами, які раніше відбулися. Зазначена заборона поширюється на сторони, а не на суд.

Доцільним уявляється вирішення цієї проблеми, запропоноване О.А. Папковою: якщо в суду виникають сумніви щодо дійсності преюдиціально встановлених фактів, він має право їх заново дослідити [12, 35]. Аналогічна за змістом норма, на наш погляд, повинна бути закріплена і в ГПК України. Таке вирішення питання буде ще одним із способів можливого усунення судових помилок, збігатися з принципами законності, оцінки доказів за внутрішнім переконанням і початками застосування судового розсуду. Тому факти, які не підлягають

доказуванню, в необхідних випадках можуть бути досліджені судом.

Ще одним важливим питанням сучасного господарського процесу є те, чи виступає господарський суд суб'єктом доказування. Як відомо, за ст. 33 ГПК обов'язок з надання доказів покладено на сторони та інших учасників судового процесу. Тому в господарському процесі суд може тільки роз'яснити та запропонувати цим суб'єктам надати додаткові докази або сприяти їх наданню, але не зобов'язаний їх збирати за власною ініціативою. Проте ст. 38 ГПК передбачено, що господарський суд першої інстанції зобов'язаний витребувати документи і матеріали, необхідні для вирішення спору, якщо подані сторонами докази є недостатніми. Крім того, відповідно до п. 5 ст. 81 у випадку неподання позивачем без поважних причин витребуваних господарським судом матеріалів, господарський суд може винести ухвалу про залишення позову без розгляду.

Господарський суд як орган правосуддя в сфері господарської діяльності здійснює свою діяльність на підставі відповідних принципів, які і є гарантією доступу до правосуддя, правильного вирішення спору, захисту прав і законних інтересів господарюючих суб'єктів. Одним із основних важливих принципів судочинства в господарських судах є принцип змагальності. Сформований у ст. 129 Конституції України [1] принцип змагальності як конституційний набуває особливої ролі у судовому процесі і його впливу на правила судочинства.

У словнику С.І. Ожегова дається наступне тлумачення значення слова “змагальний” стосовно судового процесу: “...такий, за яким обидві

сторони можуть активно захищати свої права” [11, 653].

В Арбітражному процесуальному кодексі України, прийнятому Верховною Радою України 6 листопада 1991 року, поняття змагальності не містилося. Вперше як принцип змагальність отримала законодавче закріплення в ст. 43 Господарського процесуального кодексу України, яка визначає змагальність наступним чином:

сторони та інші особи, які беруть участь у справі, обґрунтовують свої вимоги і заперечення поданими судом доказами;

господарський суд створює сторонам та іншим особам, які беруть участь у справі, необхідні умови для встановлення фактичних обставин справи і правильного застосування законодавства.

Положення цієї статті отримали розвиток і в інших нормах ГПК.

Таке розуміння змагальності дозволяє розглядати її як конкуренцію осіб, які беруть участь у справі, коли їхні самостійні дії ефективно обмежують можливість кожного з них односторонньо впливати на результат судового розгляду за активної ролі суду, який наділений функціями щодо здійснення правосуддя, керівництва, управління процесом. Таким чином, в процесуальному законі здійснена спроба розумного поєднання активності сторін, яка направлена на захист своїх прав, та ініціативи господарського суду, спрямованої на управління процесом.

Дія принципу змагальності не обмежується тільки сферою доказування обставин, на які сторони посилаються як на підставу своїх вимог і заперечень. Принцип змагальності реалізується на всіх стадіях господарського процесу,

що знаходить своє відображення в багатьох нормах ГПК. При цьому в ГПК встановлюється така форма судочинства, відповідно до якої розгляд конкретної справи в господарському суді повинен здійснюватися у вигляді змагальності сторін, що займають протилежні позиції і користуються при цьому рівними широкими правами для відстоювання перед судом своєї позиції. Змагальність сторін як прояв їхньої процесуальної рівноправності визначає зовнішню форму судочинства в господарському суді. Але принцип змагальності сам по собі не забезпечує встановлення істини в судовому спорі, цей обов'язок покладений на суд.

В умовах змагального процесу господарському суду відводиться важлива роль: зберігаючи незалежність, об'єктивність і неупередженість, суд повинен керувати процесом, разом з тим роз'яснювати особам, які беруть участь у справі, їхні права та обов'язки, попереджувати про наслідки здійснення процесуальних дій, сприяти у реалізації їхніх прав, створювати умови для всебічного і повного дослідження доказів, встановлення фактичних обставин і правильного застосування законів та інших нормативно-правових актів при вирішенні справи.

Принцип змагальності пронизує весь процес збирання доказів, їх дослідження та оцінки. В ГПК передбачена норма, згідно з якою кожна сторона повинна довести ті обставини, на які вона посилається як на підставу своїх вимог і заперечень. Докази подаються сторонами та іншими учасниками судового процесу (ст. 33). При цьому, наприклад, ст. 65 Арбітражного процесуального кодексу Російської Федерації [7] встановлена необхідність не тільки аргументувати свої вимоги і

заперечення, але й завчасно ознайомити одна одну з ними і доказами, що їх підтверджують. Таким чином, російський законодавець запровадив стадію розкриття доказів, якою зобов'язує кожного із учасників розкрити докази, на які вони посилаються як на підставу своїх вимог і заперечень, перед іншими сторонами до початку судового засідання, а саме — в процесі підготовки справи до судового розгляду. При цьому порушення даного правила робить неможливим посилення на докази, які не були надані іншим сторонам завчасно. Уявляється, що таке правило є правильним і забезпечує додатковий захист прав і законних інтересів учасників спору і, на наш погляд, повинно бути закріплене в українському законодавстві.

Незважаючи на те, що особи, які беруть участь у справі, самостійно формують свої вимоги та заперечення, обставини, які мають значення для правильного вирішення спору, визначаються господарським судом відповідно до норм матеріального права, що підлягають застосуванню. Суд координує дії сторін з метою забезпечення всебічного, повного й об'єктивного з'ясування всіх обставин. З цією метою він зобов'язаний витребувати від учасників спору додаткові докази, необхідні для вирішення спору (ст. 38 ГПК).

Одне з найважливіших завдань суду у змагальному процесі – сприяння сторонам та іншим учасникам спору в наданні доказів. За загальним правилом ст. 38 ГПК господарський суд має право витребувати докази за клопотанням сторони або прокурора. Волевиявлення осіб, які беруть участь у справі, може бути підставою для призначення господарським судом експертизи та для виклику свідків.

Однак необхідно звернути увагу на те, що господарський суд також має право самостійно призначити експертизу у випадках, якщо це визначено законодавством і необхідно для перевірки доказів. У процесі призначення і проведення експертизи особи, які беруть участь у справі, наділені певними процесуальними правами. По-перше, вони можуть пропонувати господарському суду питання, які мають бути роз'яснені судовим експертом. По-друге, особи, які беруть участь у справі, мають право заявляти відвід судовому експерту у порядку та з підстав, зазначених у законодавстві.

Тобто, незважаючи на те, що господарський суд першої інстанції має відповідні повноваження зі збирання доказів, він все ж таки, за відповідних умов, не наділений правом збору таких доказів за власною ініціативою. У зв'язку з цим, вважаємо за необхідне вказати на деякі суперечності між провадженням в господарському суді першої інстанції і апеляційної інстанції стосовно збирання та дослідження доказів. Відповідно до ст. 101 ГПК апеляційний господарський суд приймає до розгляду додаткові докази, якщо заявник обґрунтував неможливість їх подання суду першої інстанції з причин, що не залежали від нього. На наш погляд, ця обставина не сприяє винесенню законної й обґрунтованої постанови. За таких умов постановва, винесена на підставі наявних у справі документів, неминує буде ґрунтуватися на недостатньо досліджених доказах, а тому в багатьох випадках буде скасована в апеляційній або касаційних інстанціях. Вважаємо, що слід наділити господарський суд апеляційної інстанції правом витребувати додаткові докази від учасників спору.

Оскільки в ГПК існує правило, що господарський суд не зобов'язаний здійснювати збирання доказів за своєю ініціативою, він не може бути суб'єктом доказування. Однак у процесуальній науці це питання залишається спірним, оскільки одні автори вважають, що суд все ж таки є суб'єктом доказування [8, 12], а інші дотримуються протилежної думки [9, 40]. Так, В.С.Анохін вважає, що, незважаючи на те, що на підставі загальної концепції арбітражного процесуального законодавства арбітражний суд повинен займати пасивну позицію і керуватись принципом змагальності сторін, він все ж зобов'язаний вжити всіх заходів щодо повного з'ясування обставин, які мають значення для справи. Недотримання цієї вимоги може призвести до скасування рішення [5, 118]. Ми погоджуємося із думкою, що акценти зі збирання доказів в законодавстві зміщені з активності суду на обов'язок сторін і інших осіб, які беруть участь у справі, а це збіднює можливості суду щодо всебічного і повного вивчення матеріалів справи. Хоча ініціатива господарського суду стосовно розгляду справ має відповідні межі, його роль в забезпеченні умов змагального процесу дуже важлива. Саме суд є гарантом належного захисту прав та законних інтересів громадян і організацій в галузі господарської діяльності, справедливого публічного судового розгляду у встановлений законом строк. На нього покладені завдання зміцнення законності і забезпечення доступності правосуддя. Отже, разом з тим, що концепція змагального процесу передбачає активність і самостійність сторін у процесі, суд завжди є активним, він контролює діяльність осіб, які беруть участь у справі, не допускаючи зловживання ними своїми процесуальними правами.

Література:

1. Конституція України // Відомості Верховної Ради України. – 1996. – № 30. – Ст. 141.
2. Господарський процесуальний кодекс України // Відомості Верховної Ради України. – 1992. – № 6. – Ст. 56.
3. Цивільний процесуальний кодекс Української РСР // Відомості Верховної Ради УРСР. – 1966. – № 4. – Ст. 258.
4. Алексеев С.С. Общая теория права. Т.2. – М., 1982. – 526 с.
5. Анохин В.С. Арбитражный процесс. Учебное пособие. – Воронеж, 1997. – 432 с.
6. Арбитражный процесс. Учебник / Под ред. Треушников М.К. – М.: Спарк, 2001. – 534 с.
7. Арбитражный процессуальный кодекс Российской Федерации. Официальное издание. — М.: Юрид. лит., 2003.
8. Власов А.А., Гусев О.Б., Завидов Б.Д., Некрасов С.А., Лукьянова И.Н. Особенности доказывания в судопроизводстве. — М.: Экзамен, 2002. — 146 с.
9. Клейнман А.Ф. Основные вопросы теории доказательств в советском гражданском процессе. – М.-Л.: АН СССР. – 1950. – 72 с.
10. Курьлев С.В. Доказывание и его место в процессе познания // Труды Иркутского госуниверситета. – Иркутск, 1955. – С. 64–67.
11. Ожегов С.И. Толковый словарь русского языка. – М., 1987. – 856 с.
12. Папкова О.А. Судебное доказывание и усмотрение суда в гражданском процессе // Государство и право. – 2000. – № 2. – С. 34–37.
13. Треушников М.К. Судебные доказательства. – М.: Юрид. лит., 1997. – 158 с.
14. Юдельсон К.М. Проблема доказывания в советском гражданском процессе. – М.: Госюриздат, 1951. – 296 с.

*Рекомендовано кафедрою
цивільного, господарського права
та процесу ААУ*

Моббінг – психосоціальний нещасний випадок на роботі



О.В. Тищенко
кандидат юридичних наук
(Академія адвокатури України)

Ключові слова: моббінг, робітник, роботодавець, трудовий колектив, конфлікт.

РЕЗЮМЕ

В статье анализируются причины возникновения конфликтов между членами трудовых коллективов, которые порождают моббинг. Исследуется проблема непосредственного влияния моббинга на продуктивность труда работника, при этом указывается, что самым распространенным негативным следствием моббинга есть принудительное увольнение. С целью предупреждения распространения явления моббинга, подчеркивается необходимость введения понятия «моббинг» в правовой понятийный аппарат отечественной юриспруденции.

SUMMARY

The article deals with the causes of raising conflicts among working collective's members which lead to mobbing. The problem of direct influence of mobbing to an employee's work efficiency is investigated. It is pointed out also that the most common negative consequence of mobbing is firing. To prevent the spread of mobbing the necessity is underlined to put the definition "mobbing" to the national jurisprudence's legal terminology.

Вперше увагу на проблеми психічного терору на робочому місці звернули вчені Сполучених Штатів Америки, але на даному етапі це явище найбільш поглиблено вивчається науковцями Німеччини, де створені спеціалізовані науково-дослідні інститути, що працюють над вивченням причин виникнення конфліктів у трудових колективах, наслідком яких є зародження психо-

соціального феномена, який дістав назву – моббінг. Поняття “моббінг” буквально означає: психічний терор на роботі [1, с. 6]. І хоча вказане поняття є нібито новим для України, практика засвідчує, що це тільки на перший погляд. А саме: явище моббінгу вже давно можна зустріти в багатьох трудових колективах. Та поки що дане питання залишається не дослідженим і тому

практично не існує механізму захисту від нього, а як наслідок — потерпають наймані працівники. Адже дійсно, влаштовуючись на роботу, кожна особа прагне, перш за все, отримати як матеріальне, так і моральне задоволення. Шкала матеріального та морального задоволення є занадто індивідуальним поняттям і її рівень залежить від вміння та можливості конкретної особи самореалізуватися та бути професіоналом у своїй справі. Проблема самореалізації людської особистості — одна з найвагоміших проблем не тільки юриспруденції, а насамперед, психології як науки, що покликана вивчати людину через призму її психічно-емоційних проявів. Звідси, трудовий колектив, як колектив співробітників, але далеко не завжди однодумців, слід, в першу чергу, розглядати та вивчати з позиції становлення та формування цієї спільноти людей, діяльність якої має бути спрямована в русло зростання та покращення загальної справи, від налагодженої роботи якої виграють, по суті, всі члени цього колективу. Здавалося б, це зрозуміло всім і не повинно викликати ніяких критичних зауважень. Але проблема якраз і полягає в тому, що, як підкреслюють психологи, процес становлення іміджу в руслі “Я — бренд”, “Я — перший” — це надзвичайно складний процес і має починатися з активної життєвої позиції [2, с. 128]. Звідси, — практично у кожному колективі конфлікти виникають саме на ґрунті зіткнення даних активних життєвих позицій. Як слушно зазначає М.Б. Махсма, конфлікт як випадок загострення протиріч у трудових відносинах може проявлятися у таких формах: мовчазне незадоволення; відкрите незадоволення (сварка, страйк та інші). Невід’ємною рисою конфлікту є те, що він виступає

не тільки фактором соціального розвитку, а також фактором руйнування соціально-трудових відносин [3, с. 154]. Отже, моббінг як результат конфлікту доцільно віднести до суттєвих факторів руйнування соціально-трудових відносин. В результаті моббінгу відбувається погіршення психологічного клімату в колективі, спостерігаються інтриги, і взагалі можуть проявлятися найгірші риси людського характеру. В більшості випадків в основу цієї недоброчесної боротьби покладена конкуренція між колегами по роботі, наприклад, за більш успішні дії з реалізації того чи іншого проекту, кращі показники тощо. І хоча, як було зазначено вище, успіх загальної справи повинен об’єднувати, працювати на створення єдиної команди однодумців, цього саме не відбувається, а феноменальність ситуації полягає в тому, що успішність одного колеги, на жаль, як правило, викликає в іншого колеги відчуття заздрощів, страх бути усунутим від справи. Особливо дана проблема набуває гостроти, коли керівництво фірми, компанії починає всіляко сприяти прагненню щодо самореалізації більш успішних співробітників. Саме за таких умов активно впроваджується та розростається явище моббінгу — психічного терору, коли кожен прихід на роботу перетворюється на складні психологічні випробування. Згідно досліджень, проведених демографічним інститутом “Інфас”, 70 відсотків з 1500 респондентів, менеджерів середньої ланки, назвали інтриги головною причиною поганого виробничого клімату [4, с. 6]. Окрім того, останнім часом за умов величезної конкуренції на ринку праці набули поширення випадки відкритого свавілля роботодавців щодо найманих працівників, зокрема, в наказовому порядку неправомірно

збільшується тривалість робочого дня, навантаження, застосовуються штрафи тощо. А якщо працівники починають захищати свої права, то їх примушують звільнитися, створюючи нестерпні умови на роботі. Відтак, наслідком такого стану речей, є вимушене звільнення працівника і непоодинокі випадки необхідності тривалого лікування психічних розладів. Таку ситуацію слід розглядати як наявний факт порушення законних прав працівника, що призвело до моральних страждань, тобто в контексті трудового права — це класичний приклад нанесення роботодавцем моральної шкоди працівникові. Але проблемним є те, що особа, яка стала жертвою мобінгу — психічного терору на роботі, не спроможна себе захистити з тієї причини, що факти психічного тиску практично неможливо довести в суді, оскільки колеги, які стали свідками даної ситуації, навряд чи погодяться свідчити проти свого роботодавця, боячись втратити роботу. Звідси виникає парадоксальна ситуація, коли спостерігаємо велику кількість вимушених звільнень, а докази щодо неправомірних дій колег по роботі або роботодавця відсутні.

Необхідно звернути увагу на позицію, яку відіграє за даних обставин уповноважений на представництво трудовим колективом орган — профспілка. Якщо відштовхуватися від вказаної в Законі України “Про професійні спілки, їх права та гарантії діяльності” мети створення даного органу, тобто мети представництва, здійснення та захисту трудових, соціально-економічних прав та інтересів членів профспілки (ч. 1 ст. 2) [5, с. 218], то профспілка повинна виконувати свою захисну функцію щодо особи працівника за наявності в трудовому

колективі факту мобінгу. Та практика засвідчує, що діяльність профспілкових органів здебільшого спрямована на захист інтересів роботодавців, але не працівників, що, по суті, суперечить правовим засадам легального існування даної організації, адже законодавством передбачено, що професійні спілки, їх об’єднання у своїй діяльності незалежні від органів державної влади та органів місцевого самоврядування, роботодавців, інших громадських організацій, політичних партій, їм не підзвітні і не підконтрольні (ч. 1 ст. 12 Закону) [6, с. 220].

Німецькі науковці Л. Ваніорек та А. Ваніорек дійшли висновку, що жертвами мобінгу в першу чергу стають працівники, які за своїми психологічними характеристиками не спроможні захистити себе. Ініціаторами мобінгу, як правило, є лідери даного колективу, формальні (роботодавці, керівники) чи неформальні (ті особи, які зайняли панівні позиції у цьому колективі у боротьбі за створення іміджу “Я — бренд”). Моббінг змушує його жертв працювати у стані постійного стресу, викликаючи при цьому відчуття соціальної неповноцінності або інші психологічні комплекси, спричиняючи різні хвороби. Він навіть може стати причиною тривалої втрати працездатності [7, с. 146]. Варто шукати в явищі мобінгу причини схильності до суїциду працівників, які втратили роботу внаслідок нестерпного психічного тиску. Дані демографічного інституту “Інфас” засвідчують, що, на думку працівників, серед яких проводилося дослідження проблем мобінгу, саме моббінг є головною причиною хвороб, до того ж, наслідки можуть бути фатальними. Зокрема, ті особи, щодо яких має місце психічний терор на роботі, страждають на депресивний

стан, порушення серцево-судинної системи, безсоння на 80% більше, ніж ті працівники, яких дана проблема не торкнулася, а 70% жертв моббінгу мають суїцидальні настрої [8, с. 7].

Аналізуючи проблему моббінгу, психологи підкреслюють, що моббінг виникає в тих трудових колективах, де керівник за своїм характером належить до групи харизматичних лідерів і не сприймає альтернативних думок щодо тих чи інших процесів, які мають місце в колективі. Керівник за своїм статусом зобов'язаний відслідковувати той клімат, що склався в трудовому колективі, і не допускати інтриг [9, с. 138]. На думку німецьких вчених В. Зігерта, Л. Ланга, діяльність керівника буде успішною та безконфліктною за умов введення ним наступних правил співжиття в колективі: робота трудового колективу будується на нарадчому підході; кожен працівник має право на альтернативну думку без негативних для себе наслідків тощо [10, с. 246].

Отже, можемо стверджувати, що явище моббінгу нам притаманне також, а тому потребує детального вивчення з метою пошуку шляхів недопущення його виникнення та усунення обставин, що його спричиняють. Вважаємо, що одним з шляхів боротьби з моббінгом є запровадження правового регулювання захисту найманих працівників від цього неправомірного явища. Варто доповнити правничий понятійний апарат, зокрема трудового, кримінального права, дефініцією “моббінг”, що має стати вагомим важелем стосовно попередження поширення фактів моббінгу в трудових колективах. І хоча цілком зрозумілою є негативна позиція багатьох вчених-правників щодо введення у вітчизняне законодавство термінів іншомовного походження, не слід ігнорувати у цьому питанні європейські підходи і залучати загальноприйнятну термінологію. Це сприятиме процесу гуманізації трудових відносин.

Література:

1. Шаповалов А. Психический террор – работа под стрессом // Российская газета. – 24 февраля. – 1995.
2. Хлопенкова О. Не умеющий плохо работать // Бизнес. – № 28 (547). – 14 июля. – 2003.
3. Махсма М.Б. Економіка праці та соціально-трудові відносини: Навч. посіб. – К.: Вид.-во Європ.ун-ту. – 2002.
4. Шаповалов А. Психический террор – работа под стрессом // Российская газета. – 24 февраля. – 1995. – С. 6.
5. Законодавство України про працю / Упоряд. І.В. Зуб. – 2-ге вид., допов. – К.: А.С.К., 2002. – С. 218.
6. Там само. – С. 220.
7. Ваниорек Л., Ваниорек А. Моббинг: когда работа становится адом / Пер. с нем. – М. – 1996. – С. 146.
8. Шаповалов А. Психический террор – работа под стрессом // Российская газета. – 24 февраля. – 1995. – С. 7.
9. Фишер Р., Юри У. Путь к согласию или переговоры без поражения / Пер. с англ. – М.: Наука. – 1992. – С. 138.
10. Зигерт В., Ланг Л. Руководитель без конфликтов / Сокр. пер. с немец. – М.: Экономика, 1990. – С. 246.

Шляхи вдосконалення системи управління ОВС



*В.В. Конопльов,
кандидат психологічних наук
(Кримський юридичний інститут МВС)*

Ключові слова: *теорія управління ОВС, управління гуманістичними системами, еквівіальність, спостережливість, метод математичного моделювання, інваріантність взаємообумовлених відносин, достатнє взаємокомпенсуюче відношення.*

РЕЗЮМЕ

В статье рассматриваются способы построения упорядоченных пространств событий, в которых устанавливается мера их качественных и количественных характеристик. Это даёт возможность устанавливать аналитические зависимости в их взаимообусловленности и использовать математическое моделирование как метод в изучении социальных процессов.

SUMMARY

The article considers the ways of construction of ordered spaces of events, in which the measure of their qualitative and quantitative characteristics is established. It makes possible to establish analytical dependencies in their interdependence and to use mathematical modelling as a method in social processes study.

Постановка проблеми. Забезпечення правоохоронної діяльності складає основну задачу ОВС. Дана діяльність винятково багатогранна і представляє предмет дослідження в багатьох наукових роботах. Охороняючи правову систему держави, ОВС самі спираються на правову основу, яка регламентує їх діяльність як однієї із структур, що забезпечують управління державою. Незважаючи на виключно важливу значущість ОВС в збереженні стабільності соціального ладу, теорія управління

ОВС залишається молодого галуззю науки, яка одержала свій розвиток в 70-80 роках минулого сторіччя. В наш час приділяється велика увага розробці теорії правових основ управління органами внутрішніх справ України, підвищенню ефективності їх діяльності як складової частини державного виконавчого апарату.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Вирішення цих питань базується на основних положеннях теорії управління, в якій цей процес розглядається як цілеспрямована

поведінка в досягненні позитивного кінцевого результату. Суть даного процесу зводиться до забезпечення ефективної організації відносин між суб'єктом і об'єктом управління. Аналіз цих форм відносин дозволяє встановити основні принципи їх організації, що забезпечує обґрунтоване формування необхідної якості та стилю поведінки в досягненні оптимальних рішень поставлених задач [1, 2].

Одним з найбільш неосвітлених питань залишається еквівалентність отримання однакового ефективного кінцевого результату за рахунок варіації таких компонентів процесу управління, як його змістова сутність, структура організації і якісне забезпечення. Взаємообумовленість цих характеристик і їх пайова значущість в досягненні однакового кінцевого результату залишається недостатньо вивченою і представляє широку область наукових досліджень. Значення кожної з цих складових на різних етапах залишається неоднаковим і розвиваються вони залежно від ступеня витрат на їх забезпечення, що в цілому впливає на організацію структури управління. Дослідження цього питання набуває особливого значення в період перебудови. Вивчення теорії механізмів управління дозволяє перейти від мистецтва управління до процесу управління як функції керівника, який забезпечує взаємообумовлену поведінку всіх, хто бере участь у досягненні поставленої мети [3].

Однією з найактуальніших проблем управління, яка набула особливого значення в загальній теорії управління, є проблема спостережливості. Вона являє особливий інтерес в гуманістичних системах, в які включений "людський чинник" як суб'єкт

і об'єкт управління. Це породжує в свою чергу більш глибоке вивчення психології поведінки як окремої особи, так і групових відносин [4].

Високий рівень спостережливості за узгодженістю взаємообумовлених відносин дозволяє оцінити стан об'єкта управління і забезпечити більш віддалене прогнозування його поведінки. Вплив ступеня неточності в оцінці взаємодіючих елементів цілісної системи істотно обмежує складність задач, що вирішуються. В теорії толерантності просторів така залежність має суворе теоретичне обґрунтування, що повною мірою знаходить своє застосування в гуманістичних системах, до яких належать ОВС. Це положення має повне обґрунтування завдяки визначенню О.М.Бандуркою процесу управління як "суб'єктно-об'єктно-середовищних" відносин. Такий підхід дозволяє більш точно визначити взаємообумовленість елементів керованої системи, виключити другорядні параметри у пошуках закономірностей у відносинах "об'єкт-суб'єкт-середовище". В цьому випадку для характеристики середовища потрібен опис таких параметрів, як "що, де, коли"; для характеристики суб'єкта управління потрібна обізнаність у тому, "хто, як, навіщо" здійснює цей процес; в свою чергу, характеристика об'єкта управління вимагає точності обліку — "кому, скільки, чому" застосовуються управляючі дії [1, 5].

Складність у дослідженнях, що проводяться в питаннях управління гуманістичними системами, пов'язана саме з тим, що не здійснюється їх розподіл на основі відзначених характеристик з урахуванням їх відношення до об'єкта, суб'єкта, середовища. Окрім цього, недостатньо точно

здійснюється їх деталізація відповідно до рівня процесу, що вивчається, для кожної підгрупи впорядкованих характеристик.

Мета. Ґрунтуючись на принципі “суб’єктно-об’єктно-середовищних” відносин в організації управління гуманістичними системами, дев’ять незалежних формуючих параметрів — зміст (що), місце (де), час (коли), засіб (як), кількість (скільки), ціль (навіщо), мотив (чому), виконавець (хто), спрямованість (до кого) — можна звести, з урахуванням їх взаємокомпенсуючого впливу, до трьох узагальнюючих характеристик: “вирішуваності”, “потреби” і “задоволеності”, на підставі яких формується узагальнений простір відображення ефективності процесу управління.

Основні результати дослідження. Використання даного простору впорядкованого узагальнення “суб’єктно-об’єктно-середовищних” відносин дозволяє розкрити принцип інваріантності взаємообумовлених відносин, які виникають на різних рівнях здійснення процесу управління, що дає можливість встановити загальну закономірність їх організації. Саме в такому уявленні процесу управління можна відобразити статистичний принцип отримання кінцевого результату і розкрити природу еквіфінальності систем управління. Не менш важливим внеском у розвиток теоретичних положень управління, яке дає можливість використання простору впорядкованих “суб’єктно-об’єктно-середовищних” відносин, полягає в тому, що розмірність простору відображення процесів, що вивчаються, можна змінювати як у бік пониження, так і в бік підвищення [5, 6].

Розроблений метод побудови простору впорядкованого узагальнення

дозволяє встановити закономірності протікання процесів управління і можливості прогнозування їх організації з урахуванням соціальних змін, що відбуваються, які значною мірою дозволять попереджати можливі помилки прямого експерименту. Використання даного підходу розширює методологічний арсенал досліджень загальної теорії управління в системі ОВС і дозволяє ширше використовувати метод математичного моделювання.

Зазначені положення роблять цілком доступним більш глибоке вивчення закономірності відношення структури, функції і якісної складової керованої системи в отриманні однакового кінцевого результату, що істотно розширює можливості його досягнення. Дотримання принципу достатнього взаємокомпенсуючого відношення в збереженні цілісності системи управління вимагає необхідної спостережливості за оптимальною спадкоємністю переходу процесу із однієї області його контролю в іншу без розриву функціонального переходу.

Фактично, тільки при достатньо ефективній системі спостережливості можна говорити про досягнення високої вирішуваності процесу управління в “суб’єктно-суб’єктно-середовищних” відносинах. Контроль за змінами, що відбуваються, набуває особливого значення в період будь-яких перетворень. Зростає увага і загальна напруга в системі контролю. Проте сама проблема розподілу уваги, її якісного прояву в забезпеченні ефективності спостереження за процесом, що відбувається, залишається невирішеною. На практиці вона здійснюється емпіричним шляхом, і єдиним чинником залучення уваги

є величина порушення прийнятої “норми”. Прагнення збільшити об’єм інформації призводить до не менш складної задачі виділення важливих в ній даних і встановлення міри їх важливості [7].

Відсутність встановлених закономірностей динаміки змін в умовах невизначеності середовища ставить організацію управління на інтуїтивну основу, що базується на попередньому досвіді. Це особливо позначається в організації сумісних взаємообумовлених суспільних відносин, коли визнання необхідної залежності одне від одного збільшує незалежність спільних дій. Проте внаслідок того, що виникаюча при цьому суспільна норма відносин формується на основі статистичного принципу, завжди існує нерівномірність в глибині розуміння окремими особами важливості придбаного і втраченого в індивідуальних інтересах, що спонукає при недостатній спостережливості за ними зменшити міру своєї залежності.

Співвідношення втраченого і набутого визначає міру згоди прийняти норми сумісних відносин. Статистична закономірність побудови таких відносин утворює основну масу осіб, яка дотримується дисципліни з міркувань моральної і матеріальної вигоди, що вимагає відповідної системи контролю та примусу щодо поведінки членів співтовариства. Це породжує, в свою чергу, виключно важливу проблему, пов’язану з поняттям права на недоторканність приватного життя. Усвідомленість цього права повною мірою залежить від однорідності індивідуальних інтересів і спільності того, заради чого вони жертвують своєю недоторканністю. Природно, що в кожній конкретній ситуації розвитку суспільства це пи-

тання має чітко визначене рішення. Встановлення міри недоторканності приватного життя є однією з найактуальніших задач, що ускладнюють організацію процесу управління в цілому і зокрема роботи ОВС. Залежно від конкретності визначення цього поняття суттєвою мірою диктується право вибору своєї поведінки і стійкості щодо її збереження, що складає ідеологічну основу сумісних відносин – однієї з найважливіших складових їх побудови [8].

Таким чином, право на свободу приватного життя, контроль за межами цієї свободи в рамках захисту суспільних інтересів утворюють складну систему обумовлених зв’язків, що підкоряються певним закономірностям. Вивчення їх дозволяє значно удосконалювати процес управління цими відносинами. В даному випадку особливу складність уявляють питання контролю, його форм і гарантованість нерозголошення того, що складає небезпеку порушення існуючих норм відносин. Виникаюча суперечність між загальними і приватними інтересами виступає природним об’єктивним явищем в організації сумісних суспільних відносин. Це наслідок того, що ще не деталізовані такі поняття, як контроль, нерозголошення, втручання, які здійснюються з метою захисту приватних або суспільних інтересів. Взаємообумовлені відносини цих характеристик можна представити у впорядкованому вигляді тільки в спеціальних просторах, в яких враховується не тільки спрямованість інтересів, що відображаються, але й сила їх прояву. Встановлення закономірностей співвідношення цих характеристик необхідне, перш за все, для визначення меж встановлення дисципліни і заходів, спрямованих на

превентивне примушування з метою забезпечення втручання в приватне життя. Фактично йдеться про оптимальне врегулювання приватних і загальних інтересів в питаннях забезпечення найефективнішого соціального спілкування. Цей процес носить динамічний характер і не може бути вирішений однозначно на тривалий проміжок часу. Опосередкування змін в психології, що відбуваються, їх сприйняття і забезпечення ефективного управління цим процесом вимагає дослідження закономірностей його динаміки, а не копіювання більш привабливих форм побудови цих взаємовідносин [9].

Збереження структури суспільних відносин можливе тільки за наявності механізму їх регулювання, який виступає у формі встановленої дисципліни. Форма її організації значною мірою визначається спрямованістю інтересів сторін та силою їх прояву, і не може бути вибрана довільно. Фактично дисципліна визначає впорядкованість поведінки членів суспільства в забезпеченні колективної діяльності. Через статистичний принцип організації суспільних відносин адекватним чином визначається і ставлення до існуючої дисципліни, що завжди призводить до наявності в суспільстві діаметрально протилежних інтересів. З одного боку – безперечна відданість, а з іншого – готовність до зради. Для регуляції цих форм поведінки існують різні заходи щодо їх заборони та заохочення. Сила регулюючого впливу дисципліни і вживані заходи перебувають у суворій відповідності із соціальною значимістю подій, що відбуваються. В кожний конкретний період відносин, що складаються, формуються й адекватні заходи щодо їх регулювання. Проте цей процес за-

снований на виключно емпіричному виборі такого заходу. На існуванні прихованої закономірності, що лежить в основі визначення цих форм впливу і формування дисципліни в суспільних відносинах, указував Чезаре Беккарія більше ніж 200 років тому в своїй книзі “Про злочини і покарання” [10].

Проте в його творі йшлося тільки про міру покарання, що і відображено в самій назві книги. Складність вирішення цієї задачі посилювалася тією обставиною, що різні автори робили спроби зіставлення реальних заходів управління реально скоюваними діями, що без урахування конкретних умов середовища протікання цих відносин не може забезпечити успішного вирішення задачі. Незважаючи на існуюче кодифікування різних форм поведінки з метою регулювання її прояву, загальна закономірність такого роду управління залишалася нерозкритою попри всю її важливість для формування правового регулювання суспільних відносин.

У вирішенні цієї задачі, перш за все, потрібен вибір простору впорядкованого подання таких характеристик, як соціальна важливість здійснюваної форми поведінки, сила її виразності та міра покарання за скоєне. Вибір даних характеристик, що визначають процес відносин, з урахуванням їх дихотомічної природи прояву дозволив встановити геометричну структуру передбачуваної Ч. Беккарія закономірності. В здійснюваній побудові виділяється ділянка можливих відхилень від встановленої норми відношення, що складає зону оптимальних свобод поведінки, яка забезпечує пошук правильного рішення. Але залишається відкритим питання про саму закономірність такого

пошуку в здійсненні процесу управління. Питання про співвідношення точності дотримання дисципліни і міри свободи своєї поведінки видається найактуальнішим в організації процесу управління взаємообумовленими спільними відносинами. Поняття відданість і зрада як ступінь свободи вибору поведінки складають основу ідеологічного компонента регуляції спільних відносин і в кожному конкретному періоді їх розвитку мають своє трактування.

З одного боку, ступінь свободи вибору породжує непостійність переконань, їх безперервну конкуренцію, що призводить, кінець кінцем, до анархії, що як природна об'єктивна необхідність змінюється диктатом як формою найбільш суворого підкорення. Надмірна свобода вибору породжує нестійкість сумісних відносин. В свою чергу, непорушність введених форм відносин неодмінно призводить до застою і відставання від процесу опосередкування нових досягнень. Отже, як одна, так і інша крайність не є оптимальними формами організації управління сумісними відносинами. Різноманітність форм поведінки представлена в системі “спрямованість інтересів сумісних відносин – сила їх вираженості”, що дозволило виділити ряд критеріїв, які визначають її організацію. Використання цих критеріїв як формуючих характеристик поведінки окремої особи, так і соціальних груп, дає можливість з успіхом описати спрямованість різних форм поведінки і силу її вираженості [11].

Такий спосіб пошуку закономірностей організації механізмів управління значною мірою перевершує багатовимірне шкалювання, яке знаходить своє використання при вивченні соціальних процесів. Розгля-

даючи будь-яку форму поведінки як поточне відображення зацікавленості сторін, її можна кількісно відобразити на шкалі “відданість – зрада”, або, відображаючи міру прагнення сторін одна до одної, це можна представити на шкалі “досягнення – уникнення”. Як в одній, так і іншій формі представлення результатів спільних відносин, простори впорядкованості обумовлених відносин, що використовуються, дозволяють оцінити якісну спрямованість і кількісний вираз таких характеристик, як добровільність і примушення; демонстративність і прихованість; навмисність або випадковість; масовість або одиничність проявів; тимчасовий або постійний характер; впорядкований або хаотичний розподіл; організований або випадковий прояв; однорідна або різноспрямована діяльність; агресивна або миролюбна спрямованість; тріумфуюче або пригнічене; героїчна або панічна поведінка.

Наявність кількісних відображень відзначених характеристик дозволяє досягти прогнозованого опису їх розвитку і забезпечити цілеспрямоване управління ними, що і складає основний зміст управління соціальними процесами. Безконтрольний розвиток відносин при недостатній спостережливості за їх протіканням призводить до їх акумуляції, яка може набути кримінального характеру.

Висновки на подальший розвиток проблеми. Таким чином, введення упорядкованих просторів в відображення взаємообумовлених сумісних відносин дозволяє встановити аналітичні зв'язки між ними з відбиттям їх якісної спрямованості та кількісного виразу. Такий підхід дозволяє широко використовувати математичне моделювання при вивченні процесу

поведінки гуманістичних систем, до яких належать ОВС, і є новим науковим напрямом в галузі вивчення соціальних процесів.

Звернення до цього методу в їх вивченні є найбільш ефективним тому, що експериментальні дослід-

ження в цьому випадку не можна використовувати. Подальший розвиток такої спрямованості досліджень в галузі керування гуманістичними системами є найбільш перспективним, про що свідчить значна кількість наукових праць у цьому напрямі.

Література

1. Бандурка О.М. Основи управління в органах внутрішніх справ України: теорія, досвід, шляхи удосконалення. – Харків: Основа, 1999. – 440 с.
2. Сальвенди Г. Эргономические основы проектирования производственной среды // Человеческий фактор. Т. 2. – М.: Мир, 1991. – 500 с.
3. Глушков В.М. Эквивалентность системы управления // Энциклопедия кибернетики. Т. 2. – Киев, 1974. – С. 544–545.
4. Воронов А.А. Устойчивость. Управляемость. Наблюдательность. – М.: Наука, 1979. – 335 с.
5. Коноплёв В.В. Психология XX века // Человек в измерениях XX века. Прогресс человечества в двадцатом столетии. Т. 5. – М.: Международная академия проблем Человека в авиации и космонавтике, 2004. – С. 1–268.
6. Журов М.С., Криводеров В.В. Практическая психология. Учебное пособие. – Симферополь-Харьков, 2003. – 196 с.
7. Попова С.И., Сюсюкалова Б.И. Социальное познание и управление. – М.: Мысль, 1983. – 288 с.
8. Тихомиров Д.Е. Психология восприятия моральных и правовых норм. – Киев: Знание, 1978. – 46 с.
9. Коновалова В.Е. Правовая психология. – Харьков: Консум, 1997. – 159 с.
10. Беккариа Чезаре. О преступлениях и наказаниях. – М.: Стелс, 1995. – 303 с.
11. Бандурка А.М., Друзь В.А. Психология власти. – Харьков: Ун-т внутр. дел, 1999. – 326 с.

*Рекомендовано кафедрою теорії
та історії держави
та права ААУ*

Суд присяжних в системі гарантій захисту прав людини



О.Г. Яновська,
кандидат юридичних наук
(Академія адвокатури України)

Ключові слова: суд присяжних, адвокатура, захист прав людини.

РЕЗЮМЕ

Стаття посвящена правозащитной ценности суда присяжных. Анализируется роль адвокатуры в системе уголовного судопроизводства, которое предусматривает участие присяжных заседателей. Автор рассматривает преимущества и недостатки альтернативной формы уголовного судопроизводства.

SUMMARY

The article deals with the rights defending value of the jury. The role of the Bar in the system of criminal justice connected with the participation of the jury is analyzed here. The author examines the advantages and the disadvantages of the alternative form of criminal justice.

На данному етапі еволюції суспільства людині надане широке коло прав, які забезпечуються не тільки національними, а й міжнародними системами законодавчого захисту. І дійсно, не можна було б говорити про наявність у людей права на приватну власність, на особисту недоторканність, на таємницю особистого життя, на політичний та ідеологічний плюралізм, якщо в державі немає надійної системи судового захисту цих прав. Тільки за умови існування реальної можливості звернення до суду права людини, громадянина набувають

сенсу та можуть бути реалізовані. У правовій державі людина повинна мати впевненість у можливості судового захисту своїх порушених прав. Пріоритет прав та свобод громадян повинен бути забезпечений судовими гарантіями на конституційному рівні.

Після здобуття Україною незалежності в українському законодавстві відразу і були зроблені перші кроки на шляху гарантування охорони прав та законних інтересів громадян. Це положення повинно було б стати одним із принципів правової системи

та державного життя, в усякому разі, воно знайшло своє відображення в Конституції України (ст. 55). Адже тільки незалежний, об'єктивний, неупереджений суд може виступити гарантом законності та справедливості. Введення суду, який був би вільним від політичних пристрастей та корисливих інтересів, від посадових амбіцій та правил підлеглості, дало б змогу повною мірою реалізувати такі принципи правосуддя як законність, змагальність сторін, право громадян на захист.

Зазначеним ознакам судового органу найбільш відповідає суд присяжних, тобто суд, в якому поєднується професіональне застосування закону суддею та загальнолюдське поняття справедливості правосуддя. На жаль, українська правова наука на даний момент фактично не забезпечена теоретичними та методичними розробками проблеми впровадження та функціонування інституту присяжних засідателів. Практикуючі юристи, звичайно, можуть звернутись до дореволюційних досліджень, мають можливість ознайомитись із віковим досвідом зарубіжних (особливо англосаксонських) правових систем, дослідити нещодавно випрацьовані висновки російських юристів. Однак, безумовно, це не дасть повноцінної картини особливостей функціонування суду присяжних в українській судовій системі. Тож такі наукові дослідження є вкрай необхідними.

Досвід російських юристів показав, що відсутність ґрунтовної теоретичної та методичної бази призвела до надзвичайних труднощів для практиків в процесі введення суду присяжних в дію. Судді були змушені на свій власний розсуд та ризик випрацьовувати методики ведення кримінального

процесу за участю присяжних засідателів, складати зразки процесуальних документів. У прокурорів були свої труднощі: проблеми із визначенням правової позиції в ситуації недоведеності вини підсудного наявними в справі доказами, необхідність участі в процесі відбору присяжних та постановці їм запитань. Однак, як зазначає М.В.Немітіна, „найменше підготовленими до участі в суді присяжних на перших кроках виявились адвокати, хоча саме вони повинні мати найбільшу зацікавленість в успішній реалізації закону, що закладає підґрунтя рівноправної участі сторін в процесі, що забезпечує дію принципу презумпції невинуватості” [3, VI].

Істотні ознаки суду присяжних визначені історично: напрацьовані звичаєм та досвідом, зумовлені економічною, політичною та соціокультурною ситуацією в суспільстві. І.Я.Фойницький вважав, що суд присяжних засідателів є палладіумом особистої свободи та політичної незалежності народної, сторожем суспільної безпеки [4, 359].

Історичні корені суду присяжних ідуть усередину багатовікової історії Великобританії, де така форма правосуддя з'явилась ще в XII ст. за часів правління Генріха II як продукт системи загального права. Однак ще відомий історик карного процесу М.А.Чельцов-Бебутов відзначав, що журі того часу ще довгий час не виступало судом присяжних у сучасній формі [5, 124]. Його члени не перевіряли безпосередньо доказів. Вони вирішували справу своїм вердиктом на підставі особисто їм відомих фактів. Далі суд присяжних змінювався таким чином, що обвинувачу було необхідно домогтися того, щоб висунуте ним обвинувачення прийняли на

себе призначені сотнею присяжні, а для цього йому було необхідно надати присяжним докази, що підтверджують вчинення злочину підозрюваною особою. Таким чином, присяжні, котрі раніше діяли в силу особистого знання ними обставин справи, поступово перетворювалися в осіб, які вирішували питання про обґрунтованість обвинувачення за представленими приватним обвинувачем доказами. Іншими словами, відбулося перетворення присяжних зі свідків окремих фактів у суддів, які виносили вердикт за переконанням, що склалося на основі представлених їм доказів обвинувачення.

Подальше вдосконалення суду присяжних відбувалось у Франції, де він з'явився під час буржуазної революції, внаслідок чого розглядався не стільки як інститут ліберальний, скільки як інститут політичний. Однак законодавча влада Франції була не задоволена дуже великою кількістю виправдувальних вироків. Виправдувальні вироки виносились тому, що, обираючи між безумовним обвинуваченням та виправданням, та знаходячи обвинувачення занадто жорстоким, а виправдання несправедливим, присяжні виносили виправдувальні вироки, надаючи перевагу несправедливості, а не жорстокості. Саме тоді з'явилося право присяжних визнавати в діяннях підсудного пом'якшуючі обставини, що зобов'язувало суддів проявляти до підсудного поблажливість.

Паростки ідеї суду присяжних в Україні виникли за сивої давнини. У XV столітті при Івані III найважливіші справи розглядали крім старост і „кращі і добрі люди”. В середині XVI ст. у Новгороді та Пскові обирали так званих цілувальників, обов'язком яких було “в суді сидіти та правду стере-

гти”. Продовжується ця традиція і за часів правління Івана Грозного.

Однак у XIX ст. в Російській імперії, в якій панував хаос в законодавстві та взагалі низький рівень відправлення правосуддя, визріла ідея проведення судової реформи. У 1864 р. в Росії були затверджені імператором Олександром II Статут кримінального судочинства та Статут про покарання, які і запровадили вперше інститути присяжних засідателів та адвокатури. Тож можна говорити і про безсумнівний зв'язок між виникненням саме професійної адвокатури та введенням в дію найдемократичнішого та найбільш змагального виду судового устрою, яким є суд присяжних.

Мабуть, мало які правові інституції в системі кримінального судочинства викликали та викликають стільки суперечливих, часто абсолютно протилежних думок, як суд присяжних. Цей суд називають і „судом суспільної совісті”, „судом життєвої правди”, „судом здорового глузду”, і „судом вулиці”, „судом натовпу”, „іграшкою у руках обвинувачення та захисту”. Разом з тим, багатовікова історія існування у цивілізованих країнах поряд зі звичайним судом суду присяжних може бути пояснена тільки тим, що він задовольняє такі соціальні потреби, які не забезпечує звичайне судочинство [2, 14].

У суду присяжних є безсумнівні переваги. До них належать і наявність у сторін права на формування колегії присяжних шляхом заявлення мотивованих та немотивованих відводів, і незалежність присяжних засідателів від професійного судді, який може своїм авторитетом вплинути на присяжних, і відсутність упередженості щодо підсудного, що забезпечується поперед-

нім незнанням матеріалів справи, негативних даних щодо підсудного і т.д. Безумовно, позитивним треба визнати те, що рішення по справі приймає не професійний суддя, який внаслідок свого досвіду, що вироблявся роками в адміністративно-командній системі радянського суспільства і призводив до відчутної професійної деформації. В результаті цього та попереднього ознайомлення із матеріалами справи формується упередженість щодо підсудного, а внаслідок реально існуючої залежності від службово-кар'єрних факторів страждає на обвинувальний ухил судочинство і, як результат, існує невинувато високий відсоток неправосудних чи просто занадто жорстоких вироків. Рішення ж у суді присяжних приймаються звичайними людьми, які нічим іншим, крім загальноприйнятого почуття справедливості, не керуються, особами, незалежними у своїх уподобаннях, поглядах, світосприйнятті настільки, наскільки взагалі може бути незалежним індивід в людській спільноті.

Однак не слід забувати, що суд присяжних успішно функціонує у стабільному суспільстві, потребує високого професіоналізму від працюючих в його умовах юристів [3, IX]. Крім того, зазнаючи економічних, соціальних та політичних труднощів та не будучи зв'язаними ані правовими знаннями, ані службовою відповідальністю, присяжні можуть виправдати навіть людину, вина якої була доведена. Таким чином, ці присяжні можуть виявляти неповагу чи незадоволення існуючою владою та суспільним упорядкуванням.

Взагалі не можна не сказати, що основним недоліком суду присяжних його противники визнають відсутність самої здатності звичайного народу

приймати рішення по кримінальних справах. Дійсно, професійному юристу навіть складно уявити сам процес визнання підсудного винним чи невинуватим у скоєнні злочину особами, які взагалі не знайомі із загальними положеннями кримінального права. Адже цей процес вимагає співставлення основних ознак складу злочину із подіями, що знайшли своє доказове підтвердження у суді. Визнання особи винною чи навпаки вимагає глибинних знань предмета доказування, процедури збору та оцінювання доказів по справі. Все це так. Але разом з тим, треба згадати, що, по-перше, справи, які підсудні судам за участю присяжних засідателів, є найчастіше справами, основним вирішальним моментом яких є не тільки і не стільки нюанси доведеності об'єктивної сторони злочину, а саме питання, пов'язані із суб'єктивним ставленням підсудного до скоєного діяння. Визначення наявності чи відсутності умислу, мотиви та причини скоєного злочину, обставини, що обтяжують чи пом'якшують відповідальність – це саме ті питання, що найкраще можуть бути вирішені звичайною, незаангажованою, не переобтяженою теоретичними знаннями людиною. Людиною, якою і є присяжний засідатель. По-друге, іноді противники суду присяжних наводять такий приклад, що коли лікують хворого, ніхто не запрошує простих громадян з метою винесення рішення щодо методів лікування. Однак треба зазначити, що правосуддя набагато більше, ніж лікарська практика, побудована не на фізіологічному, а на психологічному, соціальному та культурному підґрунті. Адже закон сам по собі — це викристалізована форма суспільної моральності та справедливості. Тож і практичне застосування закону

потребує безпосередньої участі суспільства, якому належить цей закон.

Загальноприйнятним є положення про те, що роль суду за участю присяжних засідателів забезпечує право людини бути визнаною винною у скоєні злочину не інакше як за рішенням рівних йому осіб — представників народу. Це підтверджується тим, що в країнах, де суд присяжних є невід'ємною складовою системи кримінального судочинства, він вважається найбільш поважним інститутом демократичної правової держави. В ході розгляду та вирішення кримінальної справи судом присяжних значно зростає ефективність реалізації підсудними своїх прав та захисту законних інтересів, в тому числі й головне право: право на захист від незаконного та безпідставного кримінального переслідування та засудження.

Цьому сприяє те, що суди за участю присяжних засідателів пред'являють більш суворі вимоги до якості досудового слідства, доведеності пред'явленого підсудному обвинувачення на підставі достатньої кількості прийнятих доказів, не вибачають помилок, порушень прав людини і процесуального порядку розслідування та збору доказів. Це підтвердили 84,8 % опитаних російських суддів, 87 % прокурорів та 53,3 % слідчих [1, 415].

Крім того, про наявність більшої вимогливості присяжних порівняно із професійними суддями щодо якості проведеного слідства та доведеності вини підсудного свідчить і значна різниця в кількості виправдувальних вироків, що виносяться звичайними судами та судами за участю присяжних. Присяжні засідателі виносять виправдувальний вердикт у 18-20 % справ, тоді як професійні судді приймають таке рішення лише у 1-2 %

кримінальних справ. Такий низький відсоток виправдувальних вироків за всім відомого низького рівня дотримання законності на стадії досудового слідства може свідчити лише про обвинувальний ухил судових органів та їх толерантність до значних порушень основних прав та свобод підозрюваних, обвинувачених та підсудних.

Незважаючи на закріплення в ст. 16¹ КПК України розмежування функцій у кримінальному процесі, на практиці такого розмежування функцій так і не відбулось, суд так і не зміг відмовитись від здійснення обвинувальних функцій. Така ситуація обумовлена визначенням законом порядком проведення судового розгляду кримінальних справ. Саме суддя викликає свідків, тобто ініціює встановлення істини, допитує (не уточнює відповіді) учасників процесу. Суддя виносить вирок, оцінюючи всі докази, навіть отримані із порушенням норм кримінально-процесуального права.

Відомо, яка в сучасній Україні склалась ситуація в кримінальному судочинстві: відсутність реальної незалежності суддів, високий рівень корумпованості судової влади, нерозвинений механізм змагальності сторін у кримінальному процесі. На сьогодні перед судовою системою України стоять завдання чіткого розділення функцій обвинувачення, захисту та вирішення справи. А це і означає реалізацію принципу змагальності, який би звільнив суд від пошуків істини та встановлення винних, поклавши на нього виключно функцію правосуддя. І.Я. Фойницький зазначав, що незалежність без судової правомочності веде до беззаконня, а судова правомочність без незалежності формує однобічну, упереджену судову діяльність [4, 115].

На даний момент в судовій системі України відсутній суб'єкт кримінально-процесуальних правовідносин, який був би абсолютно, майже штучно, відокремленим від процесу пошуку доказів по справі і запрошеним до судового процесу тільки для винесення рішення. Світовий досвід створив такого суб'єкта у вигляді колегії присяжних засідателів. Суд присяжних є саме тим суб'єктом кримінально-процесуальних правовідносин, який не знайомий із матеріалами справи, а тому й необтяжений професійним обов'язком та „чесною мундира”, залучається до судового процесу незалежним та неупередженим.

Безумовно, суд присяжних може виступити тим вагомим елементом, завдяки якому і буде здійснено фактичне, а не формальне розділення функцій у кримінальному процесі. Адже в присутності присяжних суддя не зможе віддавати перевагу тій чи іншій стороні і буде вимушений демонструвати об'єктивність та неупередженість. Крім того, присяжні не тільки не є фахівцями в галузі права, але й взагалі не знайомі із матеріалами справи. Така абсолютна відстороненість від наявних доказів на момент початку слухання по справі буде змушувати суддю та сторони виявляти високий професійний рівень як в процесі дослідження доказів, так і у судових дебатах. Високопрофесійний

суддя буде змушений вести процес, вирішувати питання про належність доказів, проголошувати напутнє слово присяжним, формулювати запитання, складати вирок, керуючись вердиктом присяжних засідателів. Професійні юристи – прокурор та адвокат – будуть представляти позиції обвинувачення та захисту, надавати докази, брати участь у вирішенні всіх правових питань під час судових засідань. І все це у суворій відповідності із законом, з дотриманням прав та законних інтересів всіх учасників процесу, під пильним наглядом представників народу. Тому саме від професійних юристів залежить, як буде проведений судовий процес у кримінальній справі, з якими враженнями присяжні засідателі вийдуть на нараду та з яким вердиктом вони повернуться до залу судових засідань.

Ця „школа” законності, якою повинен виступити в українській системі кримінального судочинства суд присяжних, є неоцінним інструментом побудови дійсно демократичних засад правосуддя в країні, засобом формування правової ідеології, каталізатором вдосконалення та розвитку інституту змагальності, прикладом довіри пересічного громадянина до суду як до органу, що поважає права та свободи людини.

Література:

1. *Адвокатская деятельность // Учебно-практическое пособие.* – М.: ИКФ “ЭКМОС”, 2003. – 623 с.
2. *Мельник В.В.* Искусство защиты в суде присяжных. – М.: Дело, 2003. – 480 с.
3. *Немытина М.В.* Российский суд присяжных // Учебно-методическое пособие. – М.: БЕК, 1995. – 100 с.
4. *Фойницкий И.Я.* Курс уголовного судопроизводства. – СПб.: Альфа, 1996. – Т.1. – 552 с.
5. *Чельцов-Бебутов М.А.* Уголовный процесс. – СПб., 1995. – С.124.

Рекомендовано кафедрою адвокатської майстерності ААУ

Деякі питання реалізації права на захист



Л.Б. Ісмаїлова
(Академія адвокатури України)

Ключові слова: захист, захисник, право на захист, КПК, рівність сторін.

РЕЗЮМЕ

В статье исследуются роль защитника в обеспечении обвиняемому права на защиту при производстве досудебного следствия, а также обязанность лиц, которые осуществляют досудебное следствие, обеспечить обвиняемому право на защиту. По данной проблеме автором сформулированы некоторые предложения относительно усовершенствования действующего уголовно-процессуального законодательства Украины.

SUMMARY

The role of the protector is researched in the article in ensuring the accused the right for protection at the preliminary investigation stage, as well as the duty of persons, who lead the preliminary investigation, to provide the accused with the right for protection. Several suggestions referring to the given problem are formulated by the author for the actual Ukrainian criminal procedural legislation's improvement.

“Як для лікаря в його практичній діяльності, — пише А. Ф. Коні, — не може бути поганих і хороших людей, заслужених і незаслужених хвороб, а є хворі, страждання, які слід полегшити, так і для захисника немає чистих і брудних, справедливих і несправедливих справ, а є лише привід протиставити доводам прокурора всю силу й витонченість своєї діалектики...” [1]. Ці слова не застаріли й сьогодні.

Захист від будь-якого обвинувачення є невід’ємним, даним самою природою правом людини, бо він є неодмінним елементом права на свободу. Захист не існує без обвинувачення. Функція захисту неможлива без функції обвинувачення, оскільки вони повністю корелятивні [2], причому функція захисту виникає одночасно з функцією обвинувачення, але внаслідок появи останнього. Відповідно до загальноприйнятих норм людина має

вважатися невинуватою доти, доки органи правосуддя у встановленому законом порядку не доведуть її вини. Із природного права на свободу і презумпції невинуватості незаперечно впливає право людини на захист від обвинувачення у вчиненні злочину. Це право закріплено в Конституції та кримінально-процесуальному законодавстві України, а також у багатьох міжнародних нормативних актах, в яких йдеться про права людини.

Проблема забезпечення обвинуваченому права на захист надзвичайно велика і складна. Реалізація цього права в кожній окремій стадії кримінального процесу має свої особливості. Головне, на чому необхідно наголосити, що повинно бути лейтмотивом законодавства і практики, щоб обвинувачений у кримінальному судочинстві України ніяким чином не почував себе безправним об'єктом реалізації владних повноважень органів дізнання, слідства і суду, а був повноправним суб'єктом широкого кола гарантованих процесуальних прав і можливостей. Українська держава не повинна дивитися спокійно як на факти необґрунтованого притягнення громадян до кримінальної відповідальності, так і на факти безкарності осіб, які дійсно вчинили злочини, оскільки і те, й інше шкодить її інтересам, а також правам та інтересам її громадян. Тому законодавець не повинен обмежуватися тільки проголошенням права обвинуваченого захищатися від пред'явленого йому обвинувачення, а й вимагати від особи, яка веде дізнання, слідчого, прокурора та суду активних дій щодо роз'яснення та охорони його особистих і майнових прав, забезпечення йому можливості скористатися ними. Саме у такому поєднанні

процесуальних прав обвинуваченого з обов'язками органів дізнання, слідства, прокуратури та суду забезпечити дійсну можливість реалізувати ці права і полягає зміст забезпечення обвинуваченому права на захист як основної засади судочинства.

В Україні право обвинуваченого на захист є конституційним принципом. Стаття 63 Конституції передбачає, що підозрюваний, обвинувачений чи підсудний мають право на захист.

Захист — досить складний за своєю природою суспільний інститут, конкретним змістом якого є всебічний розвиток демократії — забезпечення рівноправності людей, єдність їхніх прав й обов'язків.

Право на захист гарантується, зокрема, правом мати свого захисника. Захисник сприяє справедливому правосуддю, установленню істини, оскільки істина (у тому числі й судова) пізнається в зіткненні думок, аргументів, позицій, у нашому випадку — обвинувача й захисника.

Найважливішою гарантією здійснення права на захист є рівність прав учасників судового розгляду щодо подання доказів й участі в їх дослідженні. Проте, розходження у спрямуванні процесуальних функцій обвинувачення й захисту не виключає повної рівності їхніх процесуальних прав, можливостей відстоювання своїх висновків.

Порушення права обвинуваченого на захист є істотним порушенням вимог кримінально-процесуального закону і в будь-якому випадку його вчинення вирок (постанова) суду підлягає скасуванню (п. 3 ч. 2 ст. 370 КПК) [3].

Для забезпечення права на захист від обвинувачення та надання правової допомоги при вирішенні справ

у судах та інших державних органах в Україні діє адвокатура, яка покликана допомагати суду, слідчому, прокуророві об'єктивно розібратися в кримінальній справі й тим самим певним чином сприяє законному й справедливому вирішенню справи по суті.

На жаль, досить непослідовно наш законодавець впроваджує положення про те, що, надаючи адвокатуві широкі реальні права, тим самим закон гарантує громадянам захист їхніх прав на високому професійному рівні. Права адвоката — це втілені в ньому як у професійно діючому суб'єкті правозахисні відносини правової держави, які гарантують збереження прав громадян цієї держави за допомогою надання дієвої юридичної допомоги.

Відсутність реальних прав у адвоката в першу чергу свідчить про проблеми у захисті прав наших громадян. За таких умов все те, що називається у нас правами, наданими адвокатам для якісного надання правової допомоги фізичним й юридичним особам, може перетворитись на велику ілюзію.

У ст. 6 Закону “Про адвокатуру” у декларативній формі зазначено про можливість адвоката представляти й захищати права й інтереси громадян, збирати відомості про факти, які можуть бути використані як докази з кримінальних, цивільних й адміністративних справах, запитувати документи, одержувати письмові висновки фахівців, опитувати громадян і бути присутнім під час розгляду своїх скарг і клопотань на засіданнях колегіальних органів.

Проте слід зазначити, що в зв'язку з прийняттям інших законодавчих актів, що начебто конкретизують права адвоката, адвокати щоразу відчують, що їхні права, якими

вони повинні реально володіти, цими законами нівелюються й фактично зводяться нанівець, позбавляючи адвоката реальної можливості якісно й на належному рівні виконувати свої професійні обов'язки щодо захисту прав фізичних і юридичних осіб.

Незважаючи на задекларовану в КПК принципову рівність сторін, в конкретному ж вимірі в ньому закріплені явна асиметрія і нерівноправність обвинувачення і захисту. Разом з тим ст. 10 Закону “Про адвокатуру” гарантує адвокату рівність у правах з іншими учасниками процесу. Саме в КПК й міститься законодавча підступність, оскільки на різних стадіях кримінального процесу захисник є то учасником, то стороною. Такий підхід до процесуального становища захисника дає можливість під час досудового слідства маніпулювати правом громадян на захист та збору й оцінки доказів, фактично відстороняючи від цього захисника.

КПК України відносить захисника у стадії дізнання і досудового слідства до учасників процесу, помістивши його відповідно до п. 8 ст. 32 в главі 3 разом з іншими учасниками процесу: обвинуваченим, підозрюваним, а також потерпілим, цивільним позивачем, цивільним відповідачем та їхніми представниками. Саме місце розташування в кодексі “рівноправного учасника процесу” — захисника — у стадії дізнання або досудового слідства показує, що захисник перебуває в рівному становищі із зазначеними вище особами, але зовсім не може зрівнятися за своїми можливостями і процесуальною значущістю з представниками органів, що здійснюють дізнання і досудове слідство.

І тільки під час судового розгляду справи відповідно до ст. 261

КПК захисник з учасника процесу перевтілюється в сторону захисту, що володіє у суді начебто рівними правами з іншою стороною — обвинуваченням.

Виходить, що принцип змагальності, про який ми говоримо як про принцип кримінального процесу, поширюється тільки на стадію судового розгляду, але практично ніяк не на дізнання і досудове слідство. Це, вочевидь, програмує “законне” порушення права на захист, не зважаючи на те, що вирішення справи з порушенням права на захист є не тільки порушенням законності, але й підставою для скасування судових рішень. На досудовому слідстві, де відбувається найбільш повне збирання доказової інформації, захист не може повною мірою реалізувати свої права, бо закон не створив для цього реального механізму. Разом з тим, на наступних стадіях судочинства можливості прирошування нових знань постійно зменшуються, тоді як процес все більше набуває рис змагального. За цих умов постають з усією рельєфністю процесуальні диспропорції у здійсненні права на захист та абсолютно неприйнятні тенденції радянського тоталітарного обвинувачувального спрямування кримінального судочинства.

Давно назріла необхідність законодавчо закріпити правило, за яким примусове супроводження або доставляння людини в орган дізнання або досудового слідства під будь-яким приводом (крім офіційного виклику повісткою для допиту як свідка або потерпілого) повинно розглядатися як обмеження права людини на свободу, бо по суті це є фактичним затриманням. Тому статус затриманої особа повинна набувати не з моменту

складання протоколу затримання, а з моменту фактичного примусового запрошення чи доставляння в орган дізнання або досудового слідства. У таких випадках захисник повинен допускатися до затриманого на його вимогу негайно, а визначення часу допуску захисника не повинно залежати від волі працівника дізнання або досудового слідства.

Ст. 48 КПК закріплює право захисника після першого допиту мати конфіденційні побачення з підозрюваним або обвинуваченим без обмеження кількості й тривалості. Але ця норма закону є не конкретною, а тому на практиці виконується по-різному. Закон передбачає спеціальну процедуру допуску захисника винесенням відповідної постанови, але не закріплює механізм реального надання йому побачення наодинці з підозрюваним, обвинуваченим, які утримуються під вартою. Механізм реалізації права захисника на побачення наодинці з підозрюваним, обвинуваченим полягає в тому, що захисник, бажаючи відвідати свого підзахисного, повинен щоразу звертатися із заявою до особи, у провадженні якої перебуває справа. Ця особа на кожне побачення видає адвокату дозвіл. При цьому немає відповіді на питання, протягом скількох годин особа зобов'язана розглянути заяву захисника про надання йому побачення зі своїм підзахисним і на який проміжок часу такий дозвіл буде дано?

На жаль, не є поодинокими випадки, коли слідчий, не зацікавлений у наданні адвокату частих побачень наодинці, формально розглядає заяву протягом трьох днів, потім довго шукає свого начальника для підпису дозволу, після чого письмовий дозвіл відправляє адвокату поштою. Зро-

зуміло, що такий дозвіл цілком може втратити сенс. І все тому, що КПК не зобов'язує слідчого видати захисникові єдиний дозвіл на всі побачення негайно, у момент надходження до нього такого прохання.

Наступною перешкодою реалізації адвокатом права на побачення з підозрюваним або обвинуваченим без обмеження їхньої кількості й тривалості є відомчі правила, що діють в СІЗО, за якими арештовані підозрювані й обвинувачені не випускаються до захисників у вихідні, святкові дні й після 18 години.

Необхідно законодавчо закріпити правило, за яким в особовій справі арештованого повинна знаходитись постанова слідчого або судді про допуск захисника, що була б основою для безперешкодного допуску захисника з належними документами до свого підзахисного у будь-який відведений для цього час.

Викликає також занепокоєння законодавчо закріплене ущемлення права на захист у пункті 4 ст. 48 КПК у редакції Закону від 21 червня 2001 р., яким участь захисника в допитах підозрюваного, обвинувачуваного й у проведенні з його участю слідчих дій зводиться до ролі безголосого статиста, оскільки не передбачає право захисника задавати цим особам під час допиту з дозволу слідчого питання. До речі, таке право цілком обґрунтовано передбачалось ст. 48 КПК УРСР у першій його редакції від 28 грудня 1960 р.

З одного боку, закон формально начебто встановив право захисника брати участь у стадії дізнання й досудового слідства під час допиту його підзахисного, з іншого — дозволив захисникові бути лише присутнім під час допиту, відвівши йому роль

якогось безгласного спостерігача, присутність якого не відповідає задекларованій рівності функцій обвинувачення і захисту, не говорячи вже про пряме нехтування принципом змагальності. Цим законодавець, що стоїть на захисті прав особи, недвозначно виявив свою упередженість не на користь обвинуваченого, ніяким чином не зважаючи на непорушні постулати презумпції невинуватості. Не можна не звернути увагу на те, що стаття 6 Закону “Про адвокатуру” надає адвокату право застосовувати науково-технічні засоби, а ст. 48 КПК, повторюючи це правило, вносить корективи, за якими це право може бути реалізовано тільки з дозволу особи, що провадить дізнання, слідчого. Закріплене одним законом, це право іншим законом фактично скасовується, розмиваючи закладені в закон основи. Навіть таке взагалі невразливе питання, як використання захисником диктофона або розмножувальної техніки під час ознайомлення зі справою, повністю залежить від суб’єктивного ставлення слідчого до адвоката. Одні безперешкодно дозволяють Perezняти матеріали справи на цифрову фотокамеру, сканувати або копіювати їх, інші — категорично проти цього без пояснення причин.

Чому законодавчо закріплене правило, за яким захисник має право знайомитися з матеріалами справи за допомогою технічних засобів, залежить від бажання слідчого і його особистого ставлення до адвоката? Невже це перешкоджає здійсненню правосуддя? Тим більше, що закон покладає на захисника обов’язок зберігати таємницю слідства й передбачає відповідальність за її порушення. Чому така образлива недовіра й нерівне ставлення до осіб, які рівно-

правно здійснюють свої процесуальні функції?

Привертають до себе увагу також численні порушення статті 9 Закону “Про адвокатуру”, за якою юридичні консультації, поради, роз’яснення, дані адвокатом своєму підзахисному, а також відомості, отримані адвокатом під час виконання своїх професійних обов’язків, становлять адвокатську таємницю, що ніким не може бути порушена. Але цей та інші закони не забезпечують на практиці дотримання адвокатської таємниці, й цей основний принцип у реальній дійсності є часто простою фікцією, оскільки покладає відповідальність за збереження адвокатської таємниці тільки на адвоката й не передбачає відповідальності представників силових структур за негласне вторгнення в цю сферу адвокатської діяльності.

А між тим, спостереження й слідкування за адвокатами здійснюється нерідко досить відверто, особливо за резонансних кримінальних справ у випадках відсутності серйозної бази доказів, коли оперативні служби намагаються одержати з утаємничених бесід адвокатів з підзахисними відомості про факти, що цікавлять слідство. Крім того, незважаючи на заборону співробітникам СІЗО при вході в ці установи адвоката оглядати його досьє й документи, пов’язані зі здійсненням захисту, закон абсолютно не забороняє їм здійснювати за адвокатом і його підзахисним відео- та аудіосупроводження, що не може розглядатись інакше, як грубе порушення права обвинуваченого на захист.

Закон “Про адвокатуру” й КПК дозволяють проводити опитування громадян з метою встановлення фактів, що можуть бути використані як докази. Проте немає відповіді на

запитання, як процесуально називається документ, складений адвокатом, у якій формі він складається, хто його пише — адвокат чи опитувана особа, засвідчуються підписи адвоката і особи чи ні? Протокол допиту, проведеного слідчим, набуває статусу доказу з моменту його підписання. А чим процесуально є пояснення, дане адвокатуві (документом?), і коли та як воно набуває статусу доказу? Без офіційної регламентації цієї діяльності адвоката надане йому право практично неможливо повною мірою реалізувати.

Фактично недіючими є ст. 6 Закону “Про адвокатуру” та ст. 48 КПК у реалізації адвокатом права щодо збору інформації, яка може бути використана як доказ у справі, у тому числі запитувати й одержувати від підприємств, установ й організацій документи або їхні копії, ознайомлюватися з необхідними для роботи документами. Більше того, відповідно до Закону “Про адвокатуру” адвокат має право одержувати інформацію, необхідну для надання юридичної допомоги, що є конфіденційною, службовою й комерційною, за винятком тієї, таємниця якої охороняється законом.

На практиці ж ніякої серйозної інформації, крім характеристики або довідки з лікарні про відвідування лікаря, адвокатам практично ніхто не видає, посилаючись при цьому або на закони, що регулюють діяльність інших органів, або на відомчі інструкції, якими майже вся інформація в організаціях, особливо в державних, стала закритою, хоча й не віднесена до такої, таємниця якої охороняється законом. Комерційні організації взагалі ігнорують запити адвокатів, не спромігшись їх реєструвати й відповідати на них. Звичайно, адвокат

може оскаржити такі відмови або бездіяльність у суді, але тоді на юридичну допомогу часу вже не залишиться.

Тому адвокат не може реалізувати право щодо збирання доказів, а судові процеси затягуються на місяці, а то й роки, тому що адвокати, які не можуть вчасно одержати необхідну й дріб'язкову інформацію на свої запити, змушені клопотатися перед судом про надання такої інформації, а суди повинні відкладати десятки разів слухання справи й запитувати необхідні відомості.

Права силових органів і захисника у стадії дізнання або досудового слідства неспівставні, різні й нерівні, а тому законодавець не наважився назвати їх сторонами в процесі. Поняття сторони припускає дійсну їхню рівність і не обов'язково за способами досягнення мети, а більше — за можливостями її досягнення. Тому участь адвоката у стадії досудового слідства у кримінальних справах є формальною фікцією, що в очах суспільства повинно виглядати (і це декларується законом) як дотримання права людини на захист.

Було б неправильним вимагати, щоб права захисника, органів дізнання і досудового слідства були рівни-

ми. Це навіть недоречно. Але права захисника повинні бути абсолютно рівними в сенсі безперешкодної та повної реалізації наданих законом можливостей у здійсненні процесуальної функції захисту. На жаль, на сьогодні закон, а разом з ним і органи дізнання та слідства багато в чому перешкоджають у цьому захисникові.

Проблеми вдосконалення системи органів кримінального судочинства завжди повинні бути в центрі уваги держави. Вона покликана приділяти постійну увагу поліпшенню діяльності міліції, прокуратури, судів, органів юстиції, адвокатури. Адже всі ці органи стоять на сторожі законності, інтересів суспільства, прав громадян. Держава повинна наполегливо домагатися, щоб діяльність органів кримінального судочинства й адвокатури базувалася на наукових основах; щоб рішення службових осіб були законними і обґрунтованими, щоб завжди і на всіх етапах кримінального судочинства існувало уважне ставлення до прав й інтересів особи.

Всі ці питання повинні знайти детальне і ґрунтовне законодавче вирішення, а на ефективне їх забезпечення спрямовані зусилля адвокатів.

Література

1. Кони А.Ф. Нравственные начала в уголовном процессе. Собрание сочинений в 8-ми томах. – М., 1967. – Т.4. – С. 53-67.
2. Альперт С. А. Співвідношення обвинувачення і захисту: проблеми нормативного регулювання // Правова держава Україна: проблеми, перспективи розвитку. – Х., 1995. – С. 321-323.
3. Кримінально-процесуальний кодекс України. Науково-практичний коментар // За загальною редакцією В.Т.Маляренка, В.Г.Гончаренка. – К.: Форум, 2003. – С. 66.

Питання організації дій слідчого у злочинах, вчинюваних у сфері комп'ютерних технологій



О.І. Мотлях
(Академія праці і соціальних відносин
Федерації профспілок України)

Ключові слова: інформаційні комп'ютерні технології; організація планування; кібернетична злочинність; оперативно-розшукова діяльність; науково-технічне спорядження; криміналістичний чехол; одорологічна валіза.

РЕЗЮМЕ

Борьба с компьютерными преступлениями в современном обществе, насыщенном информационными компьютерными технологиями, стала одной из важнейших задач для правоохранительных органов. Несмотря на относительно легкий способ их совершения, раскрываются они крайне трудно. Факторы, вызывающие сложность в их раскрытии, - это ошибки, которые допускают следователи и оперативные сотрудники, а также отсутствие опыта расследования преступлений данной категории.

SUMMARY

Fight with the computer crimes has become one of the most important legal authorities' tasks in the modern society full of computer information technologies. In spite of the relatively easy way of committing, they are very hard to discover. Factors causing their discovering difficulties are both mistakes made by investigators and operative officers and lack of experience of investigating crimes of the given category..

Розслідування злочинів з інформаційними технологіями, як і інші категорії злочинів, вимагають від слідчого надзвичайно багато знань, практичних навичок, вирішення великої кількості організаційних питань для встановлення істини у конкретній кримінальній справі. З метою своєчасного й ефективного розкриття зло-

чинів у сфері інформаційних технологій особливо необхідно забезпечити початковий етап слідства належним комплексом підготовчих, оперативно-розшукових та організаційних заходів, що стане орієнтиром вірності обраної тактики і послідовності проведення невідкладних та подальших слідчих дій. У цьому сенсі чільне місце

відводиться плануванню розшукової роботи слідчого. Це насамперед означає узгодженість між елементами діяльності слідчого і оперативно-розшуковими підрозділами та спільно проведеними процесуальними заходами в рамках кримінально-процесуального закону. А вона в свою чергу може виражатися в:

- єдності цілей розшукових заходів, які здійснюються в процесі розшуку, додатковому характері тих чи інших стосовно одне одного, комплексності їх планування і проведення;
- тісній взаємодії і діловій безперервній співпраці між суб'єктами розшукової діяльності у цілому — слідчим і оперативними співробітниками [1].

Від дій слідчого при вирішенні організаційних питань залежить:

- своєчасність і правильність підготовки та проведення початкових та подальших слідчих дій і оперативно-розшукових заходів;
- взаємодія, при потребі, з практичними структурами (МВС, СБУ, ДПА, НДІСЕ) та з іншими державними і комерційними організаціями, а також окремими суб'єктами, які можуть надати кваліфіковану допомогу;
- раціональність і ефективність розстановки сил та правильності, своєчасності застосування науково-технічних засобів для виявлення, фіксації і вилучення слідів скоєного.

Планування розслідування являє собою творчий розумовий процес, який охоплює визначення змісту і порядку роботи щодо встановлення всіх обставин скоєного злочину і викриття винних у належній відповідності до вимог закону з найменшими затратами часу, сил і засобів [2].

Ознайомлення зі слідчою та судовою практиками вказує на те, що досить важко фахівцям даного напрямку довести розслідуваний ними злочин до логічного завершення. У 14 % кримінальних справ щодо комп'ютерних злочинів у сфері економіки вдається доказати вину суб'єкта. В інших випадках — доказових джерел або ж замало, або ж як такі відсутні, з них 67 % справ, що знаходяться в провадженні, закриваються ще на стадії досудового слідства [3]. Однією з основних причин такого негативного фактора є допущення тактичних помилок, яких припускаються практичні працівники в ході слідчих дій, особливо на початковому етапі розслідування. Найбільш загальними, але досить значущими помилками є:

- несвоєчасність проведення слідчих дій у галузі високих технологій або ж зовсім ігнорування як таких;
- недостатність досвіду практичних працівників у розслідуванні злочинів, пов'язаних з комп'ютерними технологіями, у зв'язку з неналежною обізнаністю у галузі новітніх інформаційних систем;
- низька результативність проведених слідчих дій через незастосування або ж неправильне використання техніко-криміналістичних засобів та методів, а також тактичних прийомів і відповідних оперативно-розшукових заходів.

Ці та інші недоліки спричиняють розвиток негативних наслідків і відбиваються на практичному боці встановлення об'єктивної істини в конкретній справі.

Досить суттєве значення має підготовка слідчим відповідної групи спеціалістів, яка буде виїжджати на ту чи іншу слідчу дію. Її кістяк повинні становити не дилетанти, а

фахівці своєї справи. Слідчий разом з оперативним працівником мають продумати весь хід заходів, щоб уникнути непорозумінь під час проведення слідчої дії та спрямувати русло ведення справи на відшукування, фіксацію та вилучення речових доказів, запобігаючи їх знищенню.

На нашу думку, ключем до успіху повинні бути скоординовані дії спільної організації планування розслідування та проведення оперативно-розшукових заходів щодо цих суб'єктів, а також не формальна, а безпосередня і змістова їх участь у досудовому провадженні.

Погоджене планування визначає взаємозумовленість і зв'язок між слідчими діями та оперативно-розшуковими заходами. Під час оперативно-розшукової діяльності може надійти інформація, що зорієнтує слідчого на необхідність проведення тих або інших слідчих дій. З іншого боку, виникають і такі випадки, коли факти, встановлені у процесі проведення слідчих дій, викликають необхідність проведення оперативно-розшукових заходів [4].

За даними вітчизняної та зарубіжної статистики, на практиці зазначений аспект має реальне відображення.

Проведене дослідження засвідчило, що у 78 % випадках у процесі розслідування кримінальних справ про злочини виділеної категорії спостерігається позитивна тенденція спільного проведення слідчих дій та у 72 % — їх спільне планування за участю слідчого й оперативного співробітника. Проте за змістом плани конкретних слідчих дій ще залишають бажати кращого [5].

Необхідно до плану підготовки та проведення окремої слідчої дії стосов-

но злочинів з інформаційними технологіями включити основні складові, що відображатимуть суть конкретного заходу, а саме: мета слідчої дії; питання, які підлягають з'ясуванню, чи обставини, що підлягають встановленню; час та місце проведення; коло суб'єктів, котрі будуть задіяні у процесі, а також розподіл між ними ролей; підготовка науково-технічних засобів для виявлення, фіксації та вилучення речових доказів по справі.

Достатньо вагоме значення має питання кадрового забезпечення слідчо-оперативної групи, що виїжджатиме на окрему слідчу дію у злочинах зазначеної категорії. Зокрема, чільне місце у проведенні процесуальних заходів належить спеціалісту-криміналісту (ст. 128¹ КПК України) як особі, що володіє спеціальними знаннями та навичками, якими є "...будь-які професійні знання, що можуть сприяти виявленню, фіксації та вилученню доказів" [6]. Саме від грамотного, вдумливого підходу спеціаліста-криміналіста до виконання поставленої задачі слідчим залежить результативний бік проведення конкретної слідчої дії. Так, за даними В.О.Снеткова, якщо огляд відбувається без участі спеціаліста-криміналіста, то слідів та інших об'єктів, що мають значення для успішного розслідування злочину, вилучається в 4 рази менше [7]. Разом з тим, слід врахувати специфічність розглядуваних злочинів. Вони потребують більш спеціалізованого, виваженого підходу у розумінні суті справи, що знаходиться у провадженні правоохоронних органів. Осередком сформованої групи мають бути практичні працівники структур у поєднанні з фахівцями у галузі новітніх інформаційних технологій.

Але необхідно, щоб останні були не з числа запрошених представників установ, компаній, підприємств, фірм тощо, а саме зі штатних працівників правоохоронних органів. Адже навіть чіткі скоординовані вказівки слідчого залученим до справи спеціалістам-комп'ютерщикам не дадуть того ефекту, якого б вони досягли за наявності власного кадрового потенціалу. Але це не означає, що ми повністю відкидаємо кваліфіковану допомогу провідних установ, які спеціалізуються на новітніх інформаційних технологіях. Слідчим і оперативним працівникам слід консультиватися і використовувати на практиці знання експертів комп'ютерних технологій, програмістів-комп'ютерщиків, операторів, що працюють та обслуговують програмне забезпечення, але цілком покладати справу розв'язання проблемних аспектів виявлення, фіксації та вилучення речових доказів по зазначеній справі, не є правильним. Підтвердженням тому є проведення соціологічне опитування слідчих криміналістом-дослідником А.В.Касаткіним. За його даними, тільки 14% слідчих працюють на ЕОМ на рівні користувача, а 56% не знають нічого про принципи роботи ЕОМ. З іншого боку, 92% з числа програмістів вважають, що на сучасному рівні розвитку обчислювальної техніки без участі професіонала знайти "сховану" інформацію вкрай складно, оскільки не виключена загроза знищення шуканої інформації [8].

У зв'язку з цим доречним є створення в 2001 р. у структурі ДСБЕЗ підрозділів із боротьби з правопорушеннями у галузі інтелектуальної власності та високих технологій, що паралельно з координаційними консультаційними центрами інших відомчих структур

займаються відслідковуванням та вивченням такого роду злочинності в Україні, забезпечують взаємний обмін інформацією з іншими державами через повновладні міжнародні структури на кшталт Інтерполу тощо. Але цього не достатньо. Реалії сьогодення вимагають активного формування відповідних підрозділів у МВС, СБУ, ДПА України [9]. Їхня діяльність була б спрямована на спеціалізацію розслідування лише злочинів зазначеної категорії. Для цього потрібно підготувати власні кадри з числа осіб правоохоронних органів та забезпечити їх необхідними для ведення справи технічними засобами.

На важливу увагу заслуговує також питання підготовки науково-технічного спорядження для тієї чи іншої слідчої дії зазначеної категорії. Виїжджаючи на огляд при розслідуванні традиційних видів злочинів, слідчо-оперативна група зазвичай бере криміналістичний чемодан різної комплектації або ж одорологічну валізу чи спеціальне пошукове та моніторингове обладнання, для більш чіткого та упорядкованого відшукування і відбору слідів протиправних дій. Н.С. Карпов відзначає, що "... застосування науково-технічних засобів у слідчій діяльності є одним із шляхів досягнення об'єктивної істини, підвищує наочність та переконливість доказів, що розглядаються, сприяє правильному їх засвоєнню та оцінці, розширює можливості у дослідженні доказового матеріалу, підвищує точність фіксації всього перебігу окремих слідчих дій, підвищує культуру розкриття та розслідування злочинів" [10]. Злочини з інформаційними технологіями заслуговують на особливу увагу, тому недостатньо буде приїжджати практичним пра-

цівникам правоохоронних органів лише із зазначеними вище технічними засобами. На нашу думку, необхідно паралельно з вказаним комплектом оснащення слідчого запровадити нову уніфіковану валізу слідчо-оперативної групи, яка б мала спеціально спрямований характер дії, але разом з тим, була практично дієвою. До цього комплекту мають входити такі предмети та матеріали:

- переносний портативний комп'ютер типу "Note Book";
- ручний сканер та портативний принтер;
- радіомодем або інші засоби зв'язку;
- цифрова відеокамера з вмонтованим цифровим фотоапаратом або ж цифровий фотоапарат;
- лазерний диск СВ-КЛУ, СВ-К.ОМ, а також гнучкі дискети — кілька одиниць;
- спеціальний контейнер для вилучених дискет, який би оберігав електронний носій від розмагнічування при транспортуванні;
- індивідуальні файл-пакети з бирками для зберігання вилучених роз'ємів, кабелів, окремих плат тощо;
- липка стрічка, маркери, клей та ін.

Зазначений перелік може бути доповнений та видозмінений залежно від розширення застосування комп'ютерних мереж та їх модернізації. Але суть їх основного призначення полягає у сприянні слідчому в позитивній реалізації конкретно поставленої процесуальної дії. Слушною у даному випадку є думка В.В.Бірюкова, який вказував, що використання радіомодема дозволяє здійснювати оперативний зв'язок, підтримувати постійний контакт

із керівником слідчого підрозділу, іншими службовцями, а також відправляти для перевірки інформацію стосовно різних об'єктів. Наприклад, відсканувавши сліди рук, виявлені в ході огляду, їх електронні зображення можна миттєво відправити у відповідний підрозділ НДЕКУ для перевірки. За позитивного результату можна організувати пошук злочинця по "гарячих слідах" [11].

Разом з тим, слід приділити увагу і традиційно-вживаному науково-технічному спорядженню, що використовується при розслідуванні злочинів зазначеної категорії, адже грамотне його застосування для виявлення, фіксації та вилучення інформації, має доказове значення по справі, що розслідується. Аналіз практики засвідчує, що з-поміж усіх технічних засобів, що використовуються при розслідуванні традиційних видів злочинів, найбільш застосованими у сфері інформаційно-технічних злочинів є фотографування (близько 40% випадків) та відеозапис (28 %). Спеціалізоване ж під комп'ютерну техніку і програмне забезпечення обладнання використовується лише в 9% випадків, а пошукове обладнання для виявлення інформації і впливу на неї — у 2% [12].

Такі невтішні статистичні дані говорять, що розслідування комп'ютерних злочинів знаходяться ще на низькому рівні. І як один з негативних факторів є те, що на проведення слідчих дій слідчо-оперативна група виїздить з типовим комплектом технічних засобів, якими не завжди можна досягти бажаних результатів. Відбувається процес зневажання спеціалізованих, адаптованих до комп'ютерних злочинів технічних устаткувань та пристроїв не з огляду на відсутність, а з

причини браку фахівців у правоохоронних органах, які могли б оперувати новітніми науковими досягненнями. На думку багатьох дослідників злочинів у сфері інформаційних технологій, прибічником якої є і автор статті, слід оживити, удосконалити діяльність практичних спеціалістів в підході до цього питання. Вважаємо, що необхідно доукомплектувати діючі слідчо-криміналістичні валізи додатковим, необхідним приладдям, а саме: паралельно з дактилоскопічними порошками на феромагнітній основі, якими виявляють потожирові сліди людини, ввести хімічні засоби (наприклад прожарений порошок оксиду цинку) чи продукт після згорання (наприклад сажа), які не містять в собі магнітних носіїв, що спричиняють процес руйнування інформації на магнітних носіях комп'ютерних технологій.

Доцільність цього заходу можемо продемонструвати конкретним прикладом, запропонованим О.М.Моїсєєвим: “Під час огляду комп'ютерної техніки при розслідуванні обставин заміни вінчестера з метою крадіжки інформації виникла необхідність вилучення слідів пальців рук на комплектуючих деталях комп'ютера. Приступаючи до обробки поверхонь дактилоскопічними порошками, експерт-криміналіст разом з спеціалістом-електронником експериментально встановили недоцільність використання магнітних порошоків, які можуть реагувати на магнітні поля жорсткого диска...” [13]. Аналогічно можемо говорити і про доцільність використання пошукового технічного оснащення, що використовується при проведенні окремих слідчих дій. У цьому сенсі слід сказати про суттєву особливість — по-

шук схованок з магнітними носіями (дискетами, СВ-дисками, стрічками). Їх пошук ускладнюється неможливістю використання металошукачів або рентгенівської установки, застосування яких може призвести до знищення інформації на носіях. Таким чином, аби не допустити необдуманого втрати інформаційних даних, слід грамотно підійти до пошуку та вилучення носіїв машинної інформації, які також реагують на вплив електромагнітних полів, під дією чого можуть модифікуватися або ж піддатися руйнуванню. З метою подальшої їх придатності для проведення відповідних експертиз необхідно вжити заходів безпеки та застереження, зокрема: використовувати при їх вилученні спеціальні алюмінієві, свинцеві контейнери чи побутову фольгу тощо.

Не менш важливе значення при підготовці до проведення досудових процесуальних заходів з розслідування злочинів у сфері інформаційних комп'ютерних технологій відводиться участі понятих у конкретній слідчій дії. У криміналістичній літературі справедливо наголошується: “Як понятих слід залучати осіб, які добре розуміються на роботі відповідної обчислювальної техніки” [12]. Ця позиція цілком слушна. Згідно з чинним кримінально-процесуальним законодавством (ст. 127 КПК України) зазначені суб'єкти є обов'язковими учасниками слідчих дій в кількості не менше двох осіб. Зважаючи на специфіку розслідуваної категорії злочинів, відповідно і поняті мають бути особливими. До числа таких слід віднести:

- не зацікавлених у кінцевому результаті осіб;
- таких, що мають принаймні

загальну уяву про предмет злочину, що досліджується;

- осіб, хоча б поверхово обізнаних з системами ЕОМ.

В окремих криміналістичних джерелах висловлюється рекомендація щодо залучення службовців того ж підприємства, організації, установи, компанії, фірми, в яких проводиться слідчий огляд, як понятих та інших спеціалістів за умови, що вони не зацікавлені у кінцевому результаті справи [13]. Така позиція не є виваженою. Слушною у цьому питанні є думка В.Ф.Шевченка та С.О. Суслова, які наголошують: “Не варто залучати спеціаліста інженерно-технічного персоналу того ж підприємства (організації, установи), де вчинено комп’ютерний злочин, оскільки він певною мірою може бути причетним до злочину” [14]. Серед понятих може знаходитись зацікавлений у результаті справи суб’єкт або ж гірше того — сам злочинець. А отже, з цього випливає наступне: розшукувана особа, вона ж

понятій, матиме повну інформацію про кінцевий результат огляду місця події і, відповідно, дії слідчого, що обов’язково стане в нагоді для подальшої поведінки злочинця.

Таким чином, підсумовуючи викладене, слід дійти висновку, що організація розслідування злочинів з комп’ютерними технологіями не зводиться тільки до складання плану розслідування — це організаційно-творчий процес розумової діяльності слідчо-оперативної групи, яка від початку розслідування і до його завершення мобілізує і спрямовує свою діяльність на грамотне, кваліфіковане доведення конкретно визначеної кримінальної справи до логічної розв’язки. А результативність проведення конкретних слідчих дій залежатиме від сукупності необхідних складових, які мають враховувати практичні працівники під час розслідування злочинів у зазначеній галузі.

Література

1. Лузгин И. М. Тактические положения взаимодействия следственных и оперативных органов. Криминалистика / Под ред. Б.А. Викторова, Р.С.Белкина. – М.: Юрид. лит., 1976. – С. 361.
2. Криминалистика: Учеб. Т. 2. Техника, тактика, организация и методика расследования преступлений / Под ред. Б.П.Смагоринского. – Волгоград: ВСШ МВД России, 1994. – 560 с.
3. О результатах работы органов предварительного следствия в 2000 году: Аналитическая справка СК при МВД России // Инф. бюллет. СК МВД России, 2001. – № 2. – С. 11-32.
4. Возгрин И.А. Научные основы криминалистической методики расследования преступлений. – СПб.: ЮИ МВД России, 1993. – Ч.4. – 80 с.
5. Криминалистика: Учеб. / Под ред. А.Г. Филиппова (отв. ред.), А.Ф.Вольшского. – М.: Спартак, 1998. – 543 с.
6. Ищенко П.П. Специалист-криминалист в следственных действиях (уголовно-процессуальные и криминалистические аспекты). – М.: Юрид. лит., 1990. – 158 с.
7. Снетков В.А. Все резервы — в действие // Советская милиция. – 1988. – № 1. – С.11.

8. *Касаткин А.В.* Тактика собирания и использования компьютерной информации при расследовании преступлений: Автореф. дисс. ... канд. юрид. наук. – М., 1997. – 24 с.
9. *Гуцалюк М.* Координація боротьби з комп'ютерною злочинністю // *Право України*. – 2002. – № 5. – С. 121-126.
10. *Карпов Н.С.* Теоретичні основи та практика використання передового досвіду органів внутрішніх справ у протидії злочинній діяльності – К.: Національна академія внутрішніх справ України, 2003. – 124 с.
11. *Бірюков В.В.* Використання комп'ютерних технологій для фіксації криміналістично значимої інформації у процесі розслідування. Дис. ... канд. юрид. наук. – Луганськ, 2000. – 175 с.
12. *Селиванов Н.А.* Проблемы борьбы с компьютерной преступностью // *Законность* – 1993. – № 8. – С. 36-40.
13. *Моїсєєв О.М.* Залучення спеціаліста до розслідування комп'ютерних злочинів // *Правові основи захисту комп'ютерної інформації від протиправних посягань: Матеріали міжвузівської науково-практичної конференції (22 грудня 2000 р.)*. – Донецьк: Донецький інститут внутрішніх справ, 2001. – С. 81-85.
14. *Шевченко В.Ф., Суслов С.О.* Розкриття та розслідування злочинів у сфері використання електронно-обчислювальних машин (комп'ютерів), систем та комп'ютерних мереж і мереж електрозв'язку // *Бюлетень МВС по обміну досвідом роботи*. – 2003. – № 135. – С. 60–76.

*Рекомендовано кафедрою
кримінального процесу
та криміналістики ААУ*

Особливості проведення допитів окремих категорій свідків при розслідуванні незаконного розповсюдження комп'ютерних програм



*I.M. Горбаньов
(Луганська академія МВС)*

Ключові слова: допит свідка, комп'ютерна програма, категорії свідків, перелік питань, авторське право.

РЕЗЮМЕ

В статье рассматриваются особенности производства допросов различных категорий свидетелей при расследовании незаконного распространения компьютерных программ, организация проведения допроса и вопросы, подлежащие выяснению при допросах указанных лиц.

SUMMARY

In the article several points are considered: features of manufacturing interrogations of various witnesses' categories during the investigation of computer programs illegal distribution; the organization of carrying out the interrogation; the questions subject to finding-out at interrogations of the specified persons.

Загальновідомо, що допит є найбільш розповсюдженою слідчою дією, яка використовується для отримання повних та об'єктивно відображаючих дійсність показань при розслідуванні усіх кримінальних справ. Він не є виключенням і при розслідуванні кримінальних справ щодо порушення авторського права та суміжних прав шляхом незаконного розповсюдження комп'ютерних програм.

Проведення допитів окремих категорій свідків при розслідуванні зазначених кримінальних справ має певні особливості, які неможливо не враховувати. Та перш ніж визначити деякі з них, ми повинні обов'язково згрупувати свідків за обсягом та змістом даних, якими вони володіють.

1. Особи, що володіють даними про конкретні факти незаконного розповсюдження комп'ютерних

програм. До таких осіб належать: працівники правоохоронних органів, спеціалісти, поняті та громадяни, що на добровільних засадах брали участь у заходах з виявлення та документування протиправної діяльності; громадяни, що купували у правопорушників контрафактну продукцію. Перелічені особи можуть володіти інформацією про хід та результати дій, які вони проводили чи при яких були присутні, і можуть конкретизувати послідовність вилучення контрафактної продукції, поставити свій підпис на упаковці з вилученими предметами чи документами. Д.О. Коваленко з цього приводу справедливо вказує на те, що такі свідки можуть повідомити про обставини, які не знайшли свого відображення під час заходів з виявлення та документування протиправної діяльності [1].

2. Особи, які безпосередньо сприймали дії при розповсюдженні комп'ютерних програм, але не усвідомлювали їх протиправного характеру. До таких осіб належать: працівники правопорушника, ринків, охорони приміщень, де орендувалася торговельна площа, та ін. Ця група свідків, у порівнянні з першою, більш поінформована про організацію розповсюдження комп'ютерних програм. Наприклад, водії та експедитори, які здійснювали перевезення товару, можуть пам'ятати місця збереження та виготовлення контрафактної продукції, адреси торговельних місць, осіб, які видавали та отримували продукцію, приймали на роботу та керували їхньою діяльністю тощо.

3. Особи, які безпосередньо не сприймали злочинну діяльність, але володіють даними про комп'ютерні програми, їх правовласників (власників авторського права чи суміжних

прав), про комп'ютерне устаткування та високі технології; про умови виробництва як ліцензованої, так і контрафактної продукції; про обставини, що не входять у предмет доказування, але мають значення для розслідування кримінальної справи.

До них належать:

- автор (співавтор) твору, у даному випадку комп'ютерної програми [2], члени його родини, друзі, власники авторського права та суміжних прав, колеги за місцем роботи та адміністративний апарат, якщо комп'ютерна програма була створена під час виконання службових обов'язків;

- працівники реєстраційних та ліцензійних організацій, які володіють інформацією про порядок державної реєстрації та ліцензування діяльності з виробництва та реалізації програмних продуктів. Представники громадських організацій, що займаються протидією інтелектуальному піратству, які можуть повідомити про власника авторського права чи суміжних прав на ту чи іншу комп'ютерну програму, про форму її офіційного випуску, про порядок складання авторських та ліцензійних угод. До цієї ж категорії свідків можна віднести підприємців, які здійснюють діяльність з відтворення та реалізації об'єктів авторського права чи суміжних прав на законних засадах. Ми погоджуємося з думкою В.О. Галанова, що також повинні допитуватися робітники правовласника чи представники установ, які керують майновими правами авторів на колективних засадах, з питань встановлення факту відсутності у підозрюваних авторської угоди чи ліцензії [3].

Зосередимо свою увагу на другій групі свідків, а конкретніше — на допитах окремих категорій праців-

ників підприємства правопорушника. Такий вибір пояснюється тим, що ця група володіє найбільшим обсягом інформації і найбільш численна у порівнянні з іншими, а тому частіше зустрічається у кримінальних справах.

Кожне виробниче підприємство, залежно від обсягів виготовлення продукції, має декілька категорій працівників: керівний персонал; технічні спеціалісти; обслуговуючий персонал. Починаючи допити працівників правопорушника, необхідно за допомогою аналізу трудових обов'язків з'ясувати місце кожного у виробничому процесі згідно наведеної класифікації, бо таке місце безпосередньо впливає на обсяг інформації, якою володіє працівник.

Припустимо, що тільки обслуговуючий персонал не усвідомлював протиправного характеру діяльності з виготовлення та розповсюдження комп'ютерних програм. Таке припущення враховує те, що інколи, як виняток, процесуальний статус керівного персоналу та технічних спеціалістів під час збору інформації змінюється: зі свідків деякі особи стають підозрюваними (обвинуваченими) [4], а тому з повною упевненістю їх не можна відносити до осіб, які не усвідомлювали протиправного характеру своєї діяльності.

Тактично вірним, за наявності вибору, буде допитувати осіб у такій послідовності: спочатку — обслуговуючий персонал, далі — технічних спеціалістів, останніми — керівний персонал. Це дасть можливість вже до початку допитів технічних спеціалістів та керівного персоналу зібрати та проаналізувати дані про роль та зв'язки кожної особи з перелічених категорій при здійсненні зло-

чинної діяльності, а також обмежити протидію розслідуванню у формі тиску керівництва юридичної особи на підпорядкований обслуговуючий персонал. Крім того, обслуговуючий персонал найменше зацікавлений у результатах розслідування та володіє досить широкою інформацією, а тому здатний повно та об'єктивно надати її слідчому.

Неможливо провести якісний допит без ретельної підготовки. Чітке уявлення про предмет, про обставини, які необхідно з'ясувати у даній особі, стають запорукою результативності проведення слідчої дії. Предмет допиту визначається, виходячи з обставин, що підлягають доказуванню з конкретної справи, і передбачуваного ступеня інформованості про них даної особи. Усе це можливо встановити в процесі ретельного вивчення матеріалів, зібраних по справі, а за необхідності — і оперативно-розшукових даних, які знаходяться у розпорядженні співробітників органів дізнання. Однак якщо слідчий все ж вирішить використовувати у допиті дані, отримані оперативним шляхом, він зобов'язаний порадитися з оперативними працівниками з таких питань: щодо можливостей та форм їх використання; оцінки поінформованості особи та можливої позиції на допиті; можливих наслідків допиту для зміни слідчої ситуації у той чи інший бік.

Інформація, що належить до предмета допиту свідків, при розслідуванні кримінальних справ з порушення авторського права та суміжних прав у частині незаконного розповсюдження комп'ютерних програм інколи носить спеціальний характер, що вимагає від слідчого ознайомлення зі спеціальною літературою. Тож для

проведення допиту у таких справах доцільно використовувати консультації спеціалістів [5]. Їх спеціальні знання повинні використовуватися для корегування формулювання питань, що дозволить конкретизувати предмет допиту; надання допомоги слідчому при його спілкуванні з особою, що використовує професійну термінологію [6]; правильної оцінки показань особи, що допитується, та формулювання адекватних уточнюючих запитань.

Доцільним, на наш погляд, при провадженні допиту буде використання звукозапису та відеозйомки, що не тільки попередить можливість подачі заяви про неправильність протоколювання свідчень, але й виявить стримуючий вплив на бажання їх змінити.

Можна запропонувати такий перелік питань на допитах обслуговуючого персоналу:

- з якого часу та на якій посаді Ви працюєте за даним місцем роботи?
- чи укладалася з Вами трудова угода?
- яким видом діяльності займається підприємство?
- що входило до Ваших функціональних обов'язків?
- який режим роботи на даному підприємстві?
- яка за час роботи була Ваша зарплатня?
- як проходять процеси з виготовлення та розповсюдження продукції (маються на увазі контрафактні примірники програмного продукту)?
- звідки надходять чисті носії інформації, поліграфічні матеріали та упаковка?
- які приміщення входять до складу підприємства та яке їх господарське призначення (цех, склад чи інше)?

- хто є власником підприємства, здійснює загальне керівництво підприємством, керує виробничим процесом, відповідає за складський та бухгалтерський обліки?

- яке виробниче обладнання використовується для випуску продукції?

- який зараз процес виконується на виробничому обладнанні?

- чи використовувалась комп'ютерна техніка у виробничому процесі?

- яка середньодобова норма випуску продукції?

- які індивідуальні ознаки примірників програмного продукту, що виготовляло підприємство?

- які найменування продукції випускалися на підприємстві протягом усього періоду роботи?

- яким чином проходила реєстрація готової продукції?

- чи є зараз у виробничих приміщеннях чи на складі готова продукція?

- за якими адресами відправлялася готова продукція?

- якими транспортними засобами транспортувалася продукція?

- хто з фізичних осіб чи представників юридичних осіб купували продукцію Вашого підприємства?

- де збувалася готова продукція?

Як бачимо, запитання сформульовані стисло, конкретно — таким чином, щоб не дозволяти свідку одержувати з питання інформацію для своєї відповіді [7]. Це позитивно впливає на результати допиту.

Оцінюючи роль допиту у системі засобів одержання доказової інформації, а особливо при розслідуванні порушень авторського права та суміжних прав у частині незаконно-

го розповсюдження комп'ютерних програм, можна зробити висновок, що результативність конкретного допиту залежить від процесуального статусу допитуваного, характеру та

обсягу інформації, яка йому відома, бажання і можливості передати цю інформацію слідчому [8]. Але у будь-якому випадку допит залишається незамінним джерелом доказів.

Література

1. Коваленко Д.А. Особенности доказывания по уголовным нарушениям авторских и смежных прав на досудебных стадиях судопроизводства: Дис. ... канд. юрид. наук. М., Московский университет МВД России, 2002. – С. 161.
2. Комп'ютерна програма належить до творів згідно п. 3 ч. 1 ст. 8 Закону України “Про авторське право і суміжні права” // Бюлетень законодавства і юридичної практики України. – 2003. – №3. – С. 13.
3. Галанов В.А. Взаимодействие органов следствия и дознания в процессе расследования уголовно-наказуемых нарушений авторских прав в области распространения контрафактной продукции: Дисс...канд. юрид.наук. – Саратов: Саратовская Академия права, 2003. – С. 144.
4. Хаметов Р.Б. Расследование преступных нарушений авторских прав: Дис. ... канд. юрид. наук. – Саратов: Саратовская академия права, 1999. – С. 134.
5. Белкин Р.С., Лифшиц Е.М. Тактика следственных действий. – М.: Новый Юрист, 1997. – С. 101.
6. Лісовий В.В. Роль спеціаліста при розслідуванні порушень роботи автоматизованих систем // Вісник Луганського інституту ВС. – 2001. – № 2. – С. 226.
7. Кримінальний процес України: Підручник. – 2-ге вид., перероб. і доп. – К.: Либідь, 1999. – С. 240.
8. Белкин А.Р. Теория доказывания. – М.: НОРМА, 1999. – С. 363.

*Рекомендовано кафедрою
кримінального процесу
та криміналістики ААУ*

Про можливість введення спрощеного порядку зміни обвинувачення на досудовому слідстві



М.Ю. Черкова
(Луганська академія МВС)

Ключові слова: зміна обвинувачення, нове обвинувачення, спрощений порядок, допит обвинуваченого, право на захист.

РЕЗЮМЕ

Изменение обвинения на досудебном следствии не является окончательным, поскольку оно возможно также и в последующих стадиях уголовного процесса. Важнейшее значение для исхода дела имеет все же изменение обвинения в стадии судебного разбирательства, поскольку именно в ней решается вопрос о виновности подсудимого. Но, как показывает анализ судебной практики, зачастую при возникновении необходимости изменения обвинения в суде первой инстанции, уголовное дело возвращается для производства дополнительного расследования. Однако в стадии судебного разбирательства имеются все предпосылки для того, чтобы изменение обвинения прошло беспрепятственно, и дополнительного расследования в этом случае не требуется.

SUMMARY

Changing of accusation during the investigation is not final, because it is possible also at next stages of the criminal trial. Still changing accusation at the trial stage has the most important meaning for the upshot of a criminal case, because exactly at this stage the question of the defendant's being guilty is considered. But, as it can be seen from the judicial practice analysis, often when the need arises to change accusation in the court, a criminal case is returned for the additional investigation. However, at the trial stage there are all premises for changing the accusation without hindrance, and the additional investigation is not required.

Ретельно порядок зміни обвинувачення регламентовано ст. 141 КПК України: “Якщо під час досудового слідства виникне необхідність змінити

пред’явлене обвинувачення або доповнити його, слідчий зобов’язаний заново пред’явити обвинувачення з виконанням вимог, встановлених

статтями 131, 132, 133 і 140 цього Кодексу”, тобто він повинен винести нову постанову про притягнення як обвинуваченого, пред’явити її обвинуваченому, роз’яснити її сутність, а також роз’яснити обвинуваченому його права та допитати його по суті нового, зміненого обвинувачення.

Проте з метою вдосконалення кримінально-процесуального законодавства шляхом впровадження процедурної економії і у зв’язку з цим підвищення ефективності його застосування вчені-процесуалісти намагаються знайти нові методи зміни обвинувачення, які відповідали б цьому розумному прагненню. Так з’явилося поняття „спрощений порядок зміни обвинувачення” і було запропоновано кілька схем його реалізації.

Пропозиції окремих вчених щодо введення такого порядку зміни обвинувачення на досудовому слідстві можна звести до двох.

По-перше, це зміна обвинувачення, яка полягає у винесенні нової постанови про притягнення як обвинуваченого, але без додаткового його допиту по суті цього нового обвинувачення.

По-друге, обґрунтовується позиція, згідно з якою в деяких випадках зміни обвинувачення взагалі не вимагається пред’явлення нового, зміненого обвинувачення, а нова формула обвинувачення згодом подається в обвинувальному висновку.

В.М. Блінов, наприклад, пропонує користуватися спрощеним порядком зміни обвинувачення, вважає, що достатньо винести спеціальну постанову про зміну обвинувачення з наступним врученням її копії обвинуваченому в найкорот-

ший термін. Роз’яснення ж обвинуваченому сутності зміненого (нового) обвинувачення і допит стосовно цього обвинувачення не передбачаються процедурою [1].

З таким вирішенням питання, на наш погляд, не можна погодитися хоча б тому, що запропонований порядок зміни обвинувачення ніяк не можна назвати спрощеним навіть з формального боку, оскільки він, як і при пред’явленні нового обвинувачення, передбачає винесення “спеціальної” постанови, яку необхідно подати обвинуваченому в найкоротший термін. Спрощувати ж порядок шляхом лише виключення з цієї процедури допиту обвинуваченого також не можна, бо він стає хибним по суті, адже не допитавши особу, що притягується до кримінальній відповідальності щодо змісту зміненого обвинувачення, слідчий істотно порушив би її право на захист, а також інші права обвинуваченого (знати конкретні обвинувачення, подавати докази, заявляти клопотання, в т.ч. відводи, подавати скарги на дії і рішення особи, що проводить дізнання, слідчого, прокурора, судді та суду). Крім того, не зрозуміло, яку саме “спеціальну” постанову за змістом повинен винести слідчий при зміні обвинувачення, яку ця постанова повинна мати назву і форму, що робити з первинною постановою: її можна проігнорувати чи згадати у новій постанові, чи скасувати спеціальною постановою або окремим пунктом нової постанови? Очевидно, що з цього приводу повинні бути зроблені відповідні доповнення до КПК.

Проти введення спрощеного порядку зміни обвинувачення виступає

А.Я. Дубинський. На його думку, так званий “спрощений порядок зміни обвинувачення” є неприпустимим. Обґрунтовуючи свій погляд на дану проблему, автор відзначає, що після вручення обвинуваченому копії “спеціальної постанови” про зміну обвинувачення, він самостійно може не розібратися в суті зміненого обвинувачення [2], що може призвести до дезорієнтації обвинуваченого. Крім того, показання обвинуваченого є засобом його захисту, і ми не маємо права позбавити його цієї можливості, а отже, спрощений порядок зміни обвинувачення не може бути визнаний прийнятним.

На користь дотримання умов права обвинуваченого на захист, крім посилок на безліч вагомих суджень в літературі, доцільно звернутися до міжнародних правових норм, що визнаються більшістю держав світу, зокрема до Міжнародного пакту про громадянські та політичні права від 19 грудня 1966 року. Цей Пакт набрав чинності з 23 березня 1976 року та визнається більш ніж 133 державами, серед яких і Україна.

Згідно з п. 3 ст. 14 Пакту, кожен має право при розгляді будь-якого пред’явленого йому кримінального обвинувачення як мінімум на такі гарантії на основі цілковитої рівності: а) бути терміново й докладно повідомленим мовою, яку він розуміє, про характер і підстави пред’явленого йому обвинувачення; б) мати достатній час і можливості для підготовки свого захисту й спілкуватися з обраним самим ним захисником; в) мати право на судовий розгляд його справи без невинуватої затримки; г) мати право на безпосередню участь у розгляді своєї

справи й захищати себе особисто або за посередництвом обраного ним захисника; д) допитувати свідків, які дають проти нього показання, або мати право на те, щоб цих свідків було допитано, й мати право на виклик і допит його свідків за тих самих умов, які існують для свідків, що дають показання проти нього; е) користуватися безоплатною допомогою перекладача, якщо він (підсудний) не розуміє мови, що використовується в суді, або не говорить цією мовою; є) не бути примушеним давати свідчення проти самого себе чи визнавати себе винним [3].

Допиту обвинуваченого надається важливе значення в процесуальних законодавствах багатьох зарубіжних країн. А оскільки Україна в своєму розвитку прагне стати правовою державою, то законодавчий досвід зарубіжних країн, що формально вже досягли статусу правових, може бути досить корисним при розробці правових норм вітчизняного законодавства. Яскравим прикладом залежності перебігу вирішення справи від позиції обвинуваченого є положення законодавства США, за яким визнання обвинуваченим своєї вини у вчиненні злочину відкриває також можливість для спрощеного завершення справи в результаті переговорів про закриття справи за „угодою про визнання вини” [4]. Такого роду спрощення розгляду справи, на нашу думку, варто запозичити і нашому законодавцю.

І хоча у вітчизняному законодавстві поки що не передбачені угоди про визнання вини, практика однак показує, що ставлення обвинуваченого до обвинувачення, яке йому пред’являється, та його допит мо-

жуть суттєво вплинути на весь процес досудового провадження, і саме допит обвинуваченого найчастіше є передумовою і підґрунтям для проведення тих чи інших слідчих дій, можна сказати, служить схемою процесу досудового слідства в цілому.

Стосовно другого варіанту спрощеного порядку зміни обвинувачення, за яким не вимагається не тільки допит обвинуваченого щодо нового обвинувачення, але й винесення самої нової постанови про притягнення як обвинуваченого і виконання всіх елементів процедури пред'явлення обвинувачення, передбаченої статтями 131, 132, 133 і 140 КПК України, можна зазначити наступне.

Незважаючи на те, що вітчизняне кримінально-процесуальне законодавство в ключі демократичних начал нашого кримінального судочинства відмовилося від таких змін первинного обвинувачення, які могли б здійснюватися безпосередньо в обвинувальному висновку, бо будь-яка зміна слідчим або органом дізнання первинного обвинувачення повинна відбуватися до ознайомлення обвинуваченого за всіма матеріалами справи, чим забезпечується право обвинуваченого своєчасно бути обізнаним з внесеними в обвинувачення змінами, давати щодо них свої пояснення до закінчення слідства (дізнання), реалізуючи фундаментальне право на захист, деякі вчені, погоджуючись з тим, що спрощений порядок зміни обвинувачення на більш тяжке або таке, коли одні фактичні і юридичні ознаки обвинувачення замінюються іншими, застосовуватись не може, разом з тим, вважають, що нерідко органам слідства потрібно просто

виключати з обвинувачення окремі факти (епізоди), юридичні ознаки або помилково застосовану кримінально-правову норму (її пункт), давно відомі обвинуваченому і які при цьому заперечувались ним або його захисником, і тому таке звуження обвинувачення становища обвинуваченого не погіршує, а, навпаки, покращує. Не обмежується і його право на захист, оскільки ці факти (епізоди), юридичні ознаки і норми хоча й містилися в пред'явленому цій особі обвинуваченні, але фігурували й під час допиту його як обвинуваченого і виключаються з обвинувачення саме з урахуванням його пояснень [5].

Враховуючи викладене, деякі автори вважають зайвим у випадках внесення в обвинувачення таких простих змін слідчим, який веде справу, знову здійснювати всі ті процесуальні дії, що пов'язані з первинним пред'явленням обвинувачення і допитом обвинуваченого, бо в результаті, на їхню думку, відбувається „не лише безцільне повторення низки процесуальних актів, але і безглузда витрата державних коштів, оскільки для багатьох слідчих і органів дізнання провадження таких процесуальних дій потребує попереднього етапування обвинувачених, які перебувають під вартою в слідчих ізоляторах” [6].

Ми не можемо погодитися з викладеними судженнями. По-перше, процедуру повторення процесуальних дій пред'явлення обвинувачення після його зміни ніяк не можна назвати безцільною, бо як ми вже відзначали, і у випадку погіршення становища обвинуваченого в результаті зміни обвинувачення, так і в разі його покращення обвинуваченому необхідно розібратися

в сутності нового обвинувачення і підставах для його зміни. Ця задача дещо спрощується, якщо до справи долучається адвокат, але останній не осмислює зміст пред'явленого обвинувачення за свого підзахисного, а лише кваліфіковано, в правовому сенсі допомагає йому це зробити.

По-друге, повторне роз'яснення прав обвинуваченого дійсно може здатися чисто формальним, оскільки особа, яка притягається до кримінальної відповідальності, вже мала змогу ознайомитися зі своїми правами краще під час першого пред'явлення обвинувачення. Але протокол роз'яснення прав обвинуваченого слугує підтвердженням того, що ці права залишилися незмінними і обвинуваченому на час пред'явлення зміненого обвинувачення вони відомі. Даний протокол з підписом обвинуваченого, крім іншого, є гарантією безпідставності заявлення в суді претензії, що слідчий поверхово роз'яснив (зовсім не роз'яснив) йому права, що він, обвинувачений, не знав (забув) про наявність у нього того або іншого права тощо.

Нехтувати повторним допитом обвинуваченого після зміни обвинувачення також недоцільно. Абстрагуючись від приписаного законом забезпечення обвинуваченому права на захист, подивимось на значення такого допиту з огляду повноти розслідування.

Пред'явленням обвинувачення рух кримінальної справи не закінчується. З обвинувальним висновком справа направляється до суду. Найбільш бажаним результатом розгляду справи в суді для будь-якого слідчого є винесення обвинувального вироку. Менш бажаним (у порівнянні з винесенням виправдувального вироку)

– повернення справи для провадження додаткового розслідування. Підставою для повернення справи на дослідження може стати наявність в справі протиріч і прогалин, які неможливо усунути в ході судового слухання. Допит же обвинуваченого за зміненням (остаточним) обвинуваченням саме й дозволяє усунути можливі протиріччя ще на стадії досудового слідства. Також цей допит дозволяє з'ясувати ставлення обвинуваченого до нового обвинувачення і прогнозувати його поведінку в суді, що також важливо для результативного вирішення справи.

Крім того, відзначимо ще один, психолого-етичний, нюанс. “Нехтувальне ставлення” до обвинуваченого, коли він в кінці слідства постає перед фактом зміни обвинувачення і не допитується щодо його суті, може викликати негативне ставлення самого обвинуваченого до процесу розслідування (слідчого, кримінальної справи, суду), що також може ускладнити розгляд справи в суді і виховні зусилля щодо засудженого в майбутньому.

В юридичній літературі неодноразово висловлювалася думка про необхідність встановлення двох порядків зміни обвинувачення органами досудового слідства, з яких один повинен бути більш простим, не пов'язаним з повторним пред'явленням особі обвинувачення. Ми висловили негативне ставлення до цих пропозицій. Додамо лише, що мова йде про найвідповідальніший момент судочинства — члену суспільства від імені держави висловлюється докір у вигляді публічного обвинувачення у вчиненні злочину, а тому

будь-яке спрощення цієї процедури ми вважаємо неприйнятним ні з правової, ні з етичної, ні з соціальної, ні з психологічної точок зору.

У нас є всі підстави стверджувати, що найбільш об'єктивним і правильним принципово залишається порядок зміни обвинувачення, передбачений ст. 141 КПК України, тобто винесення нової постанови про притягнення як обвинуваченого і пред'явлення її обвинуваченням, а також обов'язковий допит по суті обвинувачення.

Але на нашу думку, цей порядок треба більш ретельно виписати і внести в нього деякі істотні процесуальні доповнення.

Існує дві ситуації зміни обвинувачення. Перша – коли доказова база залишається попередньою, проте підстави обвинувачення вимагають іншої кримінально-правової кваліфікації. У цьому випадку в мотивувальній частині нової постанови про притягнення як обвинуваченого наводяться підстави для скасування першої кваліфікації і прийняття нової, а в резолютивній частині пунктом першим скасовується перша постанова щодо кваліфікації злочину і пунктом другим пред'являється обвинувачення за новою кваліфікацією.

Друга ситуація виникає тоді, коли після пред'явлення першого обвинувачення в ході подальшого розслідування виявилися нові обставини щодо певних інкримінованих епізодів та ролі окремих співучасників (поява нових фактів або непідтвердження інших), хоча кваліфікація делікту залишається у межах тієї ж статті і її частини. У цьому випадку мотиву-

вальна частина формулюється з урахуванням змін у обсязі обвинувачення, а в резолютивній частині пунктом першим закривається кримінальна справа стосовно певних осіб або епізодів за відсутністю події або складу злочину і пунктом другим підтверджується попередня кваліфікація.

В принципі можливий варіант з комбінацією наведених підстав. Постанова щодо нього буде, зрозуміло, мати також риси наведених двох основних варіантів.

Спеціально зазначимо, що процедура зміни обвинувачення повинна без всяких спрощень (профанацій) залежати лише від змісту змін, які ми навели вище, і ні в якому разі від обтяження чи пом'якшення обвинувачення.

Ще одне застереження – пред'явлення нового обвинувачення повинно відбуватись без змін у встановлених в законі строках досудового слідства.

На завершення хотілося б висловитись стосовно будь-яких новацій на прикладі теми нашої статті – перш ніж говорити про введення спрощеного порядку зміни обвинувачення, слід з'ясувати, наскільки він зробить простішою роботу слідчого, або ж, навпаки, ускладнить її, особливо під кутом зору повноти і надійності, неспростовності встановлених фактів. Будь-яка наукова теорія повинна тісно переплітатися з практичним досвідом. У цьому випадку результати її реалізації стануть найкращим обґрунтуванням необхідності її створення.

Література:

1. Блинов В.М. Изменение обвинения следователем // Соц. законность. – 1966. – № 4. – С. 20.
2. Дубинский А.Я. Прекращение уголовного дела в стадии предварительного расследования. – К.: КВШ МВД СССР, 1975. – С. 35.
3. *Международный пакт о гражданских и политических правах* от 19 декабря 1966 г. // Действующее Международное право. В 2 т., том 2. - М.: МНИМП, 1997.
4. Молдован В.В. Порівняльний кримінальний процес: Навч. посібник. – К.: Либідь, 1996. – С. 87.
5. Фаткуллин Ф.Н., Зинатуллин З.З., Соломонович А.Я. Обвинение и защита по уголовным делам. – Казань: Изд-во Казанского университета, 1976. – С. 93.
6. Там само. Див. також: Карнеева Л.М. Привлечение в качестве обвиняемого. – М.: Госюриздат, 1962. – С. 61-64; Карнеева Л.М., Статкус В.Ф. Предъявление обвинения. – М.: Юрид. лит., 1973. – С. 56-57.

*Рекомендовано кафедрою
кримінального процесу
та криміналістики ААУ*

Деякі питання початкового етапу розслідування торгівлі людьми



О.М. Лецишина
(Національна академія МВС України)

Ключові слова: торгівля людьми, жертва торгівлі людьми, трансплантація, донор, анатомічні матеріали, консервація органів.

РЕЗЮМЕ

В статье освещена проблема доказывания преступлений, связанных с торговлей людьми с целью трансплантации их органов или тканей, необходимость расследования обстоятельств, требующих установления в данных преступлениях, и включения их как самостоятельного элемента в структуру методики исследования. Предложена классификация обстоятельств, которые необходимо установить в делах данной категории. Выделены 3 группы таких обстоятельств, среди них: характеризующие преступную деятельность с объективной стороны, с субъективной, а также с точки зрения совершения преступления организованной группой.

SUMMARY

The article deals with the problem of proving crimes connected with slave trade aimed for illegal transplantation of their organs, the importance of investigating the circumstances which are necessary to discover in them, and including them as a particular element to the investigation methodic structure. A classification of circumstances necessary to discover has been proposed that consists of three groups: those which characterize the criminal activity from the objective side, those which do from the subjective side, and from the point of committing crime by an organized group.

Розслідуючи кримінальну справу, слідчий повинен постійно вирішувати дві основні задачі: які слідчі дії необхідно виконувати й у якій послідовності. Прийняття рішення про проведення тих чи інших слідчих (і інших) дій залежить від обставин справи і конкретної слідчої ситуації, тобто

існуючої на даний момент реальності, в умовах якої працює слідчий [1]. При визначенні характеру слідчої ситуації слідчий виходить з об'єктивних, реально існуючих фактів, тієї "суми значимої для розслідування інформації, що є в його розпорядженні до певного моменту провадження" [2].

Допомогти в оцінці ситуації і виборі оптимального набору слідчих дій повинні методичні рекомендації.

Зазвичай в методику розслідування включають такі дані: а) опис найбільш розповсюджених (типових) слідчих ситуацій, що складаються на початковому етапі розслідування; б) виклад типових для цих ситуацій слідчих версій; в) вказівка щодо характеру найбільш доцільних слідчих дій у їхній послідовності.

Це повністю стосується і досліджуваної нами методики розслідування торгівлі людьми.

Типові слідчі ситуації в справах про торгівлю людьми залежать від співвідношення наявної і відсутньої інформації про обставини, що склалися, й особи, яка вчинила злочин. Складовою кожної слідчої ситуації є відомості про джерела і прийоми одержання фактичних даних, які впливають на визначення слідчих дій, котрі варто провести після порушення кримінальної справи, а також на планування роботи слідчого.

Розслідування злочинної діяльності з торгівлі людьми здійснюється засобами криміналістики (техніки, тактики, методики), способами, визначеними КПК та іншими нормативними актами, засобами негласної оперативно-пошукової діяльності. Значимість, роль в одержанні судових доказів зазначеними засобами і способами, умови використання в ході розслідування здобутої інформації різні. При визначенні задач розслідування, виборі засобів і методів їхнього вирішення на початковому етапі розслідування важливо враховувати не тільки зміст фактичних даних, що встановлюються, але й шляхи їх отримання.

Звідси випливає, що класифікувати слідчі ситуації початкового етапу роз-

слідування торгівлі людьми доцільно залежно від способів (приймів) одержання вихідної інформації про злочин. На цій підставі можна поділити слідчі ситуації у такий спосіб:

1. Кримінальна справа порушена за результатами перевірки, проведеної на підставі офіційного повідомлення.

2. Кримінальна справа порушена внаслідок реалізації оперативних даних.

3. Оскільки торгівля людьми відбувається нерідко транснаціональними групами, до складу яких входять особи, що проживають на території різних держав, де торгівля людьми також є злочином, можна виділити ще одну ситуацію, коли розслідування кримінальної справи починається за матеріалами, направленними в Україну правоохоронними органами іноземних держав для розслідування злочинних дій громадян України в порядку, передбаченому міжнародними угодами про надання правової допомоги у кримінальних справах.

Перша ситуація може виникнути в тих випадках, коли за заявою потерпілої особи проводилася перевірка органом дізнання, коли матеріали передані громадськими організаціями й ін. Характеризується ця ситуація тим, що до початку розслідування у слідчого є відомості про вчинений злочин і причетних до нього осіб, які (відомості) містяться в офіційних джерелах, однак обставини злочину в повному обсязі не з'ясовані та інформація про осіб неповна, немає даних про склад групи, коло потерпілих, характер наслідків тощо.

Основні задачі розслідування в такій ситуації насамперед полягають у тому, щоб встановити, чи дійсно має місце торгівля людьми; виявити

виконавців злочину і вжити заходів щодо їх затримання.

У даному випадку можливі такі загальні версії:

а) був факт торгівлі людьми;
б) була інша незаконна передача людини за межі України;

в) подія злочину відсутня, а особа, затримана на кордоні, намагається себе видати за жертву неіснуючих злочинців.

Якщо встановлено факт торгівлі людьми, то можуть перевірятись наступні окремі версії:

1) особа була завербована злочинцями (трафікерами) за допомогою оголошень у ЗМІ, домовленостей, обіцянок і:

- не мала уявлення, що очікує її за кордоном і чим доведеться займатися;
- була поінформована про мету вербування, про вид діяльності, але не знала про умови роботи й оплату праці;
- знала реальні умови своєї роботи і бажала у такий спосіб працювати;

2) відбулося переміщення через державний кордон України як:

- законне перетинання кордону;
- незаконне перетинання, яке може здійснитися:

а) поза контрольно-пропускними пунктами державного кордону України;

б) в пунктах пропуску, але без відповідних документів;

в) у пунктах пропуску, але без належного дозволу;

3) використовувались підроблені закордонні паспорти, інші документи, необхідні для виїзду за кордон;

4) до потерпілих застосовувалося фізичне, психічне насильство (в т.ч. з тяжкими наслідками).

В процесі перевірки цих версій одночасно встановлюється кількість зло-

вмисників та їх персони, характер їхніх зв'язків між собою (попередня змова, організована група, злочинна організація), громадянство кожного з них.

Для перевірки версій можуть бути рекомендовані такі слідчі дії та оперативно-розшукові заходи:

1. Допит потерпілого (особи, що повідомила про злочин).

2. Допити свідків. Свідками у цих справах можуть бути родичі, знайомі потерпілого; особи, разом з ним вивезені за кордон; особи, що володіють інформацією про обставини підготовки до вчинення злочину, оформлення документів на виїзд, перетинання кордону; особи, що знають зловмисника, можуть охарактеризувати його та ін.

3. Якщо здоров'ю потерпілого була заподіяна шкода, призначаються судово-медична, психіатрична експертизи (залежно від обставин справи).

4. Виїмка документів, що підтверджують від'їзд особи за межі України і час від'їзду, перетинання нею кордону.

5. Допит осіб, причетних до оформлення цих документів.

6. Огляд приміщень, у яких провадилося вербування особи, їх стан.

7. Обшук за місцем проживання трафікерів.

8. Затримання і допит осіб, що здійснили вербування, переміщення особи через кордон, одержали винагороду за продаж людей.

Якщо особи трафікерів відомі на початок розслідування, необхідно відразу ж приступити до збору відомостей, що їх характеризують. Джерелами таких даних можуть бути повідомлення знайомих, близьких, документи, що засвідчують особу. Вони також повинні бути перевірені

по криміналістичних обліках з метою виявлення їхньої колишньої судимості, характеру раніше вчинених діянь, причетності до інших (у тому числі аналогічних) злочинів.

Згідно з Наказом МВС України “Про організацію роботи ОВД по розкриттю злочинів” на паспортні апарати, підрозділи ВВІР покладається обов’язок виявляти в ході спілкування з громадянами осіб, за певними ознаками схильних до вчинення злочину, а інформацію надавати оперативним підрозділам. Враховуючи такі можливості взаємодії, паралельно необхідно з’ясувати шляхом запиту в органи паспортної, реєстраційної, міграційної роботи за наявності даних про особу зниклої людини наступні питання:

1) чи видавався даній особі закордонний паспорт, віза;

2) якщо видавався, то коли і яка серія, номер документа.

Звичайно ж, факт видачі закордонного паспорта сам по собі не свідчить про від’їзд за кордон, але в сукупності з поясненнями родичів, знайомих, близьких може бути підставою для порушення кримінальної справи і проведення слідчих дій та пошукових заходів на території України і за її межами.

Перевірка здобутих доказів і одержання достовірної інформації про обставини злочину і дії зловмисників у подальшому можна здійснити шляхом проведення добре підготовлених слідчих дій, як-от:

1. Відтворення обстановки й обставин події (наприклад, з метою з’ясування місць, у яких відбувалося вербування особи, зустрічі з трафікерами, перетинання кордону, одержання винагороди, здійснення актів насильства тощо).

2. Почеркознавча та технічна експертизи підписів, рукописів, засобів, за допомогою яких були виготовлені підроблені документи.

3. Очна ставка (з метою безпеки свідків, потерпілих іноді не слід її проводити, а наявні протиріччя усунути в ході інших слідчих дій: допитів з оголошенням показань, пред’явленням документів, висновку експерта, речових доказів).

4. Пред’явлення для впізнання (його можна проводити також за фотознімками, відеозаписами та із застосуванням систем безконтактного спілкування).

Слід зазначити, що протягом всього розслідування повинна проводитися тісна взаємодія з працівниками оперативних служб, реалізовуватися можливості використання оперативної інформації. Ця взаємодія може здійснюватися, наприклад, через доручення органу дізнання щодо встановлення різних обставин і осіб, спільну роботу в складі слідчо-оперативної групи, обмін інформацією, спільне планування, і т.д.

Друга ситуація може виникнути в тих випадках, коли дані, одержані за результатами оперативної роботи, стають достатньою підставою для порушення кримінальної справи. Група осіб, що займається торгівлею людьми, може протягом якогось часу знаходитися під оперативним спостереженням, у процесі якого документуються окремі факти злочинної діяльності, збираються дані про склад групи, її організатора й ін.

У літературі виділяють три види спостереження:

– фізичне, у ході якого можуть бути використані технічні засоби (фото, відео), що дозволяють фіксувати дії особи, що спостерігається;

- електронне, що дозволяє проводити спостереження як у приміщенні, у транспортному засобі, так і на відкритій місцевості;

- комплексне, що складається з фіксації різними засобами в хронологічному порядку всієї життєдіяльності особи, яка перевіряється, протягом визначеного часового інтервалу, коли здійснюється даний захід [3].

В системі МВС створені спеціальні підрозділи з організації боротьби з торгівлею людьми при Головному Управлінні карного розшуку МВС України з відповідними структурами в областях [4]. Діяльність їх регламентується Законом України “Про оперативно-розшукову діяльність” і наказами МВС України. При перевірці вихідної інформації даному оперативному підрозділу надане право знімати інформацію з каналів зв’язку, застосовувати інші технічні засоби одержання інформації, здійснення візуального спостереження в громадських місцях із застосуванням фото-, кіно-, відеозйомки, оптичних, радіоприладів, інших технічних засобів [5], у результаті чого ці матеріали згідно зі ст. 10 даного Закону можуть використовуватися як приводи і підстави до порушення кримінальної справи (ст. 94 КПК України), проведення невідкладних слідчих дій. Проведення заходів з документування дій, спрямованих на вчинення злочину, сприяє своєчасному припиненню діяльності організованих злочинних угруповань [6]. Так, у Чернігівській області була задокументована протиправна діяльність групи, що переправляла жінок в Угорщину. Менським районним судом члени групи були засуджені до трьох років позбавлення волі з конфіскацією майна [7].

Цей та інші приклади свідчать про успішне проведення оперативних заходів, використання здобутих матеріалів, що представляються для використання як докази з кримінальної справи. Такого роду дані відповідно до вимог кримінально-процесуального законодавства повинні містити відомості, що мають значення для встановлення обставин, які підлягають доказуванню у кримінальній справі, із указівкою на джерело одержання носія доказової інформації, а також дані, що дозволяють перевірити в умовах судочинства докази, сформовані на їхній основі [8].

Якщо відомості, що надійшли до слідчого, містять досить повну інформацію про організовану групу осіб, яка займається торгівлею людьми, ретельну додаткову перевірку проводити не треба. В цій ситуації задача слідчого – оцінити наявну інформацію, визначити її значимість для кримінальної справи, можливості її використання, перспективи одержання необхідної доказової інформації в ході подальшого розслідування. Оскільки результати оперативної роботи реалізуються тільки за наявності точно визначених джерел їх одержання, для слідчого не завдає великих клопотів доведення їх істинності, об’єктивності, вірогідності, перевірити ще раз у ході виконання слідчих дій.

Усе це вимагає чіткого планування, координації дій слідчого й оперативного працівника. Тому доцільно, щоб на стадії порушення кримінальної справи слідчий, який буде розслідувати справу, допускався до ознайомлення з частиною оперативної інформації. Це дозволить з максимальною повнотою використовувати оперативні матеріали на початковому

етапі, організувати розслідування так, щоб не було розголошене джерело одержання фактичних даних.

У подібній ситуації мають висуватися наступні загальні версії:

1) вчинено злочин – торгівлю людьми;

2) вчинено злочини, пов'язані з незаконним перетинанням кордону, протиправним позбавленням волі особи, а також злочини проти честі і достоїнства особи.

При підтвердженні першої загальної версії можливі такі окремі версії:

- злочин вчинено транснаціональним організованим злочинним угрупованням;

- потерпілими є група осіб;

- потерпілими є неповнолітні;

- на стадії готування до злочину на території України трафікерам сприяли працівники паспортних служб, ВВІР, охорони державного кордону.

З якої слідчої дії починати розслідування в цій ситуації, які заходи проводити першими і невідкладно, буде залежати від обсягу і характеру представленої слідчому інформації. Уявляється, що може бути два основних варіанти: перший – коли зібрані оперативні дані про діяльність групи, її керівника, роль кожного в здійсненні злочину, відомі потерпілі, тобто достатні дані для прийняття рішення про порушення кримінальної справи і прогнозування розслідування справи; другий – коли надійшла інформація про можливість здійснення нових злочинів. У першому випадку доцільно в найкоротший термін виконати слідчі дії, спрямовані на збір інформації, що підтверджує причетність окремих осіб до вчиненого злочину, після чого затримати і допитати їх. Такими слідчими діями можуть бути допити по-

терпілих, свідків, виїмка необхідних документів, проведення експертиз.

Як речові докази до матеріалів кримінальної справи можуть бути залучені записні книжки з потрібними даними, що свідчать про злочинну діяльність власника, квитки для перетинання кордону, аудіо-, відеопоказання, інформація, знята з каналів зв'язку, дані про передачу грошей каналами банківської мережі (досить часто злочинні організації використовують безготівкові форми розрахунку через банки). Доцільним у даному випадку буде допит працівників банку, через який здійснювався переказ. У прикордонних органах можна витребувати документи, що підтверджують факти виїзду за кордон, дані кас аеропортів, залізничних вокзалів, де вказується прізвище пасажера. Першочергові слідчі дії повинні бути спрямовані на процесуальне закріплення зібраних і пошук нових даних шляхом огляду приміщень організацій, причетних до оформлення документів для працевлаштування, виїзду за кордон, виїмки необхідних матеріалів, обшуку за місцем проживання осіб, що сприяли здійсненню злочину, вилучення у них записних книжок, свідчень одержання грошового переказу, квитків (під час обшуку в робочому кабінеті власника бара “Джессі” у Чехії було вилучено паспорти шести громадян України і Росії, які примусово утримувалися за кордоном, що дозволило виявити додаткові епізоди злочинної діяльності). За наявності інформації про використання Інтернету при вчиненні злочину під час обшуку варто з'ясувати наявність у підозрюваного комп'ютера, засобів зв'язку. Огляд комп'ютера рекомендується робити за участю фахівця. Оскільки спос-

терігається тенденція вивозу осіб після медичного обстеження на відсутність венеричного захворювання, додатковими доказами слугуватимуть протокол допиту відповідних медичних працівників, записи про результати обстеження.

У другому випадку розслідування доцільно розпочати із затримання злочинців, їх особистого обшуку, огляду предметів і документів, допиту. Після цього можливий комплекс наступних слідчих і оперативно-розшукових дій:

1) допит особи, що відправляється за кордон;

2) зняття інформації з каналів зв'язку в осіб, підозрюваних у приготуванні до злочину;

3) обшук за місцем розташування приміщення, у якому мешкали підозрювані, здійснювалося вербування осіб (контора з працевлаштування, шлюбне бюро і т.д.), вивчення їх документації, виїмка необхідних предметів;

4) допит осіб, щодо яких є інформація про причетність їх до злочину;

5) пред'явлення для впізнання;

6) очна ставка потерпілого з підозрюваними;

7) криміналістична експертиза документів, підготовлених для виїзду за кордон;

8) фоноскопична експертиза з ідентифікації осіб, голоси яких зафіксовані на плівці (після проведення зняття інформації з каналів зв'язку).

У ситуаціях, коли кримінальні справи порушуються на підставі матеріалів, зібраних правоохоронними органами іноземних держав і направлених в Україну для розслідування злочинної діяльності громадян України на підставі міжнародних договорів про надання правової допомоги,

характер і сукупність слідчих дій буде визначатися обсягом і змістом інформації, що надійшла. Оскільки такі матеріали можуть бути направлені в Україну тільки тоді, коли всі необхідні дії на території іноземної держави виконані і є вагомими докази причетності до вчиненого злочину громадян України, а також дані про те, що вони знаходяться в Україні, розслідування буде починатися зі встановлення місцезнаходження і затримання підозрюваних, особистого обшуку, допиту. Потім можливі допити потерпілих, свідків, що проживають на території України, обшуки за місцем проживання підозрюваних, пред'явлення їх для впізнання, очні ставки й інші слідчі дії.

Істотно ускладнює розслідування та обставина, що в цих ситуаціях усі винні особи чи їх частина перебувають за межами України. Стосовно цих осіб питання притягнення їх до кримінальної відповідальності та екстрадиції вирішуються на основі міжнародних договорів про надання правової допомоги (ст. 31 КПК України). Ці ж документи визначають і порядок проведення слідчих, інших дій на території іноземних держав.

Україна на законодавчому рівні ратифікувала європейські конвенції з питань кримінального судочинства про видачу правопорушників, передачі матеріалів кримінальної справи про відмивання, пошук, арешт і конфіскацію доходів, отриманих злочинним шляхом. Угоди про правову допомогу укладені із Грузією, Естонією, Канадою, Китаєм, Латвією, Литвою, Монголією, Молдовою, Польщею, США, Узбекистаном, а також з Алжиром, Кіпром, Угорщиною і Фінляндією [9]. Організація взаємодії з правоохоронними органами іноземних держав

в Україні регламентується Наказом МВС України № 600 від 31.08.95 р., відповідно до якого правова допомога в кримінальних справах надається з наступних питань: вручення документів; виконання окремих процесуальних дій; виклику свідків; арешту осіб, що підлягають видачі; екстрадиції осіб, що підлягають притягненню до кримінальної відповідальності, для відбуття покарання за вироком суду; конвоювання осіб у порядку екстрадиції; транзитного перевезення осіб, що перебувають під арештом; видачі предметів, що мають значення як речові докази.

Слід зазначити, що не з усіма державами Україною укладені подібні договори про надання правової допомоги. Відсутність міжнародної угоди між Україною й Ізраїлем про надання правової допомоги в кримінальному судочинстві була серйозною перешкодою при розслідуванні кримінальної справи, порушеної щодо членів організованої українсько-ізраїльської групи, що займалася торгівлею жінками з метою їхньої сексуальної експлуатації. У цій ситуації слідчий не мав правових основ для проведення ряду дій на території Ізраїлю, де мала місце подія злочину. Розслідування цієї справи зупинено. В іншому випадку, у Запоріжжі були затримані О. і Т., які пропонували роботу в барах Словенії, Югославії, у завербованих відбирали документи, примушували до занять проституцією. Жінки, що звернулися в консульство, були повернені в Україну. Через деякий час О. і Т. були звільнені з-під варті, запобіжний захід щодо них замінено на підписку про невиїзд, а справа зупинена, тому що на території України були виконані всі можливі слідчі дії, а для виконан-

ня слідчих дій в Югославії не було правових підстав.

Таким чином, відсутність ряду міжнародних договорів стосовно кримінального судочинства прирікає розслідування таких справ на неповноту, зупинення і навіть закриття.

Слідча практика свідчить, що часто жертви злочину не бажають давати показання про обставини злочину, відмовляються від раніше даних ними показань, боячись помсти з боку трафікерів. Так, кримінальна справа стосовно В. і К. за фактом вивозу в 1998 році в бари Сирії і Кіпру жителя Миколаєва з метою сексуальної експлуатації закрита за п. 2 ст. 6 КПК України, тому що усі громадянки в ході розслідування змінили первинні показання і стали заперечувати факти їхнього продажу і сексуальної експлуатації [10]. В ході допиту за кримінальною справою, порушеною стосовно Б. і А. за фактом вивозу в 2001-2002 роках у Республіку Польща жителів Херсонської області з метою використання їх у занятті жебрацтвом, одна з потерпілих відмовлялася від дачі показань, боячись помсти з боку родичів підозрюваних. Тільки завдяки зусиллям слідчого шляхом переконання і забезпечення безпеки потерпілої Г. були отримані необхідні докази провини осіб, що вчинили злочин.

Якщо небажання потерпілих давати показання, що перешкоджає розслідуванню кримінальної справи, викликане побоюваннями за своє життя, слідчий повинен вжити заходів щодо забезпечення їхньої безпеки, які визначені Законом України “Про забезпечення безпеки осіб, що беруть участь у кримінальному судочинстві”, введеним в дію 4 квітня 1994 року, і ст. 52²-52⁵ КПК України. Криміналісти

пропонують наступний перелік дій слідчого щодо забезпечення безпеки таких осіб: роз'яснення прав учасникам процесу з акцентуванням уваги на ст. 52²-52⁵ КПК України; перевірка приводів для забезпечення безпеки зазначених осіб; ухвалення рішення щодо забезпечення безпеки і вибір конкретних заходів; вжиття додаткових заходів, спрямованих на забезпечення безпеки осіб, що беруть участь у кримінальному судочинстві;

взаємодія слідчого з органами, що здійснюють заходи безпеки; організація проведення впізнання поза візуальним спостереженням [11].

Застосування даного комплексу дій при розслідуванні злочинів, пов'язаних з торгівлею людьми, дозволить повною мірою забезпечити безпеку потерпілих і свідків, що, у свою чергу, позитивно позначиться на допитах даних осіб, проведенні інших слідчих дій за їхньою участю.

Література

1. *Аверьянова Т.В., Белкин Р.С., Корухов Ю.Г., Россинская Е.Р.* Криминалистика. – М., 1999. – С. 501.
2. *Корнев С.А.* Криминалистика. Ч. 3: Методика. – Санкт-Петербург, 2000. – С. 9.
3. *Мешков В.М., Попов В.Л.* Оперативно-розыскная тактика и особенности легализации полученной информации в ходе предварительного следствия. Учебно-практическое пособие. – М., 1999. – С. 33.
4. *Григорук Н.* Не все то золото, что блестит // Человек и закон. – 2001. – № 8. – С. 56.
5. Закон Украины “Об оперативно-розыскной деятельности” // Право и практика. – 2001. – № 3. – С. 60.
6. Актуальные проблемы борьбы с преступлениями против личной свободы человека // Вестник Академии правовых наук Украины. – 2000. – № 2(25). – С. 95.
7. *Сотник Н.* Небо в клетку // Юридический вестник Украины. – 2002. – № 9. – С. 4.
8. Расследование похищения человека: методическое пособие. – М.: Приоритет, 2000. – С. 92.
9. Если женщина пропала без вести за границей: серия юридических материалов. – Киев, 2001.
10. *Сотник Н.* Небо в клетку // Юридический вестник Украины. – 2002. – № 9. – С. 4.
11. Сборник методических рекомендаций по вопросам раскрытия и расследования преступления следователями и оперативными работниками / Под ред. П.В. Коляды. – К., 2001. – С. 190.

*Рекомендовано кафедрою
кримінального процесу
та криміналістики ААУ*

***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
2. Конституційне право
3. Цивільне право і процес
4. Господарське право
5. Трудове право і соціальний захист
6. Земельне право; аграрне право; екологічне право
7. Адміністративне і фінансове право
8. Кримінальне право і кримінологія
9. Кримінальний процес і криміналістика
10. Судострій. Прокурорський нагляд
11. Адвокатура. Захист прав людини
12. Міжнародне право
13. Студентська наукова творчість
14. Рецензії
15. Наукова хроніка
16. Персоналії
17. Реклама
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 (прізвище і ініціали автора, посада, науковий ступінь (якщо є), вчене звання);.
- 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 алфавітному порядку в кінці тексту після слова “Література:”. 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 анотації російською та англійськими мовами. Викладення матеріалу в анотації повинно бути стислим і точним. Належить використовувати синтаксичні конструкції, притаманні мові ділових документів, уникати складних граматичних зворотів. Необхідно використовувати стандартизовану термінологію, уникати маловідомих термінів і символів.
- 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.

Автор .Ліб.
посада, науковий ступінь, вчене звання

НАЗВА СТАТТІ

Ключова термінологія, список ключових слів (не менше трьох, не більше десяти)

Основний виклад матеріалу [1, 13].

Література:

1. *Автор книжки. Найменування книжки. – Місто видання: Видавництво, Дата випуску. – Кількість сторінок с.*
2. *Автор статті. Найменування статті // Найменування журналу. – Рік видання. - № число. – С. зазначення сторінок, на яких розміщена стаття.*
3. *Найменування закону: вид нормативно-правового акту, дата прийняття, його номер // Місце офіційного опублікування.*

РЕЗЮМЕ (анотації)

- Російською мовою
- 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 файла 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:

- анотації двома мовами (див.п.3.6)
- 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)