

67. 9(4Укр)  
Д43

**АКТУАЛЬНІ ПРОБЛЕМИ  
ВДОСКОНАЛЕННЯ ЧИННОГО  
ЗАКОНОДАВСТВА УКРАЇНИ**

**ВИПУСК XI**



Івано-Франківськ - 2003

**МІНІСТЕРСТВО ОСВІТИ І НАУКИ  
УКРАЇНИ**

Прикарпатський університет  
імені Василя Стефаника

**АКТУАЛЬНІ ПРОБЛЕМИ  
ВДОСКОНАЛЕННЯ ЧИННОГО  
ЗАКОНОДАВСТВА УКРАЇНИ**

**ЗБІРНИК НАУКОВИХ СТАТЕЙ**

**ВИПУСК XI**



НБ ПНУС



770608

“Плай”

Івано-Франківськ - 2003

**ББК 67.9 (4 Укр.)**  
**A-43**

Актуальні проблеми вдосконалення чинного законодавства України. Збірник наукових статей. – 2003. – Випуск XI. – 264 с.

Actual Problems of the Improvement of the Ukrainian Legislation Force. The Book of scientific articles. – 2003. – Issue XI. – 264 p.

У збірнику досліджуються актуальні проблеми державного будівництва, питання теорії та історії держави і права, правової реформи в Україні, екології, боротьби зі злочинністю. Вносяться та обґрунтовуються пропозиції щодо удосконалення ряду інститутів конституційного, цивільного, кримінального та інших галузей права.

Для науковців, викладачів, аспірантів, студентів юридичних вузів та факультетів, юристів-практиків.

Actual problems in the field of the formation the Ukrainian state, questions of Theory and History of State and Law, Law reforms in Ukraine, Ecology, struggle with criminality are researched in this Book.

The propositions about the perfection of some institutions of constitutional, civil, criminal and other fields of law are submitted and analysed.

This Book is good for scientists, professors, post-graduate students, students of law departments, practicing lawyers.

**Редакційна колегія:** В.В.ЛУЦЬ – акад. АПрН, д-р юрид. наук, проф. (головний редактор); В.Д.БАСАЙ – д-р юрид. наук, проф. (заступник головного редактора); В.В.КОРОЛЬ – канд. юрид. наук, доц. (відповідальний секретар); М.В.КОСТИЦЬКИЙ – акад. АПрН, д-р юрид. наук, проф.; В.С.КУЛЬЧИЦЬКИЙ – чл.-кор. АПрН, д-р юрид. наук, проф.; В.К.ГРИЦУК – д-р юрид. наук, проф.; В.М.КОССАК – д-р юрид. наук, проф.; П.Л.ФРИС – канд. юрид. наук, проф.; Б.Й.ТИЩИК – канд. юрид. наук, проф.; М.І.ОСЛАВСЬКИЙ – канд. юрид. наук, доц.

Адреса редакційної колегії:  
76000, Івано-Франківськ, вул. Шевченка, 44а,  
Прикарпатський університет імені Василя Стефаника,  
Юридичний інститут.

Тел.: (0342) 55-24-89.

Тел. факс: (03422) 2-55-80

Регістраційне свідоцтво серія КВ №4150

© Видавництво "Плаї"  
Прикарпатського університету.

Видається з 1996.

## **ПИТАННЯ ТЕОРІЇ ТА ІСТОРІЇ ДЕРЖАВИ І ПРАВА**

**І.Ю. Настасяк**

### **ГАЛИЦЬКЕ ГУБЕРНСЬКЕ ПРАВЛІННЯ: ЙОГО СТРУКТУРА ТА ДІЯЛЬНІСТЬ**

Виборовши незалежність, Україна створила власну систему органів влади, беручи до уваги міжнародні норми, загальнодержавні інтереси та історичні традиції. З огляду на це вивчення історії становлення та розвитку окремих владних інститутів, що існували на території нашої країни, є цікавим як з дослідницької точки зору, так і з точки зору практичного використання історичного досвіду. Перебування Галичини під владою інших держав, зокрема Австрії, наклало свій відбиток на процес організації та діяльності місцевих органів влади, надало останнім певної специфіки. Вони створювались у централізованому порядку, за прикладом інших австрійських провінцій, але при цьому враховувалися також багаті місцеві традиції.

Всебічний аналіз становлення та розвитку органів влади в Галичині неможливий без вивчення архівних матеріалів, наукових праць вітчизняних та зарубіжних учених, в яких започатковано розв'язання даної проблеми.

Історико-правова наука ще не має у своєму розпорядженні достатньої кількості видань джерел, що стосуються державного ладу і права. Тим важливішим є детальне опрацювання тих документів, які нам доступні. З огляду на це, цікавим для дослідників є напівурядовий збірник юридичних норм, що публікувався у Львові і називався за прізвиськом друкаря "Піллеріана". Він виходив щорічно та містив найважливіші правові приписи, які видавала Галицька губернія.

Окремі відомості щодо організації та діяльності губернського правління в Галичині містяться у праці М.Тировича "Галичина від першого поділу до Весни Народів 1772-1849 рр.". У ній автор наводить фрагменти першоджерел, зокрема: періодики, спогадів очевидців, щоденників, офіційних видань австрійських властей.

Цікава інформація для вивчення означеної проблеми міститься у довіднику "Установи Західної України до возз'єднання її в єдиній Українській Радянській Соціалістичній державі", що вийшов з друку у видавництві Львівського університету в 1955 році. У ньому наведені дані про структуру та компетенцію центральних і місцевих органів влади, а також зазначені зміни, яких вони зазнали у різні періоди існування.

Суттєве значення для дослідження історії створення та діяльності Галицького губернського правління мають праці відомих польських

учених: В.Токажа “Галичина на початку йозефінської ери (у світлі урядової анкети 1783 року)” та С.Гродицького “Історія суспільно-політичного устрою Галичини 1772-1848”.

Метою даної статті є визначення місця та ролі Галицького губерньського правління в системі органів державної влади; дослідження його структури та компетенції; аналіз нормотворчої діяльності губернії; характеристика інституту губернатора та його значення для політичного та правового життя Галичини.

Після захоплення Австрією Галичини у 1772 році у Львові було створене губерньське правління. Губернії виникли на австрійських землях ще у 1748 році і на момент анексії Галичини вже були зміцнілими та перевіреними на практиці установами.

Галицьке губерньське правління було підпорядковане безпосередньо центральній владі у Відні. Ця влада часто змінювалась: до 1776 року вона здійснювалась Галицькою надвірною канцелярією, у 1776-1782 роках – Об’єднаною надвірною чесько-австрійською канцелярією. Згодом, до 1792 року, Об’єднаною надвірною палатою; у 1792-1797 роках – Дирекцією з фінансових та суспільно-політичних справ; з 1797 до 1802 року – знову Галицькою надвірною канцелярією і, нарешті, у 1802 – 1848 роках – Об’єднаною надвірною канцелярією [1, с.157].

Губерньське правління складалося з губернатора, президента чи віце-президента, придворних радників, губерніяльних радників та нижчого канцелярного персоналу. Очолював його губернатор, який був наділений досить широкими повноваженнями.

У 1772-1848 роках управління Галичиною здійснювали такі губернатори: Антон Перген (вересень 1772 р. – січень 1774 р.); Андрій Хадік (січень 1774 р. – червень 1774 р.); Хенрік Ауесперг (червень 1774 р. – червень 1780 р.); Йосиф Бригідо (червень 1780 р. – жовтень 1794 р.); Йосиф Шекели (листопад 1794 р. – липень 1795 р.); Ян Гайсрук (липень 1795 р. – січень 1801 р.); з лютого 1801 р. до серпня 1801 р. посада була вакантна, управління здійснював радник двору Йосиф Світ-Спорк; Йосиф Урменуї (вересень 1801 р. – червень 1806 р.); з липня 1806 р. до березня 1810 р. – вакансія посади, заступництво здійснював віце-президент Христіан Вурмсер; Петр Гоесс (березень 1810 р. – березень 1815 р.); квітень 1815 р. – липень 1815 р. – вакансія посади, заступництво здійснював радник двору Єжи Оехснер; серпень 1815 – вересень 1817 р. – вакансія посади, заступництво здійснював президент Франц Хауер. У лютому 1816 року губернатором був призначений князь Фердинанд Віртемберзький, проте він своїх обов’язків фактично не виконував. З вересня 1817 р. до листопада 1822 р. посаду губернатора Галичини обіймав Франц Хауер; з листопада

1822 р. до серпня 1826 р. – Людвіг Таафе; з серпня 1826 р. до вересня 1832 р. – Август Лобкович; з вересня 1832 р. до липня 1846 р. – архієпископ Фердинанд Карл д’Есте, котрий одночасно очолював збройні сили та носив титул генерал-губернатора; з липня 1846 р. до серпня 1847 р. посада була вакантна, заступництво здійснював президент Франц Крієг; з серпня 1847 р. до серпня 1848 р. губернатором був Франц Стадіон [2, с.20].

Спочатку губернатори Галичини не мали жодних конкретних інструкцій щодо виконання покладених на них обов’язків. Губернатор призначався і звільнявся лише імператором. Його діяльність підлягала суворому контролю з боку австрійського уряду. Щотижня він зобов’язаний був подавати до Відня детальні звіти про свою роботу у вигляді виписок з протоколів, якими називали рішення або відповідь на конкретне питання [1, с.156].

Одночасно зі зростанням значення губерньського правління як установи, що представляє вищу австрійську владу на місцях, посилювалась і влада самого губернатора. Інститут радників при губернаторові був, по суті, лише згадкою про колегіальну систему управління, оскільки їх “думка” не була обов’язковою [3, с.38]. Усі найбільш важливі питання він вирішував самостійно; радники, зазвичай, займалися другорядними справами.

Губернатор був незалежним від Галицького станового сейму. Більше того, згідно зі своєю посадою він був головою сейму і його виконавчого органу – Станового комітету. У 1783-1890 роках губернатор самостійно виконував функції Станового комітету.

Губерньське правління поділялося на департаменти, склад та функції яких підлягали постійним змінам. У 1793 році налічувалось 14 департаментів:

– перший займався відносинами з сусідніми державами щодо прикордонних і митних питань, загальними питаннями організації австрійської державної влади на території Галичини, створенням апарату управління, питаннями еміграції та паспортного режиму, справами про права дворянства, контролював діяльність адміністративних установ, вирішував господарські та канцелярські справи;

– другий відав військовими питаннями, а саме: дислокацією військ, постачанням їх боєприпасами та амуніцією, будівництвом казарм, облаштуванням складів, справами інвалідів австрійської армії, а також набором рекрутів і переписами населення;

– третій займався справами католицької та вірменської церков; призначав священників і вищих ієрархів, відав майновими справами церкви;

– четвертий мав те саме коло обов’язків, що і третій, але стосовно уніатської (греко-католицької) церкви;

- п'ятий здійснював контроль за школами, зокрема, виділяв субсидії польським та німецьким школам;
- шостий видав медико-санітарними питаннями;
- сьомий займався поліційною службою, охороною існуючих порядків та приватної власності. Він організував примусові роботи для безробітних і осіб, які не мали відповідної кваліфікації та місця проживання;
- восьмий керував магістратами міст Галичини (крім Львова) і контролював їх діяльність;
- дев'ятий видав справами православного і єврейського населення, розробляв положення і правила, що обмежували юридичні, майнові, національні і релігійні права осіб православного та іудейського віросповідання;
- десятий організував ведення інвентарів селянських повинностей, санкціонував нові податки, запроваджені поміщиками, тощо;
- одинадцятий видав промисловістю, сільським господарством, торгівлею, шляхами сполучення;
- дванадцятий здійснював судову розправу над організаторами революційного руху, займався атестацією поліцейських судів;
- тринадцятий займався податковими справами;
- чотирнадцятий видав державним майном, акцизами, гербовими зборами, а також вирішував питання надання допомоги працівникам гірської промисловості.

Департаменти діяли під керівництвом начальників, повноваження яких виконували старші за стажем та досвідом радники. Праця у департаментах становила лише підготовчі стадії, а остаточне рішення було за губернським правлінням, до складу якого входили всі начальники департаментів. Контроль за їх діяльністю здійснювала президія, роботу якої регулював урядовий декрет від 30 грудня 1806 року. До її складу входили: губернатор, придворні радники та директор губернського бюро, умовно віце-президент. Губернське бюро складалося з окремих дирекцій, а саме: губернської дирекції протоколів взаємозаліку, губернської дирекції реєстрації актів, губернської дирекції експедиції, групи службових перекладачів (звичайно двоє з польської мови, один з молдавської та один із російської) та ін. [1, с. 158].

Спочатку коло питань, якими займалось губернське правління, охоплювало всі адміністративно-поліцейські справи у сфері внутрішнього управління. Перша детальна інструкція, яка визначала його компетенцію, була видана лише у 1801 році. Згідно з її приписами, на губернське правління покладалась така обов'язки: виконувати доручення Надвірної Канцелярії та складати у зв'язку з цим відповідні звіти; “наглядати за релігією, звичаями, майном та безпекою підданих”, здійснювати

управління державним майном, стягувати податки, втілювати у життя закони та інші юридичні норми [3, с. 24].

Питання, які не були врегульовані законом, губернія сама не вирішувала, лише подавала щодо них мотивовані висновки до Надвірної Канцелярії, а та, у свою чергу, представляла їх імператору. Систематичне зібрання приписів, які регулювали питання управління Львівською губернією, було видане не у Відні, а опрацьоване у Львові та оголошене тут рескриптом від 22 грудня 1803 року [1, с. 157].

Віденський уряд намагався належним чином публікувати норми, щоб в усній чи письмовій формі вони могли бути доступними для найширших верств населення. Контроль за виконанням цього завдання був покладений на губернське правління. Тим часом уряд не визначив способу публікації юридичних норм, змушуючи місцеву владу керуватися звичаями, які існували у даній провінції чи краю. В Галичині, однак, не звернулися до польських традицій, а запровадили таку систему, яка відповідала імпортованому загарбником адміністративному апарату [3, с. 36].

Губернія, отримавши з Відня новий патент чи будь-яку іншу норму, була зобов'язана якомога швидше ввести її у дію. Якщо це була норма загальноавстрійського значення (що траплялося дуже рідко), то вона надходила до губернії вже у готовій до друку формі. Натомість норма місцевого значення надсилалася до губернії у письмовій формі, а там уже її друкували, зазвичай, двома мовами. Одночасно дану норму забезпечували відповідною виконавчою інструкцією: губернським декретом або губернською постановою.

Приписи, які стосувалися безпосередньо діяльності губернії, називали “нормаліями”, їх записували до зведень, що носили таку ж назву. Норми, що видавала сама губернія, називалися циркуляром, їх підписував губернатор та один із губернських радників. Крім того, губернія видавала ряд інших документів (*Avertissement* – сповіщення, *Nachricht* – повідомлення, *Kundmachung* – оголошення, *Ruf* – заклик) [1, с. 140]. У 1807 році вийшла постанова, згідно з якою губернія повинна була виконувати переклад документів, щоб усі тексти, які підлягають опублікуванню, надходили до округу не лише друкованими, але й, крім оригіналу німецькою мовою, були перекладені на мову місцевого населення. Якщо норма торкалася церковних справ, тоді губернія скеровувала її не округам, а безпосередньо єпископським куріям.

Юридичні приписи, що надходили з губернії до округу, повинні були одразу ж публікуватися. Для полегшення цього завдання округи ділилися на менші одиниці, секції чи райони, кожна з яких отримувала один екземпляр норми. Округ надсилав документ до першого з його

сторони магістрату чи домінії даної секції, звідки вже його пересилали далі від міста до міста. У великих містах магістрат вивішував тексти норм на міських брамах та дверях церков. Якщо хтось знищував такі сповіщення, він карався побиттям батогами або арештом терміном на тиждень, але якщо ставало відомо, що цей вчинок мав на меті зашкодити публікації норм та виконанню поставлених ними завдань, тоді покаранням був арешт терміном на 3 місяці. У селах їх оприлюднював приходський священик у присутності вїта та присяжного, а там, де не було парафії, це виконував учитель у громадській палаті. Деякі норми, так звані відозви, містили вказівку: “Переказати від одного до другого”, і населення переказувало її текст усно [4, с.73-74].

Отже, основний тягар щодо публікації юридичних приписів лягав на плечі магістратів та доміній, котрі не завжди могли її належним чином забезпечити. Галицькі старости скаржилися, що “домініальні службовці та священики відробляли цей обов’язок недбало, обмежуючись лише читанням тексту без пояснення його суті та без жодного патріотичного запалу” [3, с.95].

Губерніальна влада не охоплювала всіх колишніх польських земель, які опинилися під австрійським пануванням. Район Спижу, захоплений ще перед першим поділом Польщі, був приєднаний до Угорщини та становив там окрему одиницю (графство), підпорядковану Надвірній Угорській Канцелярії. Не підлягала їй також Австрійська Сілезія, тобто та частина Сілезії, котра залишилася за Австрією після пруссько-австрійських трактатів 1742-1763 років. Проте австрійський уряд не наважився на відокремлення давніх Королівств – Освенцимського та Заторського – від Галичини. Вони входили до складу велицького округу, а потім мисленицького та не були пов’язані адміністративно з рештою Сілезії [1, с.160].

Територія, зайнята у результаті третього поділу Польщі, також не підпорядковувалася Львівській губернії, лише у 1796 році була утворена окрема провінція під назвою Західна Галичина зі столицею у Кракові. Першим губернатором та організатором місцевої адміністрації став Ян Вацлав Маргелик – колишній референт Об’єднаної Надвірної Чесько-Австрійської канцелярії та близький соратник імператора Йосифа II, добре обізнаний з польською проблематикою. Його завдання було значно легшим, ніж у Пегена в 1772 році: він приступав до вже знайомої роботи, знав її специфіку.

Однак Маргелик повинен був впоратись з різними труднощами, найважчим з яких був той факт, що Краків, визначений як столиця нової провінції, знаходився на самій її окраїні, тому комунікаційні зв’язки з

рештою анексованих територій були дещо ускладнені. Маргелик, попри це, досить швидко ввів чіткіший поділ нової провінції на округи та організував їх адміністрацію. Однак 13 травня 1803 року Західна Галичина була приєднана до Львівської губернії і така ситуація проіснувала аж до кордонних змін 1809 року [5, с.150-151].

У 1786 році до Галичини приєднали Буковину, підпорядкувавши її галицькому губернському правлінню. Однак господарська, суспільна і релігійна специфіка цього гірського краю була дуже складна, чим перешкодила його повній асиміляції. У 1790 році Буковину від Галичини відокремили, але залишили її надалі під владою галицького губернатора.

У зв’язку з військовими та політичними подіями першої третини XIX століття в деяких районах Галичини виникали тимчасові управління, які наділялись на підпорядкованих їм територіях повноваженнями губернського правління. Так, з 24 травня до 1 червня 1809 року існували Тимчасові управління східних дистриктів Галичини в Станіславі і Чернівцях; з 21 липня до 26 грудня 1809 року – Тимчасове управління східною частиною округу; з 1 липня до 19 листопада 1813 року – Управління генерального крайового комісара у Львові; з 21 листопада 1809 року до 4 травня 1810 року – Управління верховного комісара Тернопільського і Заліщицького дистриктів; з 14 жовтня до 7 грудня 1812 року – Комісія при армії в Коломийському дистрикті; з 28 вересня до 25 жовтня 1831 року – Управління комісара при армії Перемишльського дистрикту [1, с.156].

Поза компетенцією галицького губернського правління, але за його прикладом функціонував цілий ряд відділів адміністрації, підлеглих окремим урядам. Тут, передусім, потрібно назвати “соляну адміністрацію”, яка створювала багато труднощів австрійській владі. Після анексії Галичини соляні джерела опинилися спочатку у віданні військового управління, потім підпорядковувались губернії, згодом була організована Галицька Соляна Дирекція для нагляду за продажем копальної та виварної солі [6, с.139-151]. Австрійський уряд відніс до скарбниці держави всі шляхетські землі, де були копальні чи соляні джерела [7, с.389-391], та поділив згодом останні на чотири управління по нагляду за соляною промисловістю: самбірське, дялятинське, надвірнянське та коломиїське. У 1843 році у Відні було створено Центральну Дирекцію Гірничої Справи з метою управління усім гірництвом, у тому числі і соляними копальнями. Як видно з вищесказаного, “соляній адміністрації” австрійський уряд приділяв велику увагу, але не завжди господарські цілі відповідали організаційним засобам їх досягнення.

Крім того, слід згадати окрему тютюнову адміністрацію, влада якої охоплювала німецькі та польські краї монархії [8, с.88-101], та утворену у

1788 році будівельну дирекцію. У 1810 році її розділили на три департаменти: Галицька місцева будівельна дирекція; Навігаційна будівельна дирекція, котра поділялася на секції, що відали окремими ріками; Галицька дирекція будівництва доріг, якій підпорядковувалися дорожні комісаріати. У 1837 році знову об'єднали ці три департаменти в один орган під назвою Об'єднана Галицька провінційна будівельна дирекція, спростивши при нагоді внутрішню організацію. З установ меншого значення слід згадати утворену у 1789 році комісію з продажу камеральних земель, цеховий уряд, монетну пробірну палату та санітарну владу [9, с.7-10].

Таким чином, губернське правління було основним органом, який впроваджував австрійську політику в Галичині практично в усіх галузях суспільного життя. Воно мало дуже розгалужену структуру, було наділене широкими повноваженнями, сильною владою, мало у своєму розпорядженні навіть військову силу, але в той же час перебувало під постійним контролем центрального уряду.

1. Grodziski St. Historia usroju spoleczno-politycznego Galicji 1772-1848. – Wrocław–Warszawa–Kraków–Gdansk, 1971. – 303 s.
2. Tyrowicz M. Galicja od pierwszego rozbioru do Wiosny Ludów 1778-1849. Wybór teksów źródlowych. – Kraków–Wrocław, 1956. – 335 s.
3. Tokarz W. Galicja w początkach ery Józefińskiej w świetle ankiety urzędowej z roku 1783. – Kraków, 1909. – 400 s.
4. Pilleriana. – 1791. – № LXV. – 186 s.
5. Pilleriana. – 1803. – № XXXII. – 302 s.
6. Pilleriana. – 1778. – № XIII. – 236 s.
7. Pilleriana. – 1786. – № XCI. – 527 s.
8. Pilleriana. – 1784. – № XXXIII. – 192 s.
9. Pilleriana. – 1798. – № VI. – 74 s.

I.Nastasyak

#### GALICIAN PROVINCE GOVERNMENT: ITS STRUCTURE AND ACTIVITY

On the basis of original sources' texts researches, scientific works of native and foreign scientists the article deals with the activity of Galician province government, its structure and authority. It is ascertained the place which it held in the government bodies hierarchy in Galicia during the period of Austrian rule. The limits of territory subject to province government were determined. The description of governor's institute and its role in political life of the country is given in detail. The analysis of normative deeds issued by province and of given juridical instructions implementation process is made.

I.O. Radibova

#### МАГДЕБУРЗЬКЕ ПРАВО: ДЕЯКІ РЕЛІГІЙНІ АСПЕКТИ ПРОБЛЕМИ

Проблематика Магдебурзького права є традиційною для української юридичної науки. Проте, незважаючи на наявність класичних досліджень В.Б.Антоновича, Д.І.Багалія, М.Ф.Владимирського-Буданова, І.М.Каманіна, П.П.Музиченка, А.І.Яковліва та деяких інших авторів, чимало аспектів цієї проблеми все ж не знайшло ще достатнього висвітлення у науковій літературі. Це стосується і питання про релігійні аспекти, які слід враховувати під час вивчення дії Магдебурзького права в містах України.

Важливими і малодослідженими є такі питання, як, по-перше, права, якими користувалося католицьке та православне населення після впровадження на українських землях феодального міського права, по-друге, роль церковнослужителів у розвитку міст та ін.

Стосовно першої проблеми зазначимо, що в особливо важкому становищі опинилась при нових міських порядках українська громада. Як зазначав М.С.Грушевський, Магдебурзьким правом користувались лише привілейовані колонії, куди входили німці і поляки, а українське населення позбавлялося громадянських прав і будь-якої участі в муніципальному управлінні. Магдебурзьке право було засноване за принципом віросповідання: до участі в громадському житті допускалися виключно християни; а оскільки за середньовічними поняттями християнином міг бути лише католик, то українське населення дуже часто не допускалося до участі в місцевому управлінні [1, с.143].

Таким чином, у привілейованому становищі знаходилося перш за все католицьке населення. Так, привілей 1356 р. на німецьке право, наданий місту Львову, та наступні королівські земельні, правові, економічні надання (привілей на право складу, проведення торгів, ярмарків, звільнення від мит та податків) й інші привілеї XIV–XV ст. адресувались насамперед привілейованій католицькій громаді, основу якої складали німецькі колоністи [3, с.5-6]. Українці на відміну від католиків частково користувалися загальноміськими привілеями. Такі права, як доступ до органів міського самоврядування та судочинства, залишалися недоступними для некатолицьких громадян Львова [5, с.193]. У привілеї від 1536 року, наданому Кременцю Сигизмундом I, говорилося, що в магістрат мали бути обрані лише католики [4, с.135-136].

Протягом тривалого часу українці перебували у скрутному становищі. Стосовно до українського населення нарівні з євреями зустрічаються навіть заборони права проживання поза дозволеними кварталами, публіч-



ного відправлення православного богослужіння та церковних церемоній [1, с.143]. Так, у Львові українська громада мешкала лише в одному кварталі міста – навколо вулиці Руської. Купівля нерухомих маєтків поза межами цієї вулиці заборонялася до кінця XV ст. Хоч українці підлягали тому ж Магдебурзькому праву та несли такі ж міські тягарі, як й інші міщани католицького віровизнання, однак з боку міської ради їм чинився ряд обмежень. Так, райці відсилали українців складати присягу в міській церкві, очевидно, не дозволяючи присягати у католицькому храмі. У міських судах не приймалися свідчення українців, а це, крім обмеження правового характеру, завдавало їм збитків у їх економічній діяльності [3, с.7].

У зв'язку з вищезазначеними проблемами королем Сигизмундом I було створено комісію, яка засідала у Львові. До її складу входили представники центральних органів влади та місцеві урядовці, які змусили обидві сторони піти на компроміс у вищевказаних суперечках. І хоча невдоволення у релігійній та правовій ділянках були частково розв'язані, однак протиріччя в економічній сфері вирішити не вдалося. Це стосувалося перш за все заборони купувати будинки поза вулицею Руською та приймати українців до ремісничих цехів. Також у Львові заборонялося українцям проводити основні у той час підприємницькі операції: шинкувати алкогольними напоями, продавати сукно вроздріб.

Лише в 1572 році Сигизмунд Август надав місту привілей, який вирішував більшість проблем релігійного, економічного та правового життя. Усі прерогативи, якими користувались польські міщани, стали повністю доступними й для українських міщан Львова.

Однак положення даного привілею не були втілені в життя, бо польська громада розгорнула боротьбу у королівських судах за відміну цього документа. Декретом від 21 червня 1578 р. король Стефан Баторій ліквідував усі положення привілею 1572 р., який так і не був введений у життя. Цитуючи Д.Зубрицького, М.Капраль зазначає, що грамота Сигизмунда Августа 1572 р., “здобута з великими труднощами, витратами та зусиллями, була знищена” [3, с.10].

Що стосується ролі служителів церкви у розвитку міста, зазначимо, що окремі міста мали прибуток завдяки впливовим власникам, єпископам, які користувалися привілеями, з яких мало користь і місто. Наприклад, Підгайці починають розвиватися як місто особливо в XVI ст. Велику роль тут зіграв єпископ Яків Бучацький, який був власником міста. Завдяки йому 15 травня 1519 р. король Зигмунд I надав місту привілей влаштувати “ін опхído Підгайче” річні ярмарки, які повинні були проводитися в день святого Олексі, тобто 17 липня [6]. Місто завдяки цьому привілею почало зростати, оскільки ставало промисловим і торговельним центром. Звичайно, єпископ Бучацький сам мав з того велику користь. Про це свід-

чить той факт, що через вісім місяців, а саме 15 січня 1520 р., король дозволив єпископу збирати з Підгайців греблеве по три динари від вола [2, с.117]. Тобто купці, які вели воли на продаж, у Підгайцях повинні були переходити через греблю біля замку. Саме тут вони зобов'язувалися платити греблеве.

Як правило, священнослужителі прирівнювалися до високопоставлених осіб, які наділялися широким колом прав та окремими пільгами. Так, у Тернополі після надання місту Магдебурзького права і до XVI ст. від усіх податків звільнялися: “священники, всі райці, бояри, люди замкові і гайдуки” [7, с.97].

Огляд першоджерел та спеціальної літератури дозволяє зробити такі висновки:

1. Правові взаємини між українським та католицьким населенням регулювалися польськими королями через надання привілеїв.
2. Завдяки привілеям про надання Магдебурзького права католицькі переселенці ставали привілейованою громадою.
3. Спроби українців домогтися політичного рівноправ'я з католицьким населенням виявилися невдалими.
4. Велике значення у розвитку міст відігравали служителі церкви, які прирівнювалися до високопоставлених осіб.

1. Грушевський М.С. Очерк истории украинского народа / Сост. и ист.-биограф. очерк Ф.П.Шевченко, В.А.Смолия, Примеч. В.М.Рычки, А.И.Гуржия. – К.: Льбидь, 1990.
2. Підгаєцька земля. Історично-мемуарний збірник / За ред. д-ра О.Яворського, І.Дубака, І.Керницького та ін. Наукове товариство ім. Шевченка. – Укр. архів. – Т. XXIV. – Головний комітет Підгаєчан. – Дітройт, 3 СА, 1980.
3. Привілеї національних громад міста Львова (XIV – XVIII ст.) / Упорядник М.Капраль, наук. ред. Я.Дашкевич, Р.Шуст. – Львів: МГКО “Документальна скарбниця Львова”; Львівський національний університет ім. І.Франка; Львівське відділення Інституту української археології та джерелознавства ім. М.Грушевського НАН України; Інститут сходознавства ім. А.Кримського НАН України.
4. Теодорович Н.И. История города Кременца. – 2-е изд. – Сьдлец.
5. Charewiczowa L. Ograniczenia gospodarcze nacyj schizmatyckich i zydow we Lwowie XV i XVI wieku // Kwartalnik Historyczny. – Lwow, 1925. – R. XXXIX. – Zesz 2.
6. Theodor Wierzbowski. Matricularum Regni Poloniae Summaria. – Vol IV.
7. Rocznik kolka naukowego Tarnopolskiego za rok 1893. – Tarnopol, 1894.

I.Radibova

#### THE MAGDEBURG LAW: SOME RELIGIOUS ASPECTS OF THE PROBLEM

In the article on the basis of the primary sources and special literature the religious aspects of implementation of the Magdeburg Law in the Ukrainian cities are described.



## ПРАВОВІ ДЖЕРЕЛА ФУНКЦІОНУВАННЯ МІСЦЕВОГО САМОВРЯДУВАННЯ В ЗАХІДНІЙ УКРАЇНІ (1918-1939)

Інститут самоврядування на Західній Україні в міжвоєнний період функціонував у процесі гострої боротьби, коли політично безправні верстви намагалися створювати органи управління на місцях, протиставляючи їх органам урядової адміністрації. Дана проблема є важливим аспектом вивчення історії державотворення територій, які сьогодні включені в склад України. Правовий статус органів, на які українцями Західної України покладались значні сподівання, досліджувався суто з історичної точки зору, а докладного історико-правового аналізу нормативно-правових актів у цій сфері не проводилось. Тому вважається доцільним вивчити саме правову сторону цього явища. Загальним рисам правового статусу самоврядних органів на Західній Україні у вказаний період приділяли увагу такі науковці, як В.Кульчицький, В.Калинович, Л.Присташ.

Метою дослідження є загальна характеристика та аналіз документів, що безпосередньо стосувалися даного питання. В дослідженні використано першоджерела, ті нормативно-правові акти, які становили основу вирішення проблеми статусу органів місцевого самоврядування на Волині в міжвоєнний період.

Після включення західноукраїнських земель у склад Польщі Галичина зберегла органи самоврядування, сформовані на підставі австрійського законодавства (де існувала триступенева структура: громадське, повітове і воєводське), а Волинь – сформовані на підставі російського законодавства (чотириступенева система: громада, волость, повіт, воєводство).

Розкриваючи правові засади діяльності органів місцевого самоврядування в Західній Україні після Першої світової війни, перш за все варто звернути увагу на положення польських конституцій [1]. Конституція Польщі 1921 року підпорядковувала місцеве самоврядування, місцевим органам урядової адміністрації, а закони, передбачені самою Конституцією, що мали більш детально врегулювати питання компетенції та діяльності місцевого самоврядування, так і не були прийняті. Винятком став закон “Про принципи загального воєводського самоврядування, зокрема, Львівського, Тернопільського і Станіславського воєводств” від 26 вересня 1922 року, який так і залишився нереалізованим.

Квітнева конституція 1935 року пішла по шляху обмеження ролі самоврядування в житті суспільства і перетворення його в придаток органів урядової адміністрації. Основний закон визначив роль самоврядування

як “здійснення завдань урядової адміністрації в галузі місцевих потреб” (ч.1 ст.75). Уся діяльність органів самоврядування відбувалася під пильним наглядом уряду.

Правовою базою для організації, виборів і функціонування органів місцевого самоврядування початково був ряд нормативно-правових актів, різних за змістом, часом і місцем видання, назвою, структурою, юридичною силою та суб'єктами, які видали ці акти. Характеризуючи правові підстави діяльності органів місцевого самоврядування, варто почати з актів, що закріпили статус громад як найнижчої ланки самоврядування.

На території Львівського, Станіславського і Тернопільського воєводств територіальне самоврядування в загальному організувалося на основі крайового галицького закону від 12.08.1866 р. з невеликими змінами, внесеними пізніше польською владою. Принцип австрійського самоврядування полягав не в залученні громадян до діяльності урядових органів, а в розмежуванні завдань і функцій державного управління і самоврядування. Громада була найнижчою адміністративною одиницею територіального самоврядування (село, присілок, хутір, місто і т.п.). Із сільських громад були виділені великі помістя. Правовий статус таких помість визначався законом від 12.08.1866 р. “Про помістя”. В таких помістях повноваження державної адміністрації виконували поміщик або його орендатор, які на території помістя мали компетенцію громадської ради і управління. Польський закон від 26.07.1919 року “Про об'єднання помість з громадами” [2] скасував помістя як окремі адміністративні одиниці на території Галичини і включив їх до складу громад.

На Волині і Поліссі владою Польщі була збережена російська система місцевого самоврядування, введена земською реформою 1864 року. Воно не було самостійним, а повністю підпорядковувалось царському апаратові чиновників. До часу встановлення східних кордонів Польщі території на сході (в тому числі Волинь) підпорядковувалися військовій владі. Законодавчу і виконавчу владу тут здійснювало Цивільне Управління Східних Земель на чолі з Генеральним Комісаром, тому цілком зрозуміло, що самоврядування на цих територіях врегульовувалось його розпорядженнями. Проте компетенцію Генерального Комісара за розпорядженням Ради міністрів Польщі від 17.11.1920 року було передано центральним органам влади, а Цивільне Управління Східних Земель ліквідувалось.

Сільське самоврядування на території Волині і Полісся існувало на двох рівнях – громадське та волосне. Правовою підставою функціонування громадського та волосного самоврядування було розпорядження Генерального Комісара Східних Земель “Про волосне самоврядування” від 26

Актуальні проблеми вдосконалення чинного законодавства України

вересня 1919 р. [3]. Сільську громаду на Волині становило кожне окреме село, селище, колонія, маєток, фільварок чи об'єднані спільно вищеназвані частки. Оскільки волосне самоврядування початково існувало лише на Волині, то вказане розпорядження Генерального Комісара Східних Земель було єдиним актом у даній сфері відносин.

До 1933 р. на західноукраїнських землях діяли також дві системи міського самоврядування. Міське самоврядування на Волині до 1933 року спиралось у першу чергу на розпорядження Генерального Комісара Східних Земель, видане 14.08.1919 р. [4]. Згідно з ним міська волость вважалась територіальною самоврядною одиницею і юридичною особою, а її членами – особи, котрі володіли нерухомістю та проживали не менше 3 місяців на території волості. Функції нормотворчого та наглядового органу у міських волостях виконувала міська рада. На засіданнях міської ради головував бургомістр чи його заступник. Однією з найважливіших інституцій самоврядування був магістрат, що реалізовував функції виконавчого органу.

Міські австрійські закони Галичини 1889 і 1896 рр. базувалися на громадському законі 1866 р. Основна різниця між містами, що керувалися законами 1889 і 1896 рр., полягала в структурі органів міського самоврядування. Всі міста мали міські ради, що обиралися цензовими куріальними (становими) виборами і були розпорядчими та контролюючими органами. Міські ради обирали зі свого складу міські правління (у більших містах – магістрат). Місто Львів було “статутним” і мало окрему організацію місцевого самоврядування, унормовану спеціальним законом від 14.08.1870 р.

Наступна група актів щодо місцевого самоврядування безпосередньо визначала правове функціонування повітового самоврядування. На Волині і Поліссі воно встановлювалось декретом Начальника держави “Про тимчасову повітову ординацію для території Польщі, що перебувала під російською окупацією” від 04.02.1919 року [5]. Тут уже з 1919 року цей рівень самоврядування був об'єднаним з органами загальної адміністрації і йому підпорядкованим. У повітах функції самоуправ здійснювали повітові союзи самоврядування.

Повітове самоврядування в Галичині врегульовувалось Законом Галицького сейму від 12.08.1866 року “Про повітову репрезентацію та повітову виборчу ординацію”. Органами повітового самоврядування в Галичині були повітові ради і повітові виділи.

Окрема група актів стосувалася місцевого самоврядування на рівні воєводства. Такий рівень самоврядування декларувався польськими конституціями 1921 і 1935 рр., а також згадуваним вище Законом про принципи загального воєводського самоврядування від 26.09.1922

року. Але реально на рівні воєводства діяли лише органи державної адміністрації.

У процесі зміни державного ладу в Польщі відбувалась подальша реорганізація самоврядування в напрямі все більшої його централізації і підпорядкування органам урядової адміністрації, повного усунення населення від контролю над діяльністю органів самоврядування. Цей етап законодавчого становлення інституту самоврядування на території міжвоєнної Польщі розпочинається із введенням у дію нового закону “Про часткову зміну устрою територіального самоврядування”, ухваленого сеймом 23 березня 1933 р. [6]. Закон уніфікував на всій території Речі Посполитої організм самоуправління і передбачав розширення щодо нього прав державної адміністрації. Між громадою і повітовим староством по всій території Польщі вводилась нова ланка адміністрації – волость з чисельним чиновницьким апаратом, який мав завдання проводити політику колонізації і денаціоналізації Західної України. Як вказувалось раніше, така ланка була попередньо лише на території, що раніше входила в склад Російської імперії. Вказаний закон став підставою для прийняття міністром внутрішніх справ Польщі ряду розпоряджень, спрямованих на створення механізму реалізації цього закону.

З правової точки зору процес становлення інституту самоврядування на Західній Україні у міжвоєнний період виразно поділявся на два етапи. Протягом першого етапу, тобто з 1919 до 1933 р., у краї працювали виборні органи самоврядування, які створювалися згідно з розпорядженнями Генерального Комісара Східних Земель, законів Галицького крайового сейму та актів, прийнятих польськими органами державної влади. Другий етап ознаменувався спробою об'єднати розрізнені системи місцевого самоврядування, існуючі на території Волині та Східної Галичини, шляхом прийняття єдиного акта у 1933 році.

Запропоноване дослідження є одним з аспектів комплексного вивчення статусу органів місцевого самоврядування на території Західної України у міжвоєнний період.

1. Konstytucje Rzeczypospolitej Polskiej. – Warszawa, 1997. – S. 265-289.
2. Закон “Про об'єднання помість з громадами” від 26.07.1919 // Збірник Законів Речі Посполитої. – № 67. – П. 403.
3. Розпорядження Генерального Комісара Східних Земель “Про волосне самоврядування” від 26.09.1919 р. // Збірник Центрального Управління Східних Земель. – № 21. – П. 215 від 16.10.1919 р.
4. Розпорядження Генерального Комісара Східних Земель “Про міське самоврядування” від 27.06.1919 р. // Зб. Ц.С.З. – № 7. – П. 46.
5. Декрет Начальника держави “Про тимчасову повітову ординацію” від 04.02.1919 року // Зб. Прав Польської Держави. – № 13. – П. 141.

6. Закон Речі Посполитої "Про часткову зміну устрою територіального самоврядування" від 23.03.1933 року // Зб.ЗРП. – 1933. – № 35. – П. 294.

О. Yukhymyuk

#### THE LEGAL BASIS OF FUNCTIONING OF SELF-GOVERNMENT IN THE WESTERN UKRAINE (1918-1939)

Two systems of self-government functioned after the World War I in the Western Ukraine that was a part of Poland. These systems were based on the different legal statements. In 1933 the law was adopted, which united these systems and subordinated self-government to the government bodies.

*В.Б. Ковальчук*

### ДО ПИТАННЯ ПРО ПРОТИРІЧЧЯ, ЩО ІСНУЮТЬ МІЖ ПРАВАМИ ЛЮДИНИ ТА ДЕМОКРАТІЄЮ

Незважаючи на те, що в останні роки поняття "права людини" та "демократія" були частково дискредитовані через спробу урядів окремих держав, які традиційно вважалися демократичними, нав'язувати як в середині країни, так і за її межами своє розуміння цих чеснот, вони залишаються панівними політико-правовими ідеалами. Режими, які нехтують правами та свободами своїх громадян і не враховують їх думку під час прийняття важливих політичних рішень, ризикують своєю національною та міжнародною легітимністю. Не заперечуючи важливих практичних та теоретичних зв'язків між правами людини та демократією, зосередимось на протиріччях, які існують між ними, та на шляхах їх подолання.

Впродовж багатьох століть між особистою свободою та громадською автономією існує напруженість або суперечність. Різні політичні теорії по-різному намагалися зняти цю напруженість і усунути суперечність. Республіканізм, що бере початки від Арістотеля і набуває свого остаточного завершення в політичній концепції Жан-Жака Руссо, віддавав перевагу публічній автономії громадян перед неполітичними свободами приватних осіб. Так, Руссо, який сформулював ідеальний архетип демократичної держави, вважав, що суспільний договір є засобом, за допомогою якого природні права людини трансформуються у громадянські права [5]. Натомість лібералізм, який бере свої початки в теорії Лока і набуває свого оформлення в цілісну концепцію лише в XIX ст., акцентує увагу на небезпеці тиранічної більшості, постулюючи перевагу прав людини над народним волевиявленням. У першому випадку права людини легітимуються через приналежність людини до певної політичної спільноти, в другому – самі ці права є легітимним захистом особистої свободи від посягань з боку суверенної волі народу, яка на практиці є волею лише кількісної більшості.

Ковальчук В.Б. До питання про протиріччя, що існують між правами людини та демократією

Одним з перших протиріччя між правами людини та демократією спробував розв'язати Кант. Він, зокрема, зазначав: "Законодавча влада може належати тільки спільній волі народу. Насправді, оскільки будь-яке право повинно виходити від неї, вона обов'язково повинна бути не в змозі чинити з ким-небудь не по праву. Однак якщо хтось приймає рішення відносно іншої особи, то завжди існує можливість, що він тим самим чинить з ним не по праву; натомість такої можливості ніколи не буває в рішеннях стосовно самого себе (*volenti non fit iniuria*). Отже, тільки узгоджена і об'єднана воля всіх у тому змісті, що кожен відносно всіх і всі відносно кожного приймають одні й ті ж рішення, відтак тільки всезагальним чином об'єднана воля народу може бути законодавчою" [2, с.234].

Найголовніше у роздумах Канта – це поєднання практичного розуму і суверенної волі, прав людини та демократії [6, с.35]. Для того, щоби розуму, який повинен дати обґрунтування легітимному пануванню, не потрібно було протиставляти себе суверенній волі народу, як це було у Лока, і щоби не виникало потреби обґрунтовувати існування прав людини ще у природному стані, законодавчій практиці відводиться важлива місія – узгодження і об'єднання волі окремих членів суспільства в спільну волю всього народу. Але оскільки спільна воля може проявлятися лише у формі всезагальних і абстрактних законів, то необхідно її формувати стосовно певних вимог. Одна з основних вимог зводиться до того, що спільна воля повинна виключати будь-які інтереси окремої особи чи групи осіб, які б не можна було узагальнити, і допускати лише такі вимоги, які будуть гарантувати всім рівну свободу. Відповідно до цієї концепції практика народного суверенітету одночасно забезпечує і права людини.

Кант запропонував ідеальну формулу згідно з якою всі громадяни держави повинні бути залучені до законотворення, а відтак законодавство має захищати свободу кожної особи зокрема. Більше того, особа має право не дотримуватися тих законів, у прийнятті яких вона не брала участі. Хоча концепція, яку запропонував Кант, була оптимальною в порівнянні з ідеями Лока та Руссо, вона все ж не дає відповідей на ряд важливих питань. Зокрема, постає питання про те, наскільки ефективною є процедура всенародної законотворчості. На практиці це дуже часто зводиться до делегування повноважень всього народу лише частині його представників у законодавчому органі, що нівелює саму ідею прямої демократії. Навіть припустивши, що парламент обрано демократичним шляхом, все одно це не гарантуватиме того, що він буде виражати волю всього народу, в кращому випадку це буде воля більшості. Однак легітимними є лише ті закони, які, захищаючи права більшості, не порушують фундаментальні права меншості.

Крім цього, процедура голосування, яка застосовується під час прийняття законів, не передбачає узгодження інтересів голосуючих в один спільний інтерес усього народу. В процесі голосування особа відстоює свої приватні інтереси, які можуть йти всупереч інтересам інших осіб, що в принципі не суперечить природі демократії, яка ніколи не буває одногосною. Тому завдання демократичної процедури прийняття важливих політичних чи правових рішень полягає не в тому, щоб надати їм одностайного схвалення, а в тому, щоб у процесі їх обговорення знайти компроміс між протилежними позиціями його учасників. Процедура голосування не дозволяє приймати такі компромісні рішення і тому їй повинно передувати всенародне обговорення спірних питань, які, при необхідності, на завершальній стадії можуть бути винесені на голосування. Саме на необхідності удосконалення процедури прийняття важливих політичних рішень наголошують сьогодні відомі німецькі вчені, представники комунікативної практичної філософії – Карл-Отто Апель та Юрген Габермас.

Протиріччя, які існують між правами людини та народним суверенітетом, на думку представників комунікативної філософії, можна подолати в процесі проходження раціональних дискурсів, на яких обговорюються найважливіші питання політичного та правового характеру всіма зацікавленими особами. Дискурс – це спосіб діалогічно-аргументативного обговорення спірних питань з метою досягнення універсального (тобто значущого для всіх, хто здатний до розумної аргументації) консенсусу. Досягнути його можна набагато швидше під час аргументованої дискусії чи переговорів, ніж шукаючи вирішення проблеми кожною особою зокрема. Переваги дискурсу в порівнянні з парламентським обговоренням спірних питань полягають у тому, що народом обрані депутати є обмежені в знанні реальної ситуації, а тому і в здатності її адекватно оцінити. Ні один з них не знає всього того, що знають інші, і не може зробити ті висновки, до яких можна прийти спільно в процесі всенародного обговорення. Дискурс – це форма комбінування інформації і розширення діапазону аргументів, за допомогою яких досягається компроміс у протистоянні конфліктуючих сторін. У ньому діє не принцип “волі до влади”, як у стратегічній дії, а принцип “волі до взаємності”, що є основою толерантності. Він є місцем формування розумної політичної волі.

Такі дискурси можуть відбуватися у різноманітних формах (парламентських дебатів, мітингів, зборів трудових колективів, наукових конференцій), на всіх рівнях (парламенту, місцевих рад, територіальної громади), з широкого кола питань (про зміну форми державного правління, про межі депутатського імунітету, про першочергові заходи покращення благоустрою міста). Проведення таких дискурсів може відбутися як за

ініціативою президента, так і громадян держави, позицію яких в організований спосіб повинні представляти перш за все політичні партії. Найголовніше, щоб у процесі обговорення спірних питань кожен з громадян став дійсним учасником такого дискурсу. Це, в свою чергу, означає, що, приймаючи колективне рішення, яке на завершальній стадії повинно бути законодавчо закріплене, необхідно дотримуватися основних прав та свобод людини.

Внутрішній зв'язок між правами людини та народним суверенітетом полягає в інституалізації правами людини комунікативних умов формування розумної політичної волі. Права людини покликанні гарантувати кожному рівні шанси в досягненні особистих життєвих намірів та забезпечувати надійний правовий захист. Без реалізації основних прав та свобод людини і зокрема без права на життя, власність, свободу (під останнім, зокрема, розуміється свобода дії) не існувало б умов участі громадян у практиці публічного самовизначення.

Права людини – це права, які має людина як жива істота і без яких вона не може існувати як особистість в сучасному суспільстві. Термін “права людини” набув особливої актуальності лише в другій половині ХХ ст., після прийняття Організацією Об'єднаних Націй Загальної декларації прав людини (грудень 1948 р.). Раніше ці права зазвичай називали “природними правами”. Так, відомий англійський філософ Джон Лок висловлював ідею про те, що з моменту народження кожна людина наділена природним правом на життя, власність і свободу. Ці права є “невідчужуваними” та “невід'ємними”, тобто такими, що не можуть бути відібрані у людини ні державою, ні іншою людиною [3, с.265]. Навіть сама людина не може від них відмовитися. Без втілення цих прав у життя неможливо реалізувати позитивні права – ті, що людина набула в процесі взаємодії з державою і які завжди об'єктивуються у вигляді закону.

З точки зору класичного лібералізму права людини розглядаються як міра свободи особи, яка забезпечує їй абсолютну незалежність у сфері тих дій, які безпосередньо стосуються тільки її самої, і надає можливість людині в межах цієї сфери “бути паном собі самому” і діяти в ній на свій власний розсуд. Концепт індивідуальної свободи посідає центральне місце в політичній філософії Джона Стюарта Міля й включає в себе: свободу думки та почуттів, свободу робити те, що ми хочемо, і приймати можливі наслідки – без жодних перешкод із боку собі подібних, свободу об'єднуватися з будь-якою метою, що не несе шкоду для інших [4, с.22]. Всі ці та інші наблизені до них свободи – абсолютно необхідна умова для розвитку та самореалізації особи і разом з тим бар'єр, який перешкоджає іншим індивідам та державній владі зазіхати на автономію людини.

Права людини – це всезагальна форма та міра свободи, яка є рівною для всіх учасників правового дискурсу незалежно від соціальних, майнових, релігійних, національних та інших відносин. Учасники такого дискурсу повинні бути наділені рівними правами, оскільки у протилежному випадку права одних (одного) будуть зростати за рахунок прав інших. Такий правовий егалітаризм вносить у громадське життя принцип формальності, який притаманний тільки правовому спілкуванню. Формальна рівність означає, що фактично різні категорії осіб є однаково рівні перед законом.

Права людини визначають міру, об'єм та кількість свободи учасників суспільних відносин. Вони забороняють діяти таким чином, щоби поведінка одних індивідів була спрямована на шкоду іншим, і тим самим встановлюють максимальну міру свободи. Це означає, що формально рівні учасники правового дискурсу наділені свободою у відносинах один з одним до тих пір, поки вони не призводять до загострення суспільних протиріч, які унеможливають подальше протікання вільного дискурсу. В зв'язку з цим права людини слід розглядати не лише як свободу дії індивіда, але й як обмеження свободи у певних діяннях задля досягнення інших благ. Вони встановлюють межі, поза якими індивідам заборонено свавільно приймати рішення. Так, наявність світлофорів на дорогах може розглядатися водіями як обмеження їх свободи, однак така незручність у пересуванні автотранспорту є цілком виправданою, бо вона уможливорює безпеку руху як пішоходів, так і водіїв. Право тим і відрізняється від свободи, що встановлює межі свободи, порушення яких перетворює свободу у свавілля.

Необхідно погодитися з тим, що людина від народження володіє природними правами, які є сферою особистого життя, в яку жодна більшість не уповноважена втручатися. Однак важливо, щоби всі члени спільноти визнавали існування цього права. Адже лише добра воля всього суспільства непорушно ставитися до основних прав людини є запорукою того, що вони набудуть свого реального змісту. Право на життя кожного з нас залежить від того, чи буде воно дотримане з боку інших осіб і чи не з'явиться у когось, в тому числі і у держави, за певних обставин, спокуса позбавити нас цього права.

Для того, щоб автономна особа могла реалізувати свої невід'ємні права, вона повинна володіти політичними правами, зокрема такими, як: свобода думки та слова, свобода асоціацій та зборів, свобода преси тощо. Наявність цих прав надає можливість особі, яка є носієм суб'єктивних прав, об'єднуватися в добровільні асоціації і у випадку необхідності ефективно захищати свої правові претензії. Такий колективний захист особистих прав є більш дійовим засобом впливу на нелегітимну владу, ніж розрізнені дії окремих осіб. У цілому особисті та публічні (грома-

дянські) права доповнюють одне одного, проте при цьому нормативний пріоритет є на боці особистих прав.

Внутрішній взаємозв'язок між правами людини та демократією полягає в тому, що, з одного боку, громадяни тільки тоді можуть використати свої громадянські права, коли будуть наділені особистими правами і свободами. Але вони тільки тоді можуть бути реалізовані, коли, як громадяни держави, зможуть гідно застосувати свої політичні права.

Політичний дискурс, як одна з форм безпосередньої демократії, є ефективним засобом подолання напруги між народним суверенітетом та правами людини. Лише в процесі дискусії та обговорення спірних питань можна прийти до спільного рішення, яке б влаштувало якщо не всіх, то принаймні переважну більшість громадян, які зацікавлені в його прийнятті. Відтак, політичний дискурс не застрахований від того, що буде виражати інтереси більшості. Адже в будь-якій спільноті є група людей, яка з тих чи інших причин не погоджується з волею більшості (анархісти, злочинці, психічнохворі особи). Завданням громадянського дискурсу є не лише сформувати волю більшості, але й в якомога меншій мірі обмежувати волю меншості. В будь-якому випадку право більшості не може порушувати мінімальну свободу людей, які формують меншість.

Однак не слід вважати, що воля більшості завжди є легітимною. Дуже часто рішення, яке приймається більшістю громадян, є несправедливе стосовно меншості. Така ситуація часто трапляється тоді, коли рішення більшості стає істиною в останній інстанції і коли більшість наділена всією повнотою влади. Від такої небезпеки застерігав Франсуа Гізо, який, зокрема, писав: “Може так трапитися, що на більшість буде покладено остаточну владу; однак остаточна влада не може бути легітимною лише на тій підставі, що вона є остаточною; навпаки, саме остаточній владі і слід відмовити в суверенітеті по праву, оскільки він тільки і може її узурпувати” [1, с.576-577]. Питання легітимності повинно бути завжди відкритим, щоб жодна сила, яка спирається на більшість, не могла автоматично набути переваги в питанні владарювання. Влада більшості є легітимною лише у тому випадку, якщо її такою вважає меншість.

Питання легітимності влади може бути вирішене в процесі прийняття політичного рішення шляхом вільного громадянського дискурсу, на основі якого меншість хоча б умовно погоджується з волею більшості, але з умовою, що дане рішення залишається відкритим для перегляду, якщо меншість повніше представить свої аргументи і збере необхідну кількість голосів громадян, які підтримують її. Щоб меншість тимчасово підкорилася волі більшості, від неї не можна вимагати відмови від її (можливо, навіть і краших) переконань. Їй слід лише почекати, поки у вільній публічній

конкуренції думок вона зможе переконати більшість, щоб заручитися її підтримкою.

Завданням будь-якого демократичного режиму є забезпечення проходження вільного політичного дискурсу, на основі якого буде вироблена політична воля, якщо не всіх громадян, то, принаймні, більшості, яка не суперечитиме фундаментальним правам та свободам меншості. Відтак, чим більше політичний режим наближений до демократичного, тим менше відчутні протиріччя між народним суверенітетом та правами людини, а також між правами більшості та меншості. Демократія повинна сприяти досягненню найважливішої мети – створенню справжніх правозахисних режимів.

1. Гизо Франсуа. Политическая философия: о суверенитете // Классический французский либерализм. – М., 2000.
2. Кант Иммануил. Метафизические начала учения о праве / Сочинения в шести томах. – М., 1965. – Т.4. – Ч.2.
3. Локк Дж. Два трактата о правлении / Сочинения в 3 т. – М., 1988. – Т.3.
4. Міл Джон Стюарт. Про свободу. – К., 2001.
5. Руссо Жан-Жак. Об общественном договоре, или Принципы политического права / Политические сочинения. Трактаты. – К., 2000.
6. Хабермас Ю. Демократия. Разум. Нравственность. Московские лекции и интервью. – М., 1995.

V.Kovalchuk

#### TOWARD THE QUESTION ABOUT CONTRADICTIONS BETWEEN HUMAN RIGHTS AND DEMOCRACY

The author analyzes the contradictions between human rights and democracy. The special attention is paid to possible ways of their solving.

*Р.С. Мартинюк*

#### ДЕРЖАВНА ВЛАДА ТА ГРОМАДЯНСЬКЕ СУСПІЛЬСТВО В СУЧАСНІЙ УКРАЇНІ: ПОЛІТИКО-ПРАВОВИЙ АСПЕКТ

Розгляд найважливіших передумов, що визначають особливості становлення демократичної політичної системи в Україні, потребує одночасного звернення до вивчення принципів формування і функціонування не тільки головного елемента політичної системи – інституту держави та процесів формування і функціонування політичної влади в суспільстві (з якими іноді навіть ототожнюють саме поняття “політична система суспільства”) [1, с.254], але й її іншої важливої складової – громадянського суспільства. Такий підхід обумовлений тезою, яка визначає сучасну правову державність як інститут вторинний, похідний від громадянського суспільства, як

відповідну форму його самореалізації та буття [2, с.52]. У вигляді форми суспільства держава виступає одночасно структурою і механізмом суспільного самоуправління. Інакше кажучи, держава є публічно і легально (нормативно виражена) організована владна сила суспільства [3, с.42, 43].

Формування громадянського суспільства в західноєвропейських країнах відбувалось еволюційно, протягом кількох століть. Це був складний процес не тільки економічної, соціальної і політичної, але й соціокультурної, духовної та морально-етичної трансформацій [1, с.46]. Між тим більш стрімкі, “форсовані” темпи становлення громадянського суспільства в Україні потребують швидкого зміцнення державності. Адже суспільство не може бути “громадянським” до тих пір, доки воно не керується політично під наглядом держави. Лише верховна публічна влада – конституційна держава може ефективно справлятися з можливими аномаліями його розвитку і забезпечувати рівний захист усіх суспільних інтересів [4, с.87].

Більше того, в умовах правової держави державна влада стає найважливішим інструментом, за допомогою якого громадянське суспільство забезпечує оптимальні умови для свого саморозвитку [5, с.44]. В такому контексті держава виступає як публічно-владний інститут, що керує громадянським суспільством у цілому і покликаний діяти у всезагальних інтересах.

З вищевказаної позиції розгляд двох основних моделей співвідношення громадянського суспільства і держави – класичної ліберальної та неоліберальної, дає змогу сформулювати ряд загальних висновків. Класична ліберальна концепція мінімальної держави – “нічного сторожа” передбачає відсторонення держави від здійснення активних координуючих соціальних функцій, вбачаючи в механізмах саморегулювання громадянського суспільства найефективніший засіб задоволення суспільних потреб [6, с.56, 59, 99]. Однак політичний розвиток західноєвропейських суспільств ХХ ст. переконливо засвідчив, що утвердження монопольних структур у виробничій сфері виявилось силою, яка руйнує громадянське суспільство та знищує притаманні йому механізми саморегуляції. Обмеження державного начала в суспільному житті автоматично призводить до намагання окремих домінуючих суспільних сил придушити механізми саморегуляції громадянського суспільства, використовуючи з цією метою державні інститути. Ця закономірність підтверджується і особливостями розвитку державності в сучасній Україні. Неконтрольована матеріальна диференціація суспільства зумовила вихід на політичну арену тих окремих груп, які, скориставшись політичною ситуацією, незаконно сформували свій капітал і з метою закріплення свого соціального положення вдаються до спроб поєднати власність і владу, а часто – злочинність і владу [7, с.648].

Сучасна ж держава не ослаблює, а, навпаки, посилює свою економічну функцію, яка полягає у створенні організаційно-правових передумов, необхідних для упорядкованої та ефективної економічної діяльності суспільства [3, с.50].

Вимоги сучасного демократичного державотворення в Україні об'єктивно потребують відповідного демократичного варіанта державного втручання у сферу громадянського суспільства з метою коригування його розвитку [9, с.17] в правовому напрямку. Така форма обмеженого державного інтвенціонізму частково знаходила втілення в теорії і практиці “держави загального добробуту”. В даному випадку мова йде про такий варіант етатизму, за якого параметри і межі державного втручання визначаються потребами самого громадянського суспільства, а точніше, більшістю його суб'єктів. Водночас таке державне втручання повинно бути спрямоване на прискорене формування тих механізмів саморегулювання громадянського суспільства, які ще недостатньо розвинені чи були зруйновані радянською тоталітарною системою.

Держава не повинна при цьому заважати реалізації приватних інтересів, що конкурують у сфері громадянського суспільства. В сучасній демократичній правовій державі окрема людина, її права і свободи визнаються вищою цінністю і за загальним правилом мають пріоритет стосовно загальних, або державних, інтересів. Зазначеному принципу відповідає формулювання ст.3 Основного Закону України: “Людина, її життя і здоров'я, честь і гідність, недоторканість і безпека визнаються в Україні найвищою соціальною цінністю. Права і свободи людини та їх гарантії визначають зміст і спрямованість діяльності держави. Держава відповідає перед людиною за свою діяльність. Утвердження і забезпечення прав і свобод людини є головним обов'язком держави” [10]. Однак у конкретних випадках колізії інтересів особи і загальних інтересів можуть розв'язуватись і на користь останніх. Приватний інтерес (як індивідуальний, так і колективний) потребує не лише захисту з боку держави і суспільства, але й забезпечення його суспільної спрямованості і соціальної відповідальності [11, с.33]. Прикладом такого підходу можуть слугувати, зокрема, положення абз.3 ст.13 Основного Закону про те, що “Власність зобов'язує. Власність не повинна використовуватись на шкоду людині і суспільству”, абз.5 ст.41: “Примусове відчуження об'єктів права приватної власності може бути застосоване лише як виняток з мотивів суспільної необхідності...”, абз. 7: “Використання власності не може завдавати шкоди... інтересам суспільства...”. В цілому норми Конституції повинні забезпечити оптимальне співвідношення держави і громадянського суспільства [12, с.12].

Державу як публічно-владний інститут можна розглядати в якості керуючої системи стосовно громадянського суспільства як системи керованої. Разом із тим громадянське суспільство – це саморегулююча соціальна система, що детермінує державу [13, с.214]. Саме від громадянського суспільства залежать сутнісні і системоутворюючі характеристики політичної підсистеми. Отже, громадянське суспільство – це система, яка саморозвивається і саморегулюється. Цілеспрямований розвиток суспільства досягається без втручання держави як політичної владної сили. В цьому відношенні воно має власні внутрішні джерела саморозвитку, незалежні від держави. Громадянське суспільство саморегулюється, зокрема, так, що само формує для себе керуючу систему, задає параметри і межі державного втручання і визначає функції держави [14, с.629]. Останні завжди є об'єктивно обумовленими суспільними потребами, волею народу, яка виражається певними структурами громадянського суспільства і опосередковується та юридично оформляється державою [15, с.9].

Відокремлення держави від суспільства та їх розмежування відображаються у розрізненні структур, принципів організації та побудови цих інститутів. Інститут держави організований як керована єдиним центром вертикальна система, ієрархія державних органів та посадових осіб, зв'язаних відносинами підпорядкування та державної дисципліни. Імперативні норми публічного права, що регламентують порядок організації та діяльності механізму державної влади, визначають чіткі завдання, цілі і функції його складових. Завдання визначати цілі належить лише організації. Тому такі норми цілком зайві в рамках спонтанного порядку, притаманного громадянському суспільству, де кожен реалізує свої власні інтереси та знаходить індивідуальні форми взаємозв'язку та взаємодії з іншими суб'єктами [16, с.83]. На відміну від держави громадянське суспільство являє собою горизонтальну систему різноманітних зв'язків і відносин громадян, їх об'єднань, союзів, колективів, які базуються на рівності та особистій ініціативі. Постійне завдання і головне призначення держави – охорона суспільства і координація його розвитку [17, с.344] з метою попередження появи тенденцій і спрямувань соціальної практики громадян у відповідних сферах суспільного життя, зорієнтованих на порушення усталеного балансу їхнього функціонування і створення об'єктивних передумов появи диктаторського режиму [18, с.30]. Тому конституційне регулювання питань взаємодії громадянського суспільства та держави в умовах становлення української державності відповідно до вимог європейського конституційного розвитку набуває особливої значущості. І роль Конституції в цьому аспекті важко переоцінити [19, с.273].



Один із найбільш відомих прибічників державного мінімалізму в сфері виробництва і розподілу матеріальних благ А.Ф.Хайск вказував, що досягнення соціальної справедливості неможливе без відповідної системи законодавства; законодавство повинно бути спеціально сконструйованим для охорони і розвитку конкуренції [20, с.132, 133], з тим щоб нормативно визначити і гарантувати дотримання “універсальних правил належної поведінки”, за якими функціонуватиме громадянське суспільство. Таке законодавство повинно намагатися “так обмежити індивідуальні дії, щоб вони в результаті слугували загальним інтересам” [21, с.105], забезпечити всім рівні і максимальні шанси. Твердження Хайєка про те, що ефективне ринкове регулювання вимагає свідомої розробки системи конституційного законодавства, є найважливішим вкладом представника континентальної Європи в теорію економічного лібералізму. Саме це положення лежить в основі неоліберальної ідеї “соціальної ринкової економіки”, яке справило вплив на становлення Європейського співтовариства [22, с.107]. Для конституційної теорії і практики важливо визначитися з поняттям “громадянське суспільство” саме у тісному взаємозв’язку з інститутом державної влади та завданням забезпечення прав особистості.

Політичний сенс громадянського суспільства полягає в тому, що громадськість країни, самоототожнюючи себе з домінуючим фактором політичного розвитку держави й усвідомлюючи свою установчу зверхність над останньою, примушує державну владу в головних аспектах внутрішньої та зовнішньої політики орієнтуватися на суспільний інтерес. Забезпечити таку сутнісну передумову демократичної державності громадськість може за допомогою певних засобів, найголовнішими серед яких є засоби юридичні – нормативно визначені громадянські права [23, с.78].

Взаємозв’язок громадянського суспільства і держави проявляється в тому, що чим більш розвинене громадянське суспільство, тим менш помітною є роль держави. Тому нерозвиненість громадянського суспільства зумовлює надмірне посилення держави, котра поглинає суспільство. Становлення громадянського суспільства безпосередньо залежить від міри розвиненості правових відносин, дієвості механізму суспільного контролю за державно-владними структурами [24, с.90]. Важливо, щоб державні органи знаходилися в полі зору недержавних структур, а останні, в свою чергу, узгоджували свої дії з вимогами Конституції та законів України. Тому в сучасних умовах становлення демократичної державності в Україні особливої актуальності набуває проблема подолання відчуження держави від суспільства, посилення їх узгодженої діяльності [25, с.327]. Саме така система взаємовідносин держави зі структурами громадянського суспіль-

ства забезпечує стабільність суспільства і держави, демократичний вектор розвитку останньої. В цьому аспекті міра розвитку структур громадянського суспільства може слугувати показником звільнення української державності від ознак авторитаризму. Правова державність – це водночас і результат розвитку громадянського суспільства і умова його подальшого вдосконалення. Саме у формуванні та становленні громадянського суспільства в Україні слід вбачати одну з найважливіших передумов побудови правової демократичної держави. На це повинен бути спрямований зміст конституційно-правової нормотворчості, насамперед – Основного Закону України. Чим різноманітніші й розвиненіші інститути громадянського суспільства, чим більш воно структуроване, тим помітніший його вплив на формування політичної влади, багатші можливості контролю за її діяльністю. Громадянське суспільство і правова держава взаємообумовлюють одне одного. Тому побудова в Україні правової державності можлива лише за умови формування повноцінного громадянського суспільства.

Розвинене громадянське суспільство логічно передбачає такі мінімальні характеристики державності, як реалізація принципу народного суверенітету (установчої влади народу), демократичний державний режим та легітимний характер державної влади, політичний та ідеологічний плюралізм, розподіл і взаємодія влад у контексті системи стримувань і противаг, верховенство права та верховенство закону, визнання і захист основних прав особи, невтручання держави у сферу приватного життя індивідів, їх взаємні зобов’язання та відповідальність тощо.

Держава також справляє вплив на громадянське суспільство, його структури. Однак особливість двостороннього взаємозв’язку держави і громадянського суспільства полягає в тому, що визначальним є зворотний зв’язок від суспільства. Саме воно формує державу, її інститути, спрямовує і контролює її діяльність [26, с.29]. Діяльність суспільних формувань України, насамперед політичних партій, безпосередньо зв’язана і перетинається з функціонуванням владних структур. Показовим є саме нормативне визначення політичної партії як “об’єднання громадян – прихильників певної загальнонаціональної програми суспільного розвитку, які мають головною метою участь у виробленні державної політики, формуванні органів влади, місцевого та регіонального самоврядування та представництва в їх складі” [27, с.505].

Закріплення в конституційних нормах положення основ громадянського суспільства юридично забезпечує його незалежність від держави, встановлює гарантії від незаконного втручання в справи суспільства, визначає форми і межі державного впливу на соціальні процеси. У цьому знаходить відображення значна політична цінність норм Конституції: в

Актуальні проблеми вдосконалення чинного законодавства України

умовах становлення демократичної державності суттєво зростає роль саме обмежувальної функції Конституції [19, с.292]. Тому дискусійним є питання про доцільність відмови від нормативної регламентації основ взаємодії громадянського суспільства та держави на рівні Основного Закону, що було передбачено, зокрема, першим конституційним Проектом у редакції від 1 липня 1992 р. [28, с.136]. При цьому необхідно визнати, що хоча конституційно-правові норми прямо або опосередковано вчиняють регулятивний вплив на інші, “недержавні” відносини владарювання, а також регламентують деякі питання організації і діяльності інших (ніж держава) елементів політичної системи, в цілому явище конституціоналізму кореспондоване державі та її інститутам [29, с.19] і є режимом, в якому функціонують останні [30, с.25]. Тому конституційна регламентація принципів функціонування громадянського суспільства може бути здійснена лише в негативний спосіб: через покладання відповідних обмежень та зобов’язань на державу в контексті її взаємодії з громадянським суспільством. Водночас слід наголосити, що визначення Конституції України і формування її змісту як Основного Закону держави в жодній мірі не означає одержавлення суспільного життя або прагнення до цього. Навпаки, зорієнтованість нормативно-регулюючої ролі Конституції у суспільстві насамперед на державу засвідчує намір розвиватися у напрямі до сформування реального громадянського суспільства. Відповідно до такого підходу громадянське суспільство функціонує за загальноправовим дозвільним принципом, що має стимулюючий характер: “дозволено все, що не заборонено законом” [31, с.27]. Стосовно ж держави, органів державної влади та органів місцевого самоврядування, то їх посадові особи повинні діяти лише на підставі, в межах повноважень та у спосіб, як передбачено Конституцією та чинними законами України (ч.2 ст. 19 Конституції України). Такий характер компетенції органів державної влади обумовлений самою суттю правової держави і притаманним їй принципом верховенства права: право повинно домінувати над владою, не допускати можливого свавілля з боку останньої, забезпечувати можливість контролю з боку громадянського суспільства за державною діяльністю. В такому випадку повинен діяти інший принцип (обмежувального характеру): “дозволено лише те, що прямо передбачено законом”. Саме на підставі цього основоположного принципу має визначатись публічно-правове регулювання, зокрема, сфера публічно-владних відносин. Відповідно до вказаного принципу органам законодавчої, виконавчої і судової влади дозволяються лише такі дії, які безпосередньо передбачені законом, що визначає їх статус і компетенцію. Навіть приписуючи законодавчі заборони, держава може здійснювати лише такі обмеження суб’єктивних прав громадян, метою

яких є сприяння забезпеченню інтересів суспільства в цілому і, що особливо важливо, які визначені лише законом [32, с.16].

Якщо визначити два “крайніх” варіанти співвідношення інститутів державної влади та громадянського суспільства, то один із них полягає в тому, що держава не просто відокремлюється, “відривається” від громадянського суспільства, а й активно протидіє йому, цілком підпорядковуючи його собі, перетворює на засіб задоволення власних бюрократично-корпоративних інтересів. Одержавлення не тільки власності, але й всього громадянського суспільства, яке поглинається державою, неминуче призводить до згорання сфери свободи, відчуження особистості не тільки від власності, але й від влади [33, с.4]. Можливість подібних відносин корениться принаймні у двох властивостях будь-якої держави. По-перше, держава, формально виступаючи офіційним представником усього суспільства, насправді виражає і здійснює передусім інтереси домінуючої (найвпливовішої у політичній, економічній чи ідеологічній сферах) частини населення [34, с.35].

Власне за допомогою держави відповідна соціальна група знаходить можливість якісно посилити свій вплив на інші суспільні прошарки і суспільство в цілому. По-друге, будь-яка держава є організацією відносно самостійною – навіть щодо тієї частини суспільства, інтереси якої вона представляє й намагається здійснювати насамперед. Саме з цієї причини внутрішні, власні інтереси держави (а точніше – корпоративні інтереси державних службовців, особливо їх вищого прошарку) здатні провокувати змішання держави на громадянське суспільство.

Полярно протилежний наведеному варіант співвідношення держави і громадянського суспільства полягає в тому, що останнє немовби “поглинає” державу, відсторонюючи її від вирішення владно-управлінських завдань, які обумовлюють її соціальне призначення. У такому випадку держава стає соціально й політично безсилою, втрачає здатність виконувати ряд своїх основних функцій [35, с.29]. “Розчиняючись” у соціальному середовищі, держава існує номінально, фактично суспільством керує, здійснює політичну владу певна наддержавна, позадержавна група. Хоча за формою описаний варіант протилежний попередньому, за соціальною суттю вони дуже близькі як різновиди тоталітаризованого політичного режиму. Різниця полягає лише в тому, що в останньому випадку вже не держава виступає безпосереднім носієм і реалізатором диктатури, яка є, проте, шкідливим наслідком неспроможності держави виконувати свою соціальну функцію.

Наведені “крайні” варіанти співвідношення громадянського суспільства і держави тотожні у тому, що вони є в рівній мірі несумісними з вимогами дотримання прав людини. З точки зору потреб формування

правової державності оптимальним може вважатися лише певне поєднання, баланс цих двох начал. Дана вимога формально забезпечується тим, що всі члени громадянського суспільства беруть, згідно з Конституцією, участь у формуванні державних органів, зберігають і використовують після цього конституційні засоби впливу на їхню діяльність.

Однак попри визнання підпорядкованої, обслуговуючої ролі держави стосовно громадянського суспільства в посттоталітарному українському суспільстві, де відсутня відповідна соціальна сила, “середній клас”, який би забезпечив достатню підтримку визначеному Основним Законом напрямові демократичних перетворень, зробив би їх процесом неполітичного саморозвитку, кардинальні зміни у всіх сферах життєдіяльності суспільства можливі лише “зверху”, за активної підтримки держави. Не вдаючись до політичних і юридичних засобів державно-владного впливу, швидке формування розвинутого громадянського суспільства в Україні, по суті, неможливе [36, с. 18].

Лише в розвиненому громадянському суспільстві виникає необхідність у конституційній державі, яка не тільки формально визнає, а й реально забезпечує права і свободи людини та громадянина, створює відповідні інститути, зорієнтовані на демократичний розвиток державності [37, с. 10]. Одним з найважливіших завдань такої держави є забезпечення громадянам реальної можливості самостійної політичної творчості, можливості вільного вибору такої моделі суспільних відносин, яку обирає більшість. Саме така держава стає реальною формою буття громадянського суспільства.

За таких умов легітимації державної влади всі учасники громадянського суспільства вважають державну владу результатом свого спільного волевиявлення, а отже – своєрідною владою свого власного об'єднання. Вони цілком свідомо й добровільно підпорядковуються державі, дотримуються встановлених нею загальнообов'язкових правил поведінки (юридичних норм), зокрема у випадку, коли останні спрямовані на утвердження й захист прав людини. При цьому необхідно зазначити, що надмірний етатизм може бути подоланий лише при наявності сильного, життєздатного громадянського суспільства, в якому домінують не політичні лідери, групи осіб, політичні партії, а Закон. Сказане передбачає, що органи державної влади, спираючись на конституційні норми, не тільки можуть, але й зобов'язані стримувати антисоціальну спрямованість окремих структур громадянського суспільства. Звідси також випливає, що сучасна демократична державність, яку належить побудувати в Україні, повинна являти собою розумне поєднання начал влади та свободи [38, с. 56]. Обмеження державного начала в суспільному житті в жодному

випадку не повинно унеможливлювати виконання державою притаманних їй завдань і функцій. Існуючі в Україні реалії навпаки обумовлюють об'єктивну необхідність посилення ролі органів державної влади в наведенні порядку, в забезпеченні прав та свобод особистості, визначають провідну роль саме держави в створенні необхідних передумов для формування розвинутого громадянського суспільства. Сильна держава в її демократичному розумінні – це не сучасний “макіавелізм” з його опорою політики і влади на силові структури, не зв'язані правом, а влада правова, мета якої – застосувати силу, ресурси влади на забезпечення прав людини, її гідність, проявляючи себе в якості влади авторитетної, легітимної і передбачуваної. Держава повинна знайти свою силу в праві: функції всіх ілок влади, інститутів держави мають визначатися головною змістовною цінністю – правами і свободами людини. Реальне ж забезпечення останніх повинно стати головним завданням державних структур [39, с. 27].

Українська державність і політична практика у сучасних умовах у значній мірі не відповідають моральним критеріям тому, що не забезпечується захист прав людини. Конституційна модель взаємовідносин людини і держави, окреслена в ст. 3 Основного Закону, не знаходить належного втілення в реальній соціально-політичній практиці. І це значною мірою обумовлено саме послабленням державності. До характеристики української державності в даному аспекті варто додати, що коли влада виявляється неспроможною забезпечити дотримання суспільством певної норми поведінки, вона перестає відповідати своєму призначенню, тому право завжди несе в собі можливість примусу. Об'єктивні характеристики права визначають його як головний чинник, що покликаний забезпечити порядок у суспільстві як протидію суспільному безладу та хаосу, в чому право і знаходить своє практичне застосування та реалізацію внутрішньо притаманних йому властивостей. В такому смислі право є виразом об'єктивної потреби суспільства в певному порядку самоорганізації, що й обумовлює примусовий характер останнього [40, с. 59]. За цієї умови держава, що має монополію на здійснення примусу, являє собою необхідний зовнішній фактор існування та функціонування права. Саме держава надає праву в вищій мірі цінні властивості: розширює рамки його стабільності, визначеності, забезпечуваності, а відповідно, і рамки свободи у сфері соціального життя [24, с. 229]. Це вказує на необхідність не відсторонення держави від загальнозначущих суспільних справ, а змістовної переорієнтації діяльності держави, насамперед на утвердження і забезпечення належних умов свободи для реального здійснення прав людини і громадянина та виконання ними юридичних обов'язків перед суспільством [41, с. 17]. Сказане підкреслює значущість інституту держави як інструмента, за

допомогою якого повинна забезпечуватись належна реалізація норм Основного Закону та відповідне конституційно-правове регулювання процесів суспільного саморозвитку.

Розпаду Радянського Союзу була супутня ідея роздержавлення суспільства, звільнення його від надмірного державного втручання. Така конструктивна за своєю суттю ідея не мала належної програми реалізації і здійснювалася стихійно, що, закономірно, не сприяло створенню сильної державності. Прагнення зруйнувати тоталітарну державу в Україні не було підкріплене чіткими уявленнями про принципи, моделі створення нової демократичної державності. Неприйняття і негативне ставлення до тоталітарної держави були розповсюджені на державу взагалі, що, безумовно, призвело до її загрозливого ослаблення, розрегульованості її структур і механізмів, суттєвого зниження можливостей позитивного впливу на соціальні процеси. При цьому відбулась переоцінка саморегулюючих можливостей громадянського суспільства, якому ще була невідома політична свобода і яке не було підготовлене до автономного режиму, оскільки були відсутні правові засади, в рамках яких повинні функціонувати громадянські структури та інститути [42, с.115]. Останні ж знаходились на стадії формування і виявились нездатними до самокоригування. Це дає підстави вважати, що без сильної державної влади, організованої відповідно до основоположних природно-правових принципів, неможливо забезпечити демократичний напрям суспільного розвитку [43, с.22]. Нинішня практика державотворення свідчить, що права людини не можуть бути забезпечені без сильної державності. Надмірно послаблена влада також виявляється беззахисною перед авторитарними суспільними тенденціями [44, с.10]. Слабка, неідеальна держава не спроможна забезпечити демократичний розвиток деморалізованого суспільства, і ліберальним цінностям безсилля держави створює таку ж загрозу, як і деспотична влада. Обмеження держави не означає, що її можливості необхідно обмежувати до такої міри, за якої вона не зможе виконувати своє соціальне призначення. Сучасний конституціоналізм в Україні об'єктивно потребує активного сприяння держави в реформуванні суспільства, а не сприйняття держави як ворожої суспільству сили. Тому поряд із громадянським суспільством зміцненню підлягає також і держава, всі її ланки, в тому числі законодавча, виконавча і судова влада. Реалізована в правовій формі, державна влада повинна стати основоположним фактором відповідних соціальних перетворень, гарантом прав і свобод особистості. А тому встановлення громадянським суспільством обмежень державній владі потребує вкрай виваженого підходу, а його нормативному закріпленню повинно передувати наукове опрацювання.

- 1 Політологія // За ред. М.І. Сазонова. – Х.: Фоліо, 1998.
- 2 Гаджиев К. Введение в политическую науку. – М.: Логос, 2000.
- 3 Атаманчук Г. Теория государственного управления. – М.: Юридическая литература, 1997.
- 4 Гаджиев К. Политическая философия. – М.: Экономика, 1999.
- 5 Дарендорф Р. Дорога к свободе: демократия и ее проблемы в Восточной Европе // Вопросы философии. – 1990. – № 9.
- 6 Хайек Ф. Познание, конкуренция и свобода. – СПб.: Пневма, 1999.
- 7 Мороз О. На шляху до створення громадянського суспільства // Верховна Рада України дванадцятого скликання. 1990-1994 роки. – К.: Кий, 1998.
- 8 Селіванов В., Щедрова Г. Громадянське суспільство та погляди на нього у західній політології // Право України. – 1995. – № 11.
- 9 Скрипнюк О. Проблема соціальної держави в контексті концепції "державного мінімалізму" // Право України. – 2000. – № 11.
- 10 Конституція України. Офіц. текст: Коментар законодавства України про права та свободи людини і громадянина. – К.: Парламентське видавництво, 1999.
- 11 Селіванов В. Розмежування і взаємодія публічного і приватного права в системі права України // Право України. – 1996. – № 12.
- 12 Тодыка Ю. Конституционное право Украины: отрасль права, наука, учебная дисциплина. – Х.: Фоліо-Райдер, 1998.
- 13 Гелнер Э. Условия свободы. – М.: Ad Marginem, 1995.
- 14 Пиголкин А. Гражданское общество и государство // Проблемы общей теории права и государства / Под общ. ред. В.С.Нерсесянца. – М.: НОРМА-ИНФРА, 1999.
- 15 Селіванов В. Правова політика України (деякі питання сутності, змісту та технології) // Право України. – 2001. – № 12.
- 16 Хайек Ф. Вказ. праця.
- 17 Общая теория государства и права / Под ред. М.Н. Марченко. – В 2-х т. – М.: Зерцало, 2000. – Т. 1.
- 18 Селіванов В., Щедрова Г. Громадянське суспільство та погляди на нього у західній політології // Право України. – 1995. – № 11.
- 19 Тодыка Ю. Конституция Украины: проблемы теории и практики. – Х.: Факт, 2000.
- 20 Хайек Ф. Дорога к рабству // Вопросы философии. – 1990. – № 10.
- 21 Хайек Ф. Право, законодательство и свобода. – Т. 1-3. – К.: Аквілон-Прес, 2000.
- 22 Скидельски Р. Дорога от рабства. – М.: Ad Marginem, 1998.
- 23 Речицкий В. Громадянські права як юридичний засіб протидії державній владі // Українське право. – 1995. – № 1 (2).
- 24 Теория государства и права / Под ред. В. М.Корельского и В. Д. Перевалова. – М.: НОРМА-ИНФРА, 1998.
- 25 Нерсесянц В. Общая теория права и государства. – М.: НОРМА-ИНФРА, 2000.
- 26 Мацюк А. Громадянське суспільство – соціальна основа держави, влади і демократії // Українське право. – 1995. – Число 1(2).
- 27 Закон України "Про об'єднання громадян" // Відомості Верховної Ради. – 1992. – № 34.
- 28 Конституція України. Проект, винесений Верховною Радою України на всенародне обговорення. В редакції від 1 липня 1992 р. // Конституція незалежної України. – В 3-х кн. – К.: Право, 1995. – Кн. 1.
- 29 Шаповал В. Основний Закон та актуальні проблеми конституційної теорії // Українське право. – 1996. – Число 3.
- 30 Шаповал В. Становлення конституціоналізму в Україні: проблеми теорії // Право України. – 1998. – № 5.

31. Борденюк В. Деякі аспекти співвідношення місцевого самоврядування, держави і громадянського суспільства // Право України. – 2001. – № 12.
32. Селіванов В. Методологічні проблеми запровадження конституційних принципів "верховенства права" і "верховенства закону" // Право України. – 1997. – № 6.
33. Кудрявцев В., Лукашева Е. Новое политическое мышление и права человека // Вопросы философии. – 1990. – № 5.
34. Рабінович П. Основи загальної теорії права і держави. – К., 1995.
35. Рабінович П. Громадянське суспільство і правова держава (загальнотеоретичні міркування) // Українське право. – 1996. – Число 3.
36. Рабінович П. Загальна концепція правової реформи: до характеристики вихідних засад // Вісник Академії правових наук України. – 1998. – № 1.
37. Тодика Ю. Роль Конституції України в становленні громадянського суспільства // Вісник Академії правових наук України. – 1998. – № 2.
38. Еськов Г. Гражданское общество: к истории зарождения и развития идеи // Власть. – 2000. – № 12.
39. Кушніренко О., Слінько Т. Права і свободи людини та громадянина. – Х.: Факт, 2001.
40. Козловський А. Право як гносеологічний механізм розв'язання конфліктів // Наукові записки. Серія "Право". – Острог, 2000. – Вип. 1.
41. Селіванов В. Право як сфера свободи // Вісник Академії правових наук України. – 2001. – № 1 (24).
42. Тодика Ю. Основы конституционного строя Украины. – Х.: Факт, 2000.
43. Кузьменко Б. Правління права, політична демократія, громадянське суспільство: перспективи інтегративної ідеології // Право України. – 1999. – № 11.
44. Краснин Ю. Российская демократия в контексте мировых реальностей // Власть. – 1999. – № 10.

R.Martynyuk

#### THE STATE POWER AND CIVIL SOCIETY IN THE MODERN UKRAINE: POLITICAL AND LEGAL ASPECTS

The article analyses the most important preconditions that determine peculiarities of forming a democratic political system of Ukraine.

*Ю.М. Дмитрієнко*

#### СВІТОВІ ПИСЕМНІ ПАМ'ЯТКИ СТАНОВЛЕННЯ УКРАЇНСЬКОЇ ПРАВОВОЇ СВІДОМОСТІ (на прикладі кормчих книг)

За сучасних умов українського розвитку набуває великого значення процесуальна орнаментація правових рефлексій посттоталітарної дійсності, що мають парадигмальні риси того конкретно-історичного циклу правової свідомості, які функціонально ідентифікують ментальну природу як статичного, так і соціологічного права. За проведеними дослідженнями, для оптимального розуміння істинної природи посттоталітарного українського права важливими є такі джерела процесуального відбиття у правових рефлексіях мети правового розвитку як типово ментального, що власною

онтологією презентують відповідні закономірності історичного здійснення українського пізнання як україноментального права (А.А.Козловський) [7; 8]. Найбільш важливим для виявлення істинних коренів українського права є період Київської Русі, коли активно формувалися стійкі риси української державності та права, коли відбувся історичний генезис української правосвідомості як соціологічного права, що тим самим було закладено домінуючі джерела сучасного українського права, зрештою відображені на ідейно-світоглядному рівні у посттоталітарній правосвідомості. До числа таких джерел віднесемо, насамперед, ті, що залишили серйозний слід у законодавчому київському бутті як нормотворчі офіційні документи. Кормчі книги і є саме такими джерелами. Незважаючи на їх важливе місце у формуванні специфічної законодавчо-правової бази Київської Русі як майбутнього можливого зразка для сучасної України, Кормчі книги недостатньо вивчені [1-12]. Зазначимо, що, починаючи з IX ст., вплив Візантійської імперії на розвиток та формування суспільно-політичної та правової системи Київської Русі стає достатньо значним. Візантію тих часів можна назвати державою повного розквіту. Не слід недооцінювати роль, яку відіграла імперія на політичній арені того часу.

Правова система Візантії того часу була досить складна та багатостороння. Вона складалася з рецепції посткласичного римського цивільного права, пам'яток доюстиніанового періоду (Кодексів Феодосія, Грегоріана, Гермогеніана, Консультаций), великого як за обсягом, так і за значенням *Corpus juris civilis* Юстиніана, самобутньої Еклоги, законодавства Македонської династії – Василіки, Епанагога Фотія, Номоканон, Прохірон. У законодавстві Візантії бачимо багатосторонню теорію та досвід застосування правових ідей цілого тисячоліття Римської імперії.

Відомо, що Візантія сприймала римське цивільне право не суцільно, ігноруючи елементи застарілі та такі, що за період свого існування довели свою недоцільність [10]. З часом майже всі юридичні джерела повністю були приведені до принципів християнської моралі, ідеології та норм поведінки як джерельних витоків або парадигмальних концептів природного права – майбутнього, ментально структурованого права первинних суб'єктів (фізичних осіб) правової свідомості, який онтологічно став пріоритетним серед інших прав, що з'являється пізніше, у праві, наприклад, юридичних осіб – вторинних суб'єктів правової свідомості. Церковна система та християнська ідеологія як початкова глобальна просвітська, прополітична, включаючи деякі догми, після проведених перших семи Вселенських соборів Святої Церкви, була сформована дуже чітко, її повноваження належним чином закріплені та підкріплені й морально, і нормативно, тобто такі історичні події можемо правомірно ідентифікувати

такі, що **вперше офіційно, на рівні початкового принципу**, історико-ретроспекативно надали церковній системі та християнській ідеології нормативних властивостей як типово природних, за нашим контекстом ментально структурованих та цілепокладально здійснених, а разом із цим історично ідентифікували соціологічно перший цикл соціальної активності української правової свідомості з некризовим циклом власної соціальної активності, маючій релігійно-правову специфіку як видову правову підструктуру-підсистему циклу соціальної активності національної самосвідомості (=української етнотрадиції) – належності родової правової природи. Важко не погодитися з Н.Соколовим у тому, що “...Юридичний побут Візантії досягнув повної визначеності та закінченості в той час, коли наша Вітчизна зазнала вплив християнства та грецького духовенства... усе, що створив римський практичний геній для з'ясування та визначення юридичних відношень, все, що християнство принесло зі собою до цивільного побуту стародавнього світу – все це у кодексах існувало у Візантії... [2, с. 112].

Нині нема потреби нагадувати, що візантійське право, як церковне, так і світське, у регіоні було своєрідною культурною вершиною, а тому не дивно, що законодавчі системи сусідів імперії були сповнені запозиченнями з візантійських джерел права, **яке мало спільні з римським загальні коріння**. Серед найбільш відомих прикладів слід зазначити “Закон судний людем” чи “Судебник царя Костянтина” (865 р.), який фактично є болгарською рецепцією Еклоги, а “Закон градський” – це перекладений та оброблений Прохирон. З огляду на все вищевказане, слід розглядати і процес створення правової системи Київської Русі як системи української правової свідомості, що має ідейно-світоглядною парадигмою аксіології конкретно-історичного релігійного права – циклу соціальної активності спадкоємності правової свідомості [6-12].

Але для формування державності Київської Русі, про що зазначають багато дослідників, є характерним власний самобутній шлях з яскраво визначеними ранньофеодальними рисами. Київські князі намагалися централізувати владу та підкорити сусідні слов'янські племена, і це їм майже вдалося в кінці X ст., про що свідчить більшість джерел.

Таким чином, руйнувалися й зникали старі ментально-територіальні розмежування і складалася поліментальна (на різній соціально-правій та суспільній основі) величезна територія Давньоруської держави. У X ст. вона простягалася вже від південних берегів Ладозького і Онезького озер до середньої течії Дніпра, а на заході і південному заході – до Карпат, Пруту і пониззя Дунаю... [3]. До кінця X ст. у типово релігійній формі правової свідомості панувала соціально-правова толерантність, більшість

населення були язичниками, і, зі зрозумілих причин, Візантія сприймала Київську Русь як країну варварську. Втім невдовзі на Русі оселяються перші християни, спершу на півдні, особливо в Криму, у колишніх чорноморських колоніях Греції. Одним із найбільших центрів християнства як правових з власними святинями – мощами Климента Римського та великою християнською спільнотою – атрибутами нової віри як правової – був Херсонес Таврійський. Незважаючи на поганство, з кінця IX ст Київська Русь стає настільки розвиненою державою з усіма відповідними релігійно-правовими ознаками, що Візантійській імперії доводиться брати до уваги її існування та старі ментально-правові інтереси. Київські князі заявляються на політичній арені Європи та переводять відносини між двома державами з рівня неофіційно-торгових стосунків у міждержавну договірну сферу, яка має типово правову форму, з рисами релігійно-правової статичності.

Це призводить до укладення низки типово правових договорів IX-X ст., але не як остаточно релігійно-правових, світських, яка, на думку дослідників, стала наслідком військових походів Русі “до Царьграда”. І причому залежно від успішності походів різняться й умови договорів як для політики Київської Русі, так і для приватних осіб – слов'янських торговців, що приїжджали до Візантії, які за цих часів остаточно набували форму світського правового, міждержавно-правового договору, який репрезентує, за нашими дослідженнями, другий цикл соціальної активності правової свідомості – світську форму спадкоємності у слов'янській правовій свідомості. Існують різні версії стосовно форми і змісту права, на якому базувалися русько-візантійські договори як типово правові. Сучасні фахівці, як правило, називають їх основним джерелом візантійське право, яке має спільні риси з римським. елементи візантійського і слов'янського права чи елементи вже існуючого, але малопоширеного міжнародного договірного права.

Іншим джерелом, що свідчить про доцентрові тенденції в розвитку і формуванні держави навколо Києва, є так звані “Уроки княгині Ольги”. На жаль, для сучасних дослідників не залишилося їх писемних текстів, але за різними згадуваннями вчені зробили висновок щодо можливого змісту цих наказів. Княгиня Ольга провела адміністративну реформу, що мала на меті централізацію князівств та зменшення ролі й повноважень місцевих дрібних князів. Самодержавна влада цих князів мала зійти нанівець, у центрах князівств мали бути зроблені “погости” – у правовому відношенні своєрідні фінансово-адміністративні центри, в яких упродовж усього року повинні були мешкати княжі представники – агенти, що постійно проводили різні збори до княжої скарбниці. До цих зборів належали “мити” – торгові мита, “віри” – грошові сплати за правопорушення. Цією

новою правовою системою замінювалася попередня система полюддя – коли князь два рази на рік відвідував усі міста, вирішував спірні питання, збирав різноманітні грошові збори.

Новим правовим кроком, спрямованим на посилення центральної влади, стала нова релігійна політика. Як ми добре знаємо, вона була пов'язана саме із законодавчо-правовою орієнтацією на Візантію, а тому не може не викликати в нас особливого інтересу. Після того як велика кількість слов'янських племен, кожне з яких мало свої специфічні релігійні культури, увійшла до складу Київської Русі, для більшої централізації та раціонального управління виникла потреба в релігійній уніфікації, причому саме Київ мав стати не тільки адміністративним, а й духовним центром країни. Для цього київський князь Володимир спочатку спробував, як звісно, запровадити загальний язичний культ Перуна і навіть збудував нове велике капище в Києві, але коли ця ідея не отримала бажаної реакції у населення та виникли інші обставини, Володимир сам відмовився від неї. Натомість він зробив таку правову акцію, що мала довгострокові наслідки і увійшла в історію як “Велике Хрещення Русі”. Втім, нам добре відомо, що християнство та християнські спільноти існували на території Київської Русі задовго до цієї події. Очевидно, акція Володимира була історичним аналогом вчинку імператора Костянтина, який проголосив християнство офіційною релігією цілої держави, як правову форму релігійно-юридичного змісту держави. Саме тому церковна організація на території Київської Русі так швидко набула високого рівня організованості – на боці церкви опинилася не тільки вже існуюча християнська громада, але й позитивне волевиявлення керівника держави. Одним із перших актів такого волевиявлення можна назвати “Устав князя Володимира Святославовича про десятини, суди та людей церковних”, який мав сприяти розповсюдженню християнства і створенню митрополії та єпископій – правових осередків релігійно-юридичної форми київської держави. Історії відомі і джерела, за якими з'явлення митрополії на Русі як релігійно-правової організації, регламентуючої різні боки життя, можна датувати задовго до 1037 р., зазначеного в Повісті минулих літ. У візантійському переліку митрополичих кафедр “Notitia episcopatum” декількох редакцій згадується митрополича кафедра на території Київської Русі. Ця кафедра має в переліку постійне місце під номером 60, після митрополій Серри та Помпейуполіса і перед митрополією Аланії [4, с. 15].

Візантійські переліки митрополичих кафедр указують на заснування Руської митрополії в проміжку між 970 та 997 рр. За джерелами Київської Русі – “Повістю минулих літ” і “Пам'яті та похвалі князю Володимирі” – створення митрополії в Києві можна датувати 996 р. [4, с. 15-16]. Відомо,

що в 990 р. була закладена Десятинна церква. Існує думка, що Володимир побудовою Десятинної церкви мав досягнути декількох цілей [4, с. 16]. По-перше, рішення щодо хрещення Русі як стратегічно-правова подія було прийняте ще до знищення Херсонеса Таврійського. Князь Володимир, політик-правник обачний та далекоглядний, не міг не зрозуміти, що з прийняттям християнства з рук Візантійського патріарха вплив Візантії на Русь буде надто великим, тому центр християнства на Русі потрібно було перемістити з провізантійського Херсонеса, де на той час існувала найбільша на території майбутньої України християнська спільнота, до підвладного княжій волі Києва. Десятинна церква мала стати і моральною, і матеріальною наступницею Херсонеса. Володимир безумовно визначав такі позитивні риси ідеології Візантійського християнства як державно-правової релігії: скорення народу державній владі, ідея богообраності голови держави. Державно-правова система Київської Русі на момент прийняття християнства складалася з норм звичаєвого та княжого права. Останнє мало відповідну правову рефлексію як рефлексію типово релігійної правової свідомості. Найбільш цікаво у зв'язку з цими подіями змінилися законодавчі можливості князів. Княже право, починаючи з цього часу, могло доповнювати деякі правові норми, якщо виявлялася така необхідність, та регламентувати ті відносини, що залишались поза увагою церкви (останніх тим часом ставало все менше), та ніколи більше норми княжого права не могли суперечити, скасовувати чи протидіяти нормам церковного права як метаправовими апріорі.

Таким чином, здається, буде правомірним припущення про те, що до процедури прийняття нормативного акта княжого права, яка була нічим іншим як процесуальним формуванням певного циклу соціальної активності традиційної української правосвідомості, могла входити й обов'язкова “консультація” представників світського права з посадовою особою церковної ієрархії з метою уникнення суперечок із церковним правом щодо кожного окремого випадку – можливої девіації світського пізнання як релігійного права, якої намагались у такий спосіб уникнути (А.А.Козловський). Якщо це припущення згодом підтвердиться, в історії вивчення розвитку держави і права Київської Русі буде підніматися питання не про “взаємовплив світського та церковного права”, а про “шляхи впливу церковного права на розвиток світського”, стратегічну домінанту релігійної правової свідомості у будь-якій світській правовій свідомості, початково й остаточно з'явлену на генетичному рівні творення національної самосвідомості як духовної етнотрадиції. Перші митрополити, які з'явилися на Русі, були візантійського походження. Вони принесли зі собою правові, законодавчі звичаї та принципи створення і фу-



нкціонування церкви як типово правової організації, які стали наслідком еволюційного розвитку християнства у Візантії та мали підґрунтям *видозмінене у візантійське римське право*. Правова система Київської Русі, зовсім не підготовлена для появи в межах її територіальної юрисдикції такої високоорганізованої правової структури, як закону правових структур (або типу юридичного закону) з власними принципами, вимогами та цілями, ані практично, ані теоретично не була в змозі задовольнити потреби її існування.

Для підготовки вітчизняної нормативно-правової бази як розгалуженої правової системи нової для Київської Русі церкви в звичайній ситуації мали пройти десятиріччя, повні спроб та помилок. Візантійців це, у принципі, не задовольняло. Візантійські митрополити навряд чи замислювалися над інтересами населення та керівництва чужої для них держави, а скоріше бачили свою місію в якнайшвидшому “приведенні язичників до лона святої віри” будь-якими шляхами. Можна вважати, що візантійських базилевсів найбільш задовольняла саме така **правова політика**, оскільки Київська Русь на той час уже давно перестала бути далеким від Константинополя союзом напівдиких племен, а перетворилася на велику сусідню державу із солідним економічним та військовим потенціалом. Перспектива отримати релігійний вплив на цього сусіда як типово правовий означала для Візантії не тільки спокій на одному з кордонів, але й майбутні сподівання, як мінімум, на отримання протекторату над цією територією.

Нині дуже важко ідентифікувати, чи добре розумів усе це князь Володимир, але безперечно, що ці перспективи побачив його син, Ярослав Мудрий. Уже до його правління церква отримала фактичний **правовий статус “держави у державі”**, а на чолі з візантійськими митрополитами, що захищали інтереси Константинопольського базилевса, ця структура в критичних обставинах могла повернутися проти волі та інтересів Київської Русі і князя як її уособлення. **Політична боротьба на рівні правової** знайшла своє відображення в традиційно політико-правовому рішенні Ярослава призначити без згоди константинопольського патріарха на митрополічу кафедру в Києві першого митрополита, руського за походженням – Іларіона. Собор єпископів усіх єпископій Київської Русі, що відбувся 1051 р. в Києві і на якому митрополитом усієї землі Руської був обраний ієрей Берестовської церкви Святих Апостолів Іларіон, відкриває в історії православної церкви на території майбутньої України нову сторінку – етап руських митрополитів, який у нашому контексті презентує **новий конкретно-історичний цикл соціальної активності української правової свідомості, що мав високу соціальну активність**.

Більшість населення Київської Русі повинно було позитивно сприйняти рішення Ярослава через наявність певних антивізантійських настроїв.

Їх існування можна пояснити тим, що, по-перше, після поразки дружини Вишати (воєводи Володимира Ярославича) у 1043 р. під Варною близько тисячі руських військовополонених були осліплені за наказом базилевса Костянтина Мономаха. По-друге, християнізація Київської Русі як **правова процедура світової соціалізації українського права** проходила не настільки мирно, як хотілося б князям та церковним ієрархам. Багато людей не хотіли відмовлятися від віри батьків, своїх традицій та звичаїв, які, **безперечно, мали для них правове значення та відповідний правовий інтерес як релігійний**. Санкції візантійських кодексів, за суттю як типово правові, за злочини проти християнської моралі та християнських цінностей, з погляду слов'ян, були надто жорстокими – уже тривалий час смертна кара та членушкодження в руському звичаєвому та княжому праві застосовувалися тільки за найтяжчі злочини, а, наприклад, для візантійської Еклоги це були **ледь не найпоширеніші санкції**. Здається сумнівним, що під час церковних судів вихідці з Візантії враховували ці обставини у своїх вироках. Думаємо, **що саме такі моменти спроможні ідентифікувати історичну трансгресивну видозміну релігійного права у світське, ментально опосередковане, а разом із цим першу зміну релігійного лінійного, теологічного й телеологічного принципу українського правового нормотворення на нелінійний, візантійський, позитивний, більшою мірою світський**.

Як доказ існування традиційно актуальних проблем, які мають вихід на соціально-правову поверхню сьогодення, що **виникали з типово законодавчо-правових розбіжностей** руського та візантійського (як і будь-якого іноземного) права, можна нагадати добре відому історію, що була переказана Нестором [3]. Християнські єпископи прийшли до князя Володимира і стали запевняти його замінити розповсюджені ще з дохристиянських часів у законодавстві Київської Русі вири (штрафи) за розбійні напади прийнятою у візантійському законодавстві смертною карою (Нестор згадає саме розбій, але багато дослідників вважають, що йшлося про ціле коло злочинів, пов'язаних із замахами на життя людини). Володимир, що тільки перейшов у християнську віру, де в заповідях проголошувався принцип “не вбивай”, відмовився від цієї пропозиції, кажучи, що не хоче грішити. За допомогою богословських тонкощів, єпископи, що, звичайно, робили все це з дозволу та за згодою митрополита, змогли **переконати князя змінити руське право**. Але потім **таке рішення теж неодноразово змінювалось**. Якщо до Ярослава Мудрого й існували переклади візантійських правових норм з грецької мови, то в дуже обмеженій кількості, що не давало місцевому населенню, навіть тим, хто вмів читати, можливості перевірити чи проконтролювати дії відповідальних осіб. Мабуть, саме через усі ці фактори пропозиція Ярослава Мудрого про

призначення “руського” митрополита була так позитивно сприйнята на різних суспільних рівнях Київської Русі.

Адже Ярослава не могла не приваблювати проголошена ще за імператора Юстиніана ідея “симфонії церковної та світської влади”, де оптимальною для правового розвитку держави та благополуччя підданих є законодавчо-правова співдружність голови світської та голови церковної влади в країні, де перший царює над тілами, а другий – над душами народу. Для Візантії ж, до речі, це гасло так гаслом і залишилося. Один імператор за іншим постійно втручався не тільки у внутрішні **правові справи** церкви, але й у питання **правових догм**, не зупиняючись перед скасуванням **правових повноважень** представників церковної адміністрації, їх вигнанням, і навіть стратою. Іларіон вдало поєднував у собі патріотизм, ввічливу повагу до Константинопольського патріарха, інтелект та здоровий глузд. Він зрозумів, що для Київської Русі буде доречна рецепція візантійського права, але не механічна, а чітко зважена, оброблена й доповнена у зв'язку з місцевими потребами. Після прийняття християнства, разом з новою релігією “з рук” Візантії Київська Русь отримала доступ до скарбниць світових надбань теорії та практики юридичної науки. За допомогою визначних осіб в історії Київської Русі були знайдені оптимальні шляхи пристосування отриманих знань для блага її населення і прогресивного розвитку її державності. Поява Кормчих книг на території Київської Русі була закономірним процесом, який безперечно впливав з існуючої ситуації на політичній арені тих часів. Сам факт створення збірок Кормчих перевели історію держави і права України на новий еволюційний виток.

Таким чином, проведений нами методологічно-правовий зріз різночасово-просторових передумов з'явлення на території Київської Русі Кормчих книг як законодавчих документів світового зразка, які мали різноциклові характеристики правового усвідомлення конкретно-історичних вимог і потреб україноментального праворефлексивного пізнання у власній соціальній активності, надає змогу ідентифікувати їх як законодавчі знаково-матеріальні відбитки візантійсько-римського права, що свідчать про цикловий характер розвитку української правової свідомості як соціологічного українського права.

1. Липшиц Е.З. Очерки истории Византийского общества и культуры (VIII – первая половина IX в.). – Москва–Ленинград, 1961. – С.229.
2. Соколов Н. О влиянии церкви на историческое развитие права. – Б/м. – С.112.
3. Рогожин А.И. Становления і розвитку держави і права Київської Русі (VI – початок XII ст.) // Історія держави і права України. – К., 1996. – С.37.
4. Шапов Я.Н. Государство и церковь Древней Руси. – М., 1989. – С.14.

Дмитрієнко Ю.М. Світові писемні пам'ятки становлення української правової свідомості (на прикладі кормчих книг)

5. Повесть временных літ. Літопис (за Іпатським списком) / Пер. В.В.Яременка. – К., 1990.
6. Дмитрієнко Ю.М. Маргінальна правова норма як акт девіантної право свідомості // Держава і право. Збірник наукових праць. – Вип.18. – Київ, 2002. – С. 12-17.
7. Дмитрієнко Ю.М. Про нетрадиційну природу посттоталітарних правових рефлексій як правової свідомості: теоретико-методологічні підходи до ідентифікації її актуального стану та проблем // Науковий вісник. Серія “Філософія”. – Вип. 13. – Харків: ОВС, 2002. – С. 23-29.
8. Дмитрієнко Ю.М. Основи правознавства (основи права). Опорний конспект лекцій. Навчально-методичні матеріали для семінарських занять: учбовий посібник, навчально-методичний посібник. – Харків: Академія, 2003. – 23 с.
9. Дмитрієнко Ю.М. Мистецькі твори художніх дизайнерів як філософсько-правові: до актуальних завдань законодавчого захисту інтелектуальної власності // Матеріали науково-практичної конференції “Актуальні проблеми правового захисту інтелектуальної власності в Україні”, що відбулась 21 березня 2003 року у Національному університеті внутрішніх справ. – Харків: НУАС, 2003. – С.16-21.
10. Дмитрієнко Ю.М. Українська екологічна безпека життєдіяльності з найдавніших часів до початку 90-х рр. XX ст. (до постановки питання про циклову природу екологічної правосвідомості) // Матеріали курсантського наукового семінару Національного університету внутрішніх справ “Екологічна безпека України XXI століття”. – Харків: НУВС, 2003. – С.17-22.
11. Дмитрієнко Ю.М. Традиційні та нетрадиційні моделі правових посттоталітарних рефлексій // Ученые записки Таврического национального университета им. В.Н.Вернадского. – Т.15 (54). – №2. – Симферополь, 2002. – С. 119-127.
12. Дмитрієнко Ю.М. Негативні зворотні у девіантній правосвідомості // Нова парадигма. – Вип. 30. – Запоріжжя, 2003. – С. 200-203.

Y.Dmytriyenko

#### THE WORLD WRITING SIGHTS OF FORMING OF THE UKRAINIAN LEGAL CONSCIOUSNESS (ON EXAMPLE OF “KORMCHI KNYHY”)

In the article it is given the analysis of origin on the territory of Kyivska Rus of the legal assembling of church and society right as a sights of concrete-history becoming and development of the Ukrainian legal consciousness, which are known in history under name of the “Kormchi knyhy”.

## КОНСТИТУЦІЙНИЙ ЛАД ТА ПРАВА ЛЮДИНИ. ДЕРЖАВНЕ УПРАВЛІННЯ В УКРАЇНІ

Ю.О. Кириченко

### СУЧАСНА ЮРИДИЧНА ДІЯЛЬНІСТЬ ТА ОСВІТА: МОЖЛИВОСТІ РЕФОРМУВАННЯ

Визначення шляхів можливого реформування сучасної юридичної діяльності та освіти є на сьогодні актуальним із наукової і прикладної точок зору і, на наш погляд, може бути здійснене на основі розв'язання вже давньої дискусії з приводу розробки найбільш удосконаленої системи права. З приводу цього на сторінках відомого російського часопису "Государство и право" (колишня назва "Советское государство и право") пройшло декілька відповідних дискусій у 1938-1940, 1956-1958, 1982 і 2003 рр. [2; 15]. Поступово ця дискусія вийшла на новий рівень, коли поряд із системою права вчені-теоретики стали пропонувати й систему юридичних наук взагалі [1-13; 15-25 та ін.]. Проте історично виникла точка зору *тієї групи авторів* (С.С.Алексєєв, С.А.Голунський, Г.Єлінек, І.Колер, С.А.Комаров, Н.І.Матузов, В.Д.Перевалов, П.М.Рабінович, М.С.Строгович, О.В.Якушев та ін.), які дану проблему розглядали лише як систему права, представляючи її переважно у вигляді звичайного чи дещо градуйованого переліку галузей права та, як правило, у вигляді їх детальної характеристики, нерідко навіть із визначенням предмета певних чи кожної з галузей права [1, с.247-259; 6, с.350; 12, с.277-279, 282-283; 22, с.224-225; 23, с.398-410; 25, с.80-85 та ін.].

*Друга група вчених:* М.С.Кельман, В.П.Мозолін, О.Г.Мурашин, Л.І.Спиридонов, А.С.Шабуров та ін., залишаючись у межах проблем лише системи права, розглядала ці питання вже у вигляді більш-менш структурованої концепції [15, с.110-111, 112-113; 20, с.175; 21, с.286-287 та ін.].

*Третя група авторів:* Е.П.Григоніс, А.М.Колодій, С.А.Комаров, В.В.Копейчиков, В.В.Лазарєв, С.Л.Лисенков, А.В.Малько, В.А.Пастухов, О.Ф.Скакун, Є.І.Темнов, О.Д.Тихомиров, В.Д.Ткаченко, В.Н.Хропанюк, В.М.Цвік та ін. поряд з розглядом, як правило, структурованої системи права пропонували вже й більш-менш розгорнуту систему юридичних наук, застосовуючи декілька класифікаційних основ [4, с.10-17, 115-119; 5, с.3-21, 254-278; 11, с.13-14, 171-172, 225-232; 13, с.390-392; 16, с.6; 19, с.6-7, 245-249; 24, с.29 та ін.]. Типовою в цьому відношенні може вважатися систематизація юридичних наук, яка запропонована групою авторів під керівництвом В.В.Копейчикова: 1. Загальнотеоретичні та історичні науки (теорія держави і права, історія держави і права, історія

політичних і правових вчень). 2. Галузеві юридичні науки (науки адміністративного права, цивільного права, кримінального права, цивільно-процесуального права та ін.). 3. Міжгалузеві юридичні науки (господарське право, природоохоронне право та ін.). 4. Спеціальні юридичні науки (судова медицина, судова психологія, криміналістика та ін.). 5. Прикладні юридичні науки (до недавнього часу наука радянського будівництва). 6. Науки, що вивчають міжнародне і зарубіжне право [11, с.13-14]. Проте тут вбачаються дві класифікаційні основи: загальнотеоретичні, історичні, спеціальні і прикладні науки і науки, що вивчають міжнародне і зарубіжне право, об'єднані за предметним принципом; галузеві і міжгалузеві юридичні науки – системно-структурним (галузевим).

З урахуванням цього більш привабливою здається позиція *четвертої групи вчених*, презентованої дещо меншою кількістю авторів: Д.А.Керимов, О.Ф.Скакун, перші публікації О.А.Кириченка з цих проблем, коли в основу поділу юридичних наук у цілому класифікаційна основа [8, с.211; 17, с.10; 19, с.7 та ін.], яка все ж таки не враховувала ті основні завдання, які мають виконати юридичні науки у цілому. Тут, мабуть, й позначилися інші недоліки, коли ці та інші автори об'єктом (предметом) права вважали державу і право чи тільки право, що також було неправильно.

З цієї точки зору нам більше подобається точка зору О.А.Кириченка, який вказував, що юридичні науки у цілому мають вирішити такі завдання:

1. Розробити: 1.1. Належну правову регламентацію необхідних сторін суспільного життя. 1.2. Базисноантиделіктні, процедурні і методичні засоби боротьби із порушеннями даної правової регламентації (правопорушеннями).

2. Забезпечити ефективне і раціональне: 2.1. Функціонування даної правової регламентації. 2.2. Застосування цих засобів боротьби з правопорушеннями.

Виходячи з цього, можна зробити висновок, що *об'єктом юридичних наук* є тільки *правова регламентація і засоби боротьби з правопорушеннями*, а *предмет юридичних наук* у цілому має скласти *розробка філософських і теоретичних основ, базисноантиделіктних процедурних, методичних та інших умов щодо забезпечення належної правової регламентації необхідних сторін суспільного життя і боротьби з різного роду правопорушеннями (злочини, проступки, правові спори, делікти), а також ефективного і раціонального здійснення цієї правової регламентації, у тому числі й у перебігу боротьби з кожним із різновидів правопорушень*.

З урахуванням викладеного може бути запропонована така вдосконалена система юридичних наук:

1. **Теоретичні юридичні науки**, тобто наукові галузі, що розробляють філософські, історичні та інші теоретичні основи всієї системи юридичних наук (філософія права, соціологія права, теорія юриспруденції, історія вітчизняної юриспруденції, історія зарубіжної юриспруденції, історія правових учень, порівняльна юриспруденція та ін.).

У роботах О.А.Кириченка ця група юридичних наук була представлена так: філософія права, теорія держави і права, історія держави і права, історія політичних і правових учень тощо [10, с.32 та ін.], що не є недостатньо обґрунтованим з таких міркувань. Вже давно точиться дискусія з приводу системи такої юридичної науки, як “теорія держави і права”. Одні автори вважають, що теорія держави і права повинна бути єдиною наукою, оскільки тут спільний взаємопов’язаний об’єкт – держава і право; інші – визнають останнє положення щодо єдиного взаємопов’язаного об’єкта, але вважають теорію держави і теорію права різними, причому юридичними, науками і при цьому допускають їх знаходження в межах єдиної науки “теорія держави та права”; ще інші – визнають державу і право об’єктами дослідження юридичних наук, проте вважають теорію держави і теорію права різними юридичними науками. Позиція останньої групи авторів є найбільш вираженою, але також має недоліки, оскільки слово “право” в позначенні юридичних наук може охопити тільки ті з них, які повинні розробити відповідні норми, в кінцевому підсумку й кодекс, тобто базисноантиделіктні, процедурні та регулятивні юридичні науки. Теоретичні, методичні та допоміжні юридичні науки не можуть бути визнані правовими, як це мало місце у першому підручнику з теорії держави і права [3, с. 12-14]. Проте теоретичні юридичні науки мають розробити філософські, історичні та інші теоретичні основи для всіх інших юридичних наук і, більше того, не тільки для наукової, а для інших напрямків юридичної діяльності: нормотворчої, правозастосовчої, правоохоронної та освітньої. З огляду на це, словосполучення “теоретична юриспруденція” виглядає більш обґрунтованим, ніж словосполучення “теорія права” чи “теоретична права” і навіть – “теоретична юридичних наук”.

2. **Базисноантиделіктні юридичні науки**, тобто науки, що мають розробити правову основу (базис) для боротьби з кожним із різновидів правопорушень, у силу чого перелік наук даної групи (як і перелік правопорушень) є вичерпним: конституційне право, кримінальне право, адміністративне право, трудове право, цивільне право, арбітражне право, міжнародне кримінальне право, міжнародне публічно-майнове право, міжнародне приватно-публічне право).

У публікаціях О.А.Кириченка дана група наук йменувалася “матеріальні юридичні науки” і мала менший перелік цих наук: конституційне

право, кримінальне право, адміністративне право, трудове право, цивільне право, господарське право, що є неправильним з таких міркувань. По-перше, традиційний поділ юридичних наук на матеріальні та процесуальні, як достатньо обґрунтовано зауважив В.М.Сокрут, не узгоджується з філософськими категоріями матеріального та ідеального [9, с.367]. Проте основним завданням юридичних наук даної групи є створення правової основи для боротьби з відповідними різновидами правопорушень, і з огляду на це вказані юридичні науки буде правильно іменувати саме “базисноантиделіктні”.

По-друге, узагальнення літератури з теоретичної юриспруденції дозволяє зробити висновок про те, що перелік правопорушень фактично має бути ширшим: злочини, конституційні проступки, спори та делікти, адміністративні проступки, спори і делікти, дисциплінарні проступки та інші правові спори і делікти, цивільно-правові спори і делікти, арбітражно-правові спори і делікти, міжнародні злочини, міжнародні публічно-майнові і пов’язані з ними немайнові правові спори і делікти та міжнародні приватномайнові і пов’язані з ними немайнові правові спори і делікти.

Зрозуміло, що перелік міжнародних правопорушень не можна вважати вичерпним, оскільки існує низка галузей базисноделіктних міжнародних юридичних наук: консульське право, міжнародне морське право, міжнародне повітряне право, міжнародне космічне право, міжнародне гуманітарне право, міжнародне екологічне право тощо [14 та ін.]. Проте вважаємо достатнім виділення лише узагальнених міжнародних правопорушень: міжнародні злочини, міжнародні приватні майнові та пов’язані з ними немайнові спори, делікти (між приватними фізичними та юридичними особами), міжнародні публічні майнові та пов’язані з ними немайнові спори і делікти (між державами, націями і народностями). Інші галузі міжнародного права (консульське, екологічне, космічне, повітряне та ін.) також мають право на існування, але вже як регулятивні юридичні науки.

3. **Процедурні юридичні науки**, тобто наукові галузі, що розробляють нормативну процедуру боротьби з кожним із різновидів правопорушень (*загальна теорія інформації; процесуальні юридичні науки*: конституційний процес, кримінальний процес, цивільний процес і господарський процес; *регламентні юридичні науки*: адміністративний регламент, трудовий регламент, ордістичний регламент, виправно-трудова регламент, судово-виконавчий регламент, міжнародно-кримінальний регламент, міжнародно-публічний регламент і міжнародно-приватний регламент).

Поділ процедурних юридичних наук на процесуальні і регламенти проведено залежно від того, судовий чи позасудовий або переважно позасудовий порядок передбачено для розгляду справ про відповідні право-

Актуальні проблеми вдосконалення чинного законодавства України

порушення [10, с.33 та ін.]. При цьому всі міжнародні процедури названо регламентними тому, що тут також можуть бути задіяні позасудові інстанції, наприклад, Міжнародний арбітраж – третейський суд. Цих процедур не було у попередніх публікаціях [10, с.32-33 та ін.], вони повинні бути нині з тих же міркувань, що й додаткові базисноантиделіктні юридичні науки.

**4. Методичні юридичні науки**, тобто наукові галузі, що розробляють окремі складові частини методики боротьби з кожним із різновидів правопорушень (криміналістика, ордістика).

**5. Регулятивні юридичні науки**, тобто такі наукові галузі, основним завданням яких є розробка належного нормативно-безделіктного врегулювання необхідних сторін суспільного життя (податкове право, бюджетне право, пенсійне право, сімейне право, житлове право, водне право, земельне право, надрове право, лісне право, консульське право, міжнародне космічне право, міжнародне повітряне право, міжнародне морське право, міжнародне екологічне право тощо).

Відповідне нормативне врегулювання тих чи інших сторін суспільного життя, в тому числі й у перебігу боротьби з відповідним різновидом правопорушень, мають розробити базисноантиделіктні і процедурні юридичні науки, забезпечуючи цим самим ефективне і раціональне ведення цієї боротьби. Проте завданням регулятивних юридичних наук є розробка вже безделіктного нормативного врегулювання відповідних сторін суспільного життя, тобто такого, яке, в принципі, не повинно порушуватися і якщо це трапляється, то треба застосовувати засоби боротьби з цими правопорушеннями, що розроблені методичними юридичними науками, керуючись при цьому відповідною нормативною “продукцією” базисноантиделіктних і процедурних наук.

З огляду на це базисноантиделіктні, процедурні і регулятивні юридичні науки можуть ще іменуватися й правовими науками, до яких може бути застосований традиційний поділ цих наук на галузеві і міжгалузеві. Тобто продовження дискусії щодо системи права доцільно вести вже в межах регулятивних юридичних наук.

**6. Допоміжні юридичні науки**, тобто наукові галузі, що мають створити інші умови щодо ефективного та раціонального правового врегулювання певних суспільних відношень або здійснення боротьби з тими чи іншими правопорушеннями (кримінологія, юридична медицина, юридична психіатрія, юридична психологія, юридична бухгалтерія, юридична статистика, юридична кібернетика, юридична педагогіка та ін.).

Викладені положення можуть стати основою для розробки й нової концепції підготовки юридичних кадрів, коли замість спеціалізації

“правознавство” і “правоохоронна діяльність” ввести спеціалізації відповідно “юриспруденція” та “антиделіктна діяльність” за єдиною кваліфікацією – “юрист”. Перші три роки всі майбутні юристи мають отримувати спеціалізацію “бакалавр юриспруденції”, а після цього ще протягом двох років – “спеціаліст юриспруденції” і “спеціаліст антиделіктної діяльності”, причому із додатковою спеціалізацією з кожного з напрямів даної спеціальності: судова діяльність, арбітражна діяльність, прокурорська діяльність, адвокатська діяльність, слідча діяльність, ордістична діяльність тощо. Останню доцільно ще додатково спеціалізувати: ордіст загальної компетенції, ордіст по боротьбі з економічними правопорушеннями, ордіст по боротьбі з незаконним обігом наркотиків, ордіст по боротьбі з організованими правопорушеннями тощо.

Через рік після цього юристи можуть отримати кваліфікацію “магістр юриспруденції” чи “магістр антиделіктної діяльності”, в останньому випадку аналогічною спеціалізацією. Для заняття науковою, законодавчою і освітянською юридичною діяльністю треба мати спеціалізацію “магістр юриспруденції” чи “магістр антиделіктної діяльності” відповідної спеціалізації правозастосовчої діяльності – “спеціаліст юриспруденції” і для будь-якої антиделіктної діяльності – “спеціаліст антиделіктної діяльності” відповідної спеціалізації. Спеціалізація “бакалавр юриспруденції” не повинна надавати можливість займатися будь-якою юридичною діяльністю, її треба розглядати як базову для відповідної перепрофілізації юриста. Так, спеціаліст антиделіктної діяльності спеціалізації “судова діяльність” хоче працювати у прокуратурі. Використовуючи диплом “бакалавр юриспруденції” такий спеціаліст повинен заново провчитися два роки за відповідною спеціальністю і отримати диплом “спеціаліст антиделіктної діяльності” спеціалізації “прокурорська діяльність”.

Для заняття будь-якою освітянською юридичною діяльністю достатньо мати відповідну кваліфікацію магістра, і наукова ступінь тут не повинна бути обов’язковою. Наукова діяльність – це відповідний стан душі, отримання відповідного наукового ступеня, і так достатньо важливий стимул без будь-яких меркантильних міркувань. У такому разі було б значно більше вчених, значно менше “голих” докторів чи кандидатів наук, які захищали дисертації тільки заради захисту. Отримання наукового ступеня кандидата наук повинно розглядатися як допуск для початку роботи над докторською дисертацією, захист якої має означати відповідне відкриття (нової науки, напрямку правового інституту). Пов’язання наявності наукового ступеня із зайняттям певної освітянської посади чи отриманням певних матеріальних благ – не тільки помилка, а й прями загроза для розвитку справжньої науки.

Завершуючи розгляд проблем удосконалення юридичної діяльності та освіти, доцільно підкреслити, що деякі існуючі словосполучення мають не дуже вдалу вимову, зокрема, “підрозділи кримінальної міліції”, “Кримінальне право України”, “Кримінально-процесуальне право України” та ін., якщо поряд використовувати аналогічні за семантичною будовою і різні за змістом словосполучення: “кримінальна країна”, “кримінальне угруповання” тощо. З огляду на це, першу групу словосполучень краще уточнити таким чином: “підрозділи антикримінальної міліції”, “Антикримінальне право України”, “Антикримінальний кодекс України” (АКК України), “Антикримінально-процесуальне право України”, “Антикримінально-процесуальний кодекс України” (АКПК України) тощо.

1. Алексеев С.С. Общая теория права: курс в 2-х томах. – М.: Юрид. лит., 1981. – Т.1. – 359 с.
2. Байкин М.И., Петров Д.Е. Система права: К продолжению дискуссии // Государство и право. – 2003. – №1. – С.25-34.
3. Голунский С.А., Строгович М.С. Теория государства и права: Учебник. – М.: Юрид. изд-во НКЮ СССР, 1940. – 302 с.
4. Григонис З.П. Теория государства и права: Курс лекций. – СПб.: Питер, 2002. – 320 с.
5. Загальна теорія держави і права: Підручник / За ред. М.В.Цвіка, В.Д.Ткаченка, О.В.Петришина. – Харків: Право, 2002. – 432 с.
6. Иоффе О.С., Шаргородский М.Д. Вопросы теории права. – М.: Юриздат, 1962. – 354 с.
7. Кельман М.С., Мурашин О.Г. Загальна теорія права (зі схемами, кросвордами, тестами): Підручник. – К.: Кондор, 2002. – 353 с.
8. Кириченко А.А., Ткач Ю.Д. Система юридических наук в свете борьбы с имущественными преступлениями; Кириченко О.А., Дерев'янкін С.Л. Предмет і система юридичних наук // Актуальні проблеми діяльності ОВС по попередженню, розкриттю та розслідуванню злочинів / Матер. міжнар. наук.-практ. конференції, 19-20.10.2000 р. – Одеса: НД РВВ ОІВС, 2000. – С.207-211, 217-226.
9. Кириченко О.А., Басай В.Д. та ін. Висновки // Проблеми використання одорологічної інформації у боротьбі з правопорушеннями: Навч.-метод. посібник. – К.: РВВ КІВС, 2003. – С.357-374.
10. Кириченко О.А., Басай В.Д. Історія, предмет і система криміналістики: Лекція №1. – К.: РВІ КІВС, 2002. – 64 с.
11. Колодій А.М., Копейчиков В.В., Лисенков С.Л., Пастухов В.А., Тихомиров О.Д. Загальна теорія держави і права: Навч. посібник / За ред. В.В.Копейчикова. – К.: Юрінком, 1997. – 320 с.
12. Комаров С.А. Общая теория государства и права: Учебник. – 2-е изд. – М.: Юрайт, 1999. – 416 с.
13. Комаров С.А., Малько А.В. Теория государства и права: Краткий учебник для вузов. – М.: НОРМА-ИНФРА-М, 1999. – 448 с.
14. Курс международного права: В 7-и т. – Т.4: Отрасли международного права. – М., 1998.
15. Мозолин В.П. Система российского права. Доклад на Всероссийской конференции 14 ноября 2001 г. // Государство и право. – М., 2003. – №1. – С.107-113.
16. Общая теория государства и права: Учебник / Под ред. В.В.Лазарева. – М.: Юрист, 1994. – 360 с.
17. Общая теория государства и права: Академ. курс в 2 томах / Ответ. ред. М.Н.Марченко. – Т.1 – М.: Изд-во “Зерцало”, 1998. – 416 с.
18. Рабінович П.М. Основи загальної теорії права і держави: Навч. посібник. – 5-е вид. – К.: Атіка, 2001. – 176 с.
19. Скакун О.Ф. Теорія держави та права: Підручник / Пер. з рос. – Харків: Консум, 2001. – 656 с.
20. Спиридонов Л.И. Теория государства и права: Учебник. – М.: Статус ЛТД, 1996. – 304 с.
21. Теория государства и права: Учебник / Под ред. С.С.Алексеева. – М.: Юрид. лит. 1985. – 480 с.
22. Теория государства и права: Учебник / Под ред. В.М.Корельского, В.Д.Первалова. – 2-е изд. – М.: НОРМА-ИНФРА-М, 2001. – 616 с.
23. Теория государства и права: Курс лекций / Под ред. Н.И.Матузова, А.В.Малько. – 2-е изд. – М.: Юристь, 2001. – 776 с.
24. Хропанюк В.Н. Теория государства и права: Учеб. пособие / Под ред. В.Г.Стрекозова. – М.: Дабахо Ткачев, Димов, 1995. – 384 с.
25. Якушев А.В. Теория государства и права: Конспект лекций. – М.: Приор, 2002. – 192 с.

Y. Kyrychenko

#### MODERN LEGAL ACTIVITY AND EDUCATION: POSSIBILITIES OF REFORMATION

The author considers basic questions of modern legal activity and education. On the basis of analysis of existent problems he offers some ways of their reformation.

*О.Б. Заверуха*

#### ПРАВОВІ ПЕРЕДУМОВИ ФОРМУВАННЯ В УКРАЇНІ АДМІНІСТРАТИВНОЇ ЮСТИЦІЇ

Розвиток будь-якої держави, яка звільнилася з обіймів адміністративно-командної системи та бажає розвиватися на демократичних засадах, в напрямі побудови правової держави та громадянського суспільства, обумовлює необхідність реформування та радикального оновлення як державного механізму, так і суспільства в цілому.

Статтею 55 Конституції України передбачено, що права і свободи людини та громадянина захищаються судом. Кожному гарантується право на оскарження в суді рішень, дій чи бездіяльності органів державної влади, органів місцевого самоврядування, посадових і службових осіб [1, с.249]. Безперечно, наявність такої норми в Конституції України та й, зрештою,

цілої низки інших дає підстави зараховувати її до числа тих європейських конституцій, які проголошують людину найвищою соціальною цінністю, що свідчить про її демократичний характер. Однак, поряд з тим, Конституція як Основний Закон держави природно регулює лише фундаментальні основи державного та суспільного ладів, а деталізація її норм повинна здійснюватись в законах та підзаконних нормативно-правових актах, які б з необхідним ступенем регламентації забезпечували можливість реалізації прав та свобод людини і громадянина в повній мірі.

Однією з важливих складових успіху у цьому напрямі є проведення судово-правової реформи в цілому та запровадження в Україні адміністративної юстиції як форми судового контролю за виконавчою владою, зокрема. Необхідно констатувати, що на сьогоднішній день існуючі норми чинного законодавства України є недостатніми для належного правового захисту громадян. Специфіка розгляду спорів, зумовлених управлінською діяльністю, вимагає створення нових організаційно-правових форм та наявності особливої суддівської кваліфікації в цій сфері.

У колишньому Радянському Союзі суд розглядався як орган, покликаний охороняти від неправомірних дій державу, відповідальності ж держави перед своїми громадянами не надавалося належного значення. Поклавши на суди обов'язок захищати права та свободи людини і громадянина, Конституція України піднесла статус суду на принципово новий рівень. У ній чітко визначено межі повноважень кожної складової частини державної влади, при цьому здійснення правосуддя віднесено до виключної компетенції судів України, юрисдикцію яких поширено на всі правовідносини, які виникають у державі. Підвищення ролі судової влади в державі та її значення у стабілізації суспільства можливе лише в умовах забезпечення реального права кожного громадянина на незалежний та неупереджений суд [2, с.2].

Згідно зі статтею 124 Конституції України, судочинство в Україні здійснюється Конституційним Судом України та судами загальної юрисдикції [1, с.262]. В системі судів загальної юрисдикції утворюються загальні та спеціалізовані суди окремих судових юрисдикцій. Цю норму Конституції України законодавець деталізує у статті 19 Закону України від 7 лютого 2002 року “Про судоустрій України” [3, с.9], який серед інших зараховує до спеціалізованих і адміністративні суди.

Якщо торкнутися стисло аналізу українського законодавства в останні десятиріччя, то необхідно вказати, що у Конституції УРСР було передбачено право громадян щодо оскарження дій і рішень органів держави та їх посадових осіб. Проте, з відомих причин, тривалий час це право залишалось декларативним. Реалізувати його у життя вдалось лише

Заверуха О.Б. Правові передумови формування в Україні адміністративної юстиції у 1987 році, коли 30 червня було прийнято Закон СРСР “Про порядок оскарження в суд неправомірних дій службових осіб, які ущемляють права громадян” [4, с.388].

Згідно з цим Законом, предметом судового оскарження були дії службових осіб, вчинені з порушенням, з перевищенням повноважень, які ущемляють права громадян, внаслідок чого громадянин незаконно позбавлявся можливості повністю або частково здійснювати право, надане йому законом чи іншим нормативним актом, або на нього незаконно покладался якийсь обов'язок. На підставі цього Закону 25 квітня 1988 року Цивільний процесуальний кодекс України було доповнено главою 31-А.

2 листопада 1989 року було прийнято Закон СРСР “Про порядок оскарження в суд неправомірних дій органів державного управління і службових осіб, що ущемляють права громадян” [5, с.416]. Цим Законом було розширено предмет судового оскарження, а саме: із набранням ним чинності йому підлягали дії не тільки службових осіб, а й органів державного управління, тобто одноособові та колегіальні дії.

28 квітня 1992 року постановою Верховної Ради України було затверджено Концепцію судово-правової реформи. В ній йшлося, зокрема, про запровадження, поряд з кримінальним і цивільним, адміністративного судочинства, метою якого є розгляд спорів між громадянами та органами державного управління. В ході судово-правової реформи суди в адміністративних справах виділяються в окрему систему.

31 жовтня 1995 року главу 31-А ЦПК України було викладено в новій редакції, згідно з якою предметом судового оскарження можуть бути як колегіальні, так і одноособові рішення, дії чи бездіяльність суб'єктів оскарження, акти як нормативного, так і індивідуального характеру, у зв'язку з якими громадянин вважає, що його права та свободи порушуються.

Аналізуючи історію розвитку судового контролю за законністю у сфері державного управління в нашій державі, можна зробити висновок про те, що теорія і практика судового контролю розвивалися шляхом поступового, еволюційного розширення компетенції загальних судів щодо вирішення адміністративно-правових спорів. Віднесення до підвідомчості загальних судів окремих категорій справ проводилося законодавцем поступово.

Прийнята 28 червня 1996 року Конституція України встановила, що кожному громадянину гарантовано право на оскарження в суді рішень, дій чи бездіяльності органів державної влади, органів місцевого самоврядування, посадових і службових осіб. Це право громадян конкретизувалось у цілій низці законів України.



Зокрема, згідно зі статтею 22 Закону України “Про статус ветеранів війни, гарантії їх соціального захисту” [6, с.426], громадянин може оскаржити до суду рішення підприємств, установ та організацій, які надають пільги ветеранам війни і особам, на яких поширюється дія цього закону з питань надання пільг. Відповідно до статті 9 Закону України “Про органи реєстрації актів громадянського стану” [7, с.78], громадянин має право оскаржити до суду зміст актів громадянського стану, а також відмову в їх реєстрації. Стаття 14 Закону України “Про дорожній рух” [8, с.384] надає учасникові цього руху право на оскарження до суду дій працівника органів Державтоінспекції Міністерства внутрішніх справ України у разі порушення останнім чинного законодавства.

Необхідно зауважити, що наведені витяги із законів України стосовно права громадян на оскарження актів, дій чи бездіяльності органів державної влади чи їх посадових осіб далеко не вичерпні, є низка інших законів, у яких передбачено таке право. Незважаючи на це, до прийняття Адміністративного процесуального кодексу України, який стане процесуальною основою діяльності адміністративних судів, реалізація цього права можлива лише в результаті розгляду скарг судами загальної юрисдикції в порядку цивільного судочинства.

Закон України “Про внесення змін до статей 235, 236 та глави 31-А Цивільного процесуального кодексу України” від 31 жовтня 1995 року зробив перший практичний крок на шляху розвитку адміністративної юстиції в Україні. Однак необхідні наступні кроки в справі адміністративно-процесуального забезпечення побудови та функціонування цього інституту, зокрема прийняття Адміністративного процесуального кодексу України, потреба в якому з кожним роком зростає.

Зважаючи на виняткову роль адміністративної юстиції у житті громадянського суспільства, у проекті Адміністративного процесуального кодексу України передбачено, що завданням адміністративного судочинства є захист прав і свобод громадян, прав і законних інтересів юридичних осіб у відносинах з органами державної влади, органами місцевого самоврядування, посадовими та службовими особами.

Підсумовуючи, можна констатувати, що на сьогоднішній день в Україні склалась всі передумови для виділення в судовій системі спеціалізованих судів, які здійснюватимуть адміністративне судочинство, а після прийняття Конституції України, Закону України “Про судоустрій України”, низки інших нормативно-правових актів, вступу України до Ради Європи цей процес став невідворотним.

Дискусія з приводу запровадження в Україні органів адміністративної юстиції та формування адміністративного судочинства впродовж

останніх десятиріч з різною інтенсивністю, але все ж мала місце. І сьогодні такі дискусії ще не вичерпані. Саме існування прибічників та противників функціонування адміністративної юстиції призводить до непослідовності в питанні її запровадження та відсутності єдиного правового інституту, який би всесторонньо регламентував матеріальні та процесуальні питання адміністративної юстиції. Поряд з тим, основні юридичні передумови для запровадження цього виду судового контролю в Україні та процесуального оформлення його діяльності існують, а створення адміністративних судів повинно відбутися у ті строки, які передбачено п.16 Прикінцевих та перехідних положень Закону України від 7 лютого 2002 року “Про судоустрій України”. Формування в Україні адміністративного судочинства логічно обумовлює створення адекватного процесуального інструментарію – Адміністративного процесуального кодексу України, прийняття якого після набрання чинності Закону „Про судоустрій України” повинно стати одним з першочергових питань в порядку денного українського законодавця.

Такими є основні, на наш погляд, правові передумови запровадження в Україні адміністративної юстиції та формування адміністративного судочинства, які поряд з їх закріпленням у чинному законодавстві потребують реального та своєчасного втілення в життя. Це, в свою чергу, можливе за умови гармонійного розвитку теоретичних та практичних розробок і досліджень механізму дії адміністративної юстиції.

1. Конституція України (Основний Закон). Прийнята на п'ятій сесії Верховної Ради України 28 червня 1996 року // Відомості Верховної Ради України. – 1996. – № 30. – Ст. 249.
2. Бойко В.Ф. Конституція України і становлення незалежної судової влади // Вісник Верховного Суду України. – 1999. – № 3 (13). – С. 2.
3. Закон України “Про судоустрій” від 7 лютого 2002 року. – К.: Атіка, 2002. – С. 9.
4. Закон СРСР “Про порядок оскарження в суд неправомірних дій службових осіб, які ущемляють права громадян” // Відомості Верховної Ради СРСР. – 1987. – № 26. – Ст. 388.
5. Закон СРСР “Про порядок оскарження в суд неправомірних дій органів державного управління і службових осіб, що ущемляють права громадян” // Відомості з'їзду народних депутатів СРСР і Верховної Ради СРСР. – 1989. – № 22. – Ст. 416.
6. Закон України “Про статус ветеранів війни, гарантії їх соціального захисту” // Відомості Верховної Ради України. – 1993. – № 45. – Ст. 426.
7. Закон України “Про органи реєстрації актів громадянського стану” // Відомості Верховної Ради України. – 1994. – № 14. – Ст. 78.
8. Закон України “Про дорожній рух” // Відомості Верховної Ради України. – 1993. – № 31. – Ст. 384.

O.Zaverukha

THE LEGAL PRECONDITIONS OF THE ENFORCEMENT OF THE  
ADMINISTRATIVE JUSTICE IN UKRAINE

In this article author underlines that enforcement of the administrative courts in Ukraine is one of the most important reforms on the way to effectively protect human rights. The legal preconditions which prove the necessity of the enforcement of the administrative justice in Ukraine are investigated in details.

*В.В.Лемак*

**РЕФОРМУВАННЯ ДЕРЖАВНОЇ СЛУЖБИ В КОНТЕКСТІ  
АДМІНІСТРАТИВНОЇ РЕФОРМИ: ДОСВІД СЛОВАЦЬКОЇ  
РЕСПУБЛІКИ**

Законодавче забезпечення проведення адміністративної реформи залишається актуальним завданням в Україні. Реформування державної служби як один із напрямів такої реформи у цьому плані не є винятком. Досвід інших країн, зокрема кандидатів на вступ до Європейського союзу, все ще не став предметом комплексних досліджень вітчизняних учених.

Завданням даної статті є аналіз нового законодавства Словацької Республіки про державну службу, прийнятого в 2001 р., у контексті реформи публічного управління.

Ще в січні 1995 р. у програмній заяві Уряду Словацької Республіки відзначалося, що система публічного управління потребує змін, які впливають з характеру політичної і економічної трансформації суспільства. Вони мають бути спрямовані на раціоналізацію інституційної структури й підвищення ефективності роботи державних органів управління, розширення компетенції місцевого самоврядування. Метою реформи, яка розпочиналася, було вироблення такої системи влади, котра би краще служила потребам громадян [1].

З наміченого Уряд почав реалізовувати реформу в двох напрямках. По-перше, він пішов на зміну адміністративно-територіального устрою країни – на території республіки створювалися 8 країв та 79 округів. Така новела була передбачена Законом “Про адміністративно-територіальний поділ СР і про організацію місцевого державного управління” 1996 р. По-друге, цим же законодавчим актом значна частина повноважень центральних органів державного управління передавалася крайовим і окружним органам влади. Проте, як засвідчують статистичні дані, такий перерозподіл компетенції аж ніяк не впливав на кількість державних службовців, зайнятих у центральних органах. Тенденція до зростання їх чисельності

зберігалася до останнього часу: якщо в 1993 р. кількість державних службовців становила 4735, то в 1999 р. – 8022 [2].

Якщо характеризувати стан впровадження реформи в період Уряду В.Мечіяра, то, на думку словацьких дослідників цієї проблеми (В.Ніжнянського, Я.Клінга та М.Петраша), були реалізовані лише такі напрями, які впливали з “політичних і владних амбіцій” голови Уряду. Вказані вчені визначають, зокрема, такі наслідки реформи публічного управління протягом 1995-1998 років:

1. Публічний сектор істотно і постійно втручався до галузей, які з огляду на критерії ефективності повинні належати до приватного сектора. Прикладом цього виступала інвестиційна діяльність Уряду, який на свій розсуд спрямовував кошти платників податків на ту чи іншу ділянку. Природно, що публічні служби, домагаючись бюджетних коштів, змагалися в драматизації ситуації в підконтрольних їм сферах. Це призвело до зростання заборгованості публічного сектора (державного і місцевих бюджетів), а також до зниження кваліфікації публічних служб.

2. Корупція в публічному секторі досягла розмірів, які загрожували економічному зростанню країни. Словацька Республіка станом на 1998 рік у світовому рейтингу рівня корупції знаходилася на 47-48 місці, але попереду всіх країн Вишеградської четвірки.

3. Незважаючи на децентралізацію державної влади в ході адміністративно-територіальної реформи 1996 р., протягом 1996-1997 років обсяг фінансування центральних органів управління зріс на 25 відсотків.

4. Неefективним і некваліфікованим залишалось місцеве державне управління, органи якого в такому вигляді були неспроможними в деяких регіонах забезпечувати місцевий розвиток. До 50% службовців не мали спеціальної підготовки. З утворенням у ході реформи 8 країв і 79 округів нагально постала проблема нестачі управлінських кадрів.

5. Місцеве державне управління залишалось заполітизованим. У 79 окружних і 8 крайових управліннях, а також у 24 спеціалізованих установах після кожних виборів під загрозу ставилася кар’єра близько 2700 службовців, що, в свою чергу, серйозно ускладнювало підвищення їх кваліфікації та вирішення проблеми модернізації місцевого управління загалом [3].

Зауважимо, що у вітчизняній теоретико-правовій науці державна служба розуміється як “врегульована законодавством професійна діяльність осіб, які займають у встановленому порядку посади в державних органах та інших державних організаціях щодо практичного здійснення їх функцій та завдань, що оплачується із коштів державного бюджету”, а відповідно під державним службовцем – “особа, яка здійснює у встанов-

леному законодавством порядку повноваження у відповідності з займаною посадою в державному органі або іншій державній організації та одержує заробітну плату з коштів державного бюджету” [4].

Слід визнати, що системний підхід у реформі державної служби в Словачькій Республіці, як і в інших напрямках правової реформи, спостерігається лише після парламентських виборів у вересні 1998 р. Уже в програмній заяві Уряду в листопаді 1998 р. містилося положення щодо реформи цього інституту. Більш розгорнуті цілі реформування державної служби були сформульовані в “Стратегії реформи публічного управління в Словачькій Республіці”, а саме: 1) зростання кваліфікації державних службовців; 2) підвищення рівня довіри суспільства до публічного управління; 3) підвищення рівня контролю державних службовців; 4) краще забезпечення потреб і вимог державних службовців [5].

Разом із тим, протягом 90-х років окремих Закон про державну службу так і не був прийнятий. На думку словацьких дослідників Л.Маликової і К.Старонової, внаслідок правової неврегульованості ситуація в державній службі характеризувалася станом на 2000 р. рядом недоліків. Наприклад, наймання службовців на рівні центрального уряду знаходиться в компетенції міністерств, ця процедура визначена тільки в загальних рисах у внутрішніх інструкціях. За відсутності правила, котре би вимагало публічно оголошувати про наявність вакансій, на практиці вони заповнюються за допомогою особистих зв'язків. Міністр або керівник відділу приймає остаточне рішення. Подібна ситуація спостерігається на всіх рівнях державної служби, де політична приналежність відіграє ключову роль. Правовий статус державних службовців врегульовувався Трудовим кодексом 1965 р. і Законом про ставки заробітної плати в бюджетних організаціях 1992 р. Названі вчені визначили “короткий перелік невиваючих правил” у сфері державної служби: 1) поділ державних і недержавних службовців на категорії залежно від якості роботи і знань (вмінь); 2) правове забезпечення відмінностей в статусі адміністративних і політичних посад; 3) регулювання просування по службі в рамках даного сектора; 4) постанова про обов'язкове оголошення про наявність вакансій і наступну процедуру відбору кадрів [6].

Найпомітнішим кроком у цьому напрямі справедливо вважається схвалення Національною радою СР 2 липня 2001 р. Закону “Про державну службу та зміни і доповнення до деяких законів” [7]. Зміст цього законодавчого акта цікавий не лише з академічної точки, а й для вітчизняного законодавця, котрий нині визначається з напрямками перетворень цього інституту. Проаналізуємо зміст Закону в кількох аспектах.

*Поняття і основні засади державної служби.* Відповідно до ч.2 ст.1 Закону державна служба ґрунтується на принципах: 1) професіоналізму; 2) політичної незалежності; 3) ефективності; 4) гнучкості; 5) неупередженості; 6) етики. Правові відносини державних службовців у Словачькій Республіці під час здійснення державної служби є публічно-правовими відносинами державних службовців з державою (ч.1 ст.2 Закону).

Зміст державної служби визначається чч. 1, 2 ст.2 Закону як здійснення завдань державного управління або виконання державних потреб в обсязі повноважень, встановлених спеціальними приписами, які виконуються державними службовцями в державному органі чи в підрозділі державного органу, якщо ці завдання стосуються: а) управління; б) прийняття рішень; в) контролю; г) спеціальної підготовки рішень; д) спеціальної підготовки законопроектів і інших нормативно-правових актів, включно зі спеціальною діяльністю, пов'язаною з їх обговоренням і схваленням; е) спеціальної підготовки умов здійснення державних потреб. З іншого боку, даний Закон не поширюється на такі категорії: а) депутатів Національної ради, президента СР, членів Уряду СР, голову Вищого контрольного комітету СР та його заступника; б) суддів Конституційного суду СР; в) суддів; г) прокурорів та працівників інших органів державного управління.

Право доступу до державної служби гарантоване кожному громадянину Словачької Республіки. Воно здійснюється на основі справедливого конкурсного відбору. Кожний громадянин вправі володіти інформацією про вакантні посади в системі державної служби (ст.3).

Центральним органом управління в галузі державної служби виступає Комітет з питань державної служби СР, який наділений такими повноваженнями: а) забезпечення єдиного підходу в ході здійснення Закону про держслужбу і нормативно-правових актів, виданих на його виконання; б) підготовка щорічного звіту про реалізацію Закону про державну службу, який подає до Уряду СР; в) видання на основі повноважень, визначених Законом, нормативно-правових актів; г) видання службових приписів для забезпечення застосування правовідносин при здійсненні державної служби на основі даного Закону; д) підготовка проекту систематизації в державній службі; е) здійснення конкурсного відбору на підготовчу державну службу і на тимчасову державну службу; є) управління системою освіти в державній службі і забезпечення єдиного системного підходу до подальшої освіти державних службовців; ж) здійснення контролю за дотриманням даного Закону і нормативно-правових актів, виданих на його виконання; з) обнародування інформації про вакантні місця державних працівників у державній службі тощо.

**Вимоги до державних службовців.** Положення ст.14 Закону встановлюють вимоги до громадян, які приймаються до державної служби: 1) досягнення 18-річного віку; 2) дієздатність у повному обсязі; 3) бездоганність (не був засудженим за навмисний злочин або судимість погашена); 4) відповідність кваліфікаційним умовам (відповідна освіта, спеціальний стаж); 5) наявність відповідного здоров'я для здійснення державної служби; 6) постійне проживання на території Словацької Республіки; 7) володіння державною мовою; 8) володіння іноземною мовою, якщо така вимога для здійснення державної служби міститься в службовому приписі Комітету з питань державної служби; 9) успішне проходження відбірного конкурсу на підготовчу державну службу або виконання умов на тимчасову державну службу.

Закон у загальних рисах визначає порядок проведення конкурсу для відбору кандидатів на підготовчу і тимчасову державну службу. Відповідно до ст.15 Закону не пізніше як за три тижні до початку проведення конкурсного відбору в засобах масової інформації оголошується інформація про наявність вакантної посади в державній службі та проведення конкурсу. Відбір проводить конкурсна комісія, котру створює керівник відповідного державного органу з числа службовців постійної державної служби у складі п'яти чоловік, з яких не менше трьох працює в тому підрозділі, де має місце вакансія. Очолює комісію той її член, який займає найвищу посаду у відповідному державному органі. Комітет з питань державної служби ознайомлює претендентів із результатами конкурсного відбору не пізніше як через 10 днів від часу його завершення.

**Види державної служби.** Перше призначення провадиться до так званої підготовчої служби, котра є підготовкою до виконання постійної державної служби у відповідному підрозділі державної служби. Особи, які працюють у цьому виді державної служби, називаються стажистами. Підготовча служба триває від 6 місяців до 2 років і закінчується кваліфікаційним іспитом. Метою такого іспиту є перевірка знань стажиста та вміння використовувати Конституцію СР, конституційні закони, інші нормативно-правові акти, необхідні для виконання державної служби у відповідному відділі. Іспит складається з двох частин: письмової та усної, котрі проводяться в один день. День успішного виконання кваліфікаційного іспиту вважається останнім днем перебування на підготовчій службі. **Постійна державна служба** є державною службою, на яку службовці призначаються після успішного складання кваліфікаційного іспиту у відповідному відділі державної служби. **Тимчасова державна служба** – це державна служба на визначений строк, в якій виконує державну службу спеціаліст, який є необхідним для здійснення цілей державної служби,

представлений на політичних посадах і на посадах дипломатичних представників (ст.25). Спеціаліст перебуває на тимчасовій службі визначений строк, але не більше 5 років.

**Права і обов'язки державного службовця.** Для характеристики статусу державних службовців Словацької Республіки важливо з'ясувати їх права і обов'язки, визначені відповідно статтями 52 і 53 Закону. Отже, державний службовець у цій країні *має право*: а) на створення умов для належного здійснення державної служби; б) на винагороду; в) на забезпечення підвищення кваліфікації; г) на відмову виконувати службові завдання, котрі суперечать нормативно-правовим актам або не належать, згідно з окремими приписами, до повноважень службового органу, в якому він здійснює державну службу, або такі завдання не належать до компетенції його відділу державної служби; д) мати доступ до своєї особової справи, робити з неї виписки, фотокопії; е) подавати клопотання у справах виконання державної служби службовому комітету.

З іншого боку, державний службовець *зобов'язаний*: 1) зберігати вірність Словацькій Республіці під час здійснення державної служби; 2) додержувати Конституції СР, конституційних законів, законів й інших нормативно-правових актів, які стосуються здійснення державної служби, етичного кодексу і службових приписів під час здійснення державної служби; 3) виконувати службові завдання особисто, відповідально, належно і вчасно; 4) виконувати всі завдання, які належать у відділі державної служби до його службових обов'язків; 5) зберігати таємницю про обставини, котрі стали йому відомі у зв'язку з виконанням державної служби, якщо від такого обов'язку він не звільнений керівником органу; цей обов'язок діє й після закінчення відносин державної служби; 6) здійснювати державну службу неупереджено та політично нейтрально тощо.

**Припинення відносин державної служби.** Відповідно до ст.39 Закону відносини державної служби припиняються у випадках: 1) звільнення з посади державної служби за підставами, визначеними ст.40 (втрата громадянства, втрата постійного проживання на території республіки, втрата фізичної здатності продовжувати виконання державної служби); 2) накладення дисциплінарного стягнення у вигляді усунення з постійної державної служби, усунення з тимчасової державної служби, усунення з підготовчої державної служби; 3) на підставі письмового клопотання державного службовця; 4) в період випробувального строку в підготовчій або тимчасовій державній службі; 5) завершення строку тимчасової державної служби.

Крім того, відносини державної служби можуть припинитися у випадках, встановлених ст.43, а саме: а) завершення підготовчої державної служби, якщо не був успішно складений кваліфікаційний іспит; б) вступ

у законну силу вироку суду, яким державний службовець був засуджений за вчинення навмисного злочину; в) вступ у законну силу рішення суду, яким державний службовець був визнаний недієздатним або обмежено дієздатним; г) досягнення державним службовцем 65-річного віку.

Інтерес викликають правила подачі державним службовцем декларації про майно. Відповідно до ст.54 Закону державний службовець під час проходження державної служби повинен декларувати свої майнові відносини: а) не пізніше 30 днів від початку виникнення відносин державної служби; б) до 31 березня кожного календарного року. Декларація повинна містити відомості про: а) нерухоме майно; б) рухомі речі; в) майнові права та інші матеріальні цінності.

Відзначимо також, що в Словацькій Республіці було схвалено ще один закон у цій сфері – “Про публічну службу” від 2 липня 2001 р. [8], який врегульовує публічну службу і трудові відносини тих працівників в органах державного управління, які не здійснюють функції державного управління, а також працівників бюджетних організацій, дотаційних організацій, вищих територіальних одиниць, муніципалітетів і державних фондів.

Порівнюючи наведені положення Закону “Про державну службу” Словацької Республіки з вітчизняним аналогом, можна зробити кілька висновків. По-перше, слід визнати, що словацький закон через меншу кількість бланкетних норм, більш повне врегулювання окремих аспектів державної служби може ефективніше здійснити своє соціальне призначення. Наприклад, Закон України “Про державну службу” навіть у загальних рисах не визначає процедури проведення конкурсного відбору перед прийняттям на державну службу, відсилаючи цю норму до актів підзаконного характеру. Важко погодитися з таким підходом, бо саме ці положення Закону мають реально забезпечувати конституційне право громадян на доступ до державної служби.

По-друге, хочеться звернути увагу на декілька відмінностей в правовому врегулюванні статусу державного службовця, котрі, на нашу думку, істотно впливають на характер державної служби загалом. Перша відмінність – ситуація з виконанням державним службовцем незаконного наказу (розпорядження). У Словаччині він вправі відмовитися від виконання, і таке право передбачено для нього ст.51 Закону про держслужбу. В Україні ж згідно зі ст.31 відповідного Закону в разі “примушування державного службовця до виконання рішення державного органу чи посадової особи, яке суперечить чинному законодавству”, він вправі подати у відставку, але не відмовитися від виконання такого рішення. В Законі України, крім того, навіть не згадується право державного службовця

відмовитися також від виконання таких завдань, які не входять до його службових обов'язків.

- 1 Nižňansky V., Kling J., Petraš M. Verejna sprava // Slovensko, 1998-1999. Súhrna správa o ktave spoločnosti. Ed. Mesežnikov G. a Ivantyšin M. – Bratislava, 1999. – S.192-193.
2. Ibid. – S.193.
3. Ibid. – S.193-195.
4. Петришин О.В. Правовий режим державної служби: питання загальної теорії // Автореф. дис... докт. юрид. наук. – Х., 1999. – С.20.
5. Strategia reformy verejnej správy v Slovenskej republice. – Bratislava, 1999. – S.66.
6. Маликова Л., Старонова К. Политико-административные отношения в Словакии // Политико-правовые отношения: кто стоит у власти? / Под ред. Т. Верхейни. – М., 2001. – С.333.
7. Zákon Narodnej rady Slovenskej republiky z 2. júla 2001 o štátnej službe a o zmene a doplnení niektorých zákonov // Sb. zákonov č. 313/2001. – S.7222-7223.
8. Zákon Narodnej rady Slovenskej republiky z 2. júla 2000 o verejnej službe // Sb. zákonov č. 114/2001. – S.7223-7243.

V.Lemak

#### REFORMATION OF GOVERNMENT SERVICE IN CONTEXT OF ADMINISTRATIVE REFORM: EXPERIENCE OF THE SLOVAK REPUBLIC

In article the author analyses a new legislation of the Slovak Republic about the government service, adopted in 2001, in context of reform of public management. Also its comparison with the Ukrainian legislation about the government service is conducted.

*В.М. Кравчук*

#### РОЛЬ АДМІНІСТРАТИВНИХ СУДІВ У ЗАБЕЗПЕЧЕННІ ЗАКОННОСТІ ПРАВОВИХ АКТІВ МІСЦЕВИХ ОРГАНІВ ВИКОНАВЧОЇ ВЛАДИ ТА ОРГАНІВ МІСЦЕВОГО САМОВРЯДУВАННЯ

У сучасних умовах роль суду в забезпеченні законності актів і дій органів публічної влади багато в чому залежить від запровадження спеціальної адміністративної юстиції і створення системи адміністративних судів.

Проблемам становлення адміністративної юстиції присвячені праці В.Авер'янова, А.Полешка, В.Стефанюка, В.Шишкіна та інших учених. Однак питання, що стосуються діяльності адміністративних судів стосовно забезпечення законності правових актів місцевих органів виконавчої влади та органів місцевого самоврядування, на монографічному рівні не досліджені.

У 1999-2001 роках спеціально створеними робочими групами було підготовлено два проекти Адміністративно-процесуального кодексу України (АПК), в яких використано пропозиції вітчизняних учених і практиків, а також досвід зарубіжних країн, де давно діють адміністративні суди і вносять значний вплив у забезпечення законності у відносинах між державними органами і громадянами [1]. Поряд із вирішенням кадрових і фінансових проблем прийняття АПК є однією з важливих передумов налагодження діяльності адміністративних судів. У сучасних умовах розгляд справ, які виникають з адміністративно-правових відносин, здійснюється за нормами глав 30-32 Цивільного процесуального кодексу. Проте цей законодавчий акт розрахований в основному на розгляд справ позовного провадження і не враховує всієї різноманітності адміністративних справ, перелік яких постійно розширюється. Тому прискорення прийняття АПК україн необхідне для того, щоб новостворена система адміністративних судів дістала належну правову базу для свого функціонування.

Безумовно, найкардинальнішим питанням діяльності адміністративного суду є питання про межі його компетенції. Адміністративний суд як нова ланка судової системи повинен мати свою “нішу” відповідальності, яка б чітко відокремлювала його від сфер відповідальності інших загальних судів.

Проектом АПК України 1999 року до компетенції адміністративного суду передбачалося віднести розгляд справ: 1) за скаргами та заявами на рішення, дії чи бездіяльність органів державної виконавчої влади, органів місцевого самоврядування, посадових та службових осіб; 2) за скаргами на акти Президента України, Кабінету Міністрів України, Верховної Ради Автономної Республіки Крим щодо відповідності їх законам України; 3) за скаргами на правові акти, рішення Уряду Криму, міністерств, інших центральних органів державної виконавчої влади, державних адміністрацій щодо відповідності їх Конституції України та законам України; 4) за скаргами щодо відповідності Конституції чи законам України рішень органів місцевого самоврядування; 5) за зверненнями судів загальної юрисдикції про здійснення щодо них дисциплінарного провадження; 6) за скаргами у випадках, передбачених виборчим законодавством; 7) у спорах, що виникають з адміністративного договору; 8) в інших спорах, що віднесені до компетенції адміністративного суду.

Ст.20 проекту АПК 2001 року передбачила значно ширший перелік із 18 пунктів. Ці підстави можна класифікувати шляхом поділу на такі групи: а) скарги, пов’язані з визначенням конституційності чи законності правових актів, дій чи бездіяльності органів, посадових та службових

осіб; б) спори, пов’язані з припиненням повноважень державних діячів у зв’язку з порушенням ними вимог щодо несумісності; в) скарги, які виникають у зв’язку з проходженням державної служби; г) надання дозволів на вчинення адміністративних дій у випадках, визначених законом; д) спори, що виникають в окремих сферах життєдіяльності (про надання притулку, з питань соціального забезпечення, з питань освіти населення); е) інші публічно-правові скарги. При цьому важко зрозуміти доцільність виділення в окрему категорію спорів з питань соціального забезпечення і освіти через відсутність якихось процесуальних особливостей їх розгляду.

Неабияке теоретичне й практичне значення для адміністративного судочинства має правильне визначення таких понять, як “акт”, “дія” чи “бездіяльність”, які можуть бути предметом оскарження в адміністративному суді. Наскільки складними є ці питання, можна зробити висновок хоча би з того, що у ст.2 проекту АПК 2001 року відсутні чіткі визначення цих понять. Зокрема, так званий адміністративний акт визначається лише як об’єкт оскарження без будь-якої сутнісної характеристики. Це ж саме стосується і адміністративних дій, що визначаються як дії, які можуть бути оскаржені до адміністративного суду. Плюс до цього дії визначаються як “дії або бездіяльність органів державної влади, органів місцевого самоврядування, посадових і службових осіб, що здійснюються на підставі, в межах повноважень та у спосіб, передбачений Конституцією та законами України...”. Тут, по-перше, виникає питання, як це можна ототожнювати дії і бездіяльність, а по-друге, для чого оскаржувати як дії, так і бездіяльність, якщо вони “здійснюються на підставі, в межах повноважень та у спосіб...”, тобто вчиняються на загальних підставах.

У зв’язку з цим слід зазначити, що так звані адміністративні акти, які можуть бути предметом оскарження в адміністративному суді, – це узагальнюючий термін. Проте їх не можна ототожнювати з правовими актами, які можуть видаватися не лише державними і самоврядними, але й іншими структурами.

Які ж суттєві ознаки адміністративного акта, які можуть підвести нас до його визначення?

По-перше, він видається органом публічної влади (державним органом чи органом місцевого самоврядування). По-друге, цей акт може носити як індивідуальний, так і нормативний характер. По-третє, він стосується суб’єктів, які не перебувають у трудових відносинах з органом публічної влади, поширюється на зовнішні відносини цього органу. По-четверте, адміністративний акт, який носить індивідуальний характер, є актом застосування норм права, тобто “встановлює (змінює, припиняє) на основі юридичних норм права і обов’язки учасників конкретних

Актуальні проблеми вдосконалення чинного законодавства України

правовідносин або міру відповідальності конкретних осіб за правопорушення” [2, с.330]. По-п’яте, адміністративний акт, як і будь-який правовий акт, завжди може розглядатись як волевиявлення того, хто його видав, його об’єктивована воля, як керівництво до дії.

З урахуванням цього пропонуємо в переліку термінів АПК дати таке визначення:

“Адміністративний акт – це волевиявлення державного органу або органу місцевого самоврядування, спрямоване на встановлення певних правил поведінки або на виникнення, зміну чи припинення конкретних правовідносин шляхом винесення обов’язкових індивідуально-владних приписів”.

Важливим є питання про те, з яких позицій адміністративний суд дає оцінку актам, діям чи бездіяльності органів публічної влади та їх посадових осіб.

Відповідь на це питання частково міститься у ч.1 ст.55 Конституції України, де говориться, що суд захищає права і свободи людини та громадянина. Як слушно відзначив В.Авер’янов, інститут адміністративної юстиції “... поступово виходить за межі інституту судового контролю за порядком державного управління, все більше набуває суто правозахисної спрямованості” [3, с.12]. В унісон із ним В.Німченко стверджує, що “діяльність адміністративних судів повинна мати чітко визначений правозахисний, а не каральний характер” [4, с.19].

Судова перевірка конституційності і законності адміністративних актів стосується, природно, як індивідуальних (правозастосовчих) актів, так і актів, що містять нормативні приписи.

У зв’язку з цим слід звернути увагу на деякі розбіжності щодо порядку вирішення цих питань у проекті АПК, обґрунтованість яких викликає певні сумніви.

Так, відповідно до п.1 ч.1 проекту суд вправі скасувати неправомірний адміністративний акт повністю чи окремі його положення та ухвалити рішення про поворот виконання акта чи окремих його положень із зазначенням способу його здійснення. З цього випливає, що оскаржений акт визнається нечинним, тобто недійсним з часу його видання. Таке вирішення питання найкращим чином забезпечить фактичне і повне усунення порушень закону, пов’язане з відновленням порушених прав.

Відповідно до п.3 ч.1 цієї статті суду надано право визнати адміністративний акт, дію чи бездіяльність адміністративного органу, посадової чи службової особи неправомірними, якщо в заяві щодо цього заявлено обґрунтований інтерес.

Кравчук В.М. Роль адміністративних судів у забезпеченні законності правових актів місцевих органів виконавчої влади та органів місцевого самоврядування

Отже, створення системи адміністративних судів є важливою передумовою позитивних зрушень у стані законності, в тому числі і при виданні правових актів місцевими органами виконавчої влади та органами місцевого самоврядування.

1. Шишкін В. Система органів адміністративної юстиції у Франції // Право України. – 1996. – №7. – С.43-47; Шишкін В. Адміністративний суд Австрії // Право України. – 1997. – №5. – С.58-62 та інші.
2. Скакун О.Ф. Теория государства и права. – Харьков: Консум, 2000. – С.330.
3. Авер’янов В. Адміністративне право України: доктринальні аспекти реформування // Право України. – 1998. – №8. – С.12.
4. Науково-теоретична конференція “Адміністративне право: сучасний стан і напрями реформування” (виступ В. Німченко) // Право України. – 1998. – №8. – С.19.

V Kravchuk

#### THE ROLE OF ADMINISTRATIVE COURTS IN THE GUARANTEEING OF THE LEGALITY OF THE LAWFUL STATEMENTS OF THE STATE EXECUTIVE BODIES OF POWER AND THE SELF-GOVERNMENT BODIES

A great importance is attached to the learning of the conception of the administrative reform. The role and place of the administrative courts in the guaranteeing of legal statements are determined in this article. On the basis of the analysis of the legislation and newest juridical literature the order of examination of the unlawful statements of the local executive bodies of power and the self-government bodies by the administrative courts.



## ЦИВІЛЬНЕ, ЦИВІЛЬНО-ПРОЦЕСУАЛЬНЕ ТА ГОСПОДАРСЬКЕ ПРАВО

О.О. Пунда

### ПРАВОВЕ РЕГУЛЮВАННЯ ГЕННО-ІНЖЕНЕРНОЇ ДІЯЛЬНОСТІ В УКРАЇНІ

Минуле ХХ століття по праву увійшло в історію людства під назвою “атомної ери”. Велетенські за своїм значенням і масштабами відкриття у фізиці та хімії, створення ядерної енергетики та індустрії, побудованої на її базі, визначили характер суспільного буття людини. Однак кінець століття був відзначений цілим рядом відкриттів, що за своїм значенням не поступаються здобуттям фізико-математичних та технічних наук. Здобутки людства у сфері біології відкрили небачені перспективи для пізнання та вдосконалення біологічної сутності людини, позбавлення її “обтяжливої спадковості”, лікування хвороб та якісної зміни оточуючого природного середовища.

Медицина, онтогенетика, молекулярна біологія, об'єднуючи свої зусилля з іншими природничими науками, перетворюються в один із найвагоміших чинників сучасного соціального розвитку. Велику питому вагу мають досягнення цих наук у сфері пізнання генетики людини. Генна інженерія поступово перетворюється зі суто науково-теоретичної на прикладну галузь знань. Можливості генетичного конструювання та модифікації виявляються спроможними вирішити гострі питання боротьби зі складними хворобами, забезпечення виживання окремих етносів людей та видів рослин і тварин, і, в кінцевому рахунку, сприяють забезпеченню “продовольчої безпеки”, тобто ефективної реалізації права людини на свободу від голоду.

Юридична наука, у даний час, рухається за відкриттями біології, створюючи правила поведінки “пост-фактум” вже після того, як вони переходять у стадію технологічного впровадження у виробництво або експериментального випробування.

Основною проблемою правового регулювання досягнень генетики є необхідність забезпечення належного стану юридичного регулювання генної інженерії. Питанням правового регулювання генно-інженерної діяльності присвятили наукові праці та публікації такі відомі вчені, як О.І.Йойриш, О.І.Красовський, М.І.Ковальов, В.І.Круг, М.М.Малєїна, М.Ардашева.

Засоби правового регулювання повинні створити засади майбутнього розвитку генної інженерії, генетичної медицини, межі, способи та

процедури втручання у рослинний і тваринний світ. І, що найвагоміше, юридичні норми мають створити систему правових обмежень генно-інженерної діяльності, пов'язаної з біологічною сутністю людини. Правові засоби повинні якщо не випереджати, то хоча б, відштовхуючись від уже існуючого стану речей у біології, йти “поряд” із цією наукою, “гнучко” реагуючи на появу тих чи інших її потреб, можливостей впливу на генетичні програми розвитку. У зв'язку з цим необхідно сформулювати вихідні принципи положення, на яких у майбутньому буде побудовано систему норм нового “генетичного права”.

Що ж таке генна інженерія? Це розділ молекулярної біології, завданням якого є цілеспрямоване конструювання нових, не існуючих у природі генів за допомогою генетичних або біохімічних методів [4]. Сферою практичного застосування результатів генної інженерії на сьогоднішній день є: створення якісно нових ліків від хвороб, що передаються по спадковості, тобто таких, які обумовлені генетичними факторами ризику; створення нових промислових матеріалів за рахунок об'єднання та маніпуляції генетичними програмами; створення якісно нових продуктів харчування. Використання досягнень генної інженерії у цій сфері є вражаючим. Уже сьогодні медицина використовує інсулін, гормон росту, інтерферон, вакцину проти ящура, які за своїм походженням є активними генно-модифікованими речовинами. Проте цим можливості такої діяльності не вичерпані. Генна інженерія створює ґрунт для розвитку генної медицини, що набуває забарвлення медицини “превентивної”.

У кінцевому рахунку сучасна юридична наука вже досить чітко окреслила ті дві сфери, у яких здійснюватиметься регулювання генної інженерії. По-перше, це сфера відносин у галузі генної інженерії, що визначає засади використання генно-модифікованих організмів, не пов'язаних з людиною, і, по-друге, це використання досягнень результатів такої діяльності до людини, її тканин та окремих клітин у складі людського організму.

Але, як і в першому, так і у другому випадку наслідки діяльності з генного модифікування відчуватиме на собі людина. Тому блага, які надає суспільству в цілому та окремому його представникові генна інженерія, повинні бути врегульовані на рівні особистих прав людини. Враховуючи сучасні підходи до класифікації особистих прав, можна всі “генетичні” права віднести до прав біологічних.

У даний час правова система України не містить повноцінних норм, які б детально регламентували правові відносини у генно-інженерній діяльності. Це говорить про те, що правових досліджень у такому напрямку не ведеться. Привертає увагу до себе проект Закону України “Про

державну систему біобезпеки при створенні, випробуванні та практичному використанні генетично модифікованих організмів”, зареєстрований у Верховній Раді України 23.07.2002 року і вже прийнятий у першому читанні. У цьому проекті Закону вперше у національній правовій системі сформульовано поняття генної інженерії – науки про отримання нових комбінацій генетичного матеріалу шляхом позаклітинних маніпуляцій з молекулами нуклеїнових кислот з метою подальшого створення генетично нових форм клітин і цілих організмів за допомогою штучного прийому переносу генів (ст.1 Закону). Цікавим є визначення поняття організму як будь-якої форми біологічного існування (включаючи стерильні організми, віруси та віроїди, здатні до самовідтворення або передачі спадкових факторів (ст.1 Закону). І хоч у проекті Закону вказано, що порядок здійснення генетично-інженерної діяльності та застосування її методів до людини визначається окремими законодавчими актами, подане розуміння генної інженерії у повній мірі може бути розповсюджено і на людину. Права, пов’язані з генною інженерією, перетворюються на складові елементи права людини на життя, права на медичну допомогу, права на інформацію та права на таємницю про стан свого здоров’я, а також складового права на безпечне для життя і здоров’я довкілля.

Яскравим прикладом взаємозв’язку з останнім є те, що у ч.3 ст.293 Цивільного кодексу України (який набуде чинності з 01.01.2004 року) передбачено, що фізична особа має право на безпечні для неї продукти споживання (харчові продукти та предмети побуту). Фактично це положення можна трактувати як *право на забезпечення харчової безпеки*. Загострення проблеми харчової безпеки пов’язано з появою трансгенетичних організмів (зокрема, тварин та рослин, які використовуються в якості їжі). Наукове розуміння трансгенетичних організмів, як тварин, рослин, вірусів, генетичні програми яких змінені шляхом застосування методів генної інженерії [1], у цілому збігається з поняттям генетично-модифікованого організму – тобто організму, який містить нову комбінацію генетичного матеріалу, отриманого з використанням генетичної інженерії (ст.1 Закону).

Використання генномодифікованих (трансгенних) організмів дозволить вирішити низку найгостріших проблем у сільському господарстві: значно підвищити врожайність культурних рослин та уникнути втрат при їх зберіганні, поліпшити якості рослинних продуктів (збільшення вмісту вітамінів, інших корисних речовин з одночасним зменшенням вмісту залишків агрохімікатів), зменшити екологічне навантаження на навколишнє середовище за рахунок значного зниження використання гербіцидів, пестицидів, мінеральних добрив та інших

агрохімікатів. За останні шість років відбувається широке запровадження трансгенних рослин (стійких до гербіцидів, комах та вірусів) сої, кукурудзи, бавовни, рапсу, цукрового буряку, картоплі. Якщо у 1996 році у світі під посівами трансгенних сортів рослин було зайнято приблизно 1,7 млн. га, то у 2002 році цей показник склав 52,6 млн. га, і лише у США – 35,7 млн. га [5]. Відомим прикладом є модифікація рису, здійснена швейцарським професором А.Патрікусом, який за допомогою генної інженерії вніс у генетичну програму рослини вітамін А, який у природі в рисові взагалі відсутній. Тим самим було подолано негативні наслідки відсутності вітаміну А у раціоні східних народів, для яких рис є основним джерелом харчування. Методи генної інженерії дають ефективний результат і у тваринництві. Наприклад, трансгенні тварини з підвищеною продуктивністю або з бажаними для людини якостями (риба карп з більшим показником ваги або трансгенна свиня, органи якої є сумісними з людськими, а тому менш вразливі до відтворення при їх пересадці реципієнту людині). Проте погодимось, що саме нині виникає стурбованість, що у процесі реалізації позитивного потенціалу біотехнології та генної інженерії можуть виникнути ситуації ненавмисного випуску у лабораторіях, на виробництві, при “польових” дослідженнях генетично змінених організмів та рекомбінатних білків з не перевіреними до кінця властивостями, а на біотехнічному ринку можуть з’являтися генно-інженерні продукти, що не пройшли відповідного контролю та не були попередньо оцінені компетентними органами влади. У суспільстві зберігається стурбованість перед можливими негативними наслідками генно-інженерних експериментів та біотехнічних виробництв для персоналу, який на них працює [2]. Зрозуміло, що можливі негативні наслідки споживання трансгенної продукції можуть приховувати “гіпотетичну загрозу” і для споживачів продуктів харчування або послуг, побудованих на методах генної модифікації. Проте, швидше за все, проблема полягає у непоінформованості суспільства. Так, генна інженерія фактично є продовженням селекції, яка за останні п’ятдесят років пройшла шлях від класичної селекції до селекції кліткової, а від неї – на молекулярний рівень генної інженерії.

Зрозуміло і те, що визначення генної інженерії, запропоноване у законопроекті, також може зазнати певної видозміни. Методи генної інженерії не обов’язково повинні тягнути за собою введення виділених в одному організмі генів у інший, а тому і генетично-інженерна діяльність не може бути зведена лише до діяльності щодо створення, випробування та впровадження в обіг генно-модифікованих організмів. Генетична інженерія спроможна також допомогти у реалізації завдань генетичної медицини. Ці методи уже сьогодні надають можливість провести генетич-

ний моніторинг, спрямований на передімплантаційний генетичний діагноз. У біології та генетиці такий аналіз називають пренатальною діагностикою. Її сутність полягає у тому, що при присутності встановлених факторів ризику певного спадкового захворювання у батьків та високого ступеня можливості його передачі нащадкам можна провести відбір генетично “чистого” (здорового) матеріалу та використати його для запліднення. Процедура схожа з порядком застосування імплантації ембріона (екстракорпорального запліднення). Практично, здійснюється “штучний добір” ембріонів, які будуть використані для імплантації (так, пункти 8.3.1 та 8.5.2 Умов та порядку застосування штучного запліднення та імплантації ембріона (ембріонів), затверджених наказом Міністерства охорони здоров'я від 4 лютого 1997 року, вказують на необхідність добору ембріонів для імплантації). Такий добір може бути здійснено і з використанням методів генетичного моніторингу, коли добираються ембріони, у яких відсутні гени, пов'язані з певною спадковою хворобою. Фактично йдеться про “вибіркове зачаття”, коли батьки майбутньої дитини виступають як “замовники-архітектори”, які здійснюють “проекування” майбутніх нащадків. Можливості генної медицини відкривають широкі перспективи здійснення права генетичного добору. Можлива й інша ситуація, коли засоби генної терапії допомагають вирішити декілька життєво важливих завдань. Відомим є випадок, коли поява однієї дитини була обумовлена необхідністю лікування іншої. Шляхом генної інженерії лікарям вдалося виділити ембріони генетично сумісні зі старшою дитиною у родині, яка страждала захворюванням кісткового мозку. Молодша дитина після народження відіграла роль ідеального донора, врятувавши життя старшої сестри. Отже, шляхом “вибіркового зачаття” було вирішено проблему лікування. Зрозуміло, що у суспільстві зростає занепокоєння наслідками втручання у геном індивіда та відповідних маніпуляцій з ним. Проблема у тому, що розвиток методів пренатальної діагностики більшості генетичних захворювань, пов'язаний з виявленням носіїв летальних або просто небажаних генів, фактично відкриває шлях до приховуваної евгеніки. Важливим є те, що діагностикою можливості генної медицини не обмежуються. Генна терапія, застосовуючи засоби генної інженерії, спроможна коригувати генетичні захворювання з допомогою окремих генів за допомогою їх введення в організм “хворого”. Йдеться про наближення можливості вже у найближчому майбутньому видаляти агресивні гени (певної спадкової хвороби) ще до народження дитини. У цій ситуації таке втручання, бажання його здійснити, побудоване на необхідності задоволення потреби у здорових нащадках, перетворюється на елемент суб'єктивного права. І хоча генна терапія, побудована на трансформації ембріонів,

виглядає справжньою утопією через високий ризик виникнення мутацій, саму можливість такої діяльності виключити не можливо [6]. В останньому варіанті можна побачити поєднання у процесі провадження генної діагностики елементів здійснення суб'єктивного права на життя (право вибору способів заведення дітей), права на здоров'я (забезпечення шляхом медичних маніпуляцій отримання здорових нащадків).

З позицій етики проведення “вибіркового зачаття” та можливе у найближчому майбутньому здійснення “трансформації ембріона” не може бути виправдано у повній мірі, якщо це не пов'язано з необхідністю медичного лікування. Маніпуляція з генами виглядає морально виправданою у випадку, якщо вона спрямована на забезпечення природної потреби людини у здорових нащадках. Генна інженерія відіграє роль засобу забезпечення репродуктивних прав людини. Тому є невинуватим ні з позиції етики, ні з позиції права внесення штучних змін у гени, хромосоми або клітини зародка, якщо вони не носять характеру медичного лікування, а також зміна статі за бажанням батьків, добір раніше запрограмованих якостей, що мають відношення до генотипу..., якщо це буде складати загрозу для життя або здоров'я зародка, або якщо подібні маніпуляції є небезпечними для наступних поколінь [3]. У будь-якому разі неможливим є остаточне вирішення етичної дилеми власне добору ембріонів. Принципово, ембріон є прото-людиною, яка перебуває у стані самотворення (реалізації генетичної програми розвитку). Благотворення ембріон наділений, а отже, і наділений правом на життя. Але за умов необхідності генетичного добору, спрямованого на неприпущення майбутніх страждань людини від вроджених хвороб, такий ембріон не імплантується і як наслідок його програма творення “згортається” за неможливості її реалізації поза організмом матері. Практично, у цьому випадку можлива паралель із процесом природного вмирання.

Підсумовуючи, зазначимо такі важливі позиції:

1. Правове регулювання генної інженерії вимагає якомога швидшого прийняття відповідних законодавчих актів.
2. Законодавством повинно бути визначено засади регулювання генно-інженерної діяльності з участю людини.
3. Використання досягнень генної інженерії у сільському господарстві, тваринництві, промисловості повинно узгоджуватися з правом людини на забезпечення харчової безпеки.
4. У законодавстві повинно бути детально окреслено межі “вибіркового зачаття” та визначені основні правові категорії, пов'язані з медико-генетичною діяльністю у цій сфері (передімплантаційний генетичний аналіз, агресивні гени, добір генів).

5. Правова наука повинна сформулювати концепцію майбутнього регулювання процесу коригування генетичного захворювання шляхом проведення маніпуляцій з ембріоном.

1. Большой юридический словарь / Под ред. А.Я.Сухарева, В.Д.Зорькина, В.Е.Круткин. – М.: Инфра-М, 1999. – С.701.
2. Йойрыш А.И., Красовский О.А. Правовые аспекты генной инженерии // Государство и право. – 1997. – №3. – С.113.
3. Ковалев М.И. Юридические проблемы современной генетики // Государство и право. – 1995. – №6. – С.20.
4. Концепции современного естествознания: Учебник / В.Н.Лавриненко, В.П.Ратников, Г.В.Баринков. – М.: Юнита-Дана, 2002. – С.256.
5. Пояснювальна записка до проекту Закону України “Про державну систему біобезпеки при створенні, випробуванні та практичному використанні генетично модифікованих організмів”, внесеного народними депутатами України О.Задорожнім, К.Ситником // <http://oracle.2.gada.gov.ua./zweb/webproc>.
6. Толстошев П., Ленок Ж.-П. Чего можно ожидать от генетических манипуляций с эмбрионами? Генная инженерия и биотехнология / Генетика и наследственность. М.: Мир, 1987. – С.94.

O.Punda

#### LEGAL ADJUSTING OF GENE-ENGINEERING ACTIVITY IN UKRAINE

The author explores a necessity of providing the proper state of the legal adjusting of the gene-engineering. The facilities of the legal adjusting must create the bases of future development of the gene-engineering, genetic medicine, methods and procedures of interference with the vegetable and animal world. In addition, the legal norms must create the system of legal limitations of gene-engineering activity of man related to the biological essence.

*Л.М. Шандровська*

#### ПІДСТАВИ ВИНИКНЕННЯ ПРАВА ПРИВАТНОЇ ВЛАСНОСТІ ГРОМАДЯН (загальна характеристика)

Як одне з найдавніших і невід’ємних прав людини та громадянина Конституція України закріплює право приватної власності: “Кожен має право володіти, користуватися і розпоряджатися своєю власністю” (ст.41 Конституції України) [1, с.142].

Право приватної власності має суспільну значущість не лише само по собі як право, а й як таке право, що визначає людину як окрему приватну особу. Це дуже важлива риса права приватної власності. Воно забезпечує незалежність людини, задоволення її потреб та інтересів (матеріальних і духовних), її становище в суспільстві [16, с.17].

У ст.41 Конституції України зазначено, що право приватної власності набувається в порядку, визначеному законом. Це положення встановлює широкі можливості фізичної особи для набуття права власності і водночас вказує на те, що право власності може набутися лише законним шляхом.

В українській цивілістичній літературі питання про підстави виникнення у громадян права власності розглядалось зазвичай разом з іншими проблемами правового регулювання приватної власності і на основі Цивільного кодексу УРСР 1963 р. та іншого законодавства, яке в той час діяло [5; 17]. Між тим, у зв’язку з прийняттям та введенням в дію нового Цивільного кодексу України розширюється коло правових підстав набуття громадянами права приватної власності, зокрема внаслідок здійснення підприємницької діяльності, приватизації державного та комунального майна, укладення різноманітних договорів тощо. Тому науковий аналіз підстав набуття права приватної власності, заснований на новому цивільному законодавстві, викликає особливий інтерес.

Аналізуючи підстави набуття права приватної власності, передбачені ст.12 Закону України від 7 лютого 1991 р. “Про власність”, серед яких названа праця громадян, О.В.Дзера правильно відзначає, що зазначене положення має лише соціально-економічне значення і не несе якогось юридичного навантаження, що дає підстави для висновку про сумнівність його практичної значущості, а відтак і про необов’язковість введення цього положення у викладеній редакції в новий Цивільний кодекс України [5, с.120].

Такої ж думки в цьому питанні дотримується О.С.Яворська, яка вважає, що праця громадян дійсно є основою створення і приможення їх власності, але таке загальне правило закону не розкриває юридичної суті підстав набуття права приватної власності, тим більше, що поняття “праця” не є юридичним поняттям [17, с.3].

Дійсно, зазначені в п.2 ст.12 Закону “Про власність” підстави набуття права приватної власності (одержання доходів від участі в суспільному виробництві, індивідуальній праці, підприємницької діяльності, вкладення коштів у кредитні установи, акціонерні товариства тощо) є скоріше економічними джерелами виникнення приватної власності, за якими криються завжди конкретні юридичні підстави (факти), що породжують набуття фізичними особами суб’єктивного права приватної власності на конкретне майно. Так, наприклад, ведення підприємницької діяльності фізичною особою, зареєстрованою як підприємець, передбачає вчинення нею різноманітних операцій (як правило, у договірній формі), від яких вона одержує у власність або майно у речевій формі (товари), або

грошові кошти (доходи). Юридичними підставами виникнення права власності у підприємця тут виступають цивільно-правові договори, укладені ним з іншими особами (контрагентами). Юридичними діями опосередковується тільки одержання громадянами у власність доходів від участі в суспільному виробництві, індивідуальної праці, вкладення коштів у кредитні установи, в основні фонди господарських товариств тощо.

У Цивільному кодексі Української РСР 1963 року підстави виникнення і припинення права власності були визначені у главі 12 “Виникнення і припинення права власності”. Серед цих підстав переважали т. зв. первісні (початкові) способи набуття права власності, при яких право власності на майно виникає або вперше (наприклад, при створенні нової речі самим власником із належних йому матеріалів), або незалежно від волі попередніх власників (наприклад, при реквізиції чи конфіскації майна). І, безумовно, пріоритет тут мали підстави виникнення права державної власності внаслідок націоналізації, конфіскації, реквізиції майна, вилучення безгосподарно утримуваних жилого будинку чи пам’яток історії та культури, перехід у власність держави безгосподарного майна, знахідок, скарбів, бездоглядної худоби тощо. Набуття громадянами права особистої власності, яка в “добу соціалізму” була індивідуальною формою привласнення ними матеріальних благ, відбувалось головним чином за рахунок доходів від участі в суспільному виробництві (заробітна плата, пенсія, стипендія тощо) або індивідуальної праці в домашньому чи підсобному господарстві. Первинними способами набуття громадянами майна у власність у той період можна вважати створення нової речі самим власником, переробку речей (специфікацію), одержання приплоду від домашніх тварин, плодів від ведення садівництва та городництва, доходів від здачі майна в користування іншим особам тощо. Право власності на об’єкти споживчого характеру набувалось громадянами головним чином похідними (вторинними) способами, при яких набуття права власності однією особою ґрунтується на праві попереднього власника. Це – укладення громадянами різноманітних угод (односторонніх чи двосторонніх), спадкування за законом тощо.

Значно розширюється, порівняно з ЦК 1963 р., коло підстав набуття фізичними особами права приватної власності за новим Цивільним кодексом України. Слід відзначити, що це розширення відбувається і за рахунок тих підстав, за якими майно переходило або виключно у власність держави (знахідка, скарб), або у власність держави чи кооперативної організації, наприклад, колгоспу (бездоглядна худоба). Підставам набуття права власності присвячена глава 24 нового ЦК. Зокрема, у ст.328 міститься загальне правило про те, що право власності набувається на підставах,

які не заборонені законом, зокрема із правочинів. У ній закріплена презумпція правомірності набуття права власності, якщо інше прямо не випливає із закону або незаконність набуття права власності не встановлена судом.

Переважна більшість із передбачених у гл.24 підстав стосується й набуття громадянами права приватної власності. Це, зокрема, набуття добросовісним набувачем права власності на майно, відчужене особою, яка не мала на це права (ст.330 ЦК), набуття права власності на новостворене майно (ст.331 ЦК) або на перероблену річ (ст.332 ЦК), привласнення загальнодоступних дарів природи (ст.333 ЦК), набуття права власності на рухому річ, від якої власник відмовився (ст.336 ЦК), на знахідку (ст.ст.338, 339 ЦК), на бездоглядну домашню тварину (статті 340, 341 ЦК), на скарб (ст.343 ЦК), внаслідок набувальної давності (ст.344 ЦК), у разі приватизації державного майна або майна, що є в комунальній власності (ст.345 ЦК), одержання плодів та доходів від речі (ст.189 ЦК).

Серед підстав набуття громадянами права приватної власності окремо слід звернути увагу на набувальну давність, яка є новим інститутом для нашої правової системи. Набуття права власності на майно за набувальною давністю передбачено ст.344 ЦК. Особа, яка добросовісно заволоділа чужим майном і продовжує відкрито, безперервно володіти нерухомим майном протягом 10 років або рухомим майном протягом 5 років, набуває право власності на це майно (набувальна давність), якщо інше не встановлено цим кодексом. Набуття права власності на земельну ділянку за набувальною давністю регулюється законом. Право власності на нерухоме майно, що підлягає державній реєстрації, виникає за набувальною давністю з моменту державної реєстрації. Особа, яка заявляє про давність володіння, може приєднати до часу свого володіння увесь час, протягом якого цим майном володіла особа, чийм спадкоємцем ( правонаступником) вона є. Якщо особа заволоділа майном на підставі договору з його власником, який після закінчення строку договору не пред’явив вимоги про його повернення, вона набуває права власності за набувальною власністю на нерухоме майно через 15, а на рухоме майно через 5 років з часу спливу позовної давності. Втрата не зі своєї волі майна його володільцем не перериває набувальної давності у разі повернення майна протягом одного року або пред’явлення протягом цього строку позову про його витребування. Право власності за набувальною давністю на нерухоме майно, транспортні засоби, цінні папери набувається за рішенням суду.

Як відзначається у коментарі до ст.234 ЦК Російської Федерації про набувальну давність [12, с.456], названий спосіб набуття права

власності відноситься до початкових, оскільки права набувача не засновані на попередній власності, а залежать від тривалого, добросовісного, відкритого та безперервного володіння майном як своїм власним. Добросовісне володіння означає, що особа не знала і не повинна була знати про його незаконність (ст.302 ЦК РФ). Таке ж розуміння добросовісності володіння, яке дається у п.1 ст.388 ЦК України стосовно випадків витребування майна від добросовісного набувача, очевидно, може бути застосоване й до набувальної давності.

Серед підстав виникнення права приватної власності громадян у сучасний період важливого значення набуває приватизація ними майна, що є державною або комунальною власністю. Відповідно до ст.345 ЦК, фізичні та юридичні особи можуть набувати права власності у разі приватизації державного майна та майна, що є в комунальній власності. Приватизація зазначеного майна здійснюється у порядку, встановленому законом.

Так, Закон України “Про приватизацію державного житлового фонду” від 19 червня 1992 року [3, с.524] передбачає відчуження на користь громадян квартири (будинків) та належних до них господарських споруд і приміщень (підвалів, сараїв тощо). Приватизація житла здійснюється шляхом безоплатної передачі громадянам квартир (будинків) з розрахунку санітарної норми 21 кв.м загальної площі на наймача і кожного члена його сім’ї та додатково 10 кв.м на сім’ю, а також продажу надлишків загальної площі квартир (будинків) цим громадянам, що мешкають у них або перебувають на обліку тих, хто потребує поліпшення житлових умов. Приватизовані квартири чи будинки за заявою наймача та повнолітніх членів його сім’ї переходять у їх спільну часткову або спільну сумісну власність.

Отже, залежно від розміру житла і кількості осіб (наймачів), які мають право на приватизацію житла у державному та комунальному житлових фондах, передача житла у власність громадян здійснюється або повністю безоплатно, або частково безоплатно з оплатою надлишків загальної площі квартир (будинків). Передача квартир (будинків) у власність громадян з доплатою, безоплатно чи з компенсацією оформляється свідоцтвом про право власності на квартиру (будинки), яке реєструється в органах приватизації та не потребує нотаріального посвідчення.

В юридичній літературі немає єдності в оцінці правових підстав приватизації житла, що перебуває у державній та комунальній власності. Так, на думку Ю.С.Червоного та В.К.Кисельова, приватизація житла – це договір особливого роду (*sui generis*), невідомий раніше цивільному праву України. Для здійснення приватизації житла необхідна заява

згода органу приватизації, що свідчить про наявність двосторонньої угоди (договору) [14, с.122]. А.Левик та О.Яворська вважають, що рішення органу приватизації та свідоцтво, яке видається на його підставі, повинні розглядатися тільки як підтвердження права приватної власності, а не як його встановлення. Факт подачі наймачем заяви про приватизацію з усіма необхідними документами слід розцінювати як бажання юридично оформити (визнати державою) фактичний стан [11, с.100].

З погляду О.В.Дзери, відчуження квартири (жилого будинку) від одного власника до іншого (від держави до громадянина) здійснюється у невідомій донедавна організаційно-правовій формі – без укладення договору про відчуження у вигляді оформленого належним чином єдиного договірної документа [6, с.317].

Проте, хоч свідоцтво про право власності на приватизовану квартиру є правостановлюючим документом, його не можна розглядати як “єдиний договірний документ”, бо він не містить умов договору, схвалених підписами сторін – набувачів житла і органу приватизації, а сама передача житла не оформляється письмовим договором [10, с.37-39; 9, с.13-14]. Виникнення у громадян права приватної власності на квартиру (будинки) здійснюється на основі адміністративного акта – рішення відповідного органу приватизації при безоплатній передачі житла або сукупність юридичних підстав – рішення органу приватизації та договору купівлі-продажу надлишків загальної площі квартири, якщо такі надлишки підлягають оплаті наймачем.

Наймачі жилих приміщень у будинку громадського житлового фонду (господарського товариства, громадської організації тощо) можуть набути право власності на ці жилі приміщення на загальних підставах, зокрема на підставі укладеного з власником житла договору купівлі-продажу.

Новим законодавством про власність були передбачені особливі підстави для набуття права власності членами кооперативів і товариств. Так, відповідно до ст.15 Закону України “Про власність” від 7 лютого 1991 р. [2, с.249] член житлового, житлово-будівельного, дачного, гаражного чи іншого кооперативу, який повністю вніс свій пайовий внесок за квартиру, дачу, гараж, іншу будівлю або приміщення, надані йому в користування, набуває право власності на це майно.

Унікальність даної правової ситуації О.В.Дзера вбачає в тому, що їй забезпечується виникнення у громадянина права власності поза його волею, тобто підставою для цього слугує сам закон, що є досить рідкісним явищем для будь-якої правової системи [15, с.340]. З такою думкою важко погодитись. Адже не сам закон є тут безпосередньою підставою виникнення

у громадянина права власності на майно, яке належало кооперативу як власнику, а конкретні юридичні факти, передбачені законом: членство особи в кооперативі і вчинення нею дій щодо повного погашення вартості паю (пайового внеску) за квартиру, дачу, гараж або інше майно. Сукупність зазначених юридичних фактів, які мають вольовий характер, і є підставою набуття членом кооперативу права власності на квартиру або інше майно.

Приватизація іншого (крім житла) державного і комунального майна здійснюється в порядку, визначеному законами України “Про приватизацію державного майна” від 4 березня 1992 р. [4, с.122], “Про приватизацію невеликих державних підприємств (малу приватизацію)” від 6 березня 1992 р. [5, с.350] та іншими нормативними актами. Підставою виникнення у фізичної особи права приватної власності на приватизаційні об’єкти є договір купівлі-продажу, що укладається між покупцем та відповідним органом приватизації за результатами аукціону або конкурсу [8, с.38].

Особливої уваги заслуговує питання про набуття добросовісним набувачем права власності на майно, відчужене особою, яка не мала на це права. Нині відповідь на це питання дана у ст.330 нового ЦК: якщо майно відчужене особою, яка не мала на це права, добросовісний набувач набуває право власності на нього, якщо відповідно до ст.390 цього кодексу майно не може бути витребуване у нього. Але що ж є підставою для виникнення у добросовісного набувача права власності на майно, відчужене неуправомоченою на це особою?

Для з’ясування цього питання слід, передусім, звернутися до умов витребування (віндикації) майна як способу захисту права власності за ЦК 1963 р. і новим ЦК. Відповідно до ст.145 ЦК 1963 р., якщо майно за плату придбане в особи, яка не мала права його відчужувати, про що набувач не знав і не повинен був знати (добросовісний набувач), то власник має право витребувати це майно від набувача лише в разі, коли майно загублене власником або особою, якій майно було передане власником у володіння, або викрадене у того чи іншого, або вибуло з їх володіння іншим шляхом поза їх волею.

Витребування майна із зазначених підстав не допускалось, якщо майно було продане в порядку, встановленому для виконання судових рішень. Якщо майно набуто безоплатно від особи, яка не мала права його відчужувати, власник міг витребувати майно у всіх випадках.

Зазначені правила віндикації були перенесені в ЦК УРСР 1963 р. з Основ цивільного законодавства Союзу РСР і союзних республік 1961 р., за якими майно, яке перебувало у власності держави або кооперативної

чи громадської організації, підлягало необмеженій віндикації, тобто могло бути витребуване у будь-якого набувача.

Це положення було закріплене у початковій редакції ст.146 ЦК 1963 р. і згодом було виключене з кодексу. Таким чином, об’єкти особистої власності громадян при наявності зазначених вище підстав могли набуватися у власність добросовісним набувачем (громадянином чи юридичною особою).

Новий ЦК України умови витребування майна власником із чужого незаконного володіння та проведення при цьому розрахунків між власником і набувачем визначає у статтях 387-390. Зокрема, власник має право витребувати своє майно від особи, яка незаконно, тобто без відповідної правової підстави, заволоділа ним. Що ж до добросовісного набувача, який придбав майно за відплатним договором у особи, яка не мала права його відчужувати, то власник має право витребувати це майно лише у разі, якщо воно: 1) було загублене власником або особою, якій він передав майно у володіння; 2) було викрадене у того чи іншого; 3) вибуло з володіння того чи іншого не з їхньої волі іншим шляхом. Якщо майно було набуто безвідплатно в особи, яка не мала права його відчужувати, власник має право витребувати його від добросовісного набувача у всіх випадках. Винятки з цього правила складають випадки витребування грошей та цінних паперів на пред’явника, а також майна, проданого в порядку, встановленому для виконання судових рішень: від добросовісного набувача це майно не може бути витребуване. Отже, при відсутності переваг у захисті права державної чи комунальної власності, власності інших (недержавних) організацій (т. зв. необмеженої віндикації) фізична особа як добросовісний набувач при дотриманні інших умов (статті 388; 389 ЦК) може стати власником майна, коли у віндикаційному позові власникові відмовлено. Саме таке правило і закріплене у ст.330 ЦК, за якою в тих випадках, коли майно, відчужене особою, що не мала на це право, не може бути витребуване у добросовісного набувача, останній набуває право власності на нього.<sup>1</sup>

Висновок про те, що в разі коли майно не може бути витребуване, воно надходить у власність добросовісного набувача, зробили й автори, що коментують ст.302 нового ЦК Російської Федерації, яка за змістом

<sup>1</sup> У ст.330 ЦК неточно зроблено посилання на ст.390 ЦК, яка регулює здійснення розрахунків між власником і набувачем при витребуванні майна у добросовісного або недобросовісного набувача. Слід було б зазначити ст. 388 ЦК, яка формулює умови витребування майна у добросовісного набувача.



аналогічна статтям 388 і 389 ЦК України (за винятком правила про недопустимість витребування майна, проданого в порядку виконання судових рішень. Цього правила немає в ЦК РФ) [12, с.549].

На думку В.О.Рахміловича, ст.302 ЦК РФ містить юридичний склад, який включає ряд елементів, кожен із яких має юридичне значення і лише їх сукупність створює відповідний правовий ефект – припинення права власності у попереднього власника і виникнення його у добросовісного набувача. До цього фактичного складу входять такі елементи: 1) укладення між відчужувачем, який не уповноважений на відчуження речі, та її набувачем угоди (сделки), спрямованої на перенесення права власності на цю річ; 2) відплатний характер цієї угоди; 3) фактична передача речі набувачеві; 4) річ не вилучена з обороту та її оборотоздатність не обмежена; 5) річ вибула із володіння її власника або особи, якій вона була довірена власником, не за їх волею (у статті, мабуть помилково, пропущене слово “не” і фраза “помимо воли того или другого” дає підставу для протилежного висновку); 6) добросовісність набувача. Зазначений спосіб набуття права власності слід віднести до початкових, оскільки право добросовісного набувача ніяк не зв'язане ні з правом попереднього власника, ні з правом відчужувача: власник своїх прав набувачеві не передавав, а відчужувач їх зовсім не мав [13, с.132-135]. З таким положенням виникнення права власності на річ у добросовісного набувача не можна не погодитися.

Чому ж законодавець захищає інтереси добросовісного набувача? Як вірно стверджує І.О.Дзера, це пояснюється тим, що добросовісний набувач не повинен зазнавати збитків через помилки власника у виборі контрагента. Було б несправедливим позбавити добросовісного набувача речі, яка за волею власника чи його контрагента вийшла з їхнього володіння. Тому власникові надається право вимагати відшкодування збитків з особи, яка порушила умови відповідного договору і, зловживаючи довір'ям власника речі, продала річ, не маючи на це права [7, с.58].

Серед інших підстав виникнення у громадян права власності виділяють також ще й такі:

- одержання дивідендів від цінних паперів і вкладів у кредитних установах;
- отримання пенсій, різних державних допомог, стипендій тощо;
- отримання грошових сум чи іншого майна в порядку відшкодування заподіяної шкоди;
- отримання коштів за аліментними зобов'язаннями;
- отримання різних премій (наприклад, за досягнення в галузі науки, культури, мистецтва), вигравів (наприклад, лотерейних), призів (наприклад, від участі в конкурсах, спортивних та інших змаганнях) [15, с.398].

Проте головним способом набуття громадянами права приватної власності на майно (речі) є укладення ними різного роду правочинів (угод), серед яких основне місце займають договори (купівля-продаж, дарування, міна, довічне утримання, поставка, контракція тощо). Питання про роль договору як підстави набуття громадянами права приватної власності заслуговує на окремий розгляд.

1. Конституція України // Відомості Верховної Ради України. – 1996. – №30.
2. Закон України “Про власність” // Відомості Верховної Ради України. – 1991. – № 20.
3. Закон України “Про приватизацію державного житлового фонду” // Відомості Верховної Ради України. – 1992. – № 36.
4. Закон України “Про приватизацію державного майна” // Відомості Верховної Ради України. – 1997. – № 17.
5. Закон України “Про приватизацію невеликих державних підприємств (малу приватизацію)” // Відомості Верховної Ради України. – 1992. – № 24.
6. Дзера О.В. Розвиток права власності громадян в Україні: Монографія. – К.: Вентурі, 1996.
7. Дзера О.В. Загальна характеристика інституту права власності в умовах переходу України до ринкової економіки / Цивільне право України: Підручник: У 2-х кн. – Кн. перша. – К.: Юрінком Інтер, 2002.
8. Дзера І.О. Цивільно-правові засоби захисту права власності в Україні. – К.: Юрінком Інтер, 2001.
9. Демченко С. Договір купівлі-продажу об'єктів приватизації. – К., 2001.
10. Жуйков В. Возникновение права собственности граждан на квартиры // Советская юстиция. – 1993. – № 15.
11. Ибрафиллов И. Форма сделок по приватизации жилья // Российская юстиция. – 1995. – № 11.
12. Левик А., Яворська О. Приватизація житла потребує законодавчого вирішення // Право України. – 2000. – № 11.
13. Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации, части первой (постатейный). – М.: Юридическая фирма Контакт Инфра, 1998.
14. Рахмилович В.А. О праве собственности на вещь, отчужденную неуправомоченным лицом добросовестному приобретателю (к вопросу о приобретении права от неуправомоченного лица) // Проблемы современного права: Сборник статей. – М.: Городец, 2000.
15. Червонный Ю.С., Киселев В.К. Договор о приватизации жилых помещений, находящихся в государственной и коммунальной собственности // Юридичний вісник. – 2001. – № 3.
16. Цивільне право України: Підручник: У 2-х кн. / За ред. О.В.Дзери, Н.С.Кузнєцової. – Кн.1. – К.: Юрінком Інтер, 2002.
17. Шевченко Я.М., Венецька М.В., Кучеренко І.М. Проблеми вдосконалення правового регулювання права приватної власності: Монографія. – К.: Ін-т держави і права ім. В.М.Корецького НАН України, 2002.
18. Яворська О. Юридичні підстави виникнення права приватної власності: Навчальний посібник. – Львів, 1996.

L.Shandrovska

#### THE GROUNDS FOR THE EMERGENCE OF THE RIGHT OF PRIVATE PROPERTY OF CITIZENS (GENERAL CHARACTERISTIC)

The article deals with the general characteristic of the grounds for the emergence of the right of private property of citizens. Special attention is paid to the problem of gaining by the fair purchaser right to own the property that was sold by the individual who had no right for that as well as gaining the right to own the property due to the fact of duration.

In connection with the adoption and pulling into effect the new Civil Code of Ukraine circle of the grounds of gaining the right of private property is being extended.

С.О. Бородовський

#### ДЕЯКІ ПИТАННЯ УКЛАДЕННЯ ЦИВІЛЬНО-ПРАВОВОГО ДОГОВОРУ

У даній статті розглядається загальний порядок укладення договору в цивільному праві України у світлі прийняття Цивільного кодексу України 2003 р. та у зв'язку з необхідністю створення і наукового обґрунтування інституту укладення, зміни та розірвання цивільно-правового договору. Метою статті є аналіз нормативно-правової регламентації договірної інституту в цивільному праві України, його основних елементів та доктринальної основи.

Питання укладення договору в різних площинах розглядається в роботах В.В.Луця [4], М.І.Брагинського [1], А.Чучковської (електронна комерція), О.А.Беляневич (господарський договір). Проте з прийняттям Цивільного кодексу України 2003 року по-новому постає проблема нормативного регулювання інституту договору, а також деяких елементів цього інституту, таких, як укладення, зміна та розірвання цивільно-правового договору. Важливість договору важко недооцінити, оскільки він є однією з основних підстав виникнення, зміни та припинення цивільних прав і обов'язків та *de facto* будь-яку діяльність (банківську, біржову, страхування та ін.) можна розглядати як укладення тих чи інших видів договорів.

Стаття 626 Цивільного кодексу України 2003 р. подає достатньо близьке до традиційного визначення договору (як виду угоди) і називає його домовленістю двох або більше осіб, спрямованою на встановлення, зміну та припинення цивільних прав і обов'язків. Але, як впливає з аналізу змісту Цивільного кодексу України 2003 р., "домовленістю" є співпадання договірної волі контракуючих сторін та її наступне підтвердження вчиненням дії – волевиявлення, вираженого у вчинюваних сторонами правочинах. Стаття 202 Цивільного кодексу України 2003 р. п.2 зазначає, що правочини можуть бути односторонніми та дво- чи багатосторонніми

(договори). Крім того, у п.4 коментованої статті вказано, що дво- чи багатостороннім правочином є погоджена дія двох або більше сторін. Відтак, дане визначення змінює характерний для нашого цивільного законодавства в останні десятиріччя підхід до визначення поняття договору як виду угоди.

Аналізуючи відповідні положення Цивільного кодексу України 2003 року, робимо висновок, що процедура укладення договору бере свій початок із вчинення його суб'єктами правочинів, якими є дії осіб, спрямовані на набуття, зміну або припинення цивільних прав та обов'язків. Правочини виражають волю сторін і в своєму узгодженні створюють домовленість, яка тягне за собою створення єдиного правового результату – укладення договору.

Порядок укладення договору – це передбачена правовими нормами послідовність стадій, що виражаються у способах подання і прийняття пропозиції та укладення договору. Способи – це дії певного виду, через які досягається взаємно узгоджена воля сторін [5].

Послідовність укладення договору виражається у визначених стадіях, які проходять одна за одною. За загальним правилом, сторона, яка бажає укласти договір, направляє іншій пропозицію укласти договір (оферту), що містить проект майбутнього договору.

Пропозиція укласти договір має відповідати певним вимогам:

а) з неї повинні послідовно виходити волевиявлення на укладення договору, явно виражена готовність сторони укласти договір, а не просто інформація про можливість укладення договору;

б) вона повинна містити всі істотні умови договору;

в) пропозиція повинна адресуватися конкретній особі (проте іноді пропозицію може бути адресовано необмеженій кількості осіб).

Відповідно до ч.1 статті 673 проекту Цивільного кодексу України 2003 р. офертою визнається пропозиція укласти договір, яка адресована одній чи кільком особам, містить вказівку на істотні умови договору і виражає намір особи, що зробила пропозицію, вважати себе зв'язаною договором у разі її прийняття (акцепту). Проте Цивільний кодекс України 2003 р. у своєму офіційному варіанті, на жаль, не містить визначення поняття оферти і поняття запрошення робити пропозиції укласти договір.

У свою чергу, сторона, якій направлено оферту, при бажанні укласти цей договір у відповідь на отриману пропозицію направляє оференту згоду на укладення договору (акцепт).

При відсутності в оферті строку для акцепту договору він вважається укладеним, якщо інша сторона негайно заявляє оференту про прийняття його пропозиції (акцепту). У тій самій ситуації, але при письмовій

оферті, договір визнається укладеним, якщо відповідь про прийняття оферти одержано протягом строку, встановленого актом цивільного законодавства, а якщо цей строк не встановлений, – протягом нормально необхідного для цього часу (стаття 644 ЦК України 2003 р.).

Законодавство здійснює регулювання договорів зі стадії вираження стороною волі укласти договір, відтак дії сторін до даної стадії, за винятком укладення попереднього договору, не створюють договору.

Стаття 699 Цивільного кодексу 2003 р. визначає, що пропозиція щодо продажу товару, яка містить усі істотні умови договору в рекламі, каталогах, а також інших описах товару, звернених до невизначеного кола осіб, визнається публічною офертою (п.2 статті 699 цього кодексу).

Проте ми не погоджуємося із правилом, встановленим п.2 статті 699 Цивільного кодексу України 2003 р., яка визначає, що виставлення товарів, демонстрація їх зразків або надання відомостей про товари (описів, каталогів, фотознімків тощо) у місцях їх продажу визнається публічною офертою незалежно від того, чи зазначено ціну та інші істотні умови договору купівлі-продажу, крім випадків, коли продавець явно визначив, що відповідні товари не призначені для продажу. Оскільки зазначене явно суперечить положенням статей 632, 638, 641 Цивільного кодексу України 2003 р. Крім цього, неможливо погодитися з тим, що рекламу чи демонстрацію товарів, незалежно від місця їх знаходження, можна вважати офертою укласти договір. На нашу думку, вони є лише пропозицією звернутися з офертою. Оскільки це різні за своєю суттю і призначенням поняття, то їх ототожнення є неприпустимим. Крім зазначеного, встановлене даною статтею правило містить внутрішні суперечності з принципом свободи договору, що теж є неприпустимим.

Підкреслимо, що Цивільний кодекс України 1963 р. [6], який залишається чинним на момент написання цієї статті, не містить визначення понять оферти і акцепту. Визначення даних понять не міститься також у Господарському процесуальному кодексі України від 6 листопада 1991 р. [7], стаття 10 (“Доарбітражне врегулювання розбіжностей, що виникають при укладенні господарських договорів”) якого практично передбачала певний порядок укладення господарського договору як виду цивільно-правового договору.

Дослідження проблем, які піднімаються у цій статті, є перспективними з тієї точки зору, що прийняття Цивільного і Господарського кодексів України привносить багато різних новел у правозастосовчу практику. Наприклад, запрошення робити пропозиції укласти договір потребує досконалого вивчення і розмежування із пропозицією укласти договір багато із зазначених цивілістичних проблем носять дискусійний характер

а саме – питання публічної оферти чи визначення оферти в договорі купівлі-продажу в магазині самообслуговування покупців тощо.

Багато питань виникає і у зв'язку з розвитком електронної комерції та електронного способу укладення договору. Невизначеною, наприклад, є сила договорів, які укладаються в електронній формі. Чинне законодавство не містить положень щодо того, які документи можуть бути використані у господарському обігу у вигляді електронного документа, вітчизняний законодавець не визначився щодо правового статусу електронного підпису тощо [3].

1. Брагинский М.И., Витрянский В.В. Договорное право. – Книга первая: Общие положения. – Изд. 3-е, стереотипное. – М.: Статут, 2001. – 848 с.
2. Беляневич О.А. Господарський договір та способи його укладення / Автореферат дисертації на здобуття наукового ступеня кандидата юридичних наук. – К., 1999. – 18 с.
3. Чучковська А. Електронна комерція: деякі проблеми правового регулювання // Право України. – К., 2003. – №1. – С.116.
4. Луць В.В. Контракти у підприємницькій діяльності: Навч. посібник. – К.: Юрінком Інтер, 1999. – 560 с.
5. Советское гражданское право: Учебник. – Т.1. – М.: Юрид. лит., 1979. – 552 с.
6. Цивільний кодекс Української РСР // Відомості Верховної Ради УРСР. – 1963. – №30. – Ст.463.
7. Арбітражний процесуальний кодекс України // Відомості Верховної Ради України. – 1992. – №6. – Ст.56.

S.Borodovsky

#### SOME QUESTIONS OF CONCLUSION A CONTRACT

Author analyses existing legislation of Ukraine, investigations of Ukrainian and foreign scientist, explores the legal regulation of agreement institute in the civil law of Ukraine, its basic elements and theoretical conceptions. Author reveals discussion questions of this problem in the aspect of new civil legislation.

А.В. Луць

#### РИНОК ЯК СФЕРА ВІЛЬНИХ ДОГОВІРНИХ ВІДНОСИН

Вивчаючи ринок, учені досліджують питання його мети, значення й економічної сутності. Їх цікавлять, насамперед, такі проблеми, як визначення природи ринку, окреслення рис подібності та відмінності ринку різних епох, держав, окремих економічних відносин, юрисдикцій тощо. Порівняно зі ступенем вивчення ринку в західних країнах, а також у Російській Федерації, цей об'єкт інтересу науковців залишається ще мало дослідженим в Україні. Аналіз праць національних та іноземних учених

щодо ринку дозволяє зробити висновок про необхідність опрацювання великої кількості недосліджених питань, серед яких найважливішими є такі, як порівняння визначення ринку в країнах загального та континентального права; аналіз змісту та структури ринку, який використовується в підприємницькій діяльності розвинених країн і України; визначення ролі ринку для розвитку підприємництва; історія розвитку ринку як поля підприємницької діяльності; правове регулювання правовідносин у сфері ринку тощо.

Проблема ринку з точки зору права, незважаючи на деяку активізацію досліджень в цій галузі, залишається недостатньо розробленою у юридичній науці. Досі немає ясності у понятійній характеристиці ринку і пов'язаної з ним категорії підприємництва, підприємницької діяльності щодо співвідношення різних елементів, а також визначення механізму дії договору та договірних відносин у ринковій сфері.

Економічним підґрунтям життєстійкості ринку є розширення виробництва та збут товарів, послуг шляхом відкриття нових підприємств, а також наявність (та примноження) потенційних споживачів, зріст прибутків, створення, підтримка необхідної репутації товарів, тобто вартісне вираження матеріального активу підприємницької діяльності.

В історичному процесі ринок модифікувався, що призвело до виникнення територіальних та генеральних ринкових сукупностей. Традиційна економічна модель трактує ринок як єдність дрібних незалежних виробників і споживачів, кожний з яких діє раціонально, володіє необхідною інформацією та приймає рішення про продаж і купівлю за заданими цінами. Модель ідеального ринку припускає, що всі продукти одного типу є однорідними за якістю та ціною, а тому постачальники продуктів цього типу не мають жодних конкурентних переваг один перед одним. Нарешті, вважається, що споживачі та постачальники, котрі розглядаються окремо, економічно надто слабкі, щоб справляти значний вплив на встановлені ціни, й вимушені погоджуватися з ціновою ситуацією, що формується ринком. Такі учасники ринку називаються "одержувачами ціни". Таким чином, при ідеальній конкуренції ціни визначаються в результаті змін сукупного попиту й пропозиції і не залежать від індивідуального вибору. Реальність ринку відкидає припущення неокласичної моделі, згідно з якою впровадження в будь-яку галузь не супроводжується витратами, а всі товари є ідеально взаємозамінними.

У неокласичній економічній теорії запропоновано ще й такі теорії ринку: 1) олігополістичний ринок, де домінує невелика кількість фірм, котрі суттєво впливають на ціни. Деякі коментатори стверджують, що ця модель є найбільш придатною для відтворення діяльності таких компаній, як, наприклад, "Брітіш Ейруейз", "Вірлпул", "Маркс і Спенсер"; 2) моно-

полістичний ринок, коли єдиний постачальник визначає ціни з урахуванням тільки реального попиту та ціни потенційних замінних свого продукту [1, с. 40]. Можна назвати галузь, де домінуючу роль відіграє велика компанія (наприклад, індустрія телекомунікацій у більшості західноєвропейських країн). При відсутності державної регламентації домінуючий на ринку учасник вільних договірних відносин може встановлювати ту ціну (високу або низьку), яку він забажає. Монополісти диктують правила гри для своїх конкурентів. Така ситуація надає сприятливу можливість ведучій компанії використовувати своє становище для домінування на ринку, одержання більшого прибутку, ніж планувалось. Але диктувати ціни можуть не тільки великі за розміром компанії. Підприємці, котрі намагаються урізноманітнити свою продукцію (товари) або розробляють нові ніші на ринку, виконують це, щоб запобігти тиску конкурентів і диктувати свою волю. Ціни, які об'єктивно встановлені на ринку, постачають його учасникам інформацію, достатню для успішної діяльності.

Ринок існує в різних галузях господарства і в різних видах підприємницької діяльності. Це дає підставу залежно від сфери діяльності виділити його окремі види. Так, у промисловому виробництві продукції ринок називають промисловим. Ринок, завдяки якому фактично відбувається перепродаж товарів, отримав назву збутового. Розглянувши різні підстави для класифікації, пропонуємо виділити такі основні види ринку залежно від: а) характеру підприємницької діяльності – збутовий, промисловий, транспортний, продуктовий тощо; б) території, де функціонує ринок, – міжнародний, національний; в) критерію наявності або відсутності прямих правовідносин – прямий або непрямий ринок. В основі класифікації ринку за вказаними підставами є, з одного боку, практика його існування, з іншого, – законодавче регулювання ринкових відносин. За законодавством Євросоюзу розподіл ринку за територіальним принципом може мати лише відносний, а не абсолютний характер.

Залучення українського підприємництва в ринкові відносини означає передусім формування ринку підприємницьких послуг. Суперечки викликає інше: яка модель економічної системи максимально придатна для втілення в наших умовах? Чи індивідуалістична англосаксонська, котра реалізувалася у США, чи "дирижистська" Франції, чи скандинавська модель "функціонального соціалізму", чи ще якийсь варіант соціально ринкового капіталізму [2, с. 15]? Вчені чимраз певніше переконуються: українська модель ринкового господарювання, окрім апробованого світового досвіду, мусить вирости з національного ґрунту, враховуючи стан сучасних матеріальних і духовних реалій, етнопсихологічні особливості українського світогляду.

Якщо аналізувати ринок у контексті правовідносин, зокрема вільних договірних відносин, видається, що потрібно визначити зміст його поняття. Насамперед – це сукупність відносин вільних товаровиробників щодо реалізації та обміну товару (робіт, послуг тощо). Особливість підприємницької діяльності вільних товаровиробників проявляється в тому, що вона певною мірою зазнає різноманітних зовнішніх впливів із широким спектром прийомів та засобів тиску. До впливів, що трансформують методи провадження бізнесу у більшості структур української економіки, можна віднести розширення сфери застосування інформаційних технологій, натиск глобальної конкуренції, фактори конкурентного оточення, об'єднання ринків окремих країн у Європейський Союз, диктат з боку цих країн стосовно виробництва продукції, товарів, захоплення деяких ринків, недоступних для них у минулому (та супутні у зв'язку з цим зміни правил і стандартів у промисловості), структурні зміни в економіці, технологічні фактори, а також турбота про оточуюче довкілля. Це все є прикладами очевидних зовнішніх змін. Крім того, існують й інші фактори, котрі є не менш впливовими, такі, як, наприклад, соціально-економічні умови, державна політична ситуація, правові норми, що діють у нашій країні.

Переведення економіки України на ринкові засади і саме функціонування ринкового механізму можливі лише за умови, коли основна маса товаровиробників – підприємств, господарських товариств, кооперативів, громадян має свободу господарської діяльності та підприємництва. Результати ж цієї діяльності реалізуються на ринку товарів і послуг здебільшого на договірних засадах. Шлях до ринку супроводжується звуженням адміністративно-планового впливу держави на діяльність господарюючих суб'єктів і, отже, розширюється свобода договору в майнових відносинах, що регулюються нормами цивільного права.

Принцип свободи договору як один із загальних принципів цивільного законодавства і як наріжний камінь приватного права, що ґрунтується на розвиненій ринковій економіці, знаходить свій вираз передусім у ст.ст. 3, 6, 676 Цивільного кодексу України (надалі – ЦК) [3]. Право підприємців вільно вирішувати, кому пропонувати свої товари або послуги і хто буде їхнім постачальником, а також можливість вільно погоджувати умови окремих угод є фундаментом ринково-орієнтованого та конкурентного економічного порядку [4, с.8].

Свобода договору означає, що при виборі контрагента, визначенні умов договору сторони мають виходити також із засад розумності та справедливості (ст.627 ЦК). Термін “розумність” включено до змісту положень ряду міжнародно-правових документів. Так, відповідно до п.2 ст.1.8 Принципів міжнародних комерційних договорів, розроблених у

рамках Міжнародного інституту уніфікації приватного права (ІНІДРУА), сторони пов'язані звичаєм, який є широко відомим і постійно дотримується в міжнародній торгівлі сторонами у відповідній галузі торгівлі, крім випадків, коли застосування такого звичаю було б нерозумним [4, с.21].

Відмова від розумності, моральна капітуляція перед зовнішніми силами вбивають активну якість людськості у свідомості та діяльності особи бізнесмена і переводять її на суто адаптивний тип існування. За справдження надій такого буття доводиться розплачуватися найціннішими надбаннями – індивідуальністю, самобутністю, неповторністю, а справа, та яку відповідатиме ця особа, занепадає.

Іншою особливістю договірних відносин є наявність компетенції сторін, яку ми розуміємо не тільки як володіння знаннями в необхідній галузі діяльності, але й як посідання практичними навичками та вміннями з метою найповнішого використання професійно-освітнього потенціалу. Доцільне та ефективне використання господарських можливостей залежить в першу чергу від рішень, дій, поглядів сторін.

У ряді статей ЦК оперує поняттям “розумний строк”. Так, за п.1 ст.737 покупець за договором купівлі-продажу повинен повідомити продавця про порушення останнім умов договору щодо кількості, асортименту, якості, комплектності, тари та (або) упаковки товарів у строк, передбачений законом, іншими нормативно-правовими актами або договором, а якщо такий строк не встановлений – у розумний строк після того, як порушення відповідної умови договору мало бути виявлене, виходячи з характеру і призначення товарів. Про розумний строк йдеться також у ст.1036 ЦК, що передбачає умови і наслідки відступу комісіонера від вказівок комітента за договором комісії. Отже, принципи розумності та компетенції означають таку оцінку дій особи, яка враховує всі обставини, в яких ця особа діє.

Іншим принципом договірних відносин в умовах ринку є почуття справедливості сторін. Справедливість, як підкреслювали О.Пушкін і О.Скакун, – одна з найгуманніших ідей, виплеканих людством і завжди пов'язувалася з правом (у римлян *jus* – право, *justitia* – справедливість). Суб'єктивні права, особливо в громадянському суспільстві, можуть здійснюватися лише в тих межах, в яких їх здійснення не завдає шкоди праву інших осіб, тобто на засадах добросовісності [5, с.14]. Сама суть права зосереджується в можливій і зобов'язаній поведінці, у відповідності прав та обов'язків, що виявляються на практиці у відносинах між членами (учасниками) договірних відносин.

Зваживши всі економічні реалії сьогодення, новий Цивільний кодекс України визначив існування цілої системи соціально-ринкових регуляторів

цивільних відносин: закон, договір, звичай ділового обороту, моральні засади суспільства тощо. При подальшій демократизації всіх сфер суспільного життя та інтенсивному законотворенні, коли рівень вимог до підприємницької діяльності набагато зростає, договірні відносини наповнюються новим змістом і набувають іншого якісного стану.

1. Колин Грей. Ресурсы менеджера: Учеб. пособие. – 3-е изд. – Жуковский: МИМ ЛИНК, 2001.
2. Шевчук Б., Аніловська Г. Факт пасіонарності у становленні нової економічної системи України // Українська національна ідея: реалії та перспективи розвитку. – Вип.3. – Львів, 2002.
3. Цивільний кодекс України // Голос України. – 2003. – 12-13 березня.
4. Принципы международных коммерческих договоров. – М.: Международный центр финансово-экономического развития, 1996.
5. Пушкін О., Скаун О. Концепція нового Цивільного кодексу України // Українське право. – 1997. – Ч.1.

A. Luts

#### MARKET AS A SPHERE OF FREE CONTRACTUAL RELATIONS

In article the author explores a market problem in legal contemplation, which remains insufficiently developed in the legal science. Basic theories of market are considered, a mechanism of action of agreement in the market sphere is determined.

*В.М.Коссак*

#### ПРОБЛЕМИ ВИРІШЕННЯ СПОРІВ, ПОВ'ЯЗАНИХ ІЗ ЗАХИСТОМ КОРПОРАТИВНИХ ПРАВ

Функціонування багатоукладеної ринкової економіки нині характеризується появою господарських структур з різноманітною організаційно-правовою формою, управління якими здійснюється на корпоративних засадах. Одні з них виникли в процесі корпоратизації та приватизації державного майна, інші були створені відповідно до чинного законодавства. Це привело до необхідності розробки корпоративного законодавства, яке з урахуванням умов переходу до ринкової економіки перебуває у процесі розвитку та вдосконалення і потребує ґрунтовного аналізу та вивчення. Залишається нез'ясованою остаточно правова природа корпоративних відносин.

У чинному законодавстві визначення корпоративних прав міститься в кількох нормативних актах (серед них Закон України “Про оподаткування прибутку підприємств”, “Інструкція про порядок видачі індивідуальних ліцензій на здійснення інвестицій за кордон”, затверджена Постановою НБУ № 122 від 16.03.99 р.).

Коссак В.М. Проблеми вирішення спорів, пов'язаних із захистом корпоративних прав

Відповідно до зазначених нормативних актів, *корпоративні права* визначені як право власності на частку (пай) в статутному фонді юридичної особи, включаючи право на управління та отримання відповідної частки прибутку такої юридичної особи, а також активів у разі її ліквідації відповідно до чинного законодавства. Крім того, п.1.8 ст.1 Закону України “Про оподаткування прибутку підприємств” додає до вищезазначеного визначення застереження “незалежно від того, чи створена така юридична особа у формі господарського товариства, підприємства, заснованого на власності однієї юридичної або фізичної особи, або в інших організаційно-правових формах”, тобто прямо визначає корпоративними правами також права засновників (власників статутного фонду) юридичної особи, статутний фонд якої не поділено на частини (державні та приватні підприємства), а також юридичної особи, статутний фонд якої поділено на частини, але вони належать одному власнику (корпоративізовані підприємства).

Відповідно до ст.167 Господарського кодексу України (набуває чинності з 01.01.04 р.), *корпоративні права* – це права особи, частка якої визначається у статутному фонді (майні) господарської організації, що включають правомочності на участь цієї особи в управлінні господарською організацією, отримання певної частки прибутку (дивідендів) даної організації та активів у разі ліквідації останньої відповідно до закону, а також інші правомочності, передбачені законом та статутними документами.

Таким чином, згідно з наведеним вище визначенням корпоративних прав у межі даного узагальнення входять спори, що виникають у процесі управління корпоративними правами різних форм власності.

Багато проблем існує в правозастосувальній практиці. Це пояснюється частково об'єктивними причинами, адже корпоративне право як інститут функціонує в Україні трохи більше десяти років. Звідси важливим є аналіз корпоративного законодавства, виявлення суперечностей та впорядкування правозастосувальної практики.

В умовах ринкової економіки функціонує багато суб'єктів господарського обороту з різною формою власності. Серед них помітне місце займають структури, управління яких здійснюється на корпоративних засадах. Звідси в судовій практиці виникає багато спорів, пов'язаних з порушенням корпоративних прав інвесторів.

Отже, справи, пов'язані з питаннями корпоративного управління, залежно від *форми власності на корпоративні права* можна умовно поділити на дві групи: справи, пов'язані з особливостями управління державними корпоративними правами (державні підприємства та корпоративізовані підприємства), та справи, пов'язані з управлінням корпоративними правами інших форм власності.

Актуальні проблеми вдосконалення чинного законодавства України

Залежно від *категорій спорів, що розглядаються судом*, справи умовно можна поділити на дві великі групи:

про визнання недійсними установчих документів та (або) внутрішніх нормативних актів повністю або частково;

про визнання недійсними рішень органів господарських товариств (загальних зборів акціонерів, спостережної ради, правління) або рішень державних органів, уповноважених управляти державними корпоративними правами.

Зазначені дві категорії спорів є найбільш поширеними в судовій практиці. Всі інші категорії спорів, пов'язані з корпоративними правовідносинами, зустрічаються набагато рідше.

*Учасниками* по справах даної категорії частіше за все виступають юридична особа (емітент корпоративних прав) та власники цих корпоративних прав. По деяких категоріях справ стороною по справі може виступати ФДМУ як єдиний державний орган, уповноважений управляти державними корпоративними правами. У справах, де однією з позовних вимог є скасування державної реєстрації юридичної особи (як наслідок недійсності установчих документів), в якості відповідача притягається відповідний орган державної реєстрації.

Слід зазначити, що згідно з чинним законодавством управління державним підприємством здійснюється виключно державним органом, до сфери відання якого віднесено дане підприємство, тобто корпоративними правами від імені держави управляє відповідний орган державної влади.

Управління корпоративним підприємством відрізняється від вищевикладеного. Управління державними корпоративними правами є виключною функцією ФДМУ, який може здійснювати таке управління самостійно, а може передавати функції з управління іншим особам на договірній основі.

Стосовно особливостей *управління державними підприємствами*, пов'язані з цим спори не є поширеною категорією господарських спорів.

Позовні вимоги по таких справах заявляються до державного органу, до сфери відання якого відноситься державне підприємство щодо управління яким виник спір, а предметом спору є накази відповідного державного органу, пов'язані зі здійсненням управління державним підприємством (шляхом проведення його реорганізації, розпорядження майном іншим чином відповідно до матеріалів справ, що розглядалися судом).

Справи, що виникають з приводу *управління державними корпоративними правами* (корпоративізовані підприємства), також не відносяться до поширених категорій спорів. Сюди належать справи, позовні вимоги

по яких ґрунтуються на договорах на здійснення функцій управління державними корпоративними правами (Постанова КМУ від 04.11.98 р. №1741 "Про управління державними корпоративними правами"), а також спори про передачу корпоративних прав уповноваженому державному органу на виконання вимог нормативних актів.

V.Kossak

#### PROBLEMS OF DECISION OF DISPUTES CONCERNING THE DEFENCE OF CORPORATE RIGHTS

In article the author gives notion and classification of disputes, related to defence of corporate rights, exposes basic problems during their decision.

*Р.А. Лідовець*

### ПРАВО СТОРІН НА УКЛАДЕННЯ ДОГОВОРУ, НЕ ПЕРЕДБАЧЕНОГО ЗАКОНОМ, ЯК ОДИН З ЕЛЕМЕНТІВ СВОБОДИ ДОГОВОРУ

Питання свободи договору в цивільному праві України не є новим, однак все ж залишається актуальним. До з'ясування змісту свободи договору та її меж звертались у своїх працях М.І.Брагінський, В.В.Вітрянський, В.В.Луць, Р.О.Халфіна та інші вчені. В Україні існує комплексне монографічне дослідження загальних проблем договірної регулювання цивільних відносин і, зокрема, питань договірної свободи учасників цих відносин, автором якого є А.В.Луць.

На основі аналізу різних поглядів дослідників на проблему свободи договору та положень статей 6 і 659 проекту Цивільного кодексу (ЦК) А.В.Луць робить висновок про те, що свобода договору, окрім можливості вибору контрагента та визначення змісту договору, включає також: а) вільний вияв волі особи на вступ у договірні відносини; б) свободу вибору сторонами форми договору; в) право сторін укладати як договори, передбачені законом, так і договори, які законом не передбачені, але йому не суперечать; г) право сторін за своєю згодою змінювати, розривати або продовжувати дію укладеного ними договору; д) право сторін визначати способи забезпечення договірних зобов'язань; е) право встановлювати відповідальність за порушення договірних зобов'язань тощо. Зазначені аспекти договірної свободи закріплені іншими положеннями цивільного законодавства, але в узагальненому вигляді мають розкривати зміст поняття свободи договору [1].



З усіх перерахованих елементів, що складають зміст свободи договору, найменш дослідженим є право сторін укладати як договори, передбачені законом, так і договори, які законом не передбачені, але йому не суперечать. Тому існує потреба у з'ясуванні змісту зазначеного права, а саме: у визначенні поняття договору, не передбаченого законом; в аналізі норм законодавства, що регулюють застосування таких договорів.

Розробка сторонами проекту договору за принципом (*tabula rasa*) “чистої дошки” спричиняє значні труднощі. По-перше, затягується оформлення договірних відносин через необхідність витрачання багато часу для узгодження складу та змісту окремих договірних умов. Хоч і це не гарантує відсутності прогалин у договорі, які нелегко усунути в подальшому. По-друге, активна сторона в такому договорі (та, яка повинна передати продукцію, виконати роботу, надати послуги) безумовно займає більш сильну позицію стосовно пасивної сторони (тієї, в якій виникає потреба в продукції, роботах, послугах).

Особливе значення при укладенні таких договорів має те, що держава втрачає можливість здійснювати характерні їй функції організатора обігу, зокрема, надавати споживачам гарантії від вияву монопольних тенденцій з боку їх контрагентів – постачальників, підрядчиків та ін.

Щоб усунути перераховані проблеми, законодавець поряд із загальним регулюванням договірних відносин створив різні моделі, що відображають специфіку окремих різновидів договорів, які складаються в цивільному обігу.

Вперше система так званих “іменованих договорів” сформувалася ще в римському праві. З того часу вона безперервно розширювалася разом із розвитком виробництва, торгівлі, банківської діяльності та інших сфер суспільного життя.

Чинний Цивільний кодекс України виділяє 19 типів договорів. У проекті Цивільного кодексу України виділено 22 типи договорів, з яких 5 – купівля-продаж, найм (оренда), підряд, зберігання, позика поділені на окремі види договорів, яких нараховується біля двадцяти чотирьох. Крім того, існує значна кількість типів (видів) договорів, які регулюються нормативними актами за межами кодексу.

Отже, договір вважається таким, що передбачений законом, якщо Цивільний кодекс або інший нормативний акт виділяє його в окремих тип (вид) і надає йому відповідну правову регламентацію.

Однак набір іменованих договорів будь-якої країни завжди відстає від потреб обігу. Особливо це стосується сучасної України, в якій відбувається корінна зміна економіки і з'являється безліч нових відносин. Таке відставання є закономірним для континентальної системи права, оскільки будь-який акт, присвячений цивільним правовідносинам, відображає

потреби практики лише на момент його видання. Особливо така властивість законодавства стосується договірних відносин, які виникають хоч і в межах, передбачених законом, але за волею самих учасників.

Звичайно, Цивільний кодекс як кодифікований акт у галузі цивільного права не може містити вичерпного переліку всіх видів договорів або дати їхню повну правову регламентацію. Тому очевидною є необхідність усунення певним чином суперечності між набором законодавчих моделей договорів і потребами життя. Як свідчить історія, такі суперечності беруть свій початок ще в Древньому Римі. Перші сліди визнання так званих *contractus innominati* (безіменних договорів) відносяться до I століття нашої ери (юрист Лабейон). Остаточно вони склалися в законодавстві Юстиніана. Під назвою безіменних контрактів розуміють деякі договори про взаємну передачу майна, які беруться під захист цивільним правом тоді, коли категорії контрактів уже склалися у вигляді визначеного переліку, але поряд із тим обіг, що розвивається, не задовольняється цим замкнутим колом договорів і потребує допуску нових видів договорів [2]. У римському праві суперечності, які виникали у зв'язку з використанням безіменних договорів, вирішувалися виключно судовою практикою. Однак поступово перемагала ідея позитивного визнання самим законодавцем необхідності забезпечити правовий захист договорів, що знаходились за межами створених ним моделей [3].

В українському законодавстві безіменні договори отримали формальне визнання в Цивільному кодексі 1964 р. [4]. Мається на увазі вказівка, яка міститься в ч.2 ст.4 цього кодексу, на те, що цивільні права і обов'язки виникають з угод, передбачених законом, а також з угод, хоч і не передбачених законом, але таких, які йому не суперечать. Позитивні сторони існування такої норми в чинному Цивільному кодексі особливо проявилися в період вільних ринкових відносин, коли багато видів договорів, які були невідомі Цивільному кодексу та іншим правовим актам, завдяки цій нормі отримали правовий захист.

Проект Цивільного кодексу України також визнає необхідність захисту безіменних договорів. Перш за все, це відображається в п.1 ст.6 проекту ЦК, який передбачає, що сторони мають право укласти договір, який не встановлено актами цивільного законодавства, але відповідає його загальним засадам [5].

З наведеної норми випливає, що нормативною базою для таких договорів завжди слугують загальні засади цивільного законодавства.

Походження ж безіменного договору ніякого значення не має. Тобто як зразок моделі безіменного договору можуть виступати моделі договорів, передбачені законодавством іншої держави або міжнародним актом, у

тому числі і таким, що має рекомендаційний характер. Учасники цивільного обігу можуть укласти договори за цілком самостійно розробленою моделлю договору. Вирішальним для визнання безіменного договору є те, чи відповідає він загальним засадам цивільного законодавства.

Однак правило про свободу сторін укласти договори, які законом не передбачені (свободу моделювання договорів), має ще ряд винятків. Перший з них полягає в тому, що Цивільний кодекс або інший правовий акт іноді допускає до окремих відносин використання лише чітко визначеної моделі. Так, із ч.1 ст.277 чинного ЦК і п.2 ст.868 проекту ЦК України випливає, що юридичні особи можуть отримувати житло у володіння чи користування за договором оренди чи іншим договором, але ніколи за договором найму житла, в той час, як фізичні особи можуть отримувати житло в тимчасове володіння та користування для проживання в ньому лише за договором найму житла [6].

Другий виняток пов'язаний з тим, що у випадках, коли законодавець покладає на сторони обов'язок укласти договір, він, як правило, вказує на те, яка саме договірна модель має бути при цьому використана. Так, відповідно до ч.1 ст.680 проекту ЦК договір, укладений на підставі акта державного органу, обов'язкового для сторін (сторони) за договором, за своїм змістом має відповідати цьому акту [7].

Суть третього винятку полягає в тому, що деякі договірні моделі, як уже зазначалося, можуть бути використані тільки обмеженим колом суб'єктів цивільного права. Наприклад, учасником договору банківського вкладу повинен обов'язково бути банк або інша кредитна організація, яка за законом приймає від інших сторін (вкладників) або для них грошову суму (вклад) (ч.1 ст.384 чинного ЦК і п.1 ст.1119 проекту ЦК). Так само окремим учасником обігу заборонено використання певних видів договорів.

Свобода моделювання договорів може також бути обмежена добровільно за волею однієї зі сторін. У такому випадку ця свобода обмежується для іншого учасника договірних відносин. Прикладом може бути договір про приєднання, під яким розуміється договір, умови якого визначені однією зі сторін у формулярах або інших стандартних формах і можуть бути прийняті іншою стороною не інакше як шляхом приєднання до запропонованого договору в цілому.

Крім того, свобода моделювання договору може бути добровільно обмежена угодою сторін. У даному випадку мова йде про попередній договір. Визначення поняття попереднього договору дано в п.1 ст.667 проекту ЦК України. За попереднім договором сторони зобов'язуються у певний строк укласти в майбутньому договір на умовах, передбачених попереднім договором. З даного визначення випливає, що при існуванні

Лідовець Р.А. Право сторін на укладення договору, не передбаченого законом, як один з елементів свободи договору

попереднього договору сторони обмежуються не лише в свободі моделювання договору, а й взагалі у вільному вияві волі на вступ у договірні відносини.

Нарешті, всі перераховані вище обмеження в загальному передбачені в ч.2 п.3 ст. 6 проекту ЦК України, який вказує, що сторони в договорі не можуть відступити від положень, які визначені в актах цивільного законодавства, якщо в цих актах прямо зазначено про це, а також у разі, якщо обов'язковість для сторін положень актів цивільного законодавства випливає з їх змісту або із суті відносин між сторонами.

Отже, при всьому значенні свободи договорів взагалі і свободи укласти договори, не передбачені законом, зокрема, вона, як і будь-яка інша свобода, має свої межі. Закріплення в нормах договірних права різного роду обмежень зумовлено бажанням законодавця захистити інтереси інших членів суспільства і суспільство та державу в цілому.

У зв'язку з визнанням безіменних договорів виникає питання про те, які норми і в якій послідовності повинні до них застосовуватися. Існують різні точки зору на це питання.

Зокрема, І.Б.Новицький вважав, що до безіменних договорів слід застосовувати загальні положення зобов'язального права і, крім того, в певних випадках і в певних частинах можуть бути застосовані норми, встановлені законом для типових договорів. Питання ж, які не можуть бути вирішені таким способом, повинні вирішуватися на основі загальних начал законодавства [8]. Тобто пропонувалася така послідовність: загальні положення зобов'язального права – норма схожого іменованого договору у відповідній частині – аналогія права.

О.С.Йоффе запропонував інший підхід. На його думку, “при укладенні дуже специфічного договору, який охоплюється одним із закріплених у законі договірних типів, він буде підкорятися правилам про договір цього типу. І лише коли формується таке, що не суперечить закону, але й ним не передбачене зобов'язання нового типу, його нормативне регулювання здійснюється за аналогією закону або в певних випадках за аналогією права” [9]. На жаль, О.С.Йоффе не вказав у своїй конструкції, яке місце мають займати загальні положення зобов'язального права.

Разом із тим, деякі заперечення викликала позиція обох авторів щодо питання про тип договорів. Так, на думку М.І.Брагінського та В.В.Вітряньського, “висновок про необхідність керуватися нормами про договори відповідного типу є безспірним” [10]. Однак на відміну від О.С.Йоффе та І.Б.Новицького вони вважають, що в даному випадку мова йде про щось проміжне між безіменними та іменованими договорами. Договори, які являють собою різновид врегульованого законом типу, володіють ознаками

іменованих договорів. Вся справа лише в певній деталізації конкретного іменованого договору [11].

Таким чином, вони роблять висновок, що при наявності спеціальної норми глави ЦК, а отже, і спеціального типу договорів, якою б не була специфіка відповідного виду договорів, він не може вважатися договором *sui generis* ("свого роду").

Для того, щоб договір визнати безіменним, потрібна відсутність врегульованості не лише виду, але й відповідного йому типу договору. До таких договорів, на думку М.І.Брагинського та В.В.Вітрянського, необхідно застосовувати перш за все норми схожого типу договорів, а при його відсутності – норми, що регулюють цивільно-правові договори в цілому [12].

Якщо аналогія закону і загальні норми зобов'язального (договір-ного) права не дають бажаних результатів, тоді необхідно використати аналогію права, тобто винести рішення виходячи із загальних начал і смислу цивільного законодавства.

Розглядаючи питання про те, які норми застосовувати для регулювання відносин, що виникають з безіменних договорів, слід зазначити про виняток із указаних вище правил. Услід за розвитком економічних відносин вдосконалюється система договірних форм. Таке вдосконалення, головним чином, відбувається шляхом ускладнення, поєднання в одному різновиді елементів різних договорів. Цей тип договорів отримав закріплення в проєкті Цивільного кодексу. Зокрема, п.2 ст.660 проєкту ЦК надає сторонам право укладати договір, в якому містяться елементи різних договорів (змішаний договір). У даному випадку до відносин сторін у змішаному договорі застосовуються у відповідних частинах закони та інші нормативно-правові акти про договори, елементи яких містяться у змішаному договорі, якщо інше не впливає з угоди сторін або суті змішаного договору. З даного правила можна зробити висновок, що спеціальні норми, які регулюють договори, що ввійшли у змішаний договір, мають пріоритет при колізії з нормами загальної частини зобов'язального права. Однак такий варіант рішення, як передбачено в тій же нормі, не може бути застосований, якщо інше впливає з угоди сторін або суті змішаного договору, що, певним чином, породжує нову проблему.

Отже, під договором, не передбаченим законом, слід розуміти договір такого типу, який повністю не врегульований спеціальними нормами цивільного законодавства і, відповідно, не виділяється ним як такий. Аналіз чинного законодавства дозволяє зробити висновок, що правові норми, покликані регулювати відносини, які виникають з укладення безіменних та змішаних договорів, все ж залишають невиріше-

ними окремі важливі питання і тому існує необхідність їх удосконалення, головним чином, шляхом доповнення.

1. Луць А.В. Свобода договору в цивільному праві України / Автореферат дисертації на здобуття наукового ступеня кандидата юридичних наук. – Київський Національний університет ім. Т.Шевченка. – К., 2001. – С.11.
2. Римское частное право / Под ред. проф. И.Б.Новицкого и проф. И.С.Перетерского. – М.: Юрист, 1999. – С.364.
3. Брагинский М.И., Витрянский В.В. Договорное право. – Книга первая: Общие положения. – Изд. 3-е, стереотипное. – М.: Статут, 2001. – С.404.
4. Кодекси України. – К., 1998. – Кн.2.
5. Українське право. – 1999. – №1(11). – С.34.
6. Там само. – С.311.
7. Там само. – С.261.
8. Брагинський М.І., Вітрянський В.В. Вказ. праця. – С.408.
9. Иоффе О.С. Обязательственное право. – М., 1975. – С.38.
10. Брагинський М.І., Вітрянський В.В. Вказ. праця. – С.408.
11. Там само. – С.408.
12. Там само. – С.409.

R.Lidovets

#### THE RIGHT OF THE PARTIES TO CONCLUDE AN AGREEMENT UNDEFINED BY THE LEGISLATION AS A PART OF THE FREEDOM OF AGREEMENT

The Freedom of Agreement is one of the most important rights in civil law. The right of the parties to make the contracts undefined by the legislation took significant place among other elements of the Freedom of Agreement. Substance of the right and existing legislation that regulate using of such contracts are analyzed in the article.

*І.О. Турчак*

#### ОСНОВНІ АСПЕКТИ ВИКОНАННЯ ДОГОВОРУ ПОСТАВКИ

Виконання договірних зобов'язань загалом та виконання зобов'язань окремих видів – складне і багатопланове поняття, яке потребує постійного детального вивчення. Комплекс питань, пов'язаних із виконанням договорів, досліджувався у радянській правовій науці і продовжує досліджуватися російськими та вітчизняними вченими. Йому присвятили свої роботи А.В.Венедиктов, Н.І.Краснов, З.Г.Крилова, В.С.Толстой, Е.К.Ольхон, продовжують працювати у цій сфері М.І.Брагинський, В.В.Вітрянський, сучасні українські вчені В.В.Луць, А.В.Луць, О.А.Беляневич, М.Сибільов та інші. Актуальність даної теми обумовлена постійною трансформацією суспільно-економічних відносин, в яких здійснюють свою діяльність господарюючі суб'єкти. Зокрема, з прийняттям нового Цивільного кодексу України відносини у сфері виконання договорів оновлюються

та все більше набувають рис, притаманних ринковим відносинам. Усі ці зміни породжують виникнення нових і нових питань, які потребують вивчення. Тому метою даної статті є спроба узагальнити існуючі теоретичні дослідження щодо виконання договорів загалом та договорів поставки зокрема, та звернути увагу на певні особливості, обумовлені новими умовами господарювання.

Під виконанням зобов'язань зазвичай розуміється здійснення кредитором і боржником дій, що складають зміст їх прав та обов'язків [18, с.214]. Іншими словами, зобов'язання регламентує поведінку боржника і кредитора, а тому здійснення ними такої поведінки визнається як виконання зобов'язання [16, с.12]. За своєю юридичною природою дії щодо виконання зобов'язань є правочинами, оскільки вони спрямовані на припинення зобов'язань. Тому до таких дій з виконання застосовуються правила, які регулюють вчинення правочинів [17, с.769]. У новому Цивільному кодексі (глава 15) термін “правочин” вживається замість терміна “угода”. Виконанню власне договірних зобов'язань присвячена основна частина спеціальних норм Цивільного кодексу, які містяться в главах про окремі види договорів.

Виконання договору, перш за все, відображається у вчиненні чи утриманні від вчинення дій, які складають його предмет. Предметом виконання вважаються дії, які мають бути вчинені одним учасником зобов'язання на користь іншого [17, с.769]. При цьому виконання договору повинно відбуватися відповідно до загальних принципів виконання зобов'язань.

Вченими широко обговорюється питання загальних принципів виконання зобов'язань. Зокрема, при оцінці виконання враховується, чи було вчинено дію, а якщо так – то яким чином. У першому випадку йдеться про виконання як таке, а в другому – про його належний характер.

Коли йдеться про виконання як таке, мають на увазі вчинення дій в натурі або інакше – реальне виконання. Власне належне виконання включає дотримання комплексу вимог, які визначають, хто і кому повинен здійснити виконання, яким предметом, коли, де і яким способом це повинно бути здійснено.

Принципи реального і належного виконання тісно пов'язані між собою, однак єдиної думки щодо їх співвідношення у літературі не склалося.

Одна з них зводиться до того, що виконання в натурі є складовою частиною належного виконання. Так, на думку Н.І.Краснова [6, с.16], належне виконання є поняттям більш широким, а реальне виконання – одна з часткових вимог, яка входить у зміст належного виконання. Проте,

як далі відзначав сам автор, без реального виконання всі інші вимоги були б безпредметними.

Тут слід привести точку зору, протилежну щойно викладеній. А.В.Венедиктов вважав, що належне виконання – частина реального виконання: “Реальне виконання договірних зобов'язань охоплює належне виконання всіх кількісних і якісних показників: не тільки своєчасну здачу всієї кількості передбаченої договором продукції, але й здачу її в обумовленому асортименті, відповідно до затверджених стандартів і технічних умов, у комплектному виді і т.д.” [3, с.164].

Проте найбільш прийнятною позицією, з якою погоджуються деякі українські вчені [17, с.771; 2, с.109], є позиція М.І.Брагінського [1, с.418]. Вона полягає в тому, що реальне і належне виконання – явища, які знаходяться в різних площинах, тому не слід їх співвідносити як ціле і частину. В першому виражена суть виконання як вчинення певної дії, а в другому – якісна характеристика дії.

Загальні вимоги щодо виконання зобов'язань, які мають значення для виконання будь-якого зобов'язання, містить діючий Цивільний кодекс. Ці вимоги застосовуються до всіх видів зобов'язань без спеціальної на те вказівки в нормативних актах і умовах угод, що відносяться до конкретних видів зобов'язань. У статті 161 ЦК 1963 р. міститься вимога обов'язкового належного виконання зобов'язання в установленний строк. Тобто йдеться про час, до якого має відбуватися виконання, та про всі інші ознаки, характерні для поняття “належного виконання”: виконання належними суб'єктами, в належному місці, щодо належного предмета і належним чином. При цьому сторони повинні керуватися [18, с.230]:

а) вказівками закону. Йдеться не тільки про норми права, що містяться у відповідному розділі Цивільного кодексу, який регулює виконання зобов'язань, а й про інші законодавчі та підзаконні нормативні акти. При цьому, сторони при укладанні угод, по-перше, не вправі визначати такий порядок виконання зобов'язань, який буде суперечити вимогам закону, або взагалі укладати протизаконні угоди (стаття 48 ЦК). По-друге, якщо законом дозволена можливість самостійного визначення таких угод, а сторони цим правом не скористалися, то таке правовідношення регулюється відповідними нормами права (стаття 165 ЦК);

б) вказівками актів планування. Безперечно, вказівки, які містилися в актах планування і мали істотне значення для виконання зобов'язань в Радянському Союзі, в Україні нині в колишньому вигляді не приймаються і втратили своє значення. З огляду на значні зміни, які відбулися в економіці нашої держави загалом, роль актів планування як підстав виникнення зобов'язань практично себе вичерпала. Сьогодні найбільшу питому вагу

в цивільному обігу мають зобов'язання, що виникають на підставі договорів, які вільно укладаються фізичними та юридичними особами;

в) вказівками договорів. Ця вимога пред'являється до договірних відносин, коли сторони диспозитивно, на власний розсуд встановлюють умови виконання зобов'язання та межі власних прав і обов'язків у них;

г) вимогами, які звичайно ставляться. Законом та договором не завжди вичерпно регламентується порядок розв'язання всіх питань, які можуть виникнути при виконанні зобов'язання. У такому випадку, вони повинні виконуватися згідно з вимогами, які звичайно пред'являються, відповідно до існуючих у даній сфері ділових звичаїв [11, с.215; 18, с.230].

Вказівку щодо обов'язку реального виконання зобов'язання містить стаття 208 ЦК. Тут розкривається суть принципу реального виконання зобов'язання, значення якого зводиться до того, що зобов'язання повинно бути виконано в натурі [18, с.294]. Інакше кажучи, реальне виконання – це виконання, яке відповідає умовам щодо предмета зобов'язання, тобто боржник повинен вчинити дії з надання кредиторомі благ, які є предметом зобов'язання [3, с.164]. Слід зауважити, що в сучасних умовах економічного розвитку принцип реального виконання зобов'язання поступово втрачає свою значимість. Це пов'язано з тим, що компенсація боржником збитків, нанесених кредиторомі невиконанням або неналежним виконанням зобов'язання в натурі, може в достатньому обсязі задовольнити останнього. Тому деякі українські науковці [5, с.44; 15, с.72] висловлюють припущення, що в умовах ринкової економіки роль принципу реального виконання поступово зменшуватиметься. У юридичній літературі [10, с.52] поняття принципів виконання зобов'язань розглядається дещо ширше. Йдеться, по-перше, про принцип взаємного сприяння, який полягає в тому, що сторони договору повинні сприяти одна одній при виконанні своїх обов'язків за договором. З метою надання юридичної значимості умовам взаємного сприяння, яких бажають сторони, необхідно, щоб відповідні положення були закріплені у договорі або у спеціальних нормативних актах. По-друге, про принцип економічності, суть якого полягає у вимозі до кожної із сторін поважати інтереси контрагента за договором, а також інтереси держави та суспільства в цілому. Оскільки у зв'язку з невиконанням або неналежним виконанням зобов'язань може виникнути шкода, сторони зобов'язані вживати заходів до її відвернення або зменшення тощо.

У новому Цивільному кодексі загальні умови виконання зобов'язань регулюються окремою главою “Виконання зобов'язань” (глава 48 нового ЦК). У статті 526 вони формулюються так: зобов'язання має виконуватися належним чином відповідно до звичаїв ділового обороту або інших вимог,

що звичайно ставляться. Крім того, спеціально підкреслюється, що виконання зобов'язань має спиратися на засади добросовісності, розумності та справедливості.

Характеризуючи дану главу Цивільного кодексу, виділяють елементи, які її формують:

- виконання зобов'язання належній особі (стаття 527 нового ЦК);
- виконання зобов'язання належною особою (статті 527, 528 нового ЦК).

При цьому виконання зобов'язань може бути покладене боржником на третю особу, якщо із закону, інших нормативно-правових актів, з умов договору, його суті не впливає обов'язок боржника виконати зобов'язання особисто;

– виконання належним предметом. Тобто тільки з передачею предмета зобов'язання кредитор набуває благ, заради яких він вступив у цивільні правовідносини [4, с.178-179]. Ця вимога означає, що предмет виконання договору за всіма своїми ознаками, кількісними та якісними, повинен відповідати вимогам, які закріплені в законі, інших правових актах чи в договорі [1, с.245];

– виконання в належному місці (стаття 532 нового ЦК). Місце виконання зобов'язання може бути визначене законом або договором. Якщо такі умови не встановлені, виконання має бути здійснене:

1. За зобов'язанням про передання нерухомого майна – за місцем знаходження майна.

2. За зобов'язанням про передання товару або іншого майна, що передбачає перевезення цього товару або іншого майна, – за місцем здавання товару або іншого майна першому перевізникові для передання його кредиторомі.

3. За іншими зобов'язаннями боржника про передання товару або іншого майна – за місцем виготовлення або зберігання майна, якщо це місце було відоме кредиторомі на момент виникнення зобов'язання.

4. За грошовим зобов'язанням – за місцем проживання кредитора на момент виникнення зобов'язання, а якщо кредитором є юридична особа, – за місцем її знаходження на момент виникнення зобов'язання.

– Виконання в належний строк (стаття 530 нового ЦК). У зобов'язанні може міститися вказівка на строк, термін чи подію, яка неминуче має настати. Тоді зобов'язання виконується, відповідно із закінченням терміну, настанням строку чи вказаної події. Зобов'язання також може бути виконано достроково, якщо інше не передбачено законом чи договором.

– Виконання належним чином (стаття 529 нового ЦК). У статті вказується на неприпустимість виконання зобов'язань частинами. Таке

виконання вважається неналежним, і кредитор має право не приймати таке виконання зобов'язання.

Таким чином, виходячи з основних принципів, нами розглянуто загальні вимоги до виконання зобов'язання, а отже, і договорів. Особливості предмета виконання повністю залежать від особливостей конкретного зобов'язання, а тому визначаються підставами виникнення зобов'язання і нормами, які регламентують зобов'язання певного виду [17, с.769].

Виконання договору поставки, як і виконання інших видів договірних зобов'язань, повинно відбуватися на засадах принципів реального та належного виконання на умовах, передбачених законом, іншим нормативним актом, договором або ж згідно з вимогами, які зазвичай ставляться. Оскільки договір поставки є двостороннім, права і обов'язки сторін за цим договором є взаємними або кореспондуючими. Іншими словами, праву однієї сторони відповідає обов'язок іншої. Тобто сторона договору, яка має право, може вимагати від контрагента реального і належного виконання обов'язку, що кореспондує цьому праву [2, с.113].

Як зазначалося вище, закон (стаття 161 ЦК 1963 р.) вимагає, щоб зобов'язання виконувалося належним чином і в установлений строк. Виконання зобов'язання поставки в установлений законом або договором строк і є його своєчасним виконанням [9, с.52]. Належним визнається виконання договору поставки тільки тоді, коли сторонами вчинено повний комплекс дій щодо здійснення ними своїх прав та виконання обов'язків відповідно до всіх встановлених вимог: у належний час, у належному місці, належним способом тощо [7, с.27].

Виходячи зі змісту договору поставки, очевидним є те, що головним обов'язком постачальника є обов'язок передати товари у власність (у повне господарське відання чи оперативне управління) покупця, а головний обов'язок покупця – прийняти товари і сплатити за них певну грошову суму. Кожен із вказаних обов'язків можна розглядати, як сукупність складових (часткових) обов'язків [8, с.151]. Зокрема, постачальник готує товари (продукцію) до передачі. При цьому він зобов'язаний перевірити якість продукції, засвідчивши це необхідними документами – доказами якості; забезпечити відповідною упаковкою та маркуванням. Всі ці обов'язки виконуються постачальником ще до передачі продукції покупцю. Обов'язок передачі продукції покупцю складається також з обов'язку при іногородній поставці відвантажити її та забезпечити умови, необхідні для безпечного перевезення. Слід згадати, що в обов'язки постачальника може входити обов'язок виготовити або заготувати (накопичити) продукцію. Договір поставки укладається як тоді, коли продукція вже є в наявності у постачальника (наприклад, на складі готової продукції), так і тоді, коли

її необхідно виготовити (придбати чи набути) у майбутньому (ч.1 статті 656 нового ЦК). Протягом дії договору покупець вправі уточнити і конкретизувати свої вимоги до асортименту чи відмовитися від зайвої продукції. Таким чином, від умов договору залежить чи буде виготовлятися (заготовлятися) та чи інша продукція.

Обов'язок постачальника передавати продукцію покупцю є головним, визначальним обов'язком за договором. Його виконання забезпечує досягнення кінцевої мети договору – переміщення певних матеріальних цінностей від одного суб'єкта до іншого [8, с.153]. Зустрічний обов'язок покупця їх оплатити також є своєрідним переміщенням матеріальних цінностей і спрямований як на відшкодування витрат постачальника щодо виготовлення і поставки продукції, так і на отримання ним прибутку. Обов'язок покупця приймати продукцію покликаний сприяти виконанню основного обов'язку договору – передачі продукції.

Права і обов'язки постачальника та покупця тісно взаємопов'язані. Виконання постачальником своїх обов'язків стосовно здачі продукції значною мірою залежать від того, наскільки своєчасно, повно і правильно покупець її прийме та оплатить.

Обов'язок покупця щодо приймання продукції також є структурно складним обов'язком, який складається з трьох етапів: юридичного приймання продукції (виникнення права власності); фактичного приймання продукції (перехід у володіння); перевірки продукції (вчинення дій з її приймання) [12, с.6].

З точки зору належного та своєчасного виконання договорів поставки необхідно зауважити, що для суб'єктів господарської діяльності Указом Президента України від 04.10.1994 року №567/94 "Про застосування міжнародних правил інтерпретації комерційних термінів" встановлено обов'язковість застосування в договорах купівлі-продажу та поставки Правил ІНКOTEPMC. За своїм змістом Правила ІНКOTEPMC є систематизованим зводом міжнародних торгових звичаїв. Про це свідчить той факт, що з юридичної точки зору вони не відносяться до типу міжнародно-правових нормативних актів і не є обов'язковими для застосування у всіх випадках вчинення угод купівлі-продажу товарів. Проте окремі країни нормами свого внутрішнього законодавства можуть передбачити обов'язковість використання Правил ІНКOTEPMC для своїх національних суб'єктів господарювання. Україна належить до числа тих країн, в яких застосування Правил ІНКOTEPMC національними суб'єктами господарювання є обов'язковим [13, с.15].

Терміни, які розкриті в ІНКOTEPMC, згруповані в чотири категорії, що позначені латинськими буквами E, F, C, D за першими буквами

своїх скорочених позначень відповідно до критеріїв, за якими істотно відрізняються умови кожної з названих категорій. Зокрема, група "Е" – відправлення. Продавець тільки надає товар покупцю, зазвичай навіть не переміщуючи його за межі власної території; група "F" – основне перевезення не оплачене. Продавець зобов'язаний надати товар перевізнику, вказаному покупцем; група "С" – основне перевезення оплачене. Продавець вважається таким, що виконав зобов'язання, надавши товар перевізникові, але вже зобов'язаний оплатити вартість послуг останнього; група "D" – прибуття. Продавець відповідає за доставку товару в обумовлене місце.

Крім ключових умов договору, таких, як момент і спосіб виконання продавцем своїх зобов'язань з поставки товару і, відповідно, виникнення у покупця обов'язку прийняття поставки, а також критерії оцінки належного виконання, які так чи інакше регулюють ІНКОТЕРМС, можна виділити три групи питань за типами договорів, позначених відповідним терміном:

– права і обов'язки сторін, пов'язані з транспортуванням товарів і їх страхуванням, включаючи розподіл додаткових витрат, які можуть виникнути в процесі перевезення, та інших витрат за угодою;

– права і обов'язки сторін щодо здійснення "митних формальностей", пов'язаних із вивозом товару з території однієї держави, ввозом його на територію іншої держави і транзитом через треті країни, включаючи оплату митних зборів та інших обов'язкових платежів;

– момент переходу ризиків втрати чи пошкодження товару від продавця до покупця.

Права і обов'язки сторін договору, які містяться в Правилах ІНКОТЕРМС, іноді називаються базовими умовами, які за своїм змістом близькі до поняття істотних умов договору і, відповідно, ширші за категорії, якими оперують ІНКОТЕРМС. Таким чином, істотні умови поставки – те, без чого договір не може вважатися дійсним, а відсутність у ньому посилань на ІНКОТЕРМС, хоч і знижує юридичну чіткість тексту договору як виразу волі сторін, але таких наслідків за собою не тягне. Крім того, обов'язкового характеру вони набувають лише тоді, коли сторони погодилися надати їм обов'язкового для себе характеру, відобразивши це у договорі, частиною якого тоді стає той розділ ІНКОТЕРМС, на який сторони погодилися [14, с. 15].

Отже, нами зроблено спробу визначити основні аспекти виконання договорів поставки в сучасних умовах господарювання з огляду на їх правове регулювання та існуючі теоретичні дослідження. Аналізуючи зміст та умови виконання зобов'язань з поставки, можна зробити висновок про

їх постійний розвиток з огляду на зовнішні економічні та суспільні фактори, які в свою чергу обумовлюють також і зміни у нормативному забезпеченні. Враховуючи все вищевикладене, видається доцільним і надалі досліджувати окреслене коло питань з точки зору перспективного розвитку відповідних правовідносин в умовах, які постійно змінюються.

1. Брагинский М.И., Витрянский В.В. Договорное право. – Книга первая: Общие положения. – М.: Статут, 2001. – 759 с.
2. Васильева В.А. Правове регулювання відносин за договором консигнації / Дисертація на здобуття наукового ступеня кандидата юридичних наук, 2000. – 178 с.
3. Венедиктов А.В. Гражданско-правовая охрана социалистической собственности в СССР. – М. – Л.: Изд. АН СССР, 1954. – 269 с.
4. Загальна теорія цивільного права / Ред. О.А.Підпригора, Д.В.Боброва/. – К., 1992. – 863 с.
5. Зобов'язальне право: теорія і практика. Навч. посібник / За ред. О.В.Дзери. – К.: Юрінком Інтер, 1998. – 912 с.
6. Краснов Н.И. Реальное исполнение договорных обязательств между социалистическими организациями. – М.: Госюриздат, 1959. – 184 с.
7. Крылова З.Г. Исполнение договора поставки. – М.: Юрид. лит., 1968. – 126 с.
8. Крылова З.Г. Договор поставки продукции социалистических предприятий. Учеб. пособие. – Иркутск, 1974. – 327 с.
9. Луць В.В. Строки виконання договорів поставки. – Львів, 1971. – 172 с.
10. Луць В.В. Контракти у підприємницькій діяльності. Навчальний посібник. – К.: Юрінком Інтер, 1999. – 560 с.
11. Луць А.В. Свобода договору за проектом нового Цивільного кодексу України // Вісник Вищого арбітражного суду України. – 2000. – №3. – 215 с.
12. Ольхон Э.К. Правовое регулирование порядка приёмки продукции и товаров / Автореф. кандид. дисс. – Иркутск, 1972. – 67 с.
13. Правила ІНКОТЕРМС 1990/2000 // Чубарь А.А. ІНКОТЕРМС-2000: новые положения и проблемы применения в Украине. – К.: Юстиниан, 2002. – 978 с.
14. Правила ІНКОТЕРМС 1990/2000 // Высоцкий А.Ф., Котигоренко Н.В. Правовая природа и некоторые вопросы применения. – К.: Юстиниан, 2002. – 978 с.
15. Сибільов М. Структура та основний зміст положень про зобов'язання у проекті нового Цивільного кодексу України // Українське право. – 1997. – Число 1. – 134 с.
16. Новстой В.С. Исполнение обязательств. – М.: Юрид.лит., 1973. – 863 с.
17. Цивільне право України. Підручник у двох книгах. – Книга 1 / За ред. О.В.Дзери. – К.: Юрінком Інтер, 2001. – 912 с.
18. Цивільний кодекс України. Науково-практичний коментар / Ред. Є.Харитонов. – Х.: ООО "Одісей", 2000. – 635 с.

I.Turchak

#### THE MAIN ASPECTS OF THE FULFILMENT OF THE DELIVERY CONTRACT

In the research the author makes an attempt to define some main aspects of the fulfilment of the delivery contract. Besides, she gives the notion of the real fulfilment of the contract and the order and limits of appliance the Rules of INKOTERMS in the delivery contracts.



*О.М.Великорода*

## **ПРЕДМЕТ І ОБ'ЄКТ ДОГОВОРУ ДОВІЧНОГО УТРИМАННЯ (ДОГЛЯДУ)**

Проблема предмета та об'єкта договору довічного утримання займає одне з ключових місць у працях учених, які досліджували цей інститут. Варто зауважити, що в новому Цивільному кодексі України частину спірних питань вирішено, проте дана проблема все-таки залишається актуальною і потребує детального дослідження.

Слід зазначити, що вчені мають різні точки зору на це питання. Як правило, при аналізі договору довічного утримання науковці звертають увагу або на предмет договору, або на його об'єкт. Так, зокрема, у статтях С.Меєрзона, Н.Коняєва і С.Круглова; у посібнику “Цивільне право України” за редакцією С.А.Сліпченка та В.А.Кройтора зазначається, що до предмета даного правочину відносяться, з одного боку, майно, яке відчужується на користь набувача, а з іншого, – матеріальне забезпечення у вигляді харчування, догляду, необхідної допомоги тощо [1, с.25; 2, с.11; 3, с.103]. Інша думка висвітлюється у статті А.Єрошенка та в підручнику “Радянське цивільне право” за редакцією В.Т.Смирнова, Ю.К.Толстого, А.К.Юрченка. Ці науковці вважають, що до предмета договору довічного утримання відноситься тільки майно, що відчужується [4, с.20; 5, с.8].

Окремі юристи, зокрема Е.Я.Лаасік, досліджуючи елементи цього договору, звертають увагу тільки на його об'єкт і відносять до нього дії щодо надання утримання в натурі у вигляді житла, харчування, догляду, необхідної допомоги тощо [6, с.380]. Детальніше до розв'язання даної проблеми підходить О.С.Юффе у своїй монографії “Зобов'язальне право”. Вчений розділяє матеріальний та юридичний об'єкти договору довічного утримання. На його думку, до матеріального об'єкта даного правочину відносяться: жилий будинок або його частина, а також речі, які повинні надаватись для забезпечення утримання відчужувача. Юридичний же об'єкт договору складають дії щодо передачі матеріальних об'єктів, а також по догляду за відчужувачем і наданню йому необхідної допомоги [7, с.297].

Такі розбіжності в поглядах на дане питання, на нашу думку, тільки ускладнюють дослідження інституту довічного утримання. Тому в даній статті буде спроба певним чином уніфікувати точки зору вчених на проблему предмета та об'єкта договору довічного утримання. Крім цього, детального аналізу потребують норми нового Цивільного кодексу України, які регулюють питання предмета договору довічного утримання (догляду).

Перш за все, потрібно зупинитися на теоретичному аспекті питання предмета та об'єкта договору довічного утримання. Для того, щоб відповісти на нього, потрібно з'ясувати, що ми розуміємо під термінами “предмет договору” і “об'єкт договору”. На нашу думку, варто погодитися з точкою зору Ю.Косміна, який вважав, що в договорі довічного утримання треба розмежовувати об'єкт і предмет договору [8, с.70]. Слід додати, що для більш повного аналізу цього питання потрібно також виділяти юридичний і матеріальний об'єкти договору.

Предмет договору можна визначити як матеріальні та нематеріальні блага, з приводу яких особи встановлюють, змінюють або припиняють свої цивільні права і обов'язки. При застосуванні цього визначення до договору довічного утримання ми бачимо, що набувач укладає цей договір для одержання майна у власність, а відчужувач – для того, щоб його утримували та (або) доглядали. Таким чином, треба погодитися з думкою вчених, які вважали, що предметом договору довічного утримання (догляду) (враховуючи норми нового Цивільного кодексу України) є, з одного боку, майно, яке відчужується у власність набувача, а з іншого, – послуги у вигляді надання утримання та (або) догляду.

Повернемося до об'єкта договору довічного утримання (догляду). В науковій літературі зазначається, що об'єктом зобов'язання визнається певна поведінка зобов'язаної особи [9, с.11]. Ця дефініція повністю підходить і до вищезазначеного договору, як одного з різновидів договірних зобов'язань. Враховуючи те, що за даним правочином обов'язки несе тільки набувач, можна зробити висновок, що юридичним об'єктом договору довічного утримання (догляду) є дії набувача щодо утримання та (або) догляду за відчужувачем.

Що ж до матеріального об'єкта договору, то можна дати таке його визначення: це – матеріалізований вираз дій зобов'язаної особи. Застосовуючи цю дефініцію до договору довічного утримання (догляду), робимо висновок, що матеріальним об'єктом даного правочину є жиле приміщення, в якому проживає відчужувач, продукти харчування, одяг, медикаменти тощо.

Отже, при аналізі договору довічного утримання (догляду) варто розмежовувати предмет договору та об'єкт (юридичний і матеріальний).

Слід зазначити, що проблема предмета договору довічного утримання (догляду) має також надзвичайно важливе практичне значення, адже вона зачіпає такі питання, як: яке майно може відчужуватись; у чому полягають послуги стосовно утримання та (або) догляду.

Згідно зі статтею 744 нового Цивільного кодексу України, за договором довічного утримання (догляду) одна сторона (відчужувач) передає другій стороні (набувачеві) у власність житловий будинок,

квартиру або їх частину, інше нерухоме майно або рухоме майно, яке має значну цінність. Замість того набувач зобов'язується забезпечувати відчужувача утриманням та (або) доглядом довічно [10, с.202]. Виходячи з такого визначення, можна зробити висновок, що предметом договору довічного утримання є, з одного боку, будь-яке нерухоме майно (житловий будинок, квартира, земельна ділянка тощо), а також рухоме майно, яке має значну цінність (наприклад, автомашина, раритетні речі). Причому слід зазначити, що конструкція вищезгаданої статті дозволяє зробити висновок, що до предмета цього правочину можуть відноситися також гроші та цінні папери як специфічні види рухомих речей. З іншого боку, до предмета договору довічного утримання відносяться послуги з утримання та (або) догляду, які, як правило, включають забезпечення житлом, харчуванням, придатним одягом та взуттям, медикаментами, надання побутових послуг. Проте деколи до обов'язків з утримання відносяться також умови, згідно з якими набувач зобов'язується забезпечувати відчужувача потребами у відпочинку (прогулянками, санаторно-курортним лікуванням, відвідуванням театрів, філармоній тощо); радіо-, телевізійним і телефонним зв'язком та періодичною пресою; певною сумою готівки; послугами адвокатів та ін. У кожному конкретному випадку відчужувач і набувач самостійно визначають зміст утримання та (або) догляду. Звичайно, що дана ситуація є набагато позитивніша порівняно зі старим Цивільним кодексом України, який передбачав можливість відчуження тільки будинку чи його частини. Однак і до норм нового Цивільного кодексу України є ряд зауважень.

По-перше, в статті 744 цього нормативно-правового акта зазначається, що "... одна сторона (відчужувач) передає другій стороні (набувачеві) у власність житловий будинок, квартиру або їх частину, інше нерухоме майно...". На нашу думку, нема потреби спочатку виділяти окремі види нерухомого майна, а потім називати "... і інше нерухоме майно...". Якщо нема обмежень стосовно нерухомого майна, то правильніше просто зазначити, що відчужувач може передати у власність набувачеві нерухоме майно.

По-друге, в цій же нормі говориться про можливість відчуження і рухомого майна, яке має значну цінність. Вважаємо, що не потрібно обтяжувати дану статтю поняттям "рухоме майно, яке має значну цінність". Це може викликати тільки зайві спори. Варто просто вказати, що предметом договору може бути і рухоме майно. Адже в будь-якому випадку, якщо набувач укладає договір довічного утримання (догляду), значить, майно, яке йому передається у власність, має для нього достатньо значну цінність, щоб утримувати відчужувача довічно.

Підсумовуючи вищесказане, варто зробити ряд висновків. По-перше, в договорі довічного утримання (догляду) потрібно розмежовувати предмет договору та об'єкт (юридичний і матеріальний). Згідно з новим Цивільним кодексом України, до предмета даного правочину відносяться: з одного боку, нерухоме майно, а також рухоме майно, яке має значну цінність; а з іншого, – послуги стосовно утримання та (або) догляду. Юридичним об'єктом договору довічного утримання (догляду) є дії набувача з утримання та (або) догляду, а матеріальним об'єктом – жиле приміщення, в якому проживає відчужувач, продукти харчування, одяг і взуття, медикаменти тощо.

По-друге, було би, доцільніше дещо змінити статтю 744 нового Цивільного кодексу України та викласти її в такій редакції:

Стаття 744. Поняття договору довічного утримання (догляду).

1. За договором довічного утримання (догляду) одна сторона (відчужувач) передає іншій стороні (набувачеві) у власність нерухоме або рухоме майно, натомість набувач зобов'язується забезпечувати відчужувача утриманням та (або) доглядом довічно.

На нашу думку, в цьому випадку спори на практиці будуть виникати набагато рідше.

1. Меерзон С. Купля-продаж жилого дома с условием пожизненного содержания продавца // Советская юстиция. – 1971. – №14.
2. Коняев Н., Круглов В. Договор купли-продажи с условием пожизненного содержания // Советская юстиция. – 1974. – №6.
3. Гражданское право Украины. – Часть 2. Учебное пособие / Под ред. Слипченка С.А., Кройтора В.А. – Харьков: Эспада, 2000. – 399 с.
4. Советское гражданское право. – Часть 2. – 2-е издание, исправленное и дополненное / Под ред. Смирнова В.Т., Толстого Ю.К., Юрченка А.К. – Л.: Изд-во Ленинградского университета, 1982. – 432 с.
5. Ерошенко А. Правовое регулирование отношений пожизненного содержания // Советская юстиция. – 1970. – №6.
6. Лаасик Э. Я. Советское гражданское право. Часть особенная. – Таллин: Валгус, 1980. – 572 с.
7. Иоффе О.С. Обязательственное право. – М.: Юридическая литература, 1975. – 880 с.
8. Космін Ю. Договір довічного утримання // Право України. – 2000. – №2.
9. Зобов'язальне право: теорія і практика: Навчальний посібник / За ред. Дзери О.В. – К.: Юрінком Інтер, 1998. – 912 с.
10. Цивільний кодекс України в редакції від 16 січня 2003 року. Офіційне видання. – К.: Парламентське видавництво, 2003. – 352 с.

O.Velykoroda

THE SUBJECT-MATTER AND OBJECT OF THE LIFE-SUPPORT CONTRACT  
This article is devoted to the question of the subject-matter and the object of the life-support contract. A special attention is paid to the problem of delimitation of the subject-matter and the object of this agreement. Besides the necessity of making some changes in the civil legislation of Ukraine is substantiated.

*І.Р. Калаур*

## **КОНКУРЕНЦІЯ ПОЗОВУ ПРО ЗАСТОСУВАННЯ НАСЛІДКІВ НЕДІЙНОСТІ УГОДИ ТА ВІНДИКАЦІЙНОГО ПОЗОВУ ЗА НОВИМ ЦИВІЛЬНИМ КОДЕКСОМ УКРАЇНИ**

Новий Цивільний кодекс України (2003 р.) розширив коло способів захисту цивільних прав та інтересів учасників цивільних правовідносин. Крім перелічених у ст.6 ЦК УРСР, він називає ще й такі: визнання правочину недійсним та визнання незаконним акта державного органу або органу місцевого самоврядування. У разі недійсності правочину кожна зі сторін зобов'язана повернути другій стороні у натурі все, що вона одержала на виконання цього правочину, а в разі неможливості такого повернення – відшкодувати вартість того, що одержано, за цінами, які існують на момент відшкодування (ст. 216 ЦК України).

Таким чином, позови про визнання угоди недійсною, як правило, мають на меті повернення майна, що передавалося на виконання такої угоди. Однак такий самий правовий результат можна досягти з допомогою позову про витребування майна з чужого незаконного володіння (віндикацію). Відповідно до ст.387 ЦК України власник має право витребувати своє майно від особи, яка незаконно, без відповідної правової підстави заволоділа ним. У зв'язку з цим виникає питання, якому саме способу захисту надавати перевагу. В юридичній літературі ця проблема отримала назву “конкуренція позовів”. Переважна більшість учених і практиків [1], за винятком хіба що К.І.Скловського, розглядає конкуренцію позовів як можливість власника одночасно застосувати два різних способи захисту: позов про застосування наслідків недійсного правочину і віндикаційний позов.

В.В.Вітрянський припускає витребування речі за позовом про застосування наслідків недійсної угоди якщо вона не може бути витребувана за віндикаційним позовом [2, с.187], тобто надає пріоритет віндикації.

В одному зі своїх висновків кафедра цивільного права Санкт-Петербурзького університету зазначила: якщо позивач – особа, права якої порушено внаслідок незаконного відчуження належного майна, і відповідач – особа, що фактично володіє майном на час подання позову, не перебувають одна з одною в договірних відносинах щодо спірного майна, а також якщо майно індивідуалізовано і збереглося в натурі, як єдиний можливий засіб захисту прав потерпілого може бути віндикаційний позов [3, с.183].

І.В.Спасибо-Фатеева вважає, що внаслідок віндикаційного позову порушуються права іншої сторони, оскільки майно, яке повинно належати

Калаур І.Р. Конкуренція позову про застосування наслідків недійсності угоди та віндикаційного позову за новим Цивільним кодексом України

їй, до неї не повертається. Поєднання вимог однієї сторони про визнання недійсним правочину з витребуванням переданого за таким правочиним майна без відповідної вимоги іншої сторони призводить до того, що одна зі сторін недійсного правочину опиниться у становищі, коли вона матиме й передане іншою стороною майно, і поверне на її вимогу своє майно. В такому разі право порушується самим фактом винесення рішення судом, що неприпустимо. Змішування способів захисту прав – застосування реституції і віндикації – неможливе [4, с.30].

С.О.Погрібний вважає, що особиста вимога (вимога зобов'язального характеру) витискає вимогу речову [5, с.192].

З погляду К.І.Скловського, вимоги з реституції та право на річ не можуть існувати в одній площині, а перебувають у субординації: на першому місці поставлена реституція, що діє між сторонами договору, оскільки особистісний позов виключає віндикацію, потім виникає віндикація до володільця речі, що була предметом недійсного договору, і лише потім застосовується вимога на підставі зобов'язання з безпідставного збагачення. Викладена субординація позовів виключає конкуренцію позовів [6, с.326-328].

Відповідно до західноєвропейської правової традиції, якщо власник виступає в суді як такий, а не як володільць чи сторона у зобов'язанні, він зобов'язаний застосувати віндикаційний позов [7, с.262].

Н.Д.Шестакова вважає, що застосування наслідків недійсності угоди у випадках, коли віндикація неможлива, позбавляє сенсу ці норми [3, с.185]. Вона виступає за обмеження застосування наслідків недійсності угоди лише першою угодою. Аналогічного погляду притримується В.А.Слищенков [8, с.48] та деякі інші російські вчені.

Ця пропозиція критикується О.Г.Ломідзе. Дійсно, якщо виходити з того, що відчужувач неуповноважений і в набувача не виникає будь-якого права на спірну річ, то друга, третя і наступні угоди нічим не відрізняються від першої [9, с.188]. Автор вважає, що власник, майно якого відчужено особою, яка не мала на це право, вправі пред'явити як позов про застосування наслідків недійсності нікчемної угоди (при цьому вимагаючи реституції не на себе, а на ім'я цієї сторони), так і позов про витребування майна з чужого незаконного володіння. Добросовісність набувача повинна враховуватися не лише при віндикації, але й при реституції [9, с.196].

В основі проблеми, що обговорюється, лежить неузгодженість окремих норм ЦК України, які, з одного боку, мають на меті захист інтересів власника, а з іншого, – добросовісного набувача.

Позов про застосування наслідків недійсного правочину не завжди може захистити позивача. Відповідачем за таким позовом може бути лише

контрагент. Тому якщо він ліквідований, позов пред'явити немає до кого. Повернення майна у такому випадку можливе шляхом пред'явлення виндикаційного позову до фактичного володільця.

Відсутність в однієї зі сторін недійсної угоди майна, що підлягає поверненню, ще не є однозначною підставою для повернення цього майна в грошах. Оскільки суд має право застосовувати наслідки недійсності нікчемної угоди за власною ініціативою, він (суд) має право визнати наступну угоду недійсною і застосувати наслідки її недійсності.

В українському та російському законодавствах відсутня норма, яка б узгоджувала позов про визнання правочину недійсним та виндикаційний способи захисту і була подібна до тієї, яка є в пар. 242 Німецького цивільного уложення: нікчемний договір може визнаватися дійсним, якщо його недійсність суперечить інтересам добросовісної сторони [10].

Н.Д.Шестакова, аналізуючи правові наслідки недійсної угоди, робить висновок, що укладення недійсної угоди добросовісним набувачем не можна визнати підставою виникнення у нього права власності. З її погляду, у добросовісного набувача виникає лише право володіння. Лише це право він може передати іншій особі. Тому, якщо майно перейшло до правонаступника безоплатно, власник вправі його витребувати. Якщо добросовісний набувач відчужує майно, тобто здійснює повноваження власника, які йому не належать, така угода є нікчемною і не призводить до набуття права володіння [3, с.198-201].

У вітчизняному законодавстві це питання вирішено. Відповідно до ст.225 ЦК УРСР, якщо продавець майна не є його власником, покупець набуває права власності лише в тих випадках, коли, згідно зі ст.145 ЦК УРСР, власник не вправі витребувати від нього майно. Аналогічна норма збереглася і в ЦК України, в ст.330 якого вказується, що “якщо майно відчужене особою, яка не мала на це права, добросовісний набувач набуває право власності на нього, якщо відповідно до ст.388 цього Кодексу майно не може бути витребуване у нього”. Таким чином, застосування реституції щодо добросовісного набувача можливе лише тоді, коли майно у нього може бути витребуване власником. З цього можна зробити висновок, що на рівні закону закріплено пріоритет виндикаційного позову порівняно з позовом про визнання договору недійсним.

У літературі відзначається ситуація, коли права власника не може захистити ні виндикація (фактичний володільць одержав майно оплатно і добросовісно), ні реституція (фактичний володільць не був стороною недійсної угоди). Щодо цих випадків має діяти інститут захисту володіння як фактичного стану.

Калаур І.Р. Конкуренція позову про застосування наслідків недійсності угоди та виндикаційного позову за новим Цивільним кодексом України

Виндикація застосовується для захисту володіння. Якщо власник фактично володіє майном, виндикаційний позов неможливий. Захист оспорюваного права можливий шляхом подання позову про визнання права власності, якщо воно оспорюється. Одночасно особа, яка придбала майно, але не володіє ним, не має статусу добросовісного набувача. Це потрібно враховувати при обранні способу захисту. Так, у справі за позовом державного підприємства “Львівприлад” (ДП) до відділення Державної виконавчої служби Франківського районного управління юстиції м.Львова (ВДВС) та приватного підприємства “Західбуд” (ПП) про визнання договору недійсним було встановлено, що в межах зведеного виконавчого провадження ВДВС продав на аукціоні 18 будівель ДП за ціною 1100000 гривень. Переможцем аукціону стало ПП, з яким укладено договір купівлі-продажу – біржовий контракт. Через три дні ПП продало придбані будівлі ТзОВ “Агрофірма” (ТзОВ) за ціною 2000000 грн. ДП відмовилося передати продані будівлі ТзОВ, аукціон вважає незаконним, оскільки борг, на стягнення якого відбувся продаж, погашено до проведення аукціону.

ТзОВ подало зустрічний позов про витребування майна з чужого незаконного володіння, мотивуючи це тим, що є добросовісним набувачем і, крім того, витребування майна з підстав, зазначених у ч.1 ст.145 ЦК УРСР, не допускається, якщо майно було продано в порядку, встановленому для виконання судових рішень.

Господарським судом Львівської області позов задоволено повністю. Спірні договори визнано недійсними на підставі ст.48 ЦК УРСР. У зустрічному позові відмовлено за безпідставністю. Основною причиною відмови у зустрічному позові ТзОВ було те, що норми ст.145 ЦК УРСР на спірні правовідносини не поширюються, оскільки ТзОВ не володіє спірним майном [11]. Добросовісність набувача без фактичного володіння не має правового значення. Якби ТзОВ фактично володіло майном, то ДП не мало би правових засобів для його повернення. Втрата власником володіння може призвести в кінцевому підсумку до втрати права власності [9, с.188].

Цей висновок, хоч зроблений на основі ЦК УРСР, залишається актуальним і для нового ЦК України, що у ст.388 майже дослівно відтворив ст.145 ЦК УРСР.

Вищий господарський суд вважає, що сам лише факт відчуження майна підприємства, установи, організації, якій воно не належить на праві власності (повного господарського відання, оперативного управління), не є підставою для визнання угоди про відчуження недійсною. Правові наслідки такої угоди мають визначитися з урахуванням, зокрема, статей

145 і 225 Цивільного кодексу УРСР [12]. Тобто недійсність угоди залежить від того, чи може бути витребуване майно від набувача. Якщо відповідно до ст. 145 ЦК майно не може бути витребуване, угода не може бути визнана недійсною, і на підставі ст. 225 ЦК УРСР покупець набуває права власності на це майно.

Істотна відмінність між реституцією і ввідикацією полягає в тому, що наслідки недійсності угоди підлягають застосуванню лише стосовно сторін даної угоди, тому на особу, яка не є стороною угоди, не може бути покладено обов'язок щодо повернення майна за угодою, у якій вона не брала участі. Водночас заінтересована особа-учасник визнаної недійсною угоди не позбавлена права вимагати виконаного їй контрагентом від третьої особи, що не є стороною угоди, як отриманого без належних правових підстав [12]. Новелою ЦК України є п.1. ч.3 ст.1212, за яким положення про зобов'язання у зв'язку з набуттям, збереженням майна без достатніх правових підстав можуть також застосовуватися і до вимог про повернення виконаного за недійсними правочинами. Тому можна зробити висновок, що правові наслідки у вигляді реституції є окремим випадком безпідставного збагачення (кондикції).

На підставі викладеного робимо висновок, що цивільне законодавство, встановлюючи моменти, коли власник має право витребувати майно у добросовісного набувача, закріплює пріоритет ввідикаційного позову над позовом про визнання договору недійсним. Разом із тим учасник недійсної угоди має право вимагати її контрагентом від третьої особи, що не є стороною угоди, шляхом подання позову про безпідставне набуття майна.

1. Секурова У.В. Защита права собственности на недвижимое имущество. Проблема конкуренции гражданско-правовых способов защиты // Арбитражная практика. – 2002. – № 4. – С. 13-20.
2. Договорное право. Книга первая: Общие положения. – Изд. 3-е, стереотипное. – М.: Статут, 2001. – 848 с.
3. Шестакова Н.Д. Недействительность сделок / Науч. ред. докт. юрид. наук, профессор, заслуженный работник Высшей школы РФ Н.А.Чечина. – СПб.: Изд-во "Юридический центр-Пресс", 2001. – 306 с.
4. Спасибо-Фатеева И. Проблемні аспекти недійсних правочинів (на прикладі договору міні акцій) // Підприємництво, господарство і право. – 2002. – № 7. – С. 29-33.
5. Погрібний С.О. Володіння у цивільному праві: Монографія. – Одеса: Юридична література, 2002. – 280 с.
6. Скловский К.И. Собственность в гражданском праве: Учеб.-практ. пособие. – 3-е изд. – М.: Дело, 2002. – 512 с.
7. Суханов Е.А. Основные положения права собственности. – М.: Юристъ, 1999. – 384 с.

8. Слыщенко В.А. О ничтожности заключенного неуправомоченным отчуждателем договора купли-продажи чужой вещи // Юрист. – 2001. – № 1. – С. 47-52.
9. Ломидзе О.Г. Правонаделение в гражданском законодательстве России. – СПб.: Изд-во "Юридический центр-Пресс", 2003. – 535 с.
10. English, French and German Comparative Law Raymond. London; Sidney, 1998. – P.377.
11. Архів господарського суду Львівської області. 2002 р. Справа № 2/305-22/39.
12. Роз'яснення Вищого Арбітражного Суду України №02-5/111 від 12.03.1999 р. "Про деякі питання практики вирішення спорів про визнання угод недійсними".

I.Kalaur

#### COMPETITION OF CLAIM FOR USE OF AGREEMENT INVALIDITY CONSEQUENCES AND VINDICATION CLAIM ACCORDING TO THE NEW CIVIL CODE OF UKRAINE

The article analyses the investigations in which the solution of "claims competition" problem takes it's beginning. The author expresses the thought that in case when the right of property cannot be defended either by the recognition of the agreement void or by the claim of the property there must be the institute of possession defence as a factual state.

*О.В.Шевченко*

#### НОРМОТВОРЧА ДІЯЛЬНІСТЬ МІЖНАРОДНИХ ОРГАНІЗАЦІЙ У ГАЛУЗІ АВТОТРАНСПОРТУ

Питання діяльності міжнародних організацій є актуальним як з наукової, так і з практичної точки зору. З їх діяльністю пов'язаний розвиток правової регламентації міжнародного транспорту. В умовах інтеграції України у світову економічну систему питання інституціонального забезпечення цього процесу набувають особливого значення.

Щодо питань поняття, класифікації та діяльності міжнародних організацій **одна група авторів** (С.Б.Бацанов, Г.К.Єфимов, В.І.Кузнецов, Т.М.Циганкова, Т.Ф.Гордєєва, Ю.С.Шемшученко) досліджує їх, не акцентуючи увагу на характеристиці міжнародних економічних організацій [6, с.177-179; 7; 9, с.554-656].

**Інша група вчених** (М.М.Богуславський, С.Войтович, І.І.Дахно, В.Ф.Опришко, О.Н.Садіков, В.П.Шатров) розглядає саме питання поняття, класифікації і діяльності міжнародних економічних організацій, підвидом яких є міжнародні автотранспортні організації [1, с.134-175; 2, с.12-21; 3, с.44-79; 4, с.30-52; 5, с.16-24; 8, с.51-67].

Виникнення перших міжнародних організацій як однієї зі стабільних форм регулювання міжнародних відносин мало місце у середині ХІХ століття. Перші спроби запровадження механізму багатостороннього регулювання в економічній сфері зустрічаємо в ХІХ – першій половині

XX століття. Передумовою виникнення міжнародних економічних організацій було формування світового ринку та зростаюча інтернаціоналізація економічного життя. Слід зауважити, що перші міжнародні організації стали виникати саме у сфері транспорту, що свідчить про важливість врегулювання міждержавних транспортних відносин за участю міжнародних організацій. Щодо сфери міжнародних автомобільних перевезень, то уже в 1901 році була створена Міжнародна організація із запобігання дорожніх пригод (МОЗДП) – *La Prevention routiere Internationale (PRI)*, а в 1904 році Міжнародна автомобільна федерація (ФІА) – *Federation Internationale de l'automobile (organization Mondiale)-FIA*, метою створення яких є об'єднання зусиль щодо запобігання дорожнім пригодам і формування таких підрозділів у країнах, де вони відсутні, а також сприяння у розвитку автомобілізації і захисту його матеріальних та моральних інтересів.

У Юридичній енциклопедії міжнародна організація характеризується як “організаційна форма співробітництва держав у різних сферах суспільної діяльності” [9, с.655]. Однак міжнародні організації можуть виступати не лише як об'єднання держав, але як об'єднання держав, юридичних та фізичних осіб. Так, у Словнику міжнародного права міжнародні організації визначаються як “постійні об'єднання міжурядового і неурядового характеру, створені на основі міжнародної угоди (статуту чи іншого установчого документа) з метою сприяння вирішенню міжнародних проблем, передбачених відповідним установчим документом, і розвитку всебічного співробітництва держав” [6, с.177]. Т.М.Циганкова, Т.Ф.Гордєєва дають більш повну характеристику міжнародних організацій. Вони звертають увагу на те, що належність до міжнародних організацій визначають такі критерії: об'єднання різнонаціональних сторін (держав, юридичних та фізичних осіб); погоджені, спільні, постійні цілі; наявність міжнародного установчого документа; постійні організаційні інституції; політико-організаційні норми (статут, процедура, членство, порядок прийняття рішень); юридична рівність учасників; відповідність цілей створення та діяльності загальною визнаним принципам і нормам міжнародного права [7, с.13].

Є різні підходи до визначення міжнародної економічної організації. В.Ф.Опришко під міжнародними економічними організаціями розуміє “такі організації, які на основі міжнародно-договірних відносин провадять діяльність, пов'язану з організацією та здійсненням міжнародного економічного співробітництва” [4, с.32]. М.М.Богуславський визначає міжнародні економічні організації як, “по-перше, важливий елемент інституційного механізму міжнародних економічних відносин, по-друге,

форум для обговорення економічних проблем і, по-третє, органи, в яких розробляються і приймаються норми правового регулювання” [1, с.134]. Визначення міжнародних економічних організацій як форумів для обговорення найважливіших проблем світу загалом та його регіонів [3, с.44] робить й І.І.Дахно. Він визначає міжнародні економічні організації “постійно діючим механізмом, який дає можливість державам оперативно вирішувати (чи намагатися це зробити) питання міжнародного економічного життя” [3, с.44].

Міжнародні економічні організації, однак, вправі приймати юридично обов'язкові рішення з питань не лише процедурного характеру, але і по суті. Так, згідно зі ст.249 Угоди про створення ЄС від 7 лютого 1992 року, яка набрала чинності 1 листопада 1993 року, ця організація у сфері транспортної політики вправі приймати постанови у вигляді регламентів, які мають загальне застосування, обов'язкові в усіх своїх елементах і мають пряму дію в усіх державах-членах. Тому ми не можемо говорити про те, що міжнародні організації є лише форумами для обговорення економічних проблем.

В.П.Шатров під міжнародною економічною організацією розуміє “об'єднання трьох або більше держав, що володіє ознаками суб'єкта міжнародного права і в рамках визначеної установчим актом компетенції, яка має власну систему органів і координує стабільну рівноправну взаємодію та співробітництво держав у сфері міжнародних економічних відносин з метою забезпечення міжнародної економічної безпеки” [8, с.53]. Сергій Войтович виділяє такі риси міжнародних економічних організацій: 1) створення на основі міжнародної угоди відповідно до міжнародного права; 2) членство незалежних держав; 3) постійне функціонування; 4) система органів; 5) мета – координація економічного співробітництва у певних галузях; 6) міжнародна правосуб'єктність. Він визначає міжнародні економічні організації як “створене на основі міжнародної угоди відповідно до міжнародного права, структурно організоване, постійно діюче об'єднання суверенних держав, що координує їхню політику у певних галузях і наділене для цього статусом суб'єкта міжнародного права” [2, с.13].

Міжнародні транспортні організації є підвидом міжнародних економічних організацій. Визначати міжнародні економічні організації лише як міждержавне об'єднання, як це робиться вище, не слід. Нині у світі існує близько 40 як міжурядових, так і неурядових міжнародних організацій, які в тій чи іншій мірі займаються питаннями автомобільного транспорту.

У Словнику міжнародного права під міжнародними міжурядовими організаціями розуміють “постійні об'єднання держав, створені на основі

Актуальні проблеми вдосконалення чинного законодавства України

розробленої і схваленої державами міжнародної угоди чи іншого установчого акта з метою координації зусиль урядів щодо вирішення певних міжнародних проблем і сприяння розвитку всебічного співробітництва держав ...” [6, с.178]. Т.М.Циганкова і Т.Ф.Гордєєва визначають, що “міжнародні міжурядові організації – це об’єднання держав, які створені на основі міжнародної угоди, оформлені в систему постійно діючих органів, мають визначену та погоджену мету, міжнародну правосуб’єктність і засновані згідно з нормами міжнародного права” [7, с.16]. В Юридичній енциклопедії дається визначення міжурядових організацій як: “об’єднання держав на постійній основі, що має самостійні від держав-членів права та обов’язки, діє у межах установчого договору (статуту) та має на меті розвиток міждержавного співробітництва відповідно до норм міжнародного права” [9, с.654-655]. До міжурядових міжнародних організацій відносяться, зокрема, Комітет Європейської Економічної Комісії ООН з внутрішнього транспорту, Комісія з транспорту Європейського співтовариства тощо.

Поряд із міжурядовими організаціями існують також міжнародні неурядові організації. В Словнику міжнародного права дається їх визначення як “міжнародних об’єднань національних груп, союзів і приватних осіб неурядового характеру, створених з метою сприяння міжнародному співробітництву в політичній, економічній, науково-технічній, культурній, гуманітарній та інших сферах людської діяльності” [6, с.178]. Т.М.Циганкова і Т.Ф.Гордєєва характеризують міжнародні недержавні організації як “організаційно оформлені за спільними або близькими соціальними, політичними, економічними, ідейними, професійними та іншими інтересами об’єднання різних громадських угруповань з різних країн” [7, с.16]. У Юридичній енциклопедії під міжнародними неурядовими організаціями розуміють “об’єднання на постійній основі суб’єктів національного права декількох країн, що має правореалізуючу (функціональну) правосуб’єктність у межах, визначених міжнародним правом, не ставить за мету одержання прибутку та діє згідно з нормами міжнародного права” [9, с.655]. До міжнародних неурядових організацій належать Міжнародний союз автомобільного транспорту, Міжнародна автомобільна федерація, Міжнародна автодорожня федерація.

Крім того, виділяють також змішані міжнародні організації, до складу яких входять як держави, так і юридичні чи фізичні особи. Наприклад, Постійна міжнародна асоціація дорожніх конгресів.

Таким чином, критерієм типізації міжнародних організацій на міжурядові і неурядові є членство держав.

Міжнародні транспортні організації приймають різноманітні за змістом і найменуванням правові акти, які торкаються різних сторін діяль-

ності міжнародного транспорту. Їх визначною особливістю, як і взагалі міжнародних економічних організацій, є те, що більшість з них уповноважені приймати юридично обов’язкові рішення з питань не тільки процедурного характеру, але й по суті (наприклад, регламенти, директиви, рішення Європейського співтовариства). Сергій Войтович зауважує: “Спеціалізований характер питань, що розглядаються МЕОрг, та їхня життєва важливість для держав-членів потребують застосування більш суворих правових інструментів, ніж прості рекомендації, які традиційно вважались основним продуктом нормотворчості міжнародних організацій. Слід наголосити, що юридично обов’язкове рішення з питань по суті, яке створює права і обов’язки для держав-членів, багато в чому відрізняється від договору або звичаю як традиційних джерел міжнародного права, але врешті-решт має такий же регулятивний вплив на міжнародні економічні відносини” [2, с.18].

Найбільш важливим правовим результатом діяльності міжнародних міжурядових транспортних організацій є підготовлювані ними міждержавні угоди. Вони визнаються міжнародними договорами після підписання уповноваженими представниками держав (у певних випадках – ратифікації).

У статутах міжнародних міжурядових транспортних організацій визначаються і такі акти, які називаються рекомендаціями або рішеннями. Однак для визначення юридичної сили таких актів необхідно провести аналіз відповідних положень статуту міжнародної організації, а також звернутися до міжнародно-правової практики.

Отже, вирішення питання, чи є *правові акти міжнародних міжурядових транспортних організацій* обов’язковими для представлених в організації сторін, а також для транспортних підприємств і вантажовласників, визначається, по-перше, характером акта, що приймається міжнародною транспортною організацією, і, по-друге, положеннями статуту відповідної організації, які визначають юридичне значення такого акта.

Складною є проблема юридичної сили актів неурядових міжнародних транспортних організацій відносно транспортних підприємств, які беруть участь у міжнародній організації, а також щодо учасників міжнародного сполучення – транспортних організацій і вантажовласників. Оскільки неурядові організації не наділені правомочностями владного характеру, вони взагалі не мають права приймати які-небудь нормативні приписи, обов’язкові для третіх осіб. Однак, якщо проаналізувати статuti міжнародних неурядових організацій і практику їх діяльності, то побачимо, що їхні специфічні форми діяльності користуються широким визнанням як громадськості, так і офіційних органів багатьох країн світу і



міжнародних міжурядових організацій. Крім того, статuti деяких міжнародних неурядових організацій передбачають вжиття заходів юридичного характеру для забезпечення виконання прийнятих ними актів через, поперше, фіксацію обов'язковості цих рішень для членів організації. По-друге, передбачаються юридичні санкції: виключення з організації, позбавлення права голосу в організації, штраф.

Як зауважує О.Н.Садиков, "таку обов'язковість не слід вважати рівнозначною правовій нормі, яка виходить від компетентного державного органу, або такій, що базується на положенні міжнародної угоди. Статuti неурядових міжнародних організацій носять характер цивільно-правових угод. Їх обов'язковість і передбачувані ними санкції впливають із членства і діють лише відносно учасників організації" [5, с.23].

*Акти неурядових міжнародних транспортних організацій є обов'язковими для вантажовласників і транспортних організацій лише тоді, коли вони включені в умови договору перевезення або санкціоновані правилами перевезень, розробленими за процедурою внутрішнього законодавства відповідних країн, або коли матиме місце факт санкціонування таких рекомендацій збоку компетентних державних органів – шляхом відображення їх в актах внутрішнього законодавства.*

Подальшими напрямками дослідження, пов'язаними з питанням діяльності міжнародних організацій у галузі автотранспорту, можна визначити:

- міжнародно-правову і внутрідержавну ієрархію норм, їх взаємну обумовленість;
- ієрархічне співвідношення актів міжнародно-правових організацій;
- проблему ієрархії міжнародних норм і національно-правові форми здійснення норм міжнародних угод на території держави;
- особливості процесу укладення договору, що здійснюється з участю міжнародної організації;
- практичні проблеми застосування процедури укладення договорів у рамках і під егідою міжнародних організацій.

1. Богуславский М.М. Международное экономическое право. – М.: Международные отношения, 1986. – 304 с.
2. Войтович С. Система та право міжнародних економічних організацій // Український часопис міжнародного права. – 2002. – №1. – С.12-24.
3. Дахно І.І. Міжнародне економічне право. – К.: МАУП, 2000. – 160 с.
4. Опришко В.Ф. Міжнародне економічне право. – К.: Либідь, 1995. – 192 с.
5. Садиков О.Н. Правовое регулирование международных перевозок. – М.: Юридическая литература, 1981. – 288 с.

6. Словарь международного права / Бацанов С.Б., Ефимов Г.К., Кузнецов В.И. и др. – М.: Международные отношения, 1986. – 432 с.
7. Циганкова Т.М., Гордеева Т.Ф. Міжнародні організації: Навчальний посібник. – Вид. 2-е, перероб. і доп. – К.: КНЕУ, 2001. – 340 с.
8. Шатров В.П. Международное экономическое право. – М.: Изд-во УДН, 1990. – 116 с.
9. Юридична енциклопедія в 6 томах. – Т.3 / Редкол.: Ю.С.Шемшученко (голова редкол.) та ін. – К.: Вид-во "Українська енциклопедія" імені М.П. Бажана, 2001. – 792 с.

O.Shevchenko  
INTERNATIONAL ORGANIZATIONS' LAWGIVING ACTIVITY IN THE SPHERE OF  
AUTOMOBILE TRANSPORT

This article gives the notion of international automobile transport organizations, its classification and activity. Also some statements adopted by these organizations are discussed.

## ПИТАННЯ ЕКОЛОГІЧНОГО ТА ЗЕМЕЛЬНОГО ПРАВА

*В.В.Книш*

### ПРИНЦИП НЕВТРУЧАННЯ ДЕРЖАВИ У ЗДІЙСНЕННЯ СУБ'ЄКТАМИ ЗЕМЕЛЬНИХ ВІДНОСИН СВОЇХ ПРАВ ЩОДО ВОЛОДІННЯ, КОРИСТУВАННЯ І РОЗПОРЯДЖЕННЯ ЗЕМЛЕЮ, КРІМ ВИПАДКІВ, ПЕРЕДБАЧЕНИХ ЗАКОНОМ

Цей принцип земельного права України як галузі права закріплений у п. "г" статті 5 Земельного кодексу України в такій редакції: "невтручання держави в здійснення громадянами, юридичними особами та територіальними громадами своїх прав щодо володіння, користування і розпорядження землею, крім випадків, передбачених законом" [10, ст.5]. Проте, як і у ряді інших принципів земельного права, у формулюванні даного принципу допущено ряд неточностей. По-перше, замість формулювання "... громадянами, юридичними особами та територіальними громадами ..." варто було би вжити конструкцію "... суб'єктами земельних відносин ...", оскільки у п.2 статті 2 Земельного кодексу України вже передбачено коло суб'єктів земельних відносин і тому їх дублювання у формулюванні даного принципу є зайвим. По-друге, замість вживання конструкції "... крім випадків, передбачених законом", слід було би зробити посилання на відповідні статті Земельного кодексу України та інших нормативно-правових актів, які встановлюють випадки можливого втручання держави у здійснення суб'єктами земельних відносин своїх правомочностей щодо землі. Такий крок необхідний для того, щоб самі суб'єкти могли краще розуміти межі втручання держави у здійснення ними земельних прав та в разі порушення цих прав уміти їх захистити.

Отже, основною проблемою дослідження є визначення меж втручання держави у процес здійснення суб'єктами земельних відносин своїх правомочностей. Ця проблема важлива не лише сама по собі, а й пов'язана з такими не менш важливими проблемами, як створення найкращих умов для реалізації землевласниками та землекористувачами своїх прав та виконання обов'язків, з проблемою реалізації державою заходів, пов'язаних із реформуванням земельних відносин, з порядком вилучення особливо цінних земель для державних та громадських потреб без заподіяння шкоди землевласникам та землекористувачам, з проблемою взаємовідповідальності держави та державних органів, з одного боку, і суб'єктів земельних відносин, з іншого боку, з проблемою стимулювання розвитку сільського

Книш В.В. Принцип невтручання держави у здійснення суб'єктами земельних відносин своїх прав...

господарства з боку держави шляхом нормативно-правового впливу на суб'єктів земельних правовідносин і т.д.

Виходячи з вищенаведеного, поставлена в даному дослідженні проблема має вихід на два блоки інших проблем:

1. проблеми, пов'язані з максимальним забезпеченням можливостей для реалізації землевласниками та землекористувачами своїх прав та обов'язків;

2. проблеми, пов'язані з державним регулюванням земельних відносин та способами ефективного впливу на суб'єктів цих відносин з метою забезпечення раціонального використання та охорони земель.

Дослідивши межі втручання держави у земельні правовідносини, можна знайти шляхи вирішення двох вищенаведених блоків проблем, тобто розв'язання проблеми даного дослідження має стати вихідною точкою для розв'язання інших проблем.

Питання, пов'язане з межами втручання держави в діяльність суб'єктів земельних відносин, частково розглянуто в працях таких учених: Л.М.Худолій "Держава і сільськогосподарський товаровиробник: поєднання інтересів", М.Ф.Кропивко "Державне управління в процесі реформування АПК та його інформаційна підтримка", О.Г.Боровик "Селяни чекають державної підтримки", А.Статівка "Деякі аспекти посилення державного регулювання в процесі аграрних перетворень", М.М.Ревенко "Роль держави в регулюванні відносин власності на землю", О.М.Могильний "Роль і місце держави у становленні та розвитку аграрного ринку", В.М.Малес "Ринок і державне керівництво АПК: критерії адекватності", М.М.Федоров "Земельній реформі – державну програму", С.О.Передерієва "Принципи державного регулювання ціноутворення на сільськогосподарську продукцію у ринковій економіці", І.С.Плющ "Напрямами розвитку аграрної політики в Україні", Г.В.Довганчин "Роль державного регулювання економічних відносин в агропромисловому виробництві", М.В.Гладій "Основні концептуальні положення аграрної політики в Україні", В.В.Юрчишин "Сучасна аграрна політика в системі державотворення України", П.М.Макаренко "Причини аграрної кризи і недооцінка ролі держави в умовах ринкових перетворень", Б.Я.Панасик "Регулююча функція держави у розвитку сільського господарства", П.А.Лайко "Концептуальні положення державної фінансової підтримки розвитку сільського господарства", М.П.Вітковський "Посилення ролі держави при переході до ринку". Однак у цих працях взято окремі аспекти досліджуваної проблеми. Деякі автори наукових публікацій розглядають межі втручання держави суто щодо використання землі як природного ресурсу, інші дослідники – відносно використання землі як основного засобу

виробництва, ще інші – відносно соціальної сфери села і пов'язаним з нею використанням землі як територіального базису та форми впливу держави у цій сфері. Проте невирішеними залишились проблеми комплексного підходу до використання землі одночасно як природного ресурсу, основного засобу виробництва та територіального базису і відповідно проблеми визначення меж комплексного впливу держави на ці процеси; не сформульовано пропозиції щодо вдосконалення законодавства у цьому напрямку; не прослідковано взаємозв'язок такого принципу земельного права, як “невтручання держави у здійснення суб'єктами земельних відносин своїх прав щодо володіння, користування і розпорядження землею, крім випадків, передбачених законом” як однієї з основних засад у земельному праві та похідних від цього принципу норм земельного права.

Тому завданнями даного дослідження є:

1. визначення за допомогою комплексного підходу меж втручання держави у діяльність суб'єктів земельного права відповідно до принципу, зазначеного в п. “г” статті 5 Земельного кодексу України;

2. внесення пропозицій щодо способів законодавчого закріплення впливу держави на здійснення своїх правомочностей суб'єктами земельних відносин щодо землі;

3. внесення пропозицій щодо вдосконалення формулювання принципу, зазначеного в п. “г” статті 5 Земельного кодексу України.

Слід зазначити, що в процесі реформування земельних відносин втручання держави в земельні правовідносини за допомогою нормативно-правових важелів впливу є необхідним. Без наявності комплексних державних програм неможливе належне реформування земельних відносин. Це так звана “конструктивна інтервенція” держави в аграрний сектор [4, с. 29].

Необхідність державного впливу на аграрний сектор економіки обумовлюється також пріоритетною роллю сільського господарства, від рівня розвитку якого залежать споріднені галузі [9, с. 4]. Тому йдеться про посилення регулюючої функції держави у цій сфері з метою створення необхідних умов для економічного зростання [5, с. 5].

Виходячи з вищенаведеного, не може бути й мови про абсолютне невтручання держави у земельні правовідносини. Однак вплив держави на суб'єктів земельних відносин повинен бути обмежений суто необхідністю упорядкування цих відносин, надання їм стабільності.

При визначенні напрямів впливу держави на процес здійснення своїх правомочностей суб'єктами земельних відносин слід виходити з того, що земля виконує три функції – екологічну, економічну та соціальну [1, с. 34].

З цих функцій впливають напрями використання землі суб'єктами земельних правовідносин, а також напрями впливу держави на ці відно-

сини. Тому через призму даних фактів слід визначити і межі втручання держави у земельні відносини:

1) межі втручання держави у використання землі як природного ресурсу (частини довкілля);

2) межі втручання держави у використання землі як основного засобу виробництва (господарування на землі);

3) межі втручання держави у використання землі як територіального базису для розселення та розміщення об'єктів соціальної інфраструктури.

Втручання держави у використання землі як природного ресурсу повинно здійснюватися виключно з метою забезпечення її належної охорони та створення умов для відновлення екологічно забруднених земель. У цьому напрямку формами державного втручання в земельні відносини мають бути:

1) здійснення контролю за використанням та охороною земель. Такий контроль крім органів загальної компетенції, що здійснюють управління природними ресурсами, мають здійснювати відділи із земельних ресурсів та місцеві ради. Землевласники та землекористувачі, на нашу думку, повинні подавати звіти про стан земельних ділянок та заходи з їх охорони до відповідних місцевих рад, а останні, узагальнивши їх, передати в узагальненому вигляді до відділів із земельних ресурсів, які слід уповноважити правомочностями з ґрунтової перевірки цих даних;

2) вилучення у землевласників та землекористувачів забруднених та еродованих земель, а також ріллі, розміщеної на схилах крутістю 3° і більше (сильно- і середньоеродовані); малопродуктивних земель (піщаних, сильнокислих, засолених, солонцюватих, заболочених, кам'янистих та ін.), на яких недоцільно вирощувати сільськогосподарську продукцію; розораних земель гідрографічного фонду (землі біля ставків, водойм, струмків, річок); земель поблизу тваринницьких комплексів та населених пунктів (для створення громадських пасовищ) [7, с. 33];

3) безперешкодне входження природоохоронних і правоохоронних служб та органів на земельні ділянки, що належать землевласникам та землекористувачам, з метою запобігання чи ліквідації наслідків екологічної катастрофи, іншого стихійного лиха та з метою запобігання правопорушенням, які можуть заподіяти істотну шкоду природним ресурсам;

4) встановлення державою обмежень (обтяжень) на земельну ділянку, що передається з власності держави у власність інших суб'єктів земельних відносин, у порядку Глави 18 Земельного кодексу України із зазначенням умов щодо охорони земельних та інших природних ресурсів, наявних на земельній ділянці.

Межі втручання держави у використання землі як основного засобу виробництва мають передбачати:

1) регулювання ціноутворення на земельні наділи та сільськогосподарську продукцію. Мається на увазі впровадження системи цін підтримки, заставних та еквівалентних цін на сільськогосподарську продукцію. Суть цього полягає у встановленні гарантованих мінімальних цін на сільськогосподарську продукцію з метою підтримки господарюючих аграрних суб'єктів. Крім того, держава повинна періодично переглядати вартісну оцінку земель в Україні, сприяючи формуванню ринку землі. По-перше, це запобігатиме спекулятивним діям відносно землі як товару (у той час, коли буде дозволено продаж земельних ділянок); по-друге, при встановленні цін на сільськогосподарську продукцію у собівартість даної продукції слід включати показник вартості земель, на яких вона вирощена [6, с.99];

2) встановлення прямої і непрямой державної фінансової підтримки сільськогосподарських товаровиробників. Фінансова підтримка суб'єктів земельних відносин у перехідний період є невід'ємною формою впливу держави на аграрний сектор і передбачає пряму фінансову підтримку (бюджетні інвестиції, субсидії, дотації, субвенції, система позичок, державні фонди, регіональні позабюджетні фонди) та непрямую фінансову підтримку (податкові пільги, прискорена амортизація і т.д.) [3, с. 123];

3) розробку і застосування механізмів передачі земельних ділянок, їх примусове відчуження на суспільні потреби при відповідних компенсаціях власникам земельних ділянок. Така компенсація має здійснюватись або шляхом надання іншої земельної ділянки з аналогічними якісними та кількісними характеристиками, або шляхом сплати грошової компенсації;

4) удосконалення економічного механізму регулювання земельних відносин шляхом впровадження у земельні правовідносини нових земельно-правових інститутів – сервітуту, земельної ренти [8, с.28]. На наш погляд, доцільно також відобразити в Земельному кодексі України інститут емфітевзису та суперфіцію (право користування чужою земельною ділянкою для сільськогосподарських потреб і забудови). Хоча вони й закріплені у новому Цивільному кодексі України, проте потребують закріплення та деталізації в Земельному кодексі – кодифікованому нормативно-правовому акті, присвяченому особливому об'єкту, яким у даному випадку виступає земля.

Межі впливу держави у процес використання землі як територіального базису для розселення і розміщення об'єктів соціальної інфраструктури обумовлюються такими положеннями:

1) підтримкою на належному рівні науково-технічного та інформаційного забезпечення сільськогосподарських товаровиробників;

2) державним сприянням розвитку сільських поселень та регіонів;

3) фінансовою підтримкою проектів розбудови об'єктів соціальної інфраструктури сільських поселень;

4) підтриманням належного рівня соціального захисту не лише сільськогосподарських товаровиробників, а й працівників соціальної сфери села [2, с.47].

Таким чином, втручання держави у земельні відносини в екологічному, економічному та соціальному напрямках використання землі має здійснюватись виключно в інтересах українського суспільства та самих суб'єктів земельних відносин, а також з метою забезпечення раціонального використання та охорони не лише земельних, а й інших природних ресурсів, наявних на земельних ділянках. Однак межі і форми втручання у земельні правовідносини слід закріпити в окремій главі Земельного кодексу України, а в п. "г" статті 5 Земельного кодексу зробити посилання на цю главу. Це сприятиме конкретизації ступеня участі держави у земельних відносинах і дозволить землевласникам та землекористувачам краще розуміти зміст правових норм, що врегульовують їх взаємовідносини з державою з приводу землі.

Усе вищенаведене не є панацеєю від усіх бід у взаємовідносинах між суб'єктами земельних відносин та державою. Навпаки, результати даного дослідження є підставою для подальшого наукового дослідження проблем, пов'язаних із відображенням викладених пропозицій у Земельному кодексі України та їх деталізацією в окремих законодавчих актах; проблем, пов'язаних з порядком фінансування заходів, спрямованих на реалізацію положень даних законодавчих актів; проблем відповідальності за їх реалізацію. Необхідність таких перетворень обумовлена потребами розвитку земельних відносин в Україні.

1. Андрейцев В.І. Правові засади земельної реформи і приватизації земель в Україні: Навч.-практ. посібн. – К.: Істина, 1999. – С.34.
2. Кропиво М.Ф. Державне управління в процесі реформування АПК та його інформаційна підтримка // Економіка АПК. – 1995. – №10. – С.47.
3. Лайко П.А. Концептуальні положення державної фінансової підтримки розвитку сільського господарства // Економіка АПК. – 1999. – №1. – С.123.
4. Макарєнко П.М. Причини аграрної кризи і недооцінка ролі держави в умовах ринкових перетворень // Економіка АПК. – 2002. – №4. – С.29.
5. Панасик Б.Я. Регулююча функція держави у розвитку сільського господарства // Економіка АПК. – 1998. – №12. – С.5.
6. Передерієва В.А. Принципи державного регулювання ціноутворення на сільськогосподарську продукцію у ринковій економіці // Економіка АПК. – 2002. – №2. – С.99.
7. Ратошнюк Т.М. Основні напрямки збереження і підвищення ефективності використання сільськогосподарських угідь // Економіка АПК. – 2001. – №1. – С.33.
8. Ревенко М.М. Роль держави в регулюванні відносин власності на землю // Економіка АПК. – 2002. – №5. – С.28.

9. Юрчишин В.В. Сучасна аграрна політика в системі державотворення України // Економіка АПК. – 1999. – №5. – С.4.
10. Земельний кодекс України від 25.10.2001 // Голос України. – 2001. – 20 листопада. – №217-218.

V.Knysh

THE PRINCIPLE OF THE STATE'S NON-INTERFERENCE TO THE ACTIVITY OF THE LAND RELATIONS SUBJECTS, CONNECTED WITH POSSESSING, USING AND DISPOSING OF LAND, BESIDES CASES, DETERMINED BY THE LAW

In the investigation the author tries to determine limits and forms of the state's interference to the activity of the land law subjects. This interference is necessary and has to be determined only by subject's interests and by necessity of preservation and protection of land and other natural resources.

*I.V. Мироненко*

**ПРАВОВА ПРИРОДА ПРАВА НА ЗЕМЕЛЬНУ ЧАСТКУ (ПАЙ)**

Дослідження питання про правову природу права на земельну частку (пай) має важливе практичне і теоретичне значення. Правильне розуміння того, що насправді за своєю суттю являє собою вказане право, дає можливість не лише правильно вирішувати проблеми, які виникають у практиці правового регулювання, але й по-новому розглянути питання щодо об'єктів права власності, визначити місце даних відносин у правовому регулюванні земельних відносин.

У пресі та науковій літературі достатньо багато було сказано про паювання земель, але переважно увага при цьому приділялась самому ходу земельної реформи чи проблемам практичної реалізації права громадян на земельну частку (пай). Саме ж питання про правову природу права на земельну частку (пай) є маловивченим. Серед наукових досліджень з цього питання варто відзначити точку зору А.В.Луначенка, який вважає, що сучасне законодавство містить правову основу для розпорядження громадянами своїм правом власності на земельну частку (пай), яка є одним з об'єктів права приватної власності [1, с.5]. І.І.Каракаш висловив думку, що земельна частка (пай) являє собою невиділену в натурі частину земельної ділянки з земель сільськогосподарського призначення, яка обчислюється в умовних (кадастрових) одиницях. Внаслідок цього земельна частка є об'єктом земельних відносин, але в зв'язку з її невиділенням у натурі і невизначеністю її меж, вона не являється об'єктом права власності на землю [2, с.86]. П.Ф.Кулинич зазначив, що, виходячи з положень п.3 Указу Президента України “Про невідкладні заходи щодо прискорення реформування аграрного сектора економіки” від 3 грудня 1999 року,

сертифікат на право на земельну частку (пай) формально отримав статус державного акта на право власності на землю, а земельна частка (пай) – статус земельної ділянки. На його думку, як з формально-юридичних міркувань, так і по суті земельна частка (пай) не може бути прирівняна у правовому статусі до земельної ділянки, а особа, якій такий пай надано – до власника земельної ділянки [3, с.83]. Водночас право на земельну частку (пай) є об'єктом ринкового обігу: воно може відчужуватися на підставі цивільно-правових угод, які не заборонені законом [13, с.39].

Як відомо, поняття “земельна частка (пай)” було введено до нашого законодавства в ході проведення реформ у сфері земельних відносин та сільськогосподарського виробництва. Вперше його згадано в Указі Президента України “Про невідкладні заходи щодо прискорення земельної реформи у сфері сільськогосподарського виробництва” від 10 листопада 1994 року. В Указі було передбачено здійснення передачі земель у колективну власність сільськогосподарським підприємствам та організаціям. У подальшому передбачався поділ земель, які передано у колективну власність, на земельні частки (паї) без виділення їх у натурі (на місцевості). Кожному члену вказаних юридичних осіб передбачалась видача сертифіката на право приватної власності на земельну частку (пай) із зазначенням у ньому розміру частки (паю) в умовних кадастрових гектарах, а також у вартісному виразі. Встановлювалось, що право на земельну частку (пай) може бути об'єктом купівлі-продажу, дарування, міни, успадкування, застави. Члени сільськогосподарських підприємств та організацій отримували право безперешкодно вийти з нього та одержати безкоштовно у приватну власність свою частку землі (пай) у натурі (на місцевості), що засвідчується державним актом на право приватної власності на землю. В подальшому Президентом України було видано Указ “Про порядок паювання земель, переданих у колективну власність сільськогосподарським підприємствам і організаціям” від 8 серпня 1995 року, який закріпив право членів колективного сільськогосподарського підприємства та організацій на земельну частку (пай). Паювання земель відбувалося, відповідно до цього Указу, як визначення розміру земельної частки (паю) у колективній власності на землю кожного члена підприємства без виділення земельних ділянок у натурі (на місцевості). І лише в разі виходу власника земельної частки (паю) з колективного сільськогосподарського підприємства чи організації здійснюється відведення земельної ділянки в натурі в установленому порядку і видається державний акт на право приватної власності на цю земельну ділянку. Указ Президента України “Про захист прав власників земельних часток (паїв)” від 21 квітня 1998 року визначив порядок відчуження прав на земельну частку (пай). Проте

наступний Указ Президента України “Про невідкладні заходи щодо прискорення реформування аграрного сектора економіки” від 3 грудня 1999 року відобразив, за висловом П.Ф.Кулинич, зміну державної політики у сфері забезпечення реалізації прав власників земельних часток (паїв) [4, с.6]. Колективні сільськогосподарські підприємства підлягали перетворенню у суб’єкти господарювання, засновані на приватній власності (приватні формування). Останні передбачалося створювати шляхом об’єднання земельних часток (паїв) і майнових паїв громадян, що припинили членство в КСП. Запроваджувалось обов’язкове укладання підприємствами, установами, організаціями, які використовують землю для сільськогосподарських потреб, договорів оренди земельної частки (паю), майнового паю з власниками цих часток, паїв з виплатою орендної плати у натуральній або грошовій формах. У новому Земельному кодексі України – з 1 січня 2002 року підтверджено право громадян – власників земельних часток (паїв) на отримання земельних ділянок. Перехідними положеннями ЗК (пп. 14, 15 розділу X) були встановлені обмеження, згідно з якими власники земельних часток (паїв) не вправі до 1 січня 2005 року продавати або іншим способом відчужувати належні їм земельні частки (паї), крім міни, передачі їх у спадщину та при вилученні земель для суспільних потреб. До 1 січня 2005 року забороняється внесення права на земельну частку (пай) до статутних фондів господарських товариств. Варто звернути увагу, що в даній статті досліджуються питання щодо права на земельну частку (пай), запровадженого вказаними указами Президента України. Як відзначив П.Ф.Кулинич, земельні частки (паї), які, згідно з положеннями чинного Земельного кодексу України, отримують громадяни внаслідок приватизації земель державних і комунальних сільськогосподарських підприємств, установ та організацій, мають інший правовий режим, що визначається, головним чином, у ст.25 ЗК [13, с.38-39].

Наведені у науковій літературі заперечення проти визнання земельної частки (паю) об’єктом права власності на землю не можна вважати безспірними. Дійсно, згідно з традиційним для вітчизняної правової науки підходом, об’єктом права власності може бути матеріальний об’єкт, що наділений індивідуалізуючими ознаками, тобто такими, що дають змогу виділити його з-поміж інших подібних об’єктів. Що ж до земельних ділянок, то їх індивідуалізація здійснюється шляхом встановлення меж у натурі (на місцевості) відповідно до розроблених проектів відведення земельних ділянок [5, с.128]. Але такий підхід не можна вважати беззаперечним. У країнах “загального” (англо-американського) права право власності поширюється не лише на матеріальні речі, але й на права вимоги. Розрізняється “реальна власність” (real property) і “персо-

нальна власність” (personal property). Перша включає матеріальні предмети, друга – різні види вимог [6, с.37]. Науковці неодноразово звертали увагу на стійку тенденцію щодо розширення об’єктів права власності, одна з характерних рис якої – ріст кількості т.з. “техніко-юридичних абстракцій”, що виступають в якості речей у цивільному обороті. Так, цінні папери є майновою цінністю, а право власності на них (і, відповідно, визнання їх речами) має своє виправдання в силу прав вимоги, що засвідчується цими паперами [7, с.217]. Законодавець, даючи легальне визначення права власності, визначає його як право особи на річ (майно) (ст.316 ЦК України від 16.01.2003 року), а майном як особливим об’єктом вважаються, відповідно до ст.190 ЦК, окрема річ, сукупність речей, а також майнові права та обов’язки. Як відзначила Л.А.Новоселова, вміщення таких норм у законодавстві дає підстави спиратися на їх положення в обґрунтуванні своєї позиції як тим науковцям, що визнають об’єктом права власності лише матеріальні речі, так і тим, які намагаються “розтягнути” коло цих об’єктів, включивши до їх складу нематеріальні активи. Останні посилаються на те, що законодавство не обмежує коло об’єктів права власності лише матеріальними об’єктами [8, с.22-23]. Вагомим аргументом на їх користь є положення п.1 ст.656 нового ЦК України, згідно з яким предметом договору купівлі-продажу можуть бути майнові права.

Законодавством (п.17 Перехідних положень ЗК України) прямо визначено, що сертифікати на право на земельну частку (пай), отримані громадянами, вважаються правовстановлюючими документами при реалізації ними права вимоги на відведення земельної частки (паю) в натурі (на місцевості) відповідно до законодавства. Іншими словами, сертифікати на право на земельну частку (пай) виступають як документи, що засвідчують певне право. Тому обґрунтованою виступає точка зору А.Улицького, який вважає вказані сертифікати цінними паперами, що посвідчують право на отримання земельної ділянки [9, с.5]. Згідно з підходом, прийнятним у правовій науці, цінний папір визначається як документ, пред’явлення якого є необхідним для здійснення вираженого в ньому права. Сучасні наукові та законодавчі уявлення в Україні щодо сутності цінного паперу ґрунтуються на виділенні таких його ознак, як: є документом; засвідчує певні права його власника [10, с.16]. В цілому, сертифікат на право на земельну частку (пай) відповідає також вимогам щодо цінного паперу, визначеним у ст.194 ЦК України. В ст.195 ЦК безпосередньо не згадується про такий цінний папір, як вказаний сертифікат, але зазначається, що види цінних паперів та порядок їх обігу встановлюються законом. У даному випадку, законодавчі положення щодо сертифікатів на право на земельну частку (пай) вміщено в розділі X “Перехідні положення” ЗК України.

Визнавши сертифікат на право на земельну частку (пай) цінним папером, ми повинні виходити з подвійної природи, притаманної цінним паперам. Вона полягає в можливості виділення права власності на цінний папір як на річ і права за цінним папером. На думку В.Посполітака, одне право витікає з іншого. Така взаємозумовленість має практичне значення в двох аспектах. Перший – неможливість неспівпадіння особи-власника цінного паперу і особи, уповноваженої за цінним папером. Другий виражається в неможливості передачі права на цінний папір без права за цінним папером і навпаки – права за цінним папером без права на цінний папір [11, с.35]. Право за сертифікатом на право на земельну частку (пай) полягає у праві громадян-власників земельних часток (паїв) на виділенні їм за їх бажанням у натурі (на місцевості) земельних ділянок із видачею сертифікатів на право власності на землю (п.16 Перехідних положень ЗК). За словами А.Углицького, на сьогодні ці сертифікати дають право колишнім членам реформованих КСП вимагати від місцевої ради виділення земельної ділянки [9, с.5]. Що стосується прав на сертифікат як цінний папір, то, згідно з пп.13, 14 Перехідних положень ЗК, до 1 січня 2005 року власники земельних часток (паїв) не вправі вносити до статутних фондів господарських товариств, продавати або іншим способом відчужувати належні їм земельні частки (паї) (відповідно, і самі сертифікати), крім міни, передачі їх у спадщину та при вилученні земель для суспільних потреб.

Щодо місця права на земельну частку (пай) у правовому регулюванні власності на землю в Україні, то можна відзначити, що, з одного боку, в п.3 ст.2 ЗК України прямо визначено, що права на земельну частку (пай) є об'єктами земельних відносин. З іншого боку, очевидно, і на це неодноразово зверталась увага в літературі, що право на земельну частку (пай) не тотожне самій земельній ділянці, відведеній у натурі (на місцевості). Водночас, право на земельну частку (пай) як право вимоги втілене в сертифікаті на право на земельну частку (пай), який, як бачимо, є цінним папером, а отже, об'єктом права власності. З огляду на це, можна побачити певну непослідовність законодавця, котрий, визначивши права на земельні ділянки, в даному випадку – права на земельну частку (пай), об'єктами земельних відносин, недостатню увагу приділив врегулюванню їх правового режиму. Згідно з положеннями п.1 ст.78 ЗК, право власності на землю – це право володіти, користуватися та розпоряджатися земельними ділянками. Як бачимо, у законодавчому визначенні права власності на землю не передбачено місця для такого об'єкта, як право на земельну частку (пай). Хоч останнє ми ні з формально-юридичних міркувань, ні виходячи зі суті фактичних відносин не можемо віднести до речових чи зобов'язальних прав [12, с.40]. На нашу думку, більш коректним було б використати в ЗК

“право власності на землю” як узагальнююче поняття, котре включало би в себе як “право власності на земельну ділянку”, так і “право власності на сертифікат на право на земельну частку (пай)”.

Підсумовуючи викладене, можемо зробити певні висновки. Право на земельну частку (пай), яке включено законодавцем до об'єктів земельних відносин, є правом вимоги, публічно-правовим за своїм характером, що втілене в сертифікаті на право на земельну частку (пай). Сертифікат у даному випадку виступає як цінний папір, що є об'єктом права власності. Тому, коли ми ведемо мову про право власності на землю, нам необхідно розрізнати право власності на земельну ділянку як на матеріальний об'єкт і право власності на сертифікат на право на земельну частку (пай) як цінний папір, що містить право вимоги.

1. Луняченко А.В. Правовий режим земель сільськогосподарського призначення, які належать громадянам на праві власності / Автореф. дис. на здобуття ступеня к. ю. н. – К., 2002.
2. Земельное право Украины: Учеб. пособие / Авт. кол.: Беженарь А.М., Бердников Е.С., Бондарь Л.А. и др.; Под ред. А.А.Погребного, И.И.Каракаша. – К.: Истина, 2002.
3. Проблеми права власності та господарювання у сільському господарстві. Монографія / Кол. авторів. За ред. В.І.Семчика. – К.: Ін-т держави і права ім. В.М.Корецького НАН України.
4. Кулинич П. Власникам земельних часток (паїв) – законодавчу підтримку // Юридичний вісник України. – 2003. – 22-28 лютого.
5. Земельне право: Підручник для студентів юридичних спеціальностей вищих навчальних закладів / За ред. В.І.Семчика і П.Ф.Кулинич. – К.: Видавничий дім “Ін Юре”, 2001.
6. Халфина Р.О. Современный рынок. Учебное пособие по гражданскому и торговому праву зарубежных стран. – М., 1993.
7. Советское и иностранное гражданское право: проблемы взаимодействия и развития / Отв. ред. В.П.Мозолин. – М.: Наука, 1989.
8. Новоселова Л.А. Определение объектов права собственности // Гражданин и право. – 2001. – №8.
9. Улицкий А. Земельная реформа: проблемы практики // Юридическая практика. – 2003. – №13 (275). – 1 апреля.
10. Петруня Ю. Визначення акції // Предпринимательство, хозяйство и право. – 1999. – №4.
11. Посполитак В. Проблеми правового регулювання общих положений о ценных бумагах в Гражданском кодексе Украины // Предпринимательство, хозяйство и право. – 1997. – №5.
12. Ефимова Л.Г. О соотношении вещных и обязательных прав // Государство и право. – 1998. – №10.
13. Кулинич П. Право на земельну частку (пай) та його реалізація // Мала енциклопедія нотаріуса. – 2003. – №2 (8).



I. Myronenko

#### THE LEGAL NATURE OF THE RIGHT OF THE LAND SHARE

This article is devoted to the questions of the legal nature of the right of a land share. The specified right is the right of the requirement embodied in the certificate of the right of the land share, which is a kind of securities. So, in the sphere of land relations it is necessary to distinguish the property of the land area as material object and the property of the specified certificate as a kind of securities.

*Г.В. Мороз*

#### ІНСТИТУТ РЕФЕРЕНДУМУ: ЗНАЧЕННЯ ПРИ ВИРІШЕННІ ПИТАНЬ У СФЕРІ ОХОРОНИ ДОВКІЛЛЯ

Реальною можливістю реалізації установчої влади українського народу є закріплене у ст. 69 Конституції України право громадян брати безпосередню участь у вирішенні найважливіших питань загальнодержавного та місцевого значення за допомогою виборів, референдумів та інших форм прямого народовладдя. З огляду на ефективність здійснення народом своїх владних функцій пріоритетне місце серед інших форм безпосередньої демократії посідає інститут референдуму. Порівняно з іншими формами прямого народовладдя референдум надає народові можливість безпосередньо впливати на вирішення широкого спектра питань державного та суспільного значення, причому воля народу в цьому випадку має вирішальне значення [13, с. 28].

Наукове дослідження інституту референдуму, його місця і ролі серед механізмів управління державою і суспільством, встановлення його ефективності при прийнятті рішень в тих чи інших сферах життя є сьогодні актуальним з точки зору теорії та практики.

Зважаючи на те, що питання охорони довкілля безпосередньо стосуються життєво важливих інтересів і потреб людини, їх вирішення, як неодноразово відзначається [10; 11], неможливе без участі самої людини, врахування її думки, вольової активності.

Аналіз науково-дослідної бази з цієї проблеми дає можливість констатувати факт наявності значної кількості досліджень і публікацій стосовно загальних питань значення, ролі референдуму, процедури його проведення в рамках теорії конституційного права. Зокрема, цим проблемам присвячені наукові праці В. Погорілка та В. Федоренка [12; 14], К. Книгіна [13] та ін. Разом із тим, специфіка екологічних відносин та особливостей залучення громадськості до прийняття рішень у сфері охорони довкілля зумовлює необхідність дослідження ряду важливих

Мороз Г.В. Інститут референдуму: значення при вирішенні питань у сфері охорони довкілля

аспектів проведення референдумів, предметом яких є питання, пов'язані з впливом на довкілля.

На сьогодні в Україні відсутнє детальне наукове дослідження цих питань, окрім ряду загальних процедурних характеристик, висвітлених у посібниках “Екологічні права громадян: як їх захистити за допомогою закону” [17, с. 134-136] та “Доступ до правосуддя з питань довкілля” [18, с. 131-132]. Як правило, в інших дослідженнях цей інститут тільки згадується в контексті різноманітних форм участі громадськості в процесі охорони довкілля [15, с. 140-141]. З російських науковців питаннями референдуму займається С.А. Боголюбов, ряд позицій якого будуть розглянуті в даній статті. Разом з тим, у законодавстві на науковому рівні залишаються не з'ясованими ряд важливих питань, а саме: дослідження і визначення ефективності “екологічних” референдумів різних рівнів, виділення та обґрунтування підстав, предметного кола питань, які доцільно виносити на ці референдуми, визначення суб'єктів ініціативи проведення референдуму. Саме аналізу цих проблем і буде присвячена дана стаття.

Правове регулювання інституту референдуму здійснюється на рівні Конституції України. Основоположною з даного питання є ст. 5 Основного Закону нашої держави: “... єдиним джерелом влади в Україні є народ. Народ здійснює владу безпосередньо і через органи державної влади та органи місцевого самоврядування. Вищим безпосереднім вираженням волі народу є референдум та вибори” [1].

Порядок підготовки і проведення референдумів регулюється Законом України “Про всеукраїнський та місцеві референдуми” [2]. Хоча цей Закон був прийнятий ще в 1991 році і за деякими своїми нормами не відповідає діючій Конституції України, він чинний і підлягає застосуванню.

Відповідно до діючого законодавства проводяться всеукраїнські та місцеві референдуми. Взагалі, процес проведення референдумів, особливо всеукраїнських, досить складний і витратний, з чим і пов'язуємо те, що екологічно значимі питання з часу прийняття вищевказаного Закону на всеукраїнський референдум не виносились. Щодо місцевих, то українська практика знає такі референдуми, як, наприклад, проведений в 1990 році в м. Одесі референдум з питань закриття еколого-шкідливого виробництва – припортового заводу, аміачні сховища якого представляли реальну загрозу екологічній безпеці регіону. В голосуванні взяли участь 59,6% громадян, що мали право голосу. За закриття проголосувало 83,3% [15, с. 141]. У 1998 році, за пропозицією громадської організації “ЕкоПраво-Харків” у с. Ольховка Харківської області був проведений референдум щодо розміщення твердих побутових відходів на території

села, де громадяни висловились проти такого розміщення [18, с.132]. Отже, члени територіальної громади можуть через референдум вирішити досить важливі питання, якщо їх вирішення належить до компетенції цієї громади.

На жаль, у нашому законодавстві немає чітких положень щодо підстав проведення референдуму та предметного кола питань, які можуть вноситись на референдум при прийнятті еколого-значимих рішень.

Перелік питань, що виносяться на референдуми, а також обмеження на проведення референдумів, визначені в Законі України “Про всеукраїнський та місцеві референдуми” (ст.ст. 5-6<sup>1</sup>). Зазначимо, що серед питань, котрі не можуть бути винесені на всенародне обговорення, – питання про життя державними органами України надзвичайних та невідкладних заходів щодо захисту здоров’я та безпеки громадян (ч.3 ст.5). І це зрозуміло. Оскільки державні органи несуть відповідальність за забезпечення екологічної безпеки населення, то такі заходи повинні вживатися негайно, без тривалих обговорень.

Щодо спеціального законодавства, то в п. “е” ст.21 Закону України “Про охорону навколишнього природного середовища” вказано, що громадські природоохоронні об’єднання мають право виступати з ініціативою проведення республіканського та місцевих референдумів з питань, пов’язаних з охороною навколишнього природного середовища, використанням природних ресурсів та забезпеченням екологічної безпеки [3]. Інші, більш конкретніші положення – відсутні. До речі, Федеральний закон РФ “Про охорону навколишнього середовища” (ст.35) містить норму, в якій йдеться про те, що визначення місць розташування споруд, будівель та інших об’єктів здійснюється з дотриманням вимог законодавства при наявності позитивного висновку державної екологічної експертизи. У випадках, коли розташування таких об’єктів торкається законних інтересів громадян, рішення приймається з урахуванням результатів референдумів, які проводяться на відповідних територіях [9]. Як бачимо, ця норма є більш конкретнішою, хоч теж включає багато оціночних понять і положень, які вимагають тлумачення. Якщо брати за основу саме таке формулювання підстав проведення референдуму, то воно викликає ряд питань. Перш за все потрібно уточнити, які випадки вважаються необхідними, для проведення референдуму; хто і коли визначає необхідність проведення референдуму.

Зазначимо, що чи не найважливішим критерієм обґрунтованості та об’єктивності прийнятих еколого-значимих рішень є врахування при їх підготовці та прийнятті екологічних інтересів громадян, у тому числі інтересів майбутніх поколінь. Безумовно, що думка громадян буде мати суттєве значення в тому випадку, коли рішення, що приймаються,

безпосередньо стосуються їх життєво важливих інтересів. У цьому випадку прийняття таких рішень самими громадянами гарантуватиме врахування їх інтересів, не порушить їх права і в кінцевому рахунку забезпечить безперешкодне втілення в життя відповідних проектів.

Отже, однією з підстав для ініціювання референдуму є ситуація, яка становить реальну небезпеку (чи ймовірність такої небезпеки) для життя і здоров’я людей та довкілля. Тобто, коли діяльність, що планується, є потенційно небезпечною і її здійснення може призвести до порушення екологічних прав та інтересів населення (певної адміністративно-територіальної одиниці чи всієї держави) та завдати шкоду довкіллю.

Теоретично види діяльності та об’єкти, що становлять підвищену екологічну небезпеку, в будь-якому випадку торкаються екологічних інтересів населення, тому можуть бути предметом обговорення на референдумі. Підтвердженням цього є те, наприклад, що відповідно до ч.1 ст.6 Закону України “Про всеукраїнський та місцеві референдуми” на місцеві референдуми можуть вноситися питання, віднесені законодавством України до відання місцевого самоврядування відповідних адміністративно-територіальних одиниць, а згідно з п.38 ст.26 Закону України “Про місцеве самоврядування в Україні” [4] виключною компетенцією сільських, селищних, міських рад є надання відповідно до законодавства згоди на розміщення на території села, селища, міста нових об’єктів, сфера екологічного впливу діяльності яких згідно з діючими нормативами включає відповідну територію. Отже, питання про розміщення таких об’єктів і можуть вноситися на референдум, що є найбільш обґрунтованим і доцільним.

Постановою Кабінету Міністрів України від 27.07.1995 р. №554 затверджено перелік видів діяльності та об’єктів, що становлять підвищену екологічну небезпеку, для яких здійснення державної екологічної експертизи є обов’язковим (далі – Перелік) [6]. Відзначимо, що Перелік є досить загальний (недостатньо конкретизований). Разом із тим, Закон України “Про об’єкти підвищеної безпеки” від 18 січня 2001 року [5] містить більш детальну правову характеристику економічних, соціальних та організаційних основ діяльності, пов’язаної з об’єктами підвищеної безпеки.

С.А.Боголюбов стосовно питання, які об’єкти торкаються екологічних інтересів населення, стверджує, що для більшості об’єктів характерна така властивість: повинна встановлюватися деяка кількісна характеристика об’єкта, яка вводить його в категорію такого, що “торкається інтересів.” У період Держплану такою характеристикою була кошторисна вартість об’єкта, що будується – проекти об’єктів вартістю, що перевищує 3-5 млн. крб., направлялись на обговорення в товариства охорони природи

союзних республік. Можуть також визначатись критерії за принципом масштабу можливого забруднення середовища, оскільки воно не завжди залежить від капіталовкладень [16, с. 32].

Проведення референдумів з питань впливу на довкілля в першу чергу повинно стосуватися випадків введення в дію еколого-небезпечних об'єктів, їх розміщення, виробничих характеристик тощо. Разом із тим, референдуми можуть стосуватись і діючих об'єктів. При цьому необхідний зважений, комплексний підхід до вирішення питання про будівництво або діяльність того чи іншого об'єкта, щоб не перешкоджати науково-технічному прогресу, сприяти активному прояву громадських ініціатив, пошуку альтернативних шляхів соціально-економічного розвитку регіону.

Екологічні інтереси за територією поширення можна поділити на такі: локального рівня (жителів певного мікрорайону); міського (сільського, селищного) рівня; регіонального (обласного, районного) рівня; міжрегіонального рівня.

Коли існує загроза порушення екологічних інтересів вищевказаних рівнів, громадськість може виступати з ініціативою проведення місцевого референдуму. В деяких випадках екологічний інтерес носить екстериторіальний характер, тобто коли певні проекти торкаються інтересів усієї держави. В такому випадку може бути ініційовано проведення всеукраїнського референдуму. Хоча соціальну ефективність загальнодержавних референдумів варто пов'язувати з масштабами країни: чим менша територія і кількість населення країни, тим об'єктивнішими будуть результати референдуму. Тому, на нашу думку, більш доцільно проводити місцеві референдуми, особливо з питань, що стосуються прийняття рішень, пов'язаних із впливом на довкілля. На референдум може бути винесено не одне, а декілька питань, які торкаються інтересів населення, що сприятиме розширенню правової бази проведення референдуму, виявленню більш широкого бачення громадської думки, прийняттю більш обґрунтованого рішення.

Щодо суб'єктів ініціювання референдуму слід відзначити, що Закон України "Про охорону навколишнього природного середовища" надає можливість виступати з ініціативою проведення референдумів тільки громадським природоохоронним об'єднанням (п. "е" ст.21).

Виходить, що окремі громадяни лише після об'єднання в громадські природоохоронні формування вправі ініціювати проведення референдуму. Однак Закон України "Про всеукраїнський та місцеві референдуми" (ч.1 ст.8, ч.1 ст.15) не позбавляє окремих громадян України можливості реалізації права вимоги референдуму. Хоча важко не погодитися з тим, що саме ініціатива з боку громадських природоохоронних об'єднань буде

більш результативною, аніж коли ініціаторами референдуму виступають окремі громадяни.

Ініціаторами проведення референдуму можуть бути також державні органи у сфері охорони навколишнього природного середовища та використання природних ресурсів і органи місцевого самоврядування. В законодавстві доцільно передбачити норму, яка б зобов'язувала вищезазначені органи ініціювати проведення референдуму, коли йдеться про введення в дію окремих еколого-небезпечних об'єктів, які відносяться до категорії об'єктів підвищеної безпеки та підпадають під визначені законодавством критерії певного рівня потенційної небезпеки для довкілля і людини. Реалізація проектів щодо таких об'єктів повинна здійснюватися виключно на підставі рішення референдуму.

Безумовно, закріплення права громадських природоохоронних об'єднань виступати з ініціативою проведення референдуму є позитивним моментом, причому державні органи у сфері охорони навколишнього природного середовища, їх посадові особи повинні сприяти громадським об'єднанням та громадянам у реалізації їх екологічних прав і виконанні обов'язків. За перешкоди у здійсненні громадськими об'єднаннями і громадянами їх екологічних прав, передбачених Конституцією України та Законом України "Про охорону навколишнього природного середовища", винні несуть відповідальність відповідно до законодавства України.

Хоча Законом України "Про охорону навколишнього природного середовища" не передбачено відповідальності за порушення права ініціювання проведення референдуму, однак п. "л" ст.68 вказаного Закону передбачає відповідальність осіб, винних у відмові надання своєчасної, повної та достовірної інформації про стан навколишнього природного середовища. Ненадання такої інформації може бути перешкодою для проведення референдуму і прийняття обґрунтованого рішення – організація і проведення референдуму прямо залежать від інформованості населення. Крім цієї норми, відповідальність за порушення законодавства про референдум встановлюється КК України (ст.160) [7] та Кодексом України про адміністративні правопорушення (ст.186) [8].

Таким чином, на наш погляд, у галузі охорони навколишнього природного середовища найбільш ефективним є проведення місцевих референдумів, які охоплюють незначну територію та безпосередньо стосуються спільних екологічних інтересів населення даної території. Основною підставою проведення таких референдумів є виникнення ситуацій, впровадження об'єктів, які становлять реальну загрозу для довкілля та його компонентів і здоров'я та життя людей. Як правило, це випадки введення в дію еколого-небезпечних об'єктів визначеного

порогового рівня небезпеки. В цьому разі проведення місцевого референдуму має бути обов'язковим і проводиться з ініціативи відповідних державних органів влади та органів місцевого самоврядування. В інших випадках ініціаторами можуть бути окремі громадяни, їх об'єднання тощо.

У подальшому науковцям і практикам слід визначити конкретні характеристики об'єктів, рішення щодо розміщення яких має прийматися референдумом, а законодавцеві деталізувати відповідні норми.

1. Конституція України від 28.06.1998: Прийнята на п'ятій сесії Верховної Ради України 28 червня 1996 року. – К., 1996. – 80 с.
2. Про всеукраїнський та місцеві референдуми: Закон України від 03.07.91 // Відомості Верховної Ради України. – 1991. – №33. – Ст.443.
3. Про охорону навколишнього природного середовища: Закон України від 25.06.91 // Відомості Верховної Ради України. – 1991. – №41. – Ст.546.
4. Про місцеве самоврядування в Україні: Закон України від 21.05.97. – К.: Парламентське видавництво, 1997.
5. Про об'єкти підвищеної небезпеки: Закон України від 18.01.2001 // Відомості Верховної Ради України. – 2001. – №15. – Ст.73.
6. Перелік видів діяльності та об'єктів, що становлять підвищену екологічну небезпеку: затв. Постановою Кабінету Міністрів України від 27.07.95. №554 // Зібрання постанов Уряду України. – 1995. – №10. – Ст.252 (із змінами, внесеними згідно з Постановою Кабінету Міністрів України №142 від 14.02.2001).
7. Кримінальний кодекс України від 05.04.2001 // Відомості Верховної Ради України. – 2001. – №25-26. – Ст. 131.
8. Кодекс України про адміністративні правопорушення. Постагейні матеріали: Офіц. вид. станом на 24 травня 2002 р. – Ужгород: Інформаційно-видавниче агентство "ІВА", 2002. – 724 с.
9. Федеральный закон от 10 января 2002 г. №7-ФЗ "Об охране окружающей среды" // www.duma.gov.ru
10. Захарченко Т. Охрана окружающей среды: практическое руководство к юридическим действиям граждан России. – Санкт-Петербург, 1994. – 119 с.
11. Боголюбов С.А. Правовое стимулирование гласности экологических мероприятий // Советское государство и право. – 1986. – №8. – С.80-88.
12. Погорілко В.Ф., Федоренко В.Л. Референдум в Україні: історія та сучасність. Монографія. – К.: Ін-т держави і права НАН України, 2000.
13. Книгін К. Правове визначення референдуму як форми народовладдя (проблеми теорії і практики) // Право України. – 2001. – №11. – С.28-31.
14. Федоренко В. Юридична сила референдумів, плебісцитів // Віче. – 2000. – №8(101). – С.57-69.
15. Кобецька Н.Р. Екологічні права громадян України / Дис...канд. юрид. наук: 12.00.06. – Київ, 1998. – 173 с.
16. Боголюбов С.А. Референдумы по экологическим проектам // Государство и право. – 1999. – №11. – С.31-37.
17. Екологічні права громадян: як їх захистити за допомогою закону. – К.: Інформ. агентство "Ехо Восток", 1997. – 174с.
18. Доступ до правосуддя з питань довкілля. Посібник / З.Козак, І.Тустановська. – Львів: Мета, 2002. – 200 с.

## THE INSTITUTE OF REFERENDUM: ITS ROLE IN THE SOLUTION OF THE PROBLEMS OF ENVIRONMENTAL PROTECTION

The legal analysis of referendum as one of the forms of public participation in the adoption of important statements, ecological in particular, has been made in the given article. The fact that this problem has not been studied in the native literature caused the necessity of scientific approach and research work. The legislation can take into account the worked out suggestions concerned to the object of referendum and the subject of the initiative of holding referendum to solve problems of environmental protection.

*О.О. Буждиган*

### ОРГАНІЗАЦІЙНО-ПРАВОВІ ПРОБЛЕМИ ВЕДЕННЯ МИСЛИВСЬКОГО ГОСПОДАРСТВА В УКРАЇНІ

Встановлена на даний момент нормативно-правова база у сфері охорони і ведення мисливського господарства, а саме – Закон України "Про мисливське господарство та полювання", дає можливість підвести перші, звичайно, досить загальні підсумки, визначитися в питаннях подальшого вдосконалення даного законодавства. Саме Закон України "Про мисливське господарство та полювання" в певній мірі усунув існуючі неточності у формулюванні та роз'ясненні таких понять, як "державний мисливський фонд", "мисливське угіддя", "мисливське господарство", "норма відстрілу", "мисливство", "полювання" тощо. Однак невирішеними до кінця залишаються питання упорядкування ведення мисливського господарства та збільшення популяції диких тварин.

Проблеми контролю за веденням мисливського господарства та полювання в юридичній літературі найбільше висвітлюють В.А.Шкурко та М.Нишук. Зокрема, аналізуючи Закон України "Про мисливське господарство та полювання", М.Нишук вважає, що спостерігається тенденція як до прийняття закону, так і після усунути низові мисливські товариства від участі у відтворенні фауни, адже фактичне, нічим не обмежене право на мисливські угіддя мають ті, хто їх розподіляє та контролює (спеціально уповноважений центральний орган виконавчої влади у галузі охорони навколишнього природного середовища, спеціально уповноважений центральний орган виконавчої влади у галузі мисливського господарства та полювання). Згаданий вище закон і сьогодні зберігає монополію держави на управління мисливськими угіддями. Для того, щоб вийти з даного становища, необхідно, на думку М.Нишука, надати перевагу низовим товариствам, об'єднаним у громадські організації. Держава повинна здійснювати лише контроль за дотриманням

Актуальні проблеми вдосконалення чинного законодавства України

чинного законодавства. Адже найефективнішим буде контроль з боку громадськості [7, с.13].

Проте на практиці спостерігається низька ефективність громадських мисливських організацій з охорони і контролю за полюванням та веденням мисливського господарства. Так, в Івано-Франківській області державними органами і посадовими особами у галузі мисливського господарства та полювання протягом 2002 року складено 116 протоколів (притягнуто до адміністративної відповідальності 109 осіб), а громадськими мисливськими інспекторами – жодного [13, с.14].

Який же шлях обрати для вирішення даної проблеми?

З нашої точки зору він вбачається у розширенні повноважень громадських організацій у галузі мисливства та полювання і в поєднанні державного і громадського контролю за веденням мисливського господарства та полювання, що дозволить досягнути створення такого механізму контролю за користувачами мисливських угідь, який би подолав недовіру до мисливців з боку держави, підозру, що кожен із них готовий порушувати закон.

Для вирішення поставленої проблеми, на нашу думку, доцільно було б працівникам лісової охорони, егерської служби, егерям мисливських господарств, громадським організаціям мисливців, громадським мисливським інспекторам дещо розширити повноваження щодо здійснення контролю за охороною, використанням державного мисливського фонду, що передбачені в статті 39 Закону України “Про мисливське господарство та полювання”, зокрема: самостійно проводити біотехнічні заходи, встановлювати норму відстрілу та форму ведення полювання. Такі заходи, вжиті з боку держави, подолають відчуженість між державними органами та мисливцями.

Для проведення комплексу цих заходів необхідно збільшити державне фінансування: надати більшу фінансову свободу територіальним органам спеціально уповноваженого органу виконавчої влади у галузі мисливського господарства та полювання Автономної Республіки Крим, областей. Частина надходжень від зборів, ліцензій, дозволів (50-70%) повинна надходити на розрахунковий рахунок цих територіальних органів державної виконавчої влади. А відповідно до наказу Державного комітету лісового господарства України № 97 від 31.08.2000 року “Про використання коштів, отриманих від реалізації користувачами мисливських угідь ліцензії на добування мисливських тварин, а також видачу посвідчень мисливця і щорічних контрольних карток обліку добутої дичини та порушень правил полювання” зазначені кошти повністю зараховуються на рахунок спеціально уповноваженого центрального органу виконавчої влади у галузі мисливського господарства та полювання [4].

Доцільно, на нашу думку, положення ст.40 Закону України “Про мисливське господарство та полювання” поширити також і на громадських мисливських інспекторів, надавши їм такий же правовий та соціальний захист, як і працівникам, які здійснюють державний контроль у галузі мисливського господарства та полювання. Лише таким чином можна стимулювати зазначених осіб до належного виконання своїх обов'язків.

У юридичній літературі дискусійним залишається питання необхідності контролю людини за взаємодією великих копитних тварин і хижаків (наприклад, вовка) та виявлення причин зменшення популяції диких тварин в Україні.

Адже в Україні втрати тварин (період 1995-1999) досягли 50%, і причина тут не у складних кліматичних умовах, а в безгосподарності користувачів [7, с.13]. Лише за даними Івано-Франківського обласного управління статистики, загальна кількість копитних тварин становила у 1990 році 11230 голів, а у 2002р. – 6363 голів. Відповідно, за цей період зменшилась і площа закріплених мисливських угідь, яка у 1990 році становила 1149,2 тис. га, а у 2002 році – 958 тис. га [13, с.18].

М.Волик вважає, що вихід з такої ситуації полягає у селекційному відстрілі, за допомогою якого можна досягнути найвигіднішої для мисливського господарства статевої, вікової та морфологічної популяції тварин [6, с.56].

Селекційне полювання являє собою добування тварин з подвійною метою: по-перше, з метою їх переселення (розселення) в угіддя інших господарств (ст.45 Закону України “Про тваринний світ”). По-друге, вибраковування зі складу популяції мисливських тварин особин, які не становлять цінності чи страждають тою чи іншою хворобою (ст.24 Закону України “Про тваринний світ”).

Відповідно до ст.32 Закону України “Про мисливське господарство та полювання” селекційний і вибірковий діагностичні відстріли мисливських тварин для ветеринарно-санітарної експертизи проводяться незалежно від строків мисливського сезону працівниками, уповноваженими здійснювати охорону мисливських угідь. Місцеві органи спеціально уповноваженого центрального органу виконавчої влади у галузі мисливського господарства та полювання і користувачі мисливських угідь можуть безоплатно забезпечувати мисливців, які добувають вовків, бродячих собак і котів, сірих ворон, граків, набоями та іншим необхідним спорядженням, устанавлювати для них відповідні винагороди [1, с.132].

Такої ж думки дотримується Н.І.Скуратов, який вважає, що винищення деякої кількості мисливських тварин хижаками знижує чисельність дичини і виступає в цій справі конкурентом мисливця [8, с.106-114].

І.Г.Гурський зазначає, що наявність значної кількості хижаків зводиться до негативних результатів (чи знижує) діяльність мисливських господарств щодо розведення мисливських тварин [9, с.336-355]. Б.Семенов заперечує їх позиції, вважаючи, що вовк нарівні з людиною природно контролює чисельність популяції диких копитних тварин, і зазначає, що в природі немає і не може бути абсолютно корисних чи шкідливих тварин [10, с.4-5].

Проте на практиці під прикриттям формальних документів, за якими мали б здійснюватися рейди з відстрілюванням здичавілих собак чи селекційний відстріл мисливських тварин, здебільшого відбувається тотальна зачистка угідь. Облавні полювання з гончаками відганяють звірів від звичних місць, а у незнайомих місцях тварини стають легкою здобиччю для вовків та здичавілих собак, зрештою, для браконьєрів. Не буде перебільшенням сказати, що на сьогодні найбільш злісними браконьєрами є працівники держлісгоспів [7, с.13].

Протягом 2001-2002 років не було порушено жодної кримінальної справи за ст.248 Кримінального кодексу України. Відповідно не було притягнуто до матеріальної відповідальності осіб, винних у вчиненні цього злочину [12, с.3].

На нашу думку, однією з причин зменшення популяції диких тварин в Україні є некомпетентність урядовців, безпосередніми повноваженнями яких є охорона дикої фауни. Так, у 2000 році був заборонений відстріл вовків, егерська служба Івано-Франківської області на це непродумане і необгрунтоване рішення тільки "руками розвела". Адже відомо, що один вовк щорічно споживає близько 2 тонн м'яса, а це більш як 10 оленів. Нерідко звичайний мисливець "із далекого хутора" знає про це значно краще, ніж уповноважені державою посадові особи. Тому такі вжиті державою заходи призвели до зменшення популяції оленя та кабана і в Карпатах збільшилась кількість вовків.

Аналізуючи вищесказане, вважаємо за доцільне:

1. Наділити громадські організації у галузі мисливства та полювання повноваженнями щодо складання повного кадастру мисливських угідь у межах відповідної адміністративно-територіальної одиниці з метою оцінки особливостей місць перебування диких тварин та надання їм підтримки.

2. Відстріл хижаків має здійснюватися з урахуванням видової різноманітності диких тварин у межах мисливського угіддя. Відповідні плани відстрілу повинні розроблятися громадськими мисливськими організаціями. Ними, на нашу думку, могли би бути товариства мисливців і рибалок.

3. Розробити у кожній області програму збереження диких копитних тварин з метою забезпечення їх охорони і раціонального використання.

Запропонована модель контролю за веденням мисливського господарства та полювання не претендує на статус новації. У своїй абсолютній більшості вона відтворює відомі моделі контролю, які вже є у країнах світу, зокрема у Чехії та Польщі [7, с.13]. Це лише погляд на проблему, яка існує й потребує негайного вирішення. Якщо залишити її невирішеною, – охороні диких тварин буде нанесено значної шкоди.

1. Закон України "Про мисливське господарство та полювання" від 22.02.2000 року // Відомості Верховної Ради України. – 2000. – № 18. – С. 132.
2. Закон України "Про тваринний світ" від 3.03.93 р. // Відомості Верховної Ради України. – 1993. – № 18. – С. 191.
3. Наказ Державного комітету лісового господарства України № 97 від 31.08.2000 року "Про використання коштів, отриманих від реалізації користувачами мисливських угідь ліцензії на добування мисливських тварин, а також видачу посвідчень мисливця і щорічних контрольних карток обліку добутої дичини та порушень правил полювання".
4. Малишко М.І. Основи екологічного права України. – К., 1999. – С. 54.
5. Бажайкин А.Л. Организационно-правовые проблемы ведения охотничьего хозяйства в Российской Федерации и Удмуртской Республике // Экологическое право. – 2002. – № 3. – С. 46-49.
6. Волик М.П. Правове регулювання полювання в Україні / Матеріали дисертації. – Одеса, 1997. – С. 97.
7. Нищук М. Закон про полювання та мисливські "розваги" // Дзеркало тижня. – 2001. – № 31. – С. 13.
8. Скуратов Н.И. Социальное поведение полувольтных собак // Экологические основы охраны и воспроизводства охотничьих ресурсов: Сб. науч. трудов. – М., 1987. – С. 106-114.
9. Гурський І.Г. Численность и особенности образа жизни по регионам. Украина и Молдавия // Волк. Происхождение, систематика, морфология, экология. – М., 1985. – С. 487-492.
10. Семенов Б. Волки наступают // Охота и охотничье хозяйство. – 1980. – №8. – С. 4-5.
11. Шкурко В.А. Браконьерство и борьба с ним. – Минск, 1986. – С. 158.
12. Статистичний бюлетень Івано-Франківського обласного управління статистики "Мисливське господарство Івано-Франківської області в 2002-у році". – Івано-Франківськ, 2003. – С. 3-15.

O.Buzhdygan

#### ORGANIZING AND LEGAL PROBLEMS OF HUNTING FARMS MANAGEMENT IN UKRAINE

In the given article the problems of management and verification of the hunting farms activity are uncovered. On the basis of the legislation and publications of the scientists attended to the given problem, the author comes to conclusion about necessity of alteration of norms of the legislation, which provide the rights and responsibilities of both public authorities and public organizations in the sphere of management and verification of the hunting farms activity. The author considers that wider powers should be given to the local public authorities and the public organizations than stipulated by the legislation. Such alteration would increase the efficiency of management of the hunting farms and protection of the animal world.

*П.В. Мельник*

## **ПИТАННЯ ВДОСКОНАЛЕННЯ ЗАКОМУ УКРАЇНИ “ПРО МОРАТОРІЙ НА ПРОВЕДЕННЯ СУЦІЛЬНИХ РУБОК НА ГІРСЬКИХ СХИЛАХ В ЯЛИЦЕВО-БУКОВИХ ЛІСАХ КАРПАТСЬКОГО РЕГІОНУ УКРАЇНИ”**

Ліси Карпатського регіону України становлять третину лісових запасів нашої держави. Для України, яка за площею лісів і запасами деревини належить до малолісистих країн Європи (в середньому на душу населення припадає 0,17 га лісів і 16,4 куб. м запасу деревини), карпатські ліси відіграють важливе екологічне та економіко-господарське значення. Проте вони мають свої особливості, які, в першу чергу, полягають у тому, що карпатські ліси розташовані у місцевості з гірським рельєфом (Івано-Франківська, Львівська, Закарпатська та Чернівецька області). Дана особливість породжує підвищену увагу до правового регулювання їх охорони та використання.

Враховуючи велике значення карпатських лісів, Верховна Рада України 10 лютого 2000 року прийняла Закон України “Про мораторій на проведення суцільних рубок на гірських схилах в ялицево-букових лісах Карпатського регіону” [2] з метою забезпечення екологічно збалансованого лісокористування, запобігання проявам згубних наслідків природних явищ, посилення водоохоронних, захисних, кліматорегулюючих, санітарно-гігієнічних та інших корисних властивостей лісів, охорони здоров’я населення та його естетичного виховання.

В еколого-правовій науці аналіз положень цього Закону не проводився. Тому в даній статті буде здійснена спроба показати позитивні положення Закону України “Про мораторій на проведення суцільних рубок на гірських схилах в ялицево-букових лісах Карпатського регіону”, його суперечності і запропонувати шляхи його вдосконалення.

У першу чергу, якщо зіставити назву закону і преамбулу, яка проголошує, що цей Закон встановлює мораторій на проведення суцільних рубок в ялицево-букових деревостанах, рубок головного користування у високогірних лісах, у лісах у лавинонебезпечних та селенебезпечних басейнах і в берегозахисних ділянках лісу в Карпатському регіоні України, то побачимо, що положення преамбули виходять за межі назви Закону і є більш широкими. У назві Закону не згадується про обмеження інших, крім суцільних, способів рубок головного користування, як це зроблено у статті 2 даного Закону, відповідно до якої, з метою збереження корисних властивостей лісів та забезпечення запобігання проявам згубних наслідків природних явищ у Карпатському регіоні, вводиться мораторій на прове-

Мельник П.В. Питання вдосконалення Закону України “Про мораторій на проведення суцільних рубок на гірських схилах в ялицево-букових лісах Карпатського регіону України”

дення рубок головного користування: у високогірних лісах, що розташовані вище 1100 метрів над рівнем моря; у лісах у лавинонебезпечних, селенебезпечних басейнах; у берегозахисних ділянках лісу. Регулює даний Закон також проведення вибіркового і поступового рубок головного користування у гірських лісах статтями 4, 5, а також містить положення, що стосуються рубок догляду та санітарних рубок, тобто рубок, пов’язаних із веденням лісового господарства. Розділ 3 цього Закону взагалі стосується впровадження природозберігаючих технологій і розширення мережі заповідних територій. Тому, як бачимо, назва даного Закону сформульована досить невдало.

Відповідно до Закону України “Про мораторій на проведення суцільних рубок на гірських схилах в ялицево-букових лісах Карпатського регіону”, його чинність повинна поширюватися лише на ялицево-букові ліси, тобто змішані ліси, де в основному ростуть бук і ялиця. Таких лісів у лісосічному фонді Карпатського регіону України біля 8 відсотків. Отже, як бачимо, дія даного Закону повинна бути дуже обмежена. Проте на практиці його застосовують до букових і ялицевих лісів, хоч ялицево-букові ліси не одні і те ж, що ялицеві і букові ліси. Крім того, після прийняття Закону України “Про мораторій на проведення суцільних рубок на гірських схилах в ялицево-букових лісах Карпатського регіону” [2] були внесені зміни і доповнення до Правил рубок головного користування в лісах України, затверджених постановою Кабінету Міністрів України від 27 липня 1995 року №559, на підставі постанови Кабінету Міністрів України від 29 листопада 2000 року №1751 [1]. Даними змінами і доповненнями ялицево-букові ліси трактуються як ялицеві і букові, що впливає зі змін і доповнень до пунктів 23, 30, 39, 44 Правил рубок головного користування в лісах України, де містяться положення про способи рубок у букових і ялицевих лісах, а також до абзацу першого пункту 5 даних Правил внесені зміни такого роду, як, крім букових і ялицевих лісів на гірських схилах у Карпатському регіоні. Отже, як бачимо, у законодавстві не розрізняються ялицево-букові ліси та ялицеві і букові ліси, що суперечить змісту цих понять.

До того ж незрозуміло, з якої причини законодавець не поширив дію даного Закону на дубові ліси, адже вони теж належать до цінних порід, і лісові площі Карпатського регіону, де в основному росте дуб, становлять біля 207 тис. га. До того ж, дубова деревина користується попитом і її запаси різко зменшуються.

Крім того, такі положення, як: введення мораторію на суцільні рубки головного користування на стрімких схилах в усіх карпатських лісах строком на 10 років; проведення тільки вибіркового, поступового і вузько-



лісосічних рубок на пологих і спадистих схилах; розширення у Карпатському регіоні мережі природно-заповідних територій та об'єктів з доведенням до 2005 року рівня заповідності до 20 відсотків є позитивними й заслуговують уваги.

Позитивним є також те, що з метою недопущення розвитку ерозійних процесів, збереження та відтворення лісового фонду, створення сприятливих умов для ведення лісового господарства вирубка лісу повинна здійснюватися виключно за умов дотримання екологічних та технологічних вимог. Статтею 9 Закону України “Про мораторій на проведення суцільних рубок на гірських схилах в ялицево-букових лісах Карпатського регіону” передбачено проведення заготівлі та вивезення деревини в гірських лісах Карпатського регіону, починаючи з 2005 року, з використанням колісних та гужових засобів, повітряно-трелювальних установок, а також з відновленням системи вузькоколейок та оптимізація мережі лісових доріг. До 2010 року мережа лісових доріг із твердим покриттям у лісах регіону повинна бути розширена до 10 кілометрів на 1000 гектарів. Щодо Закарпатської області, то, крім даного Закону, постановою Кабінету Міністрів України від 23 квітня 1999 року №670 затверджено Програму будівництва лісових доріг і впровадження природозберігаючих технологій лісозаготівель у гірських умовах Закарпаття [3], в якій за мету ставиться впровадження природозберігаючих технологій лісозаготівель із застосуванням мобільних і стаціонарних підвісних канатних установок, трелювання колісних тракторів, використання кінного трелювання. Дані вимоги є виправданими, оскільки вирішальне значення при заподіянні екологічних збитків має не спосіб заготівлі, а технологія проведення рубок. Адже лісозаготівля на базі важкого гусенично-трелювального трактора, яка займає біля 80% обсягів усієї заготівлі деревини, приносить велику шкоду лісам. При застосуванні гусеничних тракторів на стрімких схилах винос ґрунту з лісосік досягає 600 м куб./га, пошкоджується до 40 % поверхні лісосіки, на 60-70 % знищується підріст, пошкоджується 23-30 % дерев, що залишаються при несучільних рубках.

Проте для розширення мережі природно-заповідного фонду, проведення заготівлі і вивезення деревини колісними та гужовими засобами чи з використанням повітряно-трелювальних установок, розширення мережі лісових доріг потрібні великі кошти. Програмою будівництва лісових доріг та впровадження природозберігаючих технологій у гірських умовах Закарпаття, затвердженою постановою Кабінету Міністрів України від 23 квітня 1999 року №670 передбачено виділення щорічно до 2010 року на відновлення, ремонт, реконструкцію та будівництво лісової дорожньої мережі і впровадження природозберігаючих технологій 22 млн.

Мельник П.В. Питання вдосконалення Закону України “Про мораторій на проведення суцільних рубок на гірських схилах в ялицево-букових лісах Карпатського регіону України” грн., із них 40% – з державного бюджету, не говорячи вже про фінансування інших областей і про інші лісоохоронні заходи.

За підрахунками спеціалістів, відповідно до спільного листа голів Івано-Франківської облдержадміністрації та обласної ради від 10.05.2000 р. №601/16-134/003, №14-138/113-Р/003 та спільного листа голів Закарпатської облдержадміністрації і обласної ради від 10.05.2000 р. №06-7/797, №02-27/192 до Прем'єр-Міністра України В.А.Ющенка, на виконання вимог статті 9 Закону України “Про мораторій на проведення суцільних рубок на гірських схилах в ялицево-букових лісах Карпатського регіону” потрібно на кожну область по 1 млрд. грн.

Фактичне фінансування лісоохоронних заходів є мізерне. Так, з необхідних 60 млн. гривень у рік на виконання природоохоронних заходів, передбачених різними програмами по Закарпатській області, фінансування здійснюється лише в обсязі 4 млн. грн., аналогічна ситуація з фінансуванням і в інших областях Карпатського регіону. Тому місцеві органи державної влади змушені шукати додаткові джерела фінансування. Так, розпорядженням голови Івано-Франківської обласної державної адміністрації від 29.12.2000 р. №916 “Про розподіл лісосічного фонду на 2001 рік” встановлено, що, крім збору за спеціальне використання лісових ресурсів, лісозаготівельником треба сплачувати лісогосподарським підприємствам кошти на будівництво і утримання лісових доріг у розмірі половини плати за деревину, відпущену на пні. Однак Верховна Рада і Кабінет Міністрів України, прийнявши досить позитивні положення щодо збереження карпатських лісів, не здійснюють належне фінансування даних заходів.

Тому в даній ситуації доцільно було б використовувати заходи економічного стимулювання використання природозберігаючих технологій, а не зосереджувати увагу лише на заборонних методах, як це зроблено у Законі України “Про мораторій на проведення суцільних рубок на гірських схилах в ялицево-букових лісах Карпатського регіону”; слід запровадити компенсаційні платежі за екологічну шкоду, спричинену лісозаготівлями. З одного боку, вони створюватимуть умови для впровадження природозберігаючих технологій, оскільки лісозаготівельники будуть зацікавлені у їх використанні, а з іншого, – будуть змушені сплачувати більші суми додаткових платежів до попенної плати, чим сприятимуть збільшенню надходжень у бюджет. Основними показниками для встановлення компенсаційних платежів повинні служити: технологія лісозаготівлі, крутизна схилу, способи рубки, засоби заготівлі. Тобто у випадку, коли лісозаготівельник використовує більш природоохоронні технології, він сплачує меншу суму порівняно з тим, коли би він вико-

ристовував, наприклад, гусеничний трактор. Залежно від зазначених показників, до попенної плати слід нараховувати суму додаткового платежу. Цим самим створюються умови економічного стимулювання для розроблення і використання природоохоронних технологій лісозаготівлі. Отримані кошти повинні залишатися у місцевих бюджетах і використовуватися виключно на розробку та впровадження природоохоронних технологій.

Отже, прийняття Закону України “Про мораторій на проведення суцільних рубок на гірських схилах в ялицево-букових лісах Карпатського регіону” з даними суперечностями не сприяє підвищенню рівня правової охорони лісів Карпат. Тому, з урахуванням вищевикладеного, доцільно:

– назву Закону викласти у такій редакції: “Про окремі заходи щодо збереження лісів Карпатського регіону”;

– поширити чинність цього Закону, крім ялицево-букових лісів, на ялицеві, букові, дубові ліси;

– запровадити компенсаційні платежі за екологічну шкоду, спричинену лісозаготівлями.

Для виконання передбачених даним Законом заходів необхідне належне їх фінансування. Інакше вони матимуть лише декларативний характер.

1. Про затвердження Правил рубок головного користування в лісах України: Постанова Кабінету Міністрів України від 27 липня 1995 р. №559 (із змінами, внесеними згідно з Постановою Кабінету Міністрів України №1751 від 29.11.2000 р.) // Зібрання постанов Уряду України. – 1995. – №10. – Ст. 255.
2. Про мораторій на проведення суцільних рубок на гірських схилах в ялицево-букових лісах Карпатського регіону: Закон України від 10 лютого 2000 року // Відомості Верховної Ради України. – 2000. – №13. – Ст. 99.
3. Про Програму будівництва лісових доріг і впровадження природозберігаючих технологій лісозаготівель у гірських умовах Закарпаття: Постанова Кабінету Міністрів України від 23 квітня 1999 р. №670 // Офіційний вісник України. – 1999. – №17. – Ст. 738.

P. Melnyk

THE ACTUAL QUESTIONS OF PERFECTION OF THE LAW OF UKRAINE  
“ABOUT MORATORIUM ON CONDUCTING OF CONTINUOUS WOOD-CUTTING  
ON THE MOUNTAIN SLOPES IN THE FORESTS OF THE CARPATHIAN REGION  
OF UKRAINE”

In article the author analyses the Law of Ukraine “About moratorium on conducting of continuous wood-cutting on the mountain slopes in the forests of the Carpathian region of Ukraine”. He shows some its positive provisions, lights contradictions, and also offers the ways of its perfection.

*П.Д. Пилипенко*

**ПРИЙНЯТТЯ НОВОГО ТРУДОВОГО КОДЕКСУ – ОБ’ЄКТИВНА  
ВИМОГА ЧАСУ**

Ринкові перетворення у нашій державі об’єктивно зумовлюють проведення правової реформи, яка уже триває впродовж останніх декількох років. У цьому плані не вирішеною до кінця залишається проблема кодифікації трудового законодавства. Прийняття нового Трудового кодексу потребує вирішення цілого ряду наукових та практичних завдань, що безпосередньо впливатимуть на ефективність реформування цієї важливої галузі вітчизняного права.

Проблеми кодифікації законодавства України про працю неодноразово піднімалися на сторінках юридичних видань [1] та ставали об’єктом обговорення наукових і науково-практичних конференцій [2, с.354-355]. Тим не менше, все ще залишаються невирішеними чимало принципів питань, пов’язаних із розробкою та прийняттям нового Трудового кодексу. За цих обставин важливим є визначення об’єктивних чинників, які зумовлюють проведення кодифікації трудового законодавства. Безперечно, що ухвалення такого важливого кодифікованого акта, як новий Трудовий кодекс, явище не ординарне, а тому потребує консолідації зусиль багатьох правових інституцій. А сам процес підготовки проекту Трудового кодексу мав би координуватися єдиним центром – Міністерством праці і соціальної політики України та базуватися на науково обґрунтованій концепції, яка б отримала міжнародне схвалення на рівні МОП.

Концепція реформування вітчизняного трудового законодавства повинна передбачати попереднє з’ясування сучасного стану та тенденцій розвитку національного законодавства про працю, визначення причин і умов, що спонукають до розробки та прийняття нового кодексу й окреслення у зв’язку з цим основних завдань і принципів здійснення реформи законодавства, яке покликане регулювати трудові відносини в умовах ринкової економіки.

За цих обставин необхідно наголосити на тих об’єктивних чинниках, якими зумовлюється прийняття нового кодексу і невраховування яких уже тепер суттєво послаблює рівень гарантій трудових прав найманих працівників.

Найголовнішими з них, безумовно, є: проголошення України суверенною, незалежною демократичною соціальною і правовою державою, що розвивається на засадах ринкової економіки; поява приватної власності та багатоманітність форм підприємництва, що

потребують відповідного правового забезпечення, в тому числі і трудових відносин. Ці конституційні засади є своєрідним дороговказом, що визначає напрями розвитку сучасного трудового законодавства.

Ще одним чинником можна вважати нечітке і не зовсім правильне визначення сфери дії КЗпП.

Трудове законодавство, незважаючи на універсальний характер окремих його інститутів (зокрема, охорона праці), не є єдиним засобом регулювання суспільних відносин, що формуються у сфері реалізації громадянами своєї здатності до праці. КЗпП, хоч і забезпечує регулювання більшої частини трудових відносин, все ж залишає поза сферою свого регулювання ті з них, які через певні обставини потребують втручання інших галузей права.

На жаль, при визначенні сфери правового регулювання трудового права використовуються старі підходи, основою яких і далі залишається абсолютно безпідставна ідея про форми власності, які нібито впливають на характер трудових відносин. Насправді ж трудові відносини за своїм характером є досить різноманітними. Вони простежуються на підприємствах, в установах, організаціях, у державних органах і кооперативах, громадських об'єднаннях. Працею вважається також служба в органах міліції і у збройних силах; учасниками трудових відносин є особи, що відбувають покарання у виправно-трудовах установах, і всі, хто проходить альтернативну невійськову службу. Можна найматися на роботу до фізичної особи і можна працювати усією сім'єю, створивши фермерське господарство, не укладаючи при цьому жодних угод про працю. Більшість з названих відносин регулюються різними галузями права і те, чи застосовувати до окремих з них трудове чи інше (адміністративне, військове, виправно-трудове) законодавство, залежить зовсім не від так званих форм власності, а винятково від того факту, який став підставою виникнення кожного з них. Ті відносини, що виникають на підставі укладення трудового договору (договору найму), регулюються трудовим правом. Службово-трудова відносини працівників органів внутрішніх справ, Служби безпеки, Збройних Сил та інші виникають за фактом вступу на службу і регламентуються відповідно спеціальним (не трудовим) законодавством. Праця засуджених можлива лише за вироком суду, який і є тим правопороджуючим фактом, на підставі якого виникають трудові відносини, і вони не належать до сфери дії трудового законодавства.

Трудове законодавство покликане регулювати лише трудові відносини найманої праці, тобто ті, які складаються в результаті укладення трудового договору у його різноманітних формах і видах.

Функціональна спрямованість чинного КЗпП так само не відповідає соціальній сутності трудових відносин ринкової економіки.

Вітчизняне законодавство про працю зорієнтоване передусім на забезпечення інтересів виробництва, тобто має на меті виконання так званої виробничої функції. Натомість у всьому цивілізованому світі трудове законодавство забезпечує у першу чергу захист інтересів найманих працівників. Норми цього законодавства створюють рівні можливості для реалізації громадянами своєї здатності працювати. Обмежуючи ступінь експлуатації і закріплюючи мінімальний рівень гарантій оплати праці, відпочинку, соціального забезпечення тощо, трудове законодавство гарантує особі можливості відчувати себе повноправним громадянином своєї держави.

Не менш важливою умовою здійснення реформи трудового законодавства є також обмежена регулятивна спроможність норм чинного КЗпП. Прийнятий у 1971 році КЗпП, був покликаний забезпечити перш за все правове регулювання трудових відносин на великих підприємствах з достатньо великою кількістю працюючих. Його норми на той час не завжди легко було застосовувати щодо регулювання трудових відносин, які склалися у невиробничій сфері (освіта, наука, культура, медицина тощо). В сучасних умовах, коли значного поширення набуло мале підприємництво у різних формах власності та сфері послуг, значна частина норм трудового законодавства нерідко суттєво заважає належному правовому регулюванню трудових відносин найманих працівників цього сектора економіки.

Потребує вдосконалення понятійний апарат чинного Кодексу законів України про працю.

Сучасні підходи до кодифікаційних процесів вимагають чіткого формулювання основних правових понять відповідної галузевої системи норм. Без належного визначення тих понять, якими оперує трудове законодавство, не можна добитися ефективності правового забезпечення трудових відносин у сучасний період.

Не виклавши у новому Кодексі дефініції таких основних понять, як працівник, роботодавець, трудовий договір, робочий час, час відпочинку, оплата праці, трудові спори тощо, ми і далі будемо вважати стороною трудового договору “уповноважений орган”, визначати матеріальну відповідальність працівника перед “підприємством, установою, організацією”, а “перерву для годування дитини” долучатимемо до часу відпочинку. При цьому розкриття змісту цих понять має відбуватись на початку відповідних розділів нового Кодексу.

Проблемою, що зумовлює підготовку нового Кодексу, є, безумовно, невідповідність багатьох норм чинного КЗпП принципам правового регулювання.

Це стосується і згаданої вже статті 3, яка визначає сферу КЗпП та багатьох інших статей цього кодексу. Якщо, наприклад, роботодавець має право розірвати трудовий договір з працівником (ст.ст.40-41), то чому, аби його реалізувати, необхідно отримати для цього згоду профспілкового органу (ст.43)? А щоб запровадити п'ятиденний чи шестиденний робочий тиждень, треба зробити це спільно з профспілковим органом, врахувати при цьому специфіку роботи, з'ясувати думку трудового колективу та ще й погодити з місцевою Радою депутатів (ст.52)!

Такими ж недоречними з точки зору сьогодення є вимоги про обов'язкове погодження проведення надурочних (екстраординарних!) робіт із профспілковим органом (ст.64). А неоскаржуваність його рішення про відмову у наданні згоди на звільнення працівника за ініціативою роботодавця суперечить не тільки загальноправовим принципам, а й внутрікорпоративним засадам організації і діяльності громадських формувань. Підкреслимо, що перегляд таких положень зовсім не означає обмеження прав профспілок. Йдеться насамперед про звільнення профспілок від виконання функцій, які їм не притаманні, з тим, щоб вони більш ефективно вирішували питання правового захисту працівників.

Отже, головною причиною необхідності прийняття нового Кодексу є невідповідність положень чинного КЗпП вимогам ринкової економіки, які неможливо подолати шляхом внесення часткових змін до нього. Саме тому мова має йти не про нову редакцію чинного КЗпП, а про новий Кодекс, який повинен бути побудований на принципово інших ідеологічних засадах і з новою структурою, тобто про проведення нової "ринкової" кодифікації законодавства України про працю.

Разом із тим, варто зазначити, що внаслідок тривалого поступового розвитку трудового законодавства у даний час в Україні склались певні правові умови для проведення реформування трудового законодавства. До таких умов можна віднести:

1) 10-річний досвід законодавчої роботи в умовах переходу до ринкової економіки, який, до речі, і призвів до появи численних законодавчих актів з окремих інститутів трудового права, оскільки частина положень Законів України "Про колективні договори і угоди" (в частині колективних угод), "Про оплату праці" (також у частині регулювання оплати праці у колективних угодах), весь Закон "Про порядок вирішення колективних трудових спорів (конфліктів)" просто не могла бути вписаною у структуру чинного КЗпП. Варто звернути увагу і на те, що у цей час у

Пилипенко П.Д. Прийняття нового Трудового кодексу – об'єктивна вимога часу

країні утвердились ідеї соціального партнерства у трудових відносинах, визначились його головні учасники – профспілки, уряд і роботодавці та почали працювати механізми соціального партнерства. Крім цього, у роботі над новим Кодексом слід врахувати також досвід попередньої спроби нової кодифікації законодавства України про працю;

2) прийняття нової Конституції України 28 червня 1996 року, у якій дано нове формулювання права на працю (ст.43), що має стати конституційною основою нового кодифікаційного акта законодавства України про працю, а також закріплені на конституційному рівні право на відпочинок (ст.45), право на страйк (ст.44) тощо;

3) прийняття нового Цивільного кодексу України та Господарського кодексу України, де визначаються організаційно-правові форми юридичних осіб, від яких певним чином залежать особливості правового регулювання трудових відносин та умови праці. Разом із тим, відсутність узгодженої редакції цих кодексів дещо ускладнює роботу над новим Кодексом, оскільки, наприклад, новий ЦК прямо не передбачає існування приватних підприємств, а в Господарському кодексі така організаційно-правова форма підприємництва є, що може певним чином вплинути на особливості регулювання трудових відносин. Крім цього, треба мати на увазі, що п.1 ст.9 нового Цивільного кодексу України передбачає, що його положення застосовуються до трудових відносин, якщо вони не врегульовані іншими актами законодавства. Це може призводити до зниження рівня законодавчого захисту трудових прав громадян України;

4) оголошення курсу на інтеграцію України до Європейського Союзу, що надає можливість використання законодавства ЄС, а також законодавства країн, які готуються до вступу до Європейської Спільноти, щодо регулювання трудових відносин та врахування у національному законодавстві нових тенденцій правового регулювання праці в умовах глобалізації економіки з урахуванням досвіду МОП;

5) прийняття нових кодексів у ряді держав – республік колишнього СРСР, практика підготовки та користування якими має бути використана в Україні, оскільки економіки наших країн перебувають на досить близьких позиціях за рівнем свого розвитку.

Наведені теоретичні узагальнення щодо об'єктивних чинників реформування трудового законодавства дають підстави для висновку про необхідність приведення законодавства, яким регулюються відносини найманих працівників, у відповідність з Конституцією України, міжнародними стандартами у сфері праці та становленням у нашій державі ринкової економіки.

1. Бару М. Створимо новий трудовий кодекс // Право України. – 1992. – № 10; До проекту Кодексу України про працю // Право України. – 1998. – № 3.
2. Пилипенко П. Кодифікаційні процеси у сфері трудового права // Матеріали 9-ї регіональної конференції “Проблеми державотворення і захисту прав людини”. – Львів, 2003.

P. Pylypenko

#### ADOPTING OF THE NEW LABOUR CODE IS THE OBJECTIVE REQUIREMENT OF THE PRESENT PERIOD

In the article the author describes the questions concerned to draft Labour Code. He reveals an objective and subjective reasons which point to the necessity of implementation of market economy principles into the new Labour Code. And the Labour Code will be the very significant juridical statement which will regulate the labour relations. The author proves that only the Code will properly regulate this sphere of relationships in a unitary state. Separate laws can do it neither.

*В. Бурак*

#### НОРМАТИВНО-ПРАВОВІ АКТИ, ЯКІ РЕГУЛЮЮТЬ ВИРІШЕННЯ ТРУДОВИХ СПОРІВ

В умовах реформування законодавства про працю необхідними є наукові дослідження загальнотеоретичних засад правового регулювання трудових і тісно пов'язаних з ними відносин, серед яких не останнє місце належить проблемі джерел трудового права. Важливість дослідження джерел трудового права обумовлена і суто практичними інтересами, оскільки у цій сфері накопичилось чимало проблем, які в основі своїй не сприяють правильному застосуванню чинного трудового законодавства при вирішенні трудових спорів.

Проблему джерел трудового права в тій чи іншій мірі досліджували П.Д.Пилипенко [1], Г.І.Чанишева [2, с.79], В.І.Прокопенко [3, с.82-83].

Проблему нормативно-правових актів, які регулюють порядок вирішення трудових спорів у науці трудового права Росії, в тій чи іншій мірі досліджували В.М.Толкунова [4], О.М.Куренной [5] та деякі інші автори. На жаль, в Україні проблема нормативно-правових актів, які регулюють порядок вирішення трудових спорів, не досліджувалася.

Правові основи вирішення трудових спорів встановлює Конституція України. У ній передбачено право на працю, на страйк для захисту економічних і соціальних інтересів, а також право на об'єднання у профспілки з метою захисту трудових і соціально-економічних прав та

інтересів. При цьому у Конституції проголошені гарантії реалізації цих прав.

Основоположними нормами при вирішенні індивідуальних трудових спорів є норми ст.ст.55 і 124 Конституції України, які встановлюють право судового захисту порушених прав та законних інтересів працівників, а також встановили правило, за яким правосуддя в Україні здійснюється виключно судами, юрисдикція яких поширюється на всі правовідносини, що виникають у державі, у тому числі при вирішенні трудових спорів.

Що ж стосується колективних трудових спорів, то норма ст.44 Конституції України передбачила лише право працюючих на страйк. При цьому вказується, що порядок здійснення права на страйк встановлюється законом.

У Конституції України встановлено правило, за яким чинні міжнародні договори, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України, є частиною національного законодавства України.

Що стосується розгляду трудових спорів, то такими міжнародними актами є конвенції і рекомендації Міжнародної організації праці.

Зокрема, рекомендація МОП “Про розгляд скарг на підприємстві з метою їх вирішення” рекомендувала державам – учасницям МОП встановити правила розгляду індивідуальних трудових спорів, а також встановила загальні принципи їх вирішення: доступність, без шкоди для працівника, своєчасний розгляд, обов'язковість вирішення спору шляхом прямих взаємних переговорів, вирішення спору у порядку, визначеному національним законодавством, можливість звернення до судових органів.

Конвенція МОП “Про припинення трудових відносин з ініціативи роботодавця” передбачає процедуру оскарження звільнення. Аналогічно, процедуру оскарження передбачила конвенція МОП “Про охорону заробітної плати”.

Велику увагу Міжнародна організація праці приділяє колективним трудовим спорам. Це проявляється у прийнятті ряду конвенцій: “Про сприяння колективним переговорам”, “Про свободу об'єднань і захист права об'єднуватись у профспілки”, “Про застосування принципів права на об'єднання у профспілки і на ведення колективних переговорів”, “Про захист прав представників працівників на підприємствах і надаваних їм можливостях”.

Вказані конвенції регламентують загальний порядок і принципи ведення колективних переговорів при вирішенні колективних трудових спорів, а також гарантії для працівників та їх представників при вирішенні цих спорів.

На рівні законів порядок вирішення індивідуальних трудових спорів регулюється відповідною главою КЗпП України. Норми глави XV

“Індивідуальні трудові спори” встановлюють компетенцію органів, які розглядають ці спори, а також регулюють досудовий порядок розгляду спорів та деякі особливості їх розгляду судом.

При розгляді індивідуальних трудових спорів суд застосовує відповідні норми не лише трудового, але й цивільно-процесуального права. Це стосується визначення підсудності, звернення до суду, судового розгляду і винесення рішення. За загальним правилом, суд при розгляді трудового спору керується нормами цивільно-процесуального права, але якщо норми законодавства про працю встановлюють винятки, то застосовуються норми трудового законодавства. Це, зокрема, стосується термінів звернення до суду, особливостей розгляду справ про поновлення на роботі і стягнення заробітної плати, а також виконання судового рішення.

Що ж стосується розгляду індивідуальних трудових спорів прокурорсько-слідчих працівників і суддів, то необхідно керуватися нормами спеціального законодавства, зокрема, Законом України “Про прокуратуру”, “Про статус суддів”, “Про Вищу Раду юстиції”. Вказані закони встановлюють особливий порядок розгляду спорів даних категорій працівників.

Розгляд колективних трудових спорів регулюється Законом України “Про порядок вирішення колективних трудових спорів (конфліктів)”, який врегулював порядок виникнення колективного спору, проведення процедур примирення, а також порядок оголошення і проведення страйку. Важливим є встановлення правових гарантій для працівників, які беруть участь у страйку. В цілому Закон спрямований на попередження страйку. Основне завдання закону є вирішення колективного спору на стадії процедур примирення.

Важлива роль у вирішенні колективних трудових спорів належить Указу Президента України “Про утворення Національної служби посередництва і примирення”, яким цю службу утворено і затверджено положення про неї.

У деяких випадках норми про трудові спори містяться у постановах Кабінету Міністрів України, зокрема, якщо встановлюється порядок оскарження дій відповідних державних органів або встановлюється порядок проведення службового розслідування при розгляді спорів державних службовців.

Докладно врегульовано проведення процедур примирення при вирішенні колективних трудових спорів актами Національної служби посередництва і примирення. Відповідно до Положення про Національну службу посередництва і примирення, затвердженого Указом Президента України від 17 листопада 1998 року, вона у межах своєї компетенції

розробляє і затверджує положення, інструкції та інші нормативні акти щодо діяльності НСПП та здійснення примирних процедур.

Керуючись вказаною нормою, Національна служба врегулювала порядок роботи примирних комісій, порядок роботи трудових арбітражів, порядок реєстрації вимог найманих працівників і колективних трудових спорів, порядок діяльності незалежних посередників, а також багато інших питань, які виникають при проведенні примирних процедур.

Надзвичайно важлива роль при розгляді трудових спорів належить рішенням і висновкам Конституційного Суду України, а також постановам Пленуму Верховного Суду України.

Конституція України наділяє Конституційний Суд правом вирішувати питання про відповідність законів та інших правових актів Верховної Ради України, актів Президента України і Кабінету Міністрів України, правових актів Верховної Ради Автономної Республіки Крим Конституції України, а також офіційного тлумачення Конституції України та законів України. У навчальній літературі висловлювалась думка про те, що у тих випадках, коли Конституційний Суд України дає офіційне тлумачення законів про працю, його рішення слід визнати джерелами трудового права [6, с.79]. Така позиція видається правильною. Але постає запитання, а як бути з рішеннями і висновками Конституційного Суду України про конституційність чи неконституційність законів та інших правових актів? Чи є вони джерелами трудового права?

Відповідно до норми ч.ІІ ст.152 Конституції України закони, інші правові акти або їх окремі положення, що визнані неконституційними, втрачають чинність з дня ухвалення Конституційним Судом рішення про їх неконституційність. Якщо Конституційний Суд може прийняти рішення, за яким закон чи інший правовий акт втрачає чинність, то такі рішення також необхідно визнати джерелом права.

Велике значення для правильного і однакового застосування законодавства при розгляді індивідуальних трудових спорів мають постанови Пленуму Верховного Суду України. Сюди необхідно віднести постанови Пленуму Верховного Суду України “Про практику розгляду судами трудових спорів” від 6 листопада 1992 року, “Про судову практику у справах про відшкодування шкоди, заподіяної підприємствам, установам, організаціям їх працівниками” від 29 грудня 1992 року, “Про судову практику у справах про відшкодування моральної (немайнової) шкоди” від 31 березня 1995 року, “Про застосування Конституції України при здійсненні правосуддя” від 1 листопада 1996 року, “Про практику застосування судами законодавства про оплату праці” від 24 грудня 1999 року і деякі інші.

У науковій літературі існують діаметрально протилежні думки з приводу питання про юридичну природу керівних роз'яснень Пленуму Верховного Суду України. Так, Р.З.Лівшиць [7, с.59], В.І.Прокопенко [8, с.82-83] вважають їх джерелами трудового права. Інші ж автори, зокрема К.Н.Гусов, В.М.Толкунова, вважають, що постанови Пленуму Верховного Суду РФ не є джерелом трудового права [9, с.24].

Загальноприйнятою є думка про те, що суди можуть вирішувати конкретні справи, застосовуючи керівні роз'яснення Пленуму Верховного Суду [10, с.153]. Приймаючи те чи інше керівне роз'яснення, він дає підставу до єдиного розуміння і застосування правових норм. Крім того, у багатьох своїх постановках Пленум Верховного Суду України фактично створював нові правові норми. Це стосується випадків визнання недіючими правил статей 32, 33, 34 КЗпП України, відомчих положень або статутів про дисципліну, які передбачали можливість тимчасового переведення працівника без його згоди на іншу роботу, встановлення правила про те, що при визначенні розміру матеріальної шкоди, заподіяної працівниками самовільним використанням в особистих цілях технічних засобів, що належать підприємствам, з якими вони перебувають у трудових відносинах, слід керуватися нормами цивільного законодавства, а не законодавства про працю, як це передбачено ст. 134 КЗпП України. Вказані норми, без сумніву, є джерелами трудового права.

Як бачимо, нормативно-правові акти, які регулюють порядок вирішення трудових спорів, є різноманітними і включають у себе як акти, що регулюють процесуальний порядок їх вирішення, так і акти, які містять норми матеріального права.

1. Пилипенко П.Д. Проблеми теорії трудового права. – Львів, 1999.
2. Трудове право України. Підручник / За ред. Н.Б.Болотіної, Г.І.Чанишевої. – К., 2000. – С.79.
3. Прокопенко В.І. Трудове право України. – Харків: Консум, 1998. – С.82-83.
4. Толкунова В.М. Трудовые споры и порядок их разрешения. – М., 1999.
5. Куренной А.М. Трудовые споры: практический комментарий. – М., 2001.
6. Трудове право України. Підручник / За ред. Н.Б.Болотіної, Г.І.Чанишевої. – К., 2000. – С.79.
7. Трудовое право России / Отв. ред. Р.З.Лившиц, Ю.П.Орловский. – М., 1998. – С.59.
8. Прокопенко В.І. Трудове право України. – Харків: Консум, 1998. – С.82-83.
9. Гусов К.Н., Толкунова В.Н. Трудовое право России. – М., 1997. – С.48; Толкунова В.Н. Трудовые споры и порядок их разрешения. – М., 1999. – С.24.
10. Общая теория государства и права: Академический курс в 2-х томах / Под ред. проф. М.Н.Марченко. – М., 1998. – Т.2. – С.153.

V.Burak

#### THE LEGAL STATEMENTS THAT REGULATE THE PROCESS OF LABOUR DISPUTES CONSIDERATION

In the article the author analyses the notion and kinds of the legal statements that regulate the process of labour disputes consideration. He gives the classification of such disputes, examines the issue of decisions of the Constitutional Court of Ukraine as the sources of law as well as the judicial application of the decisions of the Plenum of the Supreme Court of Ukraine.

*О. Кульчицька*

#### ДО ПИТАННЯ ПРО ДІЄЗДАТНІСТЬ ГРОМАДЯН ЗА ПРАВОМ СОЦІАЛЬНОГО ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ

На сучасному етапі реформування системи законодавчих актів України зазнає суттєвих змін і законодавство про соціальне забезпечення: впроваджуються нові види соціального забезпечення, змінюються підстави та умови отримання тих його видів, які були введені раніше. Встановлюючи коло суб'єктів права на відповідний вид соціального забезпечення, чинне в цій сфері законодавство не містить положень щодо врегулювання правоздатності та дієздатності громадян як загальних передумов для правоволодіння і правореалізації у сфері соціального забезпечення. Усунути цю прогалину зможе Соціальний кодекс, який повинна прийняти Верховна Рада України. Але спершу необхідно теоретично обґрунтувати зміст цих передумов та порядок їх виникнення. У даній статті ми здійснимо спробу аналізу наукових міркувань та законодавчих положень щодо змісту та виникнення дієздатності громадян за правом соціального забезпечення.

Основною формою реалізації будь-якого належного особі права (в т.ч. права на соціальне забезпечення) є правовідносини. Щоб стати учасником правовідносин, особа повинна бути наділена правосуб'єктністю, яка складає сукупність двох елементів: правоздатності (як здатності особи мати права та нести обов'язки) та дієздатності (як здатності реалізовувати свої права та обов'язки своїми самостійними діями). Правоздатність потрібна особі для володіння правом на соціальне забезпечення, а дієздатність – для реалізації належного їй права. Саме дієздатність є основною передумовою можливості особи стати суб'єктом соціально-забезпечувальних правовідносин.

При визначенні дієздатності науковці, як правило, спираються на визначення цивільної дієздатності, яке закріплене в Цивільному кодексі.



Тому загальноприйнятим у теорії права є розуміння дієздатності як здатності особи своїми діями набувати права і створювати обов'язки.

Цивільний кодекс України 2003 року дає ширше визначення дієздатності громадян. Відповідно до ч.1 ст. 30 ЦК України цивільною дієздатністю фізичної особи є її здатність своїми діями набувати для себе цивільних прав і самостійно їх здійснювати, а також здатність своїми діями створювати для себе цивільні обов'язки, самостійно їх виконувати та нести відповідальність у разі їх невиконання. Таке визначення дієздатності, на нашу думку, є виправданим. Однак слід зауважити, що дієздатна особа не завжди набуває права та створює обов'язки виключно для себе. Часто вона використовує свою дієздатність для здійснення прав осіб, які не наділені повною дієздатністю.

Аналізуючи ці два законодавчі визначення з позицій права соціального забезпечення, хочемо зауважити, що для набуття особою права на деякі види соціального забезпечення жодних дій вчиняти не потрібно (наприклад, право на допомогу дітям-інвалідам виникає в особи, яка народилася із вродженими дефектами або внаслідок захворювання чи наслідків травми може бути визнана дитиною-інвалідом; право на соціальну пенсію має особа, яка не працює і не має права на трудову пенсію, але в силу закону підлягає пенсійному забезпеченню тощо). Але для того, щоб здійснити будь-яке таке право, необхідно вчинити ряд дій (щонайменше звернутися у відповідний орган із заявою про призначення відповідного виду соціального забезпечення). Тому правомірним є включення у визначення дієздатності громадян за правом соціального забезпечення здатності особи самостійно здійснювати право на соціальне забезпечення, виконувати обов'язки та нести відповідальність у разі їх невиконання.

Отже, дієздатність громадян за правом соціального забезпечення – це їх здатність своїми діями набувати для себе та осіб, яких вони зобов'язані представляти, прав на соціальне забезпечення і самостійно їх здійснювати, а також здатність своїми діями створювати обов'язки у цій сфері, самостійно їх виконувати та нести відповідальність у разі їх невиконання.

Аналізуючи поняття дієздатності, ряд учених вказує на те, що на відміну від правоздатності, яка є природною властивістю людини, дієздатність є юридичною властивістю тому, що встановлюється законом [1, с. 142; 2, с. 343; 3, с. 30; 4, с. 42]. Дана позиція, як нам видається, є правильною. Дієздатність, як здатність своїми діями набувати та здійснювати права і самостійно виконувати обов'язки, передбачає можливість усвідомлювати свої дії та керувати ними. Очевидно, що така можливість не виникає з народження. Вона приходить зі знанням, досвідом, який набувається з віком. Тому момент виникнення дієздатності повинен

встановлюватися централізованим законодавством для всіх громадян. У більшості галузей права (зокрема, в цивільному, трудовому, кримінальному, адміністративному) такий момент визначається галузевим законодавством. І це видається правильним.

Коли ж виникає дієздатність громадян за правом соціального забезпечення? Оскільки галузеве законодавство не містить відповідних положень, спробуємо дати відповідь на це запитання на основі аналізу теоретичних міркувань та чинного законодавства.

Одні науковці вважають, що дієздатність громадян за правом соціального забезпечення виникає неодноразово і залежить від виду соціально-забезпечувальних правовідносин [5, с.84; 6, с.95; 7, с.27; 8, с.142, 149]. В одних випадках дієздатність громадян за правом соціального забезпечення виникає одночасно із цивільною (напр., при реалізації права на будь-який вид державної допомоги), в інших – одночасно з трудовою дієздатністю (у випадках реалізації права на будь-який вид страхової допомоги), ще в інших – в інший момент (напр., при реалізації права на трудову пенсію за віком дієздатність громадян виникає одночасно з виникненням відповідного права).

Б.І.Сташків вважає, що у праві соціального забезпечення повна дієздатність настає з 16 років; пов'язана з отриманням паспорта та виникненням трудової дієздатності [4, с.42]. Концептуально погоджуючись з позицією науковця в тому, що дієздатність громадян за правом соціального забезпечення виникає в один момент (а саме – з досягненням відповідного віку), хочемо зробити декілька зауважень. По-перше, вказавши, що повна дієздатність громадян за правом соціального забезпечення настає з 16 років, Б.І.Сташків не визначає поняття та порядку виникнення неповної дієздатності громадян за цим правом. По-друге, поєднання моменту виникнення дієздатності громадян за правом соціального забезпечення з настанням трудової дієздатності є спірним. Адже серед представників науки трудового права немає єдиного підходу до визначення моменту настання трудової дієздатності. Так, П.Д.Пилипенко вважає, що повна трудова дієздатність громадян настає з досягненням 18-річного віку [1, с.149]. Натомість О.С.Реус обґрунтовує, що трудова дієздатність виникає з моменту початку особою власної трудової діяльності, який слід пов'язувати з появою здатності до систематичної регламентованої нормами права праці, тобто з досягненням чотирнадцятирічного віку [9, с.9].

Спробуємо дати відповідь на поставлене вище запитання. Новонароджена дитина, будучи наділена правом на матеріальну допомогу в разі втрати годувальника, не може самостійно реалізувати таке право. Від її імені таке право реалізують своїми діями її законні представники

(батьки, усиновителі чи опікуни), які відповідно до законодавства про соціальне забезпечення здійснюють всі необхідні юридичні дії для отримання неповнолітньою особою відповідного виду соціального забезпечення. Звідси виникає висновок про те, що так само, як і за цивільним правом, за правом соціального забезпечення неповнолітні особи вважаються дієздатними не в повній мірі. Однак, на відміну від цивільного права, в праві соціального забезпечення не виділяють часткової та мінімальної дієздатності неповнолітніх. Тому ми робимо висновок, що неповнолітні особи за правом соціального забезпечення є повністю недієздатними, а дієздатність громадян за правом соціального забезпечення виникає з досягненням 18-річного віку. На підтвердження цього висновку можна навести положення ч.2 ст.8 Закону України “Про державну соціальну допомогу інвалідам з дитинства та дітям-інвалідам” від 16 листопада 2000 року: “Заява про призначення державної соціальної допомоги інваліду I чи II групи, який визнаний недієздатним, а також на дитину-інваліда подається одним із батьків, усиновителем, опікуном або піклувальником за місцем свого проживання”. Дана правова норма приводить нас до ще одного важливого висновку щодо дієздатності громадян за правом соціального забезпечення – особи, які відповідно до цивільного законодавства визнані в судовому порядку недієздатними, вважаються недієздатними і за правом соціального забезпечення.

Разом із тим, положення названого Закону наводять на деякі міркування. Відповідно до цього Закону та інших актів законодавства України особа вважається дитиною-інвалідом до досягнення 16-річного віку. Після цього така особа повинна пройти огляд у медико-соціальної експертній комісії, висновком якої їй встановлюється група інвалідності. З цього моменту така особа визнається інвалідом з дитинства та може реалізувати своє право на відповідну допомогу самостійно. Однак відповідно до Конвенції про права дитини від 20 листопада 1989 року, яка, будучи ратифікована Україною, стала частиною національного законодавства, та відповідно до Закону України “Про охорону дитинства” від 26 квітня 2001 року особа вважається дитиною до досягнення 18 років. Тому, на нашу думку, вік настання дієздатності прив’язаний до цього моменту. Отже, виникає така ситуація, коли після досягнення 16 років громадянин перестає визнаватися дитиною-інвалідом, але до досягнення 18 років все ще визнається дитиною. Така позиція законодавця, на нашу думку, є необґрунтованою. Тому в цій частині національне законодавство необхідно привести у відповідність до міжнародних стандартів.

Повертаючись до розгляду питання про момент виникнення дієздатності громадян за правом соціального забезпечення, хочемо зауважити,

що й інші положення про виникнення цивільної дієздатності діють і в праві соціального забезпечення. Зокрема, це стосується положень про дострокове (тобто до досягнення 18-річного віку) виникнення дієздатності громадян. У чинному на даний момент Цивільному кодексі (від 1963 року) передбачено один такий випадок: у випадках, коли законом дозволяється одружуватися до досягнення 18-річного віку, громадянин, який не досяг 18-річного віку, набуває дієздатності в повному обсязі з моменту одруження (ч.2 ст.11 ЦК УРСР). Зрозуміло, що право на отримання будь-якого виду державної допомоги сім'ям з дітьми особа, яка одружилася й народила дитину до досягнення 18-річного віку, буде реалізовувати самостійно, а не через своїх законних представників. У зв'язку з цим можна назвати ще один випадок дострокового виникнення дієздатності громадян за правом соціального забезпечення, а саме – набуття до досягнення 18-річного віку дієздатності особою, яка записана матір'ю або батьком дитини. Цей випадок передбачений у новому Цивільному кодексі України, який, крім того, допускає надання повної цивільної дієздатності фізичній особі, яка досягла 16 років і працює за трудовим договором. На нашу думку, дане положення діє і в праві соціального забезпечення. Адже особи до 18 років, які працюють за трудовим договором, реалізують своє право на допомогу в разі тимчасової непрацездатності самостійно.

З цього приводу хочемо звернутися до ще однієї статті Цивільного кодексу, яка прямо регулює обсяг дієздатності громадян за правом соціального забезпечення. Маємо на увазі ч. 2 ст.15 Цивільного кодексу УРСР, яка передбачає, що громадянин, який обмежений судом у дієздатності на підставах і в порядку, визначених законом, може одержувати заробітну плату, пенсію та інші види доходів і розпоряджатися ними лише за згодою піклувальника. Отже, такий громадянин обмежується в дієздатності за правом соціального забезпечення прямою вказівкою закону на підставі рішення суду.

Завершуючи розгляд питання дієздатності, потрібно наголосити, що дієздатність громадян за правом соціального забезпечення виникає з 18 років, а у випадках, передбачених законодавством, – до досягнення цього віку.

1. Пилипенко П.Д. Проблеми теорії трудового права: Монографія. – Львів: Видавничий центр Львівського національного університету імені Івана Франка, 1999. – 214 с.
2. Теория государства и права. Учебник для юридических вузов и факультетов / Под ред. В.М.Корельского, В.Д.Перевалова. – М.: Издательская группа НОРМА-ИНФРА, 1999. – 570 с.
3. Нечаева А.М. О правоспособности и дееспособности физических лиц // Государство и право. – 2001. – № 2. – С. 29-34.

4. Сташків Б.І. Суб'єкти правовідносин у сфері соціального забезпечення // Право України. – 2003 – №2 – С. 39-44.
5. Советское право социального обеспечения / Под ред. Зайкина А.Д. – М., 1982. – 374 с.
6. Иванова Р.И. Правоотношения по социальному обеспечению в СССР. – М., 1986. – 243 с.
7. Бурак В.Я., Синчук С.М. Право соціального забезпечення України. Курс лекцій для студентів. – Вид.1-е. – Львів, 2002. – 211 с.
8. Захаров М.Л., Тучкова Э.Г. Право социального обеспечения России: Учебник. 2-е изд., испр. и перераб. – М.: Изд-во БЕК, 2002. – 560 с.
9. Реус О.С. Правове регулювання трудової діяльності неповнолітніх в Україні / Автореф. дис на здобуття наук. ст. канд. юрид. наук. – Харків, 2003. – 19 с.

О. Kulchytska

#### TO THE ISSUE OF CITIZENS' CAPABILITY PROVIDED BY THE SOCIAL LAW

In the article the author analyses the different points of view on the citizens' capability provided by the social law. She gives the definition of the citizens' capability in this sphere based on the provisions of the newly approved Civil Code of Ukraine. She substantiates that the citizens' capability by this law arises from 18 years old, in some cases – before this age.

## ПРОБЛЕМИ КРИМІНАЛЬНОГО ПРАВА І КРИМІНОЛОГІЇ

М.Б. Бучко

### ТІНЬОВА ЕКОНОМІКА ЯК СОЦІАЛЬНО-ЕКОНОМІЧНЕ ПІДґРУНТЯ СУЧАСНОЇ КОРИСЛИВОЇ ЕКОНОМІЧНОЇ ЗЛОЧИННОСТІ

Вельми небезпечним фактором для прогресивного економічного і політичного розвитку держави є наявність тіньової економіки. Для України, яка сьогодні перебуває у стані складних, суперечливих за своїм змістом, неоднозначних за наслідками процесів реформування, вона набула доленосного значення. Адже йдеться про національну безпеку держави, благополуччя і життя громадян. За окремими даними вітчизняних експертів, 40-48% економічного потенціалу України знаходиться в тіні. Відповідно, за оцінками спеціалістів Світового банку та Європейського банку реконструкції і розвитку, в Україні в тіні виробляється понад 60% продукції [1, с.17]. Небезпечність тіньової економіки для держави посилюється також і тим, що в ній домінує так звана кримінальна складова.

Розмежування економічного простору на легальний, офіційно дозволений, і нелегальний, паралельний, прихований, двоїстість усього економічного простору набули відносно відчутних меж уже на стадії формування ранніх держав.

На протигагу цьому системні дослідження явищ тіньової економіки з'явилися лише в кінці 70-х років минулого століття.

Однією з перших фундаментальних праць із цих проблем стала робота П.Гутманна (США) "Підпільна економіка" (1977 р.), у якій увага зверталася на неприпустимість ігнорування її масштабів і ролі. У 1983 році в м.Белфелді була проведена перша міжнародна конференція з проблем тіньової економіки, на якій було представлено близько 40 доповідей, що торкалися проблем тіньової економіки в умовах різних систем господарювання.

У 1991 році у Женеві пройшла конференція європейських статистиків, присвячена прихованій і неформальній економіці. За її результатами опубліковано спеціальний посібник зі статистики тіньової економіки в країнах з ринковою системою господарювання.

У вітчизняній науці й економічній практиці зацікавлення проблемами тіньової економіки чітко проявилось у 80-і роки. Це було обумовлено як соціально-економічними причинами, пов'язаними зі зростанням її ролі в народному господарстві і криміналізацією, так і ідеологічними причинами.

ми. Останні проявилися в стимулюванні керівництвом країни наукових досліджень, спрямованих на виявлення деформацій і дискредитацію командної системи державного управління.

На сьогодні єдиного загальноприйнятого універсального поняття “тіньової економіки” не сформульовано. Різноманіття позицій зумовлено, як правило, невизначеністю в характері розв’язуваних авторами теоретичних і прикладних задач, а також у методології і методиці дослідження.

Більшість дослідників при вивченні тіньової економіки беруть за основу: фундаментальний теоретичний аналіз, статистичну оцінку, оптимізацію соціально-економічної політики, вдосконалення правоохоронної діяльності, забезпечення економічної безпеки [2, с.73].

Можливо, найбільш повно та ґрунтовно визнається поняття “тіньової економіки” залежно від того, який підхід лежить в основі такого вивчення – теоретичний чи операційний.

При теоретичному підході, характерному більшою мірою для вітчизняних дослідників, тіньова економіка розглядається як економічна категорія, що відображає складну систему економічних відносин.

Для операційного підходу, більш властивого закордонним дослідникам, характерне визначення тіньової економіки через дії, що пов’язані з її соціальною оцінкою. Цей підхід застосовується при вирішенні прикладних, статистичних задач, формулюванні рекомендацій щодо вдосконалення законодавства і коригування соціально-економічної політики.

У методологічному плані істотно розрізняються економічний, соціологічний, кібернетичний і правовий підходи при дослідженні тіньової економіки.

Особливістю економічного підходу є вивчення впливу тіньової економіки на ефективність економічної політики, розподіл і використання економічних ресурсів, розробка надійних методів її оцінки і вимірювання.

Соціологічні концепції тіньової економіки розглядають цю сферу з огляду взаємодії соціальних груп, що розрізняються положенням у системі тіньових інститутів, мотивами економічної поведінки суб’єктів у значущих ситуаціях.

У рамках кібернетичної концепції тіньова економіка тлумачиться як саморегульована і керована система, розробляються економіко-математичні моделі прогнозування і управління тіньовою економікою, закономірності її розвитку і взаємодії з офіційним сектором.

У рамках правових концепцій тіньова економіка розглядається як особлива сфера деліквентної поведінки (у тому числі злочинної). Основна увага звертається на дослідження суспільно небезпечних форм економічної

діяльності, попередження правопорушень і боротьбу з ними правовими засобами (кримінологічний і кримінально-правовий контроль).

Складність і важливість проблем тіньової економіки стимулюють також розвиток міждисциплінарного підходу з її дослідження.

Розуміння тіньової економіки різними її дослідниками значною мірою визначається вибором основного критерію віднесення економічних відносин до цієї сфери.

Критеріями віднесення економічних явищ до тіньової сфери можуть бути такі елементи [3, с.49]:

- незаконні економічні відносини у сфері легальної економічної діяльності (економічна злочинність і адмінделікти);
- прихована економіка – дозволена законом діяльність, що офіційно не показується чи зменшується суб’єктами господарювання з метою ухилення від сплати податків, внесення соціальних платежів або від виконання визначених законом зобов’язань;
- сфера нелегального бізнесу, пов’язаного з виробництвом, реалізацією і споживанням нормальних товарів і послуг без ліцензії і спеціального дозволу;
- сфера нелегального бізнесу, пов’язаного з виробництвом, реалізацією і споживанням заборонених товарів і послуг, при якому має місце трудовий процес, а товари, що випускаються, і послуги мають ефективний ринковий попит;
- сфера кримінального промислу, у рамках якої кримінальні доходи отримуються на базі систематичного здійснення традиційних загальнокримінальних злочинів (професійна злочинність);
- сфера послуг, пов’язаних із застосуванням чи погрозою застосування насильства в економічних відносинах (вбивства на замовлення, кримінальний тероризм). Мета цього виду діяльності – силове забезпечення функціонування кримінальної економіки, придушення конкуренції і соціального контролю насильницькими методами за допомогою вчинення загальнокримінальних злочинів. Розвиток цієї сфери пов’язаний з комерціалізацією загальнокримінальної насильницької злочинності;
- сфера створення, тлумачення, застосування, виконання тіньових (неформальних) норм, що регулюють сферу кримінальної економічної діяльності;
- незаконні економічні відносини в системі державної служби у зв’язку зі здійсненням економічної діяльності, прийняттям і виконанням економічно значущих рішень.

Серед тіньових операцій у сфері легальної економіки можна виділити:

а) господарські операції (технологічні, виробничі, трудові, маркетингові, збутові, операції з матеріально-технічного забезпечення, торгівлі і ряд інших);

б) фінансові операції (розрахункові, кредитні, фондові, валютні, страхові);

в) облікові операції, пов'язані зі здійсненням бухгалтерського, управлінського, статистичного обліку економічної діяльності.

Залежно від мети тіньові операції в легальній економіці можуть бути спрямовані на досягнення різних цілей, серед яких найбільш важливі:

а) зниження податкового навантаження;

б) обмеження конкуренції;

в) одержання пільг, привілеїв, виняткових прав у держави, у тому числі шляхом корупції і лобювання законопроектів;

г) обмеження ризику;

д) легалізація незаконно отриманих доходів;

е) незаконне присвоєння прав на економічні блага.

Об'єктами тіньових економічних операцій є майнові і немайнові права, матеріальні, фінансові, людські, інформаційні та інші види економічних ресурсів.

Стосовно діючої бази соціально-економічних інститутів тіньові дії операції можуть носити подвійний характер:

а) зміцнення базових інститутів, забезпечення виконання ними функцій ефективнішим способом;

б) деформація, руйнування, посилення дисфункцій базових інститутів, їхнє використання в асоціальних і злочинних цілях.

При цьому дуже часто обидві цільові функції тісно взаємопов'язані і взаємозалежні.

У переважній більшості значних фінансових збитків державі і банкам у результаті таких операцій завдають шахраї, які з метою отримання позики подають до банківських установ заздалегідь неправдиві відомості щодо фінансово-господарського стану підприємств або напрямів використання коштів. Практично більшість шахрайств із фінансовими ресурсами банків пов'язана із розкраданням коштів. Питома вага таких злочинів у загальній кількості корисливих, що вчиняються в економічній сфері, складає 2,7-3,2%.

Значних матеріальних збитків державі завдають так звані "фіктивні" фірми, через рахунки яких здійснюється конвертація грошових коштів, а також їх відтік за межі держави. Так, тільки у 2000 році було виявлено 45 "конвертаційних центрів" та 513 "фіктивних" фірм, за участю яких вчинено 878 злочинів, у тому числі: 169 фактів порушення правил про

валютні операції, 129 фактів розкрадання державної і колективної власності в особливо великих розмірах, 159 – фіктивного підприємництва, 56 – шахрайств із фінансовими ресурсами.

Найбільш загальною ознакою тіньових економічних відносин є їх неконтрольованість. При цьому варто виділити різні сфери неконтрольованих економічних відносин.

По-перше, це економічна діяльність у легальному секторі, яка приховується від обліку і контролю.

По-друге, до цієї сфери може бути віднесена економічна діяльність, за здійснення якої передбачена певна юридична відповідальність. Це – економічна діяльність у нелегальному секторі (наркобізнес, порнобізнес тощо).

По-третє, до складу зазначеної сфери варто включати економічну діяльність, здійснювану без спеціальних операцій із приховання від контролю. Це – діяльність, формально не приховувана від контролю, але здійснювана в розрахунку на бездіяльність або неадекватну реакцію контролюючих і правоохоронних органів.

У структурі тіньової економіки з відомим ступенем умовності можуть бути виділені такі основні сфери чи блоки.

Продуктивний сектор (нелегальна економіка), що забезпечує реальний внесок у виробництво валового внутрішнього продукту:

а) легальні види діяльності здійснювані нелегально, наприклад, без ліцензії чи спеціального дозволу; приховане виробництво в легальній економіці;

б) нелегальна (неформальна) зайнятість, робота з найму;

в) заборонена законодавством економічна діяльність.

Перерозподільний сектор тіньової економіки включає різні злочини економічної спрямованості.

Зроблене нами дослідження соціальних, правових, моральних, соціально-психологічних аспектів сучасних корисливих злочинів у сфері економіки і практики боротьби з ними, що фіксує механізм прояву і шкідливі наслідки, дозволяє викласти специфічні особливості суспільної небезпечності цього виду злочинності. До таких особливостей відносяться:

– зростаюча технічна оснащеність злочинців;

– одночасне нанесення шкоди багатьом різномірним групам суспільних відносин;

– збільшення тіньових і загальнокримінальних структур;

– обумовлена фактором організованості особливо кваліфікована підготовка всіх супроводжуючих злочинів;

– контроль кримінальної еліти розповсюджується не тільки на організовані групи, котрі тісно пов'язані з "тіньовими" економічними, але

й на інші їх види, передусім ті, що функціонують у сфері надання незаконних послуг: гральний і порнобізнес, проституція, наркобізнес;

– включення в орбіту злочинної діяльності значного кола осіб;

– поява нових видів протиправного “промислу”;

– зростання наслідків шкоди, заподіяної корисливими економічними злочинами.

Тіньова економіка охоплює економічні суспільно небезпечні діяння трьох видів:

• криміналізовані, що передбачають кримінальну відповідальність

відповідно до чинного законодавства;

• некриміналізовані, які передбачають юридичну відповідальність

відповідно до норм інших галузей права;

• некриміналізовані, що не передбачають юридичної відповідальності внаслідок існування прогалин у законодавстві.

Отже, у складі тіньової економіки можна виділити сектори кримінальної тіньової економіки і некримінальної тіньової економіки. Однак чітко й однозначно виділити сектор некримінальної економічної діяльності практично неможливо. Причина цього – складність самого об’єкта аналізу – тіньової економіки, тісний взаємозв’язок її позитивних і негативних функцій в умовах недосконалого конкурентного середовища, необґрунтованого оподаткування, а також формальних і неформальних обмежень на відкриття і ведення бізнесу.

Загалом для оцінки рівня кримінальності тіньової економіки доцільно враховувати максимально повно як її економічну ефективність і корисність, так і деструктивний вплив. При кримінологічному підході об’єктом аналізу стає не тільки сама діяльність, а й оцінна шкала цієї діяльності, втілена в правовій системі. При цьому використовується більш могутній критерій соціально-економічної ефективності.

На закінчення необхідно відзначити також, що застосування того чи іншого підходу обумовлено характером системи господарювання і якістю системи регулювання економікою.

Формально-правовий підхід є цілком виправданим в умовах стабільної, налагодженої системи правового регулювання економіки, високого розвитку її інститутів і обмеженого втручання держави в економічне життя. Така ситуація існує у більшості промислово розвинутих країн. Більшість суспільно корисних видів бізнесу й іншої економічної діяльності може реально конкурувати при використанні методів сумлінної конкуренції. У сфері тіньової економіки виявляються кримінально орієнтовані суб’єкти або аутсайтери.

В умовах слабкої держави, відсутності нормального інституціонального середовища у сфері економіки, застосування незаконних методів стає одним із вирішальних факторів конкуренції і виживання. Поза правовим полем виявляється більшість економічних суб’єктів. У такій ситуації формально-правовий підхід не є конструктивним, бо повинен бути доповнений ширшим – економіко-кримінологічним.

Поділ тіньової економіки на кримінальний і некримінальний сектор не може бути умоглядним. Він потребує системного аналізу конкретних сфер у конкретних умовах.

Висловлені нами думки не мають на меті остаточно вирішити проблему і не претендують на беззаперечність. Вони покликані окреслити її найбільш істотні межі і стимулювати пошук раціонального рішення, обґрунтованість якого потребує повторного вивчення в умовах реальності, що постійно розвивається.

Кримінальну тіньову економіку варто розглядати і як систему соціально-економічних інститутів, тобто формальних та неформальних правил економічної поведінки, а також санкціонованих механізмів.

1. Дурдинець В.В. На злочинність – усім миром. – Київ, 1998.
2. Заркуа Л.Д. Некоторые преступные проявления теневой экономики // Правова держава . – 2000. – № 2.
3. Бучко М.Б. Сучасна корислива економічна злочинність та заходи її попередження / Дис... канд. юрид. наук. – Івано-Франківськ, 2002.

M. Buchko

#### SHADOW ECONOMY AS SOCIO-ECONOMIC BASIS OF MODERN MERCENARY ECONOMIC CRIMINALITY

Questions of shadow economy as socio-economic basis of modern mercenary economic criminality are explored in the article. The author exposes different points of view concerning the study of this phenomenon, shows its characters and ways of decision of the defined problem.

*К.Б. Марисюк*

## **КРИМІНАЛЬНО-ПРАВОВА ВІДПОВІДАЛЬНІСТЬ ЗА ПОРУШЕННЯ ЗАКОНОДАВСТВА У СФЕРІ СВОБОДИ ВІРОСПОВІДАННЯ У ДЕРЖАВАХ ПОСТРАДЯНСЬКОГО ПРОСТОРУ**

Захист основних прав та свобод людини і громадянина є первинним завданням кожної демократичної та соціальної держави. Саме на це наголошує й ст.3 Конституції України: “Права і свободи людини та їх гарантії визначають зміст і спрямованість діяльності держави... Утвердження і забезпечення прав і свобод людини є головним обов’язком держави”. І чи не найбільш важливим при цьому є дослідження кримінально-правового захисту прав людини, в тому числі й права на свободу віросповідання.

Питанням кримінально-правової відповідальності за порушення законодавства у сфері свободи віросповідання присвячували свої дослідження такі вчені, як Р.Ташакбаров, А.Алексеевський, М.Палій та ін., однак вони зосереджували свою увагу або на дуже вузьких проблемах (див., наприклад, Ташакбаров Р. Уголовная ответственность за посягательства на личность и права граждан под видом исполнения религиозных обрядов. – Омск, 1981; Палій М. Кримінологічна оцінка законодавства України про свободу совісті // Право України. – 1999. – № 12), або ж загалом охоплювали питання свободи віросповідання, окремо не досліджуючи положення кримінально-правової сфери (див., наприклад, Алексеевський А. Религиозная безопасность России: термины и определения. – М. – Белгород, 1997). Глобального ж дослідження нормативно-правової бази у цій сфері, особливо стосовно держав пострадянського простору, взагалі відсутнє. Саме тому видається важливим аналіз саме нормативно-правової бази тих держав, що виникли на території колишнього СРСР, приклад яких є найбільш характерним і значущим.

Традиційним для держав пострадянського простору є встановлення кримінальної відповідальності за порушення рівноправності громадян, в тому числі й за ознакою ставлення до релігії. Такі статті містяться у КК Грузії, КК Російської Федерації, КК Киргизької республіки, КК Республіки Узбекистан, КК Республіки Білорусь і т.д. Усі вони тою чи іншою мірою закріплюють кримінальну відповідальність за “порушення рівноправності людей залежно від їх... ставлення до релігії, віросповідання” (ст.142 КК Грузії 1999 року (далі – КК Грузії), “порушення рівноправності людей залежно від їх... ставлення до релігії, переконань” (ст.136 КК Російської Федерації 1996 року (далі – КК Російської Федерації), “пряме чи непряме порушення чи обмеження прав, або встановлення прямих чи

непрямих переваг громадян залежно від їх... релігії” (ст.141 КК Республіки Узбекистан 1997 року (далі – КК Республіки Узбекистан), “пряме чи непряме порушення чи обмеження прав і свобод, або встановлення прямих чи непрямих переваг громадян залежно від їх... ставлення до релігії, переконань” (ст.190 КК Республіки Білорусь 1999 року (далі – КК Республіки Білорусь) або за “пряме чи непряме порушення чи обмеження прав і свобод людини і громадянина залежно від... релігійних чи інших переконань” (ст.134 КК Киргизької республіки 1997 року (далі – КК Киргизької республіки). КК Латвійської республіки взагалі виділяє такого роду діяння в окрему статтю “Порушення рівноправності осіб залежно від їх ставлення до релігії”. Відповідно до неї, злочином є “пряме чи непряме обмеження прав осіб, створення якихось переваг для осіб у зв’язку з їх відношенням до релігії, за винятком діяльності в установах релігійних конфесій, а також образа релігійних почуттів осіб чи розпалювання ворожнечі у зв’язку з їх ставленням до релігії чи атеїзму” (ст.150 КК Латвійської республіки 1998 року (далі – КК Латвійської республіки).

У той же час значна більшість кодексів не обмежується лише окресленими вище положеннями, криміналізуючи й інші діяння у сфері свободи віросповідання. Так, доволі традиційним є визнання злочином незаконного перешкодження здійсненню релігійних обрядів. Не зважаючи на фактично повну ідентичність назв статей, останні часто окреслюють значною мірою розбіжні суспільні відносини. Так, ст.151 КК Латвійської республіки визнає злочином “умисне перешкодження здійсненню релігійних обрядів, якщо вони не порушують закон і не пов’язані з посяганням на права особи”. Ст.138 КК Естонії 1992 року (далі – КК Естонії) зазначає, що злочином є “перешкодження здійсненню релігійних обрядів, якщо вони не порушують громадський порядок і не спричиняють шкоди здоров’ю і моральності”. Уже з наведених вище положень можна прослідкувати певні відмінності, наприклад, відмінність у вимогах до форми вини, а також у безпосередньому об’єкті злочинного посягання (у першому випадку – порушення закону, у другому – порушення громадського порядку). Ще далі йде ст.155 КК Грузії, яка під ідентичною назвою криміналізує “незаконне перешкодження богослужінню або здійснення інших релігійних обрядів чи звичаїв із застосуванням насильства або з погрозою насильства, чи поєднане з образою релігійних почуттів віруючих чи священнослужителів”.

Ще одним доволі традиційним діянням, визнаним злочином у значній частині кримінальних кодексів держав пострадянського простору, є посягання на особу і права громадян під видом здійснення релігійних обрядів. Так, ст.185 КК Молдови 2002 року (далі – КК Молдови)



“Посягання на особу і права громадян під видом проповідування релігійних віровчень і здійснення релігійних обрядів” визнає кримінально-караними “організацію, керівництво чи активну участь у групі, діяльність якої здійснюється під видом проповідування релігійних віровчень і здійснення релігійних обрядів, поєднані з завданням шкоди здоров'ю громадян чи іншими посяганнями на особу чи її права або зі спонукуванням громадян до відмови від участі у громадському житті чи виконання громадських обов'язків”. Фактично ідентичною до неї є ст. 147 КК Киргизької республіки, яка, однак, виділяє активну участь у такій групі та систематичну пропаганду, спрямовану на вчинення зазначених діянь в окрему частину (ч.2 ст. 147 КК Киргизької республіки), а також визнає злочином втягнення у цю групу неповнолітніх.

Заключною кримінально-правовою нормою, яка традиційно врегульовує суспільні відносини у сфері свободи віросповідання, є перешкодження здійсненню права на свободу совісті та віросповідання. Ця норма встановлює кримінальну відповідальність за незаконне перешкодження діяльності релігійних організацій чи здійсненню релігійних обрядів (ст. 148 КК Російської Федерації, ст. 146 КК Киргизької республіки). Трохи ширшою порівняно з вищенаведеними є ст. 195 КК Республіки Білорусь, яка встановлює відповідальність лише у випадку, якщо такі діяння не порушують громадський порядок і не супроводжуються посяганням на права, свободи і законні інтереси громадян, внаслідок чого перетворює злочин із формальним складом у злочин з матеріальним складом. Фактично ідентичною до наведених вище є ст. 149 КК Республіки Казахстан 1997 року (далі – КК Республіки Казахстан) та ч. 1 ст. 145 КК Республіки Узбекистан, однак у них відсутнє посилання на незаконність перешкодження. Відтак, вони звучать: “Перешкодження законній діяльності релігійних організацій чи здійсненню релігійних обрядів”.

Остання стаття, однак, не обмежується лише зазначеними вище положеннями, криміналізуючи ще й “втягнення неповнолітніх у релігійні організації, а також навчання їх релігії всупереч їх волі, волі батьків чи осіб, які їх замінюють” (ч. 2 ст. 145 КК Республіки Узбекистан), а також “релігійну діяльність, поєднану з перешкодженням громадянам здійснювати свої громадянські права чи виконувати громадянські обов'язки, з примусовим стягненням зборів і обкладенням поборами віруючих чи застосуванням мір, що ущемляють честь і гідність особи, чи з примусом до отримання релігійної освіти або при визначенні громадянином свого відношення до релігії, до сповідання чи несповідання релігії, до участі або неучасті в богослужіннях, релігійних обрядах і церемоніях, а також організація проведення релігійних обрядів, що потягли за собою

спричинення легких чи середньої тяжкості тілесних ушкоджень” (ч. 3 ст. 145 КК Республіки Узбекистан). Окреслені вище положення дозволяють визначити досліджувану статтю однією з найбільш вичерпних та повних у сфері кримінально-правового захисту права на свободу віросповідання у межах пострадянського простору. Вона ж поглинає й майже всі суспільні відносини, про які йшлося раніше.

Яким же чином врегульовує зазначені аспекти вітчизняний законодавець? КК України 2001 року (далі – КК України) також закріплює досліджені вище суспільні відносини, але робить це дещо нетрадиційно. Так, ст. 161 КК України “Порушення рівноправності громадян залежно від їх расової, національної належності або ставлення до релігії” визнає злочином “умисні дії, спрямовані на розпалювання... релігійної ворожнечі... або образа почуттів громадян у зв'язку з їхніми релігійними переконаннями, а також пряме чи непряме обмеження прав або встановлення прямих чи непрямих привілеїв громадян за ознаками... релігійних чи інших переконань”. З даної дефініції звернемо увагу в першу чергу на те, що КК України прямо визначає один з елементів суб'єктивної сторони злочину, а саме – норму вини, звужуючи її лише до умислу, чого прямо не робиться у розглянутих вище кодексах. Мають місце й норми, які встановлюють кримінальну відповідальність за перешкодження здійсненню релігійного обряду (ст. 180 КК України), а також за посягання на здоров'я людей під приводом проповідування релігійних віровчень чи виконання релігійних обрядів (ст. 181 КК України), але й вони містять специфічні, притаманні виключно законодавству України, особливості. Детально ж звернемо увагу лише на ч. 2 ст. 180 КК України, положення якої є новаційними для пострадянського простору. Вона закріплює кримінальну відповідальність за “примусення священнослужителя шляхом фізичного або психічного насильства до проведення релігійного обряду”. Не менш новаційними можна вважати й ст. 178 КК України “Пошкодження релігійних споруд чи культових будинків”, а також ст. 179 КК України “Незаконне утримання, осквернення або знищення релігійних святинь”.

Підсумовуючи викладене вище, можна зробити висновок, що серед законодавців держав пострадянського простору виробилась чітка та фактично одноманітна позиція щодо кримінально-правового врегулювання права на свободу віросповідання. Однак вважати таку одноманітність цілковито достатньою не видається за можливе, оскільки поза сферою правового регулювання залишається значна частина суспільних відносин у досліджуваній галузі. Позитивно у цьому плані виділяється вітчизняний законодавець, однак й поза його увагою залишилися певні аспекти, яким, на нашу думку, варто було б надати кримінально-правовий захист.

Наприклад, потрібно було би закріпити кримінальну відповідальність за розголошення таємниці сповіді, окремою нормою виділити примушування священнослужителя до давання показів чи свідчень і т.д.

1. Алексеевский А. Религиозная безопасность России: термины и определения. М. – Белгород, 1997.
2. Кримінальний кодекс України від 5 квітня 2001 року. – Харків, 2001.
3. Палій М. Кримінологічна оцінка законодавства України про свободу совісті // Право України. – 1999. – № 12. – С. 91-93.
4. Ташакбаров Р. Уголовная ответственность за посягательства на личность и права граждан под видом исполнения религиозных обрядов. – Омск, 1981.
5. Уголовный кодекс Грузии от 22 июля 1999 года. – СПб., 2002.
6. Уголовный кодекс Кыргызской республики от 1 октября 1997 года // <http://www.toktom.kg/lawcoll/15076.1.htm>.
7. Уголовный кодекс Латвийской республики от 8 июля 1998 года. – СПб., 2001.
8. Уголовный кодекс Республики Беларусь от 9 июля 1999 года // <http://ncpi.gov.by>.
9. Уголовный кодекс Республики Казахстан от 16 июля 1997 года // <http://www.zakon.kz>.
10. Уголовный кодекс Республики Молдова от 18 апреля 2002 года // Мониторинг Официал ал Р. Молдова № 128-129 от 13.09.2002.
11. Уголовный кодекс Республики Узбекистан от 25 апреля 1997 года // <http://lawlib.freenet.uz/laws/uzbek/ukuz/contukuz.html>.
12. Уголовный кодекс Российской Федерации. Принят Государственной Думой 24 мая 1996 года. – М., 1996.
13. Уголовный кодекс Эстонской республики 1992 года. С изменениями и дополнениями на 1 августа 2001 года. – СПб., 2001.

К. Marysyuk

#### CRIMINAL RESPONSIBILITY FOR VIOLATION OF LEGISLATION IN RELIGION FREEDOM SPHERE IN THE STATES OF EX-SOVIET TERRITORY

In article the author investigates question of criminal responsibility for violation of legislation in religion freedom sphere. An inquiring field is limited by the states of ex-soviet territory.

О.І. Саско

### ЗЛОЧИНИ У СФЕРІ ГОСПОДАРСЬКОЇ ДІЯЛЬНОСТІ: ПОНЯТТЯ І СИСТЕМА

З'ясування поняття злочинів у сфері господарської діяльності має важливе значення для визначення ступеня суспільної небезпеки даних злочинів, більш повного змісту кримінального закону, правильності його застосування, а також відмежування від інших злочинів.

Злочини у сфері господарської діяльності, як і будь-які інші, можуть бути систематизовані на основі різних ознак (форм вини, способу, місця

вчинення і т.д.). Однак при побудові основної (основоположної) системи різних груп злочинів слід використовувати найбільш суттєву і специфічну для них класифікаційну ознаку. Такою є об'єкт злочину [1].

Проблема об'єкта злочинів у сфері господарської діяльності і до сьогодні вважається однією з найскладніших і суперечливих у теорії кримінального права. Про це свідчить та обставина, що узгодженої позиції щодо поняття об'єкта цих злочинів так і не досягнуто, незважаючи на численні наукові дослідження.

Питання про родовий об'єкт у юридичній літературі поставало неодноразово. Серед юристів, які розглядали це питання, багато хто схилився до того, що родовим об'єктом господарських злочинів є: “соціалістичне господарство” (В.М.Леонт'єв) [2], “відносини в галузі використання Радянською загальнонародною державою господарських ресурсів і засобів в інтересах будівництва комуністичного суспільства” (П.Т.Некіпелов) [3].

З переходом до ринкової економіки погляди на об'єкт господарських злочинів зазнали змін і, в основному, зводились до таких позицій: “відносини, які забезпечують інтереси господарювання” (Л.Д.Гаухман, С.В.Максимов) [4]; “нормальна господарська діяльність” (Є.Л.Стрельцов); “суспільні відносини, що утворюють систему господарювання” (М.Й.Коржанський); “суспільні відносини, що складаються з приводу виробництва, розподілу, обміну та споживання товарів, робіт і послуг” [5].

Узагальнюючи наведені поняття об'єкта злочинів у сфері господарської діяльності, можна зробити певні висновки. Більшість авторів сходяться на тому, що: 1) об'єктом злочинів у сфері господарської діяльності є суспільні відносини; 2) ці відносини утворюються у сфері господарської діяльності.

Суспільні відносини, які є об'єктом злочину, як правило, являють собою систему, що охоплює певні матеріальні предмети, а також людей.

У літературі для характеристики об'єктів деяких або й усіх злочинів іноді вживають термін “інтерес”. Проблема інтересів у кримінальному праві і співвідношення цього поняття з об'єктом злочину неодноразово були предметом уваги фахівців. На думку В.Я.Тація інтерес і суспільні відносини – різні явища. Вони взаємно пов'язані, але інтерес не є елементом суспільних відносин. Проте він вважає, що у деяких випадках цей термін можна використовувати для визначення об'єкта того чи іншого злочину, оскільки через інтереси нерідко знаходять свій прояв суспільні відносини, які охороняються кримінальним законом. Варто підтримати думку Я.М.Брайніна, який вважав, що охоронювані законом інтереси є складовою частиною тих суспільних відносин, які захищаються кримінальним законом держави.

У період економічного розвитку в основі повинні бути не лише інтереси держави, як у недалекому минулому, єдиного фактично господарюючого суб'єкта економіки, але й інтереси будь-якого іншого суб'єкта, що займається господарською діяльністю. Держава повинна забезпечувати проголошену Конституцією гарантію підприємницької діяльності. Це значить, що кримінальний закон має захищати підприємницьку діяльність від злочинних посягань. У зв'язку з цим, Кримінальний кодекс України передбачає ряд статей, які направлені на захист підприємницької діяльності. Серед них такі, як незаконне використання товарного знака (ст.229), розголошення комерційної таємниці (ст.232) та ін.

Боротьба з незаконним підприємництвом – теж завдання держави [6]. Кримінальний кодекс містить систему норм, які встановлюють відповідальність за злочинне підприємництво, а саме – за порушення порядку зайняття господарською діяльністю (ст.203), легалізацію (відмивання) грошових коштів та іншого майна, здобутих злочинним шляхом (ст.209), фіктивне банкрутство (ст.218), приховування стійкої фінансової неспроможності (ст.220) тощо.

Підсумовуючи вищесказане, можна дати таке визначення: злочини у сфері господарської діяльності – це вчинені суспільно небезпечні діяння, які спричиняють шкоду або створюють реальну загрозу нанесення збитків та безпосереднє порушення інтересів держави або будь-якого господарюючого суб'єкта, незалежно від форми власності, а також шляхом порушення інтересів громадян, оскільки вони перетинаються з господарською діяльністю.

Звідси випливає, що, з одного боку, зосереджені інтереси держави і господарюючих суб'єктів, незалежно від форми власності, а з іншого, – інтереси громадян, оскільки вони перетинаються з господарською діяльністю підприємств та приватних осіб. Це і є основою побудови системи злочинів у сфері господарської діяльності.

Критерієм класифікації злочинів, які закріплені у розділі 7 КК України, є їх безпосередній об'єкт. За змістом в цілому безпосередні об'єкти даних злочинів відповідають їх родовому об'єкту. Виходячи з опису у диспозиціях норм про відповідальність за ці злочини та їх ознаки, безпосередні об'єкти злочинних діянь представлені окремими сферами родового об'єкта – економічною діяльністю, кожна з яких охоплює одну або декілька її сторін: виробництво, перерозподіл, споживання матеріальних або інших благ.

Родовим об'єктом вважається об'єкт, що об'єднує певне коло тотожних або однорідних за своєю економічною сутністю суспільних відносин, які повинні охоронятися єдиним комплексом взаємопов'язаних кримінально-правових норм [7].

У межах родового об'єкта, який об'єднує всі господарські злочини, виділяються видові об'єкти, що дозволяють згрупувати певні їх види.

На основі названого критерію – безпосереднього об'єкта, який відповідає за змістом родовому об'єкту, – всі злочини у сфері господарської діяльності можна класифікувати за такими видами:

1. Злочини у сфері виконання бюджету. Сюди відносяться злочини, які посягають на сферу фінансів у частині формування бюджету, а саме: порушення законодавства про бюджетну систему України (ст.210), видання нормативно-правових або розпорядчих актів, які змінюють доходи і видатки бюджету всупереч встановленому законом порядку (ст.211), статті 199, 200, 214 та 223. Ці злочини, порушуючи встановлений порядок обігу грошей та цінних паперів, посягають на фінансові інтереси держави та учасників господарської діяльності.

2. Злочини, які порушують загальні принципи встановленого порядку на здійснення підприємницької та іншої економічної діяльності, тобто ті суспільні відносини, які забезпечують інтереси у сфері господарської діяльності (злочини у сфері підприємництва). До них належать статті 203, 204, 205, 206, 209, 213, 217, 224, 231. Дані злочини порушують порядок здійснення господарської діяльності “зсередини”, тобто самими учасниками цієї діяльності.

3. Злочини проти інтересів кредиторів: статті 218, 219, 220, 221. Кредитні відносини – один із найважливіших елементів ринкової економіки, і держава активно захищає інтереси кредиторів.

4. Злочини, які пов'язані з проявом монополізму і недобросовісної конкуренції. Ці злочини посягають на основну ознаку ринкової економіки, тобто її основний важіль – конкуренцію. До них слід віднести: змову про зміну чи фіксування цін або примушування до їх змін чи фіксування (ст.228), незаконне використання товарного знака (ст.229), порушення антимонопольного законодавства (ст.230).

5. Злочини, які направлені проти встановленого порядку зовнішньоекономічної діяльності (митні злочини): контрабанда (ст.201).

6. Злочини, які порушують встановлений порядок обігу валютних цінностей (валютні злочини): ухилення від повернення виручки в іноземній валюті (ст.207), незаконне відкриття або використання за межами України валютних рахунків (ст.208).

7. Злочини проти встановленого порядку сплати податків (податкові злочини). До цієї групи належать статті 212, 216, 222.

8. Злочини проти прав та інтересів споживачів: обман покупців і замовників (ст.225), фальсифікація засобів вимірювання (ст.226).

9. Злочини у сфері приватизації державного та комунального майна (статті 233, 234, 235).

Ця класифікація злочинів у сфері господарської діяльності, на наш погляд, є оптимальною, оскільки базується на деталізації безпосередніх об'єктів названих злочинів і дозволяє відобразити специфіку кожної з груп цих злочинних діянь. Виходячи з опису у диспозиціях норм про відповідальність за ці злочини та їх ознаки, безпосередні об'єкти злочинних діянь представлені окремими сферами родового об'єкта – економічною діяльністю, кожна з яких охоплює одну або декілька її сторін: виробництво, перерозподіл, споживання матеріальних або інших благ.

Визначення характерних ознак родового об'єкта дозволяє правильно зрозуміти особливості, які вирізняють злочини у сфері господарської діяльності серед інших злочинних посягань, і на цій основі дати поняття господарського злочину. Адже, згідно із загально визначеним постулатом кримінально-правової теорії, саме родовий об'єкт є для певної групи однорідних злочинів критерієм, який відображає її специфіку, дає змогу правильно класифікувати норми кримінального права і відмежувати одну групу злочинів від інших.

1. Тацій В.Я. Ответственность за хозяйственные преступления: объект и система. Харьков, 1984. – С. 32.
2. Леонтьев Б.М. Ответственность за хозяйственные преступления. – М.: Госюриздат, 1963. – С.7.
3. Некипелов П.Т. Хозяйственные преступления по советскому уголовному праву / Автореферат докторской диссертации. – Киев, 1967. – С.5.
4. Гаухман Л.Д., Максимов С.В. Хозяйственные преступления. – М., 1995. – С.10
5. Кримінальне право України. Особлива частина: Підруч. для студ. вищ. навч. закл освіти / М.І.Бажанов, В.Я.Тацій, В.В.Сташис, І.О.Зінченко та ін.; За ред. професорів М.І.Бажанова, В.В.Сташиса, В.Я.Тація. – К.: Юрінком Інтер; Х.: Право, 2002. С.154.
6. Перепелица А.И. Ответственность за преступления в сфере хозяйственной деятельности // Финансова злочинність: збірник матеріалів міжнародного науково-практичного семінару (Харків), 12-13 лютого 1999 р. / Редкол.: В.І.Борисов (гол ред.) та ін. – Х.: Право, 2000. – С.9.
7. Тацій В.Я. Об'єкт і предмет злочину в кримінальному праві України. – Х., 1994. С.63. А також див.: Уголовное право Украины. Общая часть: Учебник для студентов юрид. вузов и фак. / Под ред. профессором М.И.Бажанова, В.В.Сташиса, В.Я.Тація. – Х., 1998. – С.83.

O.Sasko

#### THE CRIMES IN THE SPHERE OF ECONOMIC ACTIVITY: NOTION AND SYSTEM

The determination of characters of gender object allows to understand correctly features which distinguish the crimes in the sphere of economic activity among other criminal trespasses and to give on this basis the notion of economic crime. The crimes in the sphere of economic activity are actions which encroach upon the interests of the state and subjects of economic activity.

## КРИМІНАЛЬНИЙ ПРОЦЕС ТА КРИМІНАЛІСТИКА

Н.О. Чмир

### СУТНІСТЬ ЗАКОННИХ ІНТЕРЕСІВ У КРИМІНАЛЬНОМУ ПРОЦЕСІ

З'ясування функції захисту, і взагалі захисту як інституту кримінально-процесуального права, буде неповним без визначення об'єкта захисту. Об'єктом, предметом захисту, і, відповідно, функції захисту, в кримінальному процесі є права та законні інтереси підозрюваного, обвинуваченого, підсудного, засудженого, виправданого. Сам законодавець відносить їх до об'єктів правової охорони. У ст.2 КПК України закріплено: “Завданнями кримінального судочинства є охорона прав і законних інтересів фізичних та юридичних осіб...”.

Отже, права і законні інтереси виступають свого роду критерієм визначення рівня правового забезпечення потреб, прагнень особистості. Вони є взаємопов'язані, проте між ними існують істотні відмінності, що зумовило в літературі спір про те, чи взагалі входять законні інтереси в предмет захисту і чим зумовлено існування останніх. А оскільки законні інтереси і права особи є різними за своєю юридичною суттю інструментами, виникає потреба в аналізі їх ознак і, відповідно, критеріїв розмежування. Незважаючи на те, що категорія законного інтересу була предметом теоретичного дослідження в юридичній науці, дане питання в багатьох аспектах залишається недостатньо розробленим, а з ряду моментів – дискусійним. На сьогодні ця проблема набуває особливої практичної ваги, адже саме законні інтереси дозволяють задовольняти, захищати, забезпечувати ті інтереси, які виникли нещодавно у зв'язку з відмовою України від тоталітарного минулого, новою доктриною теорії права і, відповідно, кримінального процесу, закріпленою на конституційному рівні, і які прямо не закріплені суб'єктивними правами.

Повноцінний науковий аналіз повинен підвести під цю категорію, яка давно існує на практиці, оновлену теоретичну базу, що дозволить в умовах реформування суспільства вірно визначити її місце і роль серед інших правових явищ і відкриє нові можливості щодо її застосування на практиці.

Отже, завданням даного дослідження є визначення доцільності вживання в законодавстві категорії саме “законних інтересів”, особливості

їх як предмета захисту, а також їх роль у забезпеченні режиму законності в кримінальному процесі України.

Абсолютна більшість авторів до предмета захисту включає не лише права і свободи, а й законні інтереси [12, с. 145; 11, с. 62]. Досить повно в цьому аспекті було досліджено законні інтереси обвинуваченого [7, с. 191; 1, с. 141-153; 15, с. 51-60]. При цьому законним інтересам такого суб'єкта кримінального процесу, як засуджений, увагу приділено ще недостатньо.

Якщо аналізувати сучасні дослідження з даної проблеми, то цікавим є той факт, що у літературі пропонується включати до предмета захисту будь-які інтереси особистості, а не лише законні, тобто спір має місце з приводу того, чи взагалі є доцільною класифікація інтересів у кримінальному процесі на законні і незаконні. Проте, на нашу думку, такий поділ є виправданий, адже від цього залежить успішний захист, адвокат повинен виробити відповідну правову позицію, яка відповідатиме законним інтересам підзахисного, а прокурор та суд, зі свого боку, також повинні забезпечити їх захист та реалізацію.

Досліджуючи законодавство України з цього приводу, можна зробити висновок, що законодавець також не виробив однозначного підходу до цієї проблеми. Наприклад, у Конституції України йдеться про права і свободи людини, а про законні інтереси – не згадується (ст. 89 говорить про суспільні інтереси, ст. 121 – про представництво інтересів громадян або держави в суді тощо). У той же час КПК України, навпаки, включає до предмета захисту законні інтереси – ст. ст. 2, 44, 266 тощо. Про законні інтереси йдеться у ст. 1 Закону України “Про адвокатуру”, Правилах адвокатської етики та ін. Аналогічну ситуацію спостерігаємо при аналізі міжнародно-правових документів – в “Основних положеннях про роль адвокатів”, прийнятих Восьмим конгресом ООН щодо попередження злочинів у серпні 1990 року в Нью-Йорку [3, с. 45], мова йде про інтереси клієнта, проте при подальшому аналізі норм даного акта можна зробити висновок, що адвокат стосовно інтересів клієнта повинен не виходити за рамки законності. Таким чином, законність є визначальним фактором стосовно того, який інтерес повинен захищати адвокат.

Про захист саме законних інтересів йдеться у конституціях зарубіжних держав, зокрема в ст. 24 Італійської Конституції читаємо: “Всі можуть в судовому порядку діяти для захисту своїх прав та законних інтересів”, подібні формулювання зустрічаємо в конституціях Швейцарської конфедерації (ст. 34), Болгарії, Румунії тощо.

У кримінальному процесі мають місце різноманітні інтереси, однак є певні з них, які можуть і повинні захищатися. Ними і є законні інтереси. Проте щодо доцільності вживання такого словосполучення, зокрема його

першої частини – “законні”, в науці кримінального процесу висловлюються різні судження. Так, ряд авторів не визнають нормою кримінального процесу вживання поняття законного інтересу, виходячи з того, що законними мають бути засоби і способи захисту цього інтересу [17, с. 84-85; 2, с. 62]. Такої концепції дотримується і Модельний кримінально-процесуальний кодекс для держав – учасниць СНД, ст. 99 якого, даючи визначення поняття “захисник”, вказує, що захисником є особа, яка представляє при провадженні по кримінальній справі інтереси підозрюваного чи обвинуваченого і яка надає їм юридичну допомогу всіма засобами і способами, не забороненими законом [14]. Інші підкреслюють необхідність врахування у цьому питанні презумпції невинуватості, оскільки до винесення вироку і набрання ним законної сили є неможливим визначити законність чи незаконність інтересу [4, с. 24-25].

У чому полягає необхідність категорії “законні інтереси” у нормах законодавчих актів поряд із поняттями прав і свобод? Для вирішення даного питання слід звернутися до доктринального їх тлумачення наукою кримінального процесу.

Категорія “інтерес” належить до сфери дослідження не лише правових наук, а й соціально-філософських, причому останні дають його базове визначення, яке використовується правом. Інтерес (в перекладі з лат. *interes* – має значення, важливо) – об'єктивно зумовлені мотиви поведінки, реальна причина соціальних дій, подій, що складаються завдяки усвідомленню особами власних потреб та з'ясування умов і засобів їх задоволення [20, с. 213]. Думається, виходячи з наведеного визначення, слід погодитись з тими авторами, які вважають за доцільне категорію “інтерес” розглядати як єдність об'єктивного і суб'єктивного [19, с. 9]. Формування інтересів – явище об'єктивне, оскільки має матеріальну основу – об'єктивно існуючі потреби особистості, суспільства в цілому, тобто інтерес є феноменом соціально-політичного життя суспільства, певної епохи на конкретному історичному проміжку, а з іншого боку – так чи інакше він відображається в свідомості людини і оформлюється там у вигляді певних цілей, потреб. Усвідомлення інтересу – це момент його реалізації і, відповідно, умова для створення суб'єктивних прав. Таким чином, єдність об'єктивного і суб'єктивного робить інтерес, з одного боку, незалежним від людини, а з іншого, – керованим нею.

Якщо звертатись до витоків дослідження цього поняття, то одним із перших учених-юристів, який ввів термін “законні інтереси”, був Г.Ф. Шершеневич, який писав, що “члени одного суспільства виробили в собі звичку відстоювати всіма законними засобами свої права, повставати проти найменшого порушення їх законних інтересів” [18, с. 12]. Інші

дореволюційні російські вчені також розрізняли поняття суб'єктивних прав та інтересів (причому не завжди називали останні законними). Так, О.О.Рожественський вказував: "Охорона інтересів може мати місце, і тим не менше, суб'єктивне право не виникає" [16, с.26-27].

Значну увагу дослідженню даної проблеми приділили і вчені радянського періоду. Так, у 1961 році О.Д.Кобліков писав, що право на захист встановлено для охорони не всіх і будь-яких, а лише законних інтересів [8, с.18]. В.М.Корнуков під законними інтересами особистості розуміє прагнення і бажання учасників кримінального судочинства досягнути соціально-значимих і корисних для них результатів, дозволених в тій чи іншій правовій формі або таких, які не відображені в законі, проте не суперечать нормам кримінального процесу чи загальноправовим принципам [9, с.85]. Досліджуючи дану проблему, Т.Варфоломеева пише про важливість визначення не лише змісту терміна "законний інтерес", а й моральних критеріїв захисту законного інтересу [3, с.85]. А.В.Малько вказує, що законний інтерес – "це виражений в об'єктивному праві або такий, що впливає з його загального змісту і певною мірою гарантований державою, простий юридичний дозвіл, який виражається в прагненнях суб'єкта користуватися певним соціальним благом, а також у певних випадках звертатися за захистом до компетентних органів – з метою задоволення своїх потреб, що не суперечать суспільним" [11, с.62].

Дійсно, необхідність виділення такого поняття, як інтереси, поряд із правами і свободами є виправдана. Пояснюється це тим, що право більш статичне, ніж регульовані ним суспільні відносини. В літературі справедливо звертається увага на те, що законодавець часто не встигає визнати і, відповідно, закріпити ті нові соціальні можливості та інтереси, які з'являються в суспільстві, а інколи і не прагне до цього [12, с.145]. Адже правовому регулюванню підлягають певні інтереси особи, які є життєво важливими для даного суспільства. Звідси "законний інтерес" – це категорія, що дозволяє акумулювати в собі всі інтереси особистості, які з певних причин не знайшли свого відображення в суб'єктивних правах. Законні інтереси – це не право, не свобода: вони не охоплюються їх змістом, однак мають характер правового дозволу і закріплюються не лише в конкретних правових нормах, а й в загальних принципах права [6, с.114].

Отже, звідси можна зробити такі висновки щодо сутності законного інтересу: він виникає як свого роду засіб подолання прогалин у праві, яке не може охопити всі суспільні відносини. Спочатку виникають інтереси, потреби, які вимагають правового закріплення, які внаслідок особливої важливості для певного суспільства можуть згодом перерости у права і свободи, тому вони обумовлені матеріальним і духовним життям конкрет-

ного суспільства; мають характер дозволу, а відповідно, їм не кореспондує обов'язок протилежної сторони; він закріплений у нормах права чи правових принципах. Проте й ті інтереси, які залишилися за межами такого нормативного закріплення, все ж можуть залишатися у сфері правового регулювання за умови їх відповідності духу законів, а також якщо мають соціальну значимість і звучання, тому вони повинні в ряді випадків виступити як законні інтереси.

Отже, дійсно є необхідність у такій категорії, як "законні інтереси", а не просто "інтереси", особливо в кримінальному судочинстві. Тому всі викладені положення стосуються і такого суб'єкта кримінального процесу, як, наприклад, засудженого, стосовно якого важливо виділяти законні інтереси від його певної суб'єктивної зацікавленості в результатах справи, оскільки не будь-який його особистий інтерес може бути визнано законним [13, с.94]. Дійсно, не в усіх випадках можна погодитися з думкою, що про визначення інтересів, наприклад, засудженого можна говорити лише після набрання вироком законної сили у зв'язку з дією презумпції невинуватості (адже цим самим положенням нівелюється поняття законних інтересів і тієї ж презумпції невинуватості, яка діє саме стосовно засудженого; якщо щодо нього вирок набрав законної сили, то, виходячи з наведеного вище, у нього взагалі немає законних інтересів) чи тим, що інтерес здійснювати захист законними засобами і способами завжди є законним (останнє перетворить адвоката-захисника в помічника обвинуваченого, який підшукуватиме законні способи і засоби захисту всіх інтересів і цим самим стане "на небезпечну для захисника дорогу, на якій керівним началом слугуватиме не питання, що захищати, а як захищати" [10, с.306]).

Знову ж таки, наприклад, у засудженого не обов'язково буде один інтерес – добиватися виправдовувального вироку (в апеляційній, касаційній чи стадії виключного провадження), ним можуть керувати й інші інтереси, які цілком виявляться незаконними – прагнення уникнути кримінальної відповідальності будь-якою ціною (домагатися показань свідків шляхом насильства, погроз, підробляти документи тощо).

Тому відмова від поняття "законні інтереси" є не виправданою, оскільки, зрештою, питання законності чи незаконності інтересу доводиться вирішувати і захиснику при формуванні його правової позиції (наприклад, Т.В.Варфоломеева зазначає, що в деяких ситуаціях захисник може і повинен визначити, чи законний інтерес обвинуваченого, для того, щоб не допустити помилки у формуванні правової позиції, визначенні тактичних прийомів її відстоювання. Часто обвинувачені, виходячи із корисливих спонукань, бездоказово порочать інших осіб, які беруть участь у процесі, намагаючись будь-яким способом ухилитися від відповідальності або хоча

б тимчасово відчувати себе у відносній безпеці [5, с.90]). У свою чергу слідчий, прокурор, суддя, які забезпечують його право на захист, повинні вирішити для себе насамперед що, а не як захищати, бо саме від них і залежить забезпечення режиму законності в кримінальному процесі.

Виходячи з викладеного, можна зробити такі висновки:

– виділення категорії “законні інтереси” є необхідною умовою запровадження і реалізації права на захист, оскільки дозволяє конкретно визначити, що має захищати захисник і забезпечувати слідчий, прокурор чи суддя;

– специфіка кримінально-процесуальної діяльності вимагає, на нашу думку, визначення саме законних інтересів як таких, що закріплені в тій чи іншій нормі або впливають з неї, адже тільки так можна дотриматись режиму законності в діяльності як захисника, так і слідчого, прокурора, суду;

– необхідність існування такого поняття обумовлене неможливістю (в деяких випадках недоцільністю) детальної регламентації правом усіх прав особи;

– критерієм визначення законності інтересу повинні слугувати життєво важливі інтереси, які мають властивості правової дозволеності, не суперечать закону, впливають з його вимог і при цьому не порушують права, свободи, законні інтереси інших учасників кримінального судочинства.

Викладене свідчить про необхідність у дослідженні сутності, класифікації законних інтересів такого суб'єкта кримінального процесу, як засуджений, стосовно якого ще недостатньо наукових праць на відміну від таких суб'єктів кримінального процесу, як підозрюваний, обвинувачений чи підсудний; визначення специфіки законних інтересів засудженого у порівнянні з переліченими вище суб'єктами: які саме виникають законні інтереси в апеляційному, касаційному та стадії виключного провадження і які їх особливості з урахуванням правового статусу засудженого (як особи, що користується з певними обмеженнями правами і свободами людини і громадянина, та специфіка його законних інтересів як суб'єкта кримінально-процесуального і кримінально-виконавчого права); особливості забезпечення законних інтересів засудженого.

1. Адаменко В.Д. Сущность и предмет защиты обвиняемого. – Томск: Изд-во Томского ун-та, 1983. – 158 с.
2. Бойков А.Д. Этика профессиональной защиты по уголовным делам. – М.: Юрид лит., 1978. – 171 с.
3. Бюллетень законодавства і юридичної практики України. – Київ: Юрінком. 2000 №1.

4. Варфоломеева Т.В. Криминалистика и профессиональная деятельность защитника. – Киев: Вища школа, 1987. – 152 с.
5. Варфоломеева Т.В. Защита в уголовном судопроизводстве. – К.: Ин-т адвокатуры при КГУ им. Т.Шевченко, 1998. – 204 с.
6. Витрук Н.В. Правовой статус личности в СССР. – М., 1985. – С.114.
7. Элькин П.С. Право обвиняемого на защиту в советском уголовном процессе // Вопросы защиты по уголовным делам: Сборник. – Л., 1968. – С.5-10.
8. Кобликов А. Право обвиняемого на защиту при производстве предварительного следствия. – М.: Юр. издат., 1961. – 119 с.
9. Корнуков В.М. Конституционные основы положения личности в уголовном судопроизводстве. – Саратов: ИСУ, 1987. – 180 с.
10. Кони А.Ф. Собр. соч. – Т.1. – М., 1966. – 400 с.
11. Малько А.В. Субъективное право и законный интерес // Правоведение. – 1998. – №4. – С.60-65.
12. Матузов Н.И. Личность. Права. Демократия. Теоретические проблемы субъективного права. – Саратов: ИГУ, 1987. – 294 с.
13. Михайленко А.Р. Укрепление правового положения обвиняемого в уголовном процессе // Проблемы правового статуса личности в уголовном процессе. – Саратов: ИСУ, 1981. – С.92-98.
14. Модельный уголовно-процессуальный кодекс для государств – участников СНГ. Рекомендательный законодательный акт: Приложение к “Информационному бюллетеню”. – 1996. – №10. – 373 с.
15. Ніколаєв О.О. Проблеми забезпечення процесуальних прав та законних інтересів обвинуваченого на досудовому слідстві / Дис. канд. юрид. наук: 12.00.09. – Київський державний університет ім. Тараса Шевченка, 2001. – С.51-60.
16. Рождественский А.А. Теория субъективных публичных прав. – М.: СПб., 1913. – 230 с.
17. Синайский Э.Д. Развитие этических основ в деятельности адвокатуры. Материалы научно-теоретической конференции. – М., 1983. – 182 с.
18. Шершеневич Г.Ф. Общая теория права. – М., 1912. – С.12.
19. Шибико В.П. Правовой статус обвиняемого в уголовном процессе Германской Демократической Республики / Автореф. канд. юр. наук: 12.00.09. – Киевский государственный университет им. Тараса Шевченко. – К., 1983. – 18 с.
20. Философский энциклопедический словарь / Гл. редакция: Л.Ф.Ильичев, Н.Н.Федосеев, С.М.Ковалев, В.Г.Панов. – М.: Сов. Энциклопедия, 1983. – 840 с.

N.Chmyr

#### SUBSTANCE OF LEGAL INTERESTS IN THE CRIMINAL PROCEEDING

The author gives a theoretical and practical analysis of necessity of fixing in our legislation of notion of legal interests in the criminal proceeding exactly, especially for providing rights of participants of criminal proceedings and for observance of legality during their activity.



*А.Б. Косило*

## РЕФОРМА ІНСТИТУТУ ЗАХИСНИКА В КРИМІНАЛЬНОМУ СУДОЧИНСТВІ УКРАЇНИ (ДОСВІД РЕСПУБЛІКИ ПОЛЬЩА)

Реформування інституту захисника в кримінальному судочинстві України – одна зі складових судово-правової реформи. Особливо актуальною є дана проблема нині, коли існує багато прогалин та неоднозначних трактувань у законодавстві щодо регулювання цього правового інституту.

Будь-яка реформа потребує вивчення та узагальнення досвіду. Особливо цінним є досвід держав, які подібно до України переживають реформування державно-правових інститутів у посткомуністичний період. Республіка Польща – одна з таких держав.

На сьогоднішній день публікації, присвячені реформуванню інституту захисника в кримінальному судочинстві України на прикладі досвіду Польщі, відсутні.

Аналізуючи особливості правового регулювання інституту захисника в польському кримінальному судочинстві і порівнюючи його з регулюванням в Україні, можна виробити правові рекомендації стосовно реформування даного правового інституту в українському праві з урахуванням польського досвіду. Саме це і є метою даного дослідження.

Принципова відмінність у регулюванні інституту захисника в Україні та Польщі полягає в тому, що захисник у польському кримінальному судочинстві користується більшим обсягом повноважень і прав порівняно із захисником в Україні. Ця відмінність зумовлена в основному різним статусом, який займають правозахисні інституції в наших державах, зокрема, адвокатура. Адвокатура в Польщі, в порівнянні з адвокатурою в Україні, – це справді потужна суспільна інституція, на яку покладено вирішення багатьох важливих державних та суспільних проблем [4, с.1].

Згідно зі ст.82 Кодексу кримінального провадження Польщі (надалі – ККП Польщі), захисником у кримінальному судочинстві може бути тільки адвокат [2, с.10]. Натомість в Україні після прийняття Конституційним Судом України рішення у справі про право вільного вибору захисника від 16.11.2000 року [3, с.10] та внесення відповідних змін до ст.44 Кримінально-процесуального кодексу України (надалі – КПК України) захисником у кримінальному процесі може бути як адвокат, так і інший фахівець у галузі права, який має право надання правової допомоги згідно із законом [2, с.20]. Однак закону, що визначав би, який саме фахівець у галузі права має право надання правової допомоги, немає. І на практиці виходить, що як захисник до участі в кримінальному процесі допускається випускник юридичного училища чи студент юридичного

факультету. Таке неоднозначне визначення того, хто може бути захисником, сприяє виконанню обов'язків захисника особами, які не мають відповідних знань та практичних навиків. Тому вважаємо, що з метою уникнення надання некваліфікованої правової допомоги під час здійснення кримінального судочинства слід у Кримінально-процесуальному кодексі України обмежити коло осіб, які можуть бути захисниками, встановивши, що захисником може бути тільки адвокат. Останній, зрештою, і є фахівцем у галузі права, що має право надання правової допомоги згідно із законом.

Цікавим є положення ККП Польщі, яке передбачає право потерпілого разом із захисником подавати до суду обвинувальний висновок у справах про злочини публічного звинувачення. Так, згідно зі ст.55 ККП Польщі, в разі повторного винесення прокурором постанови про відмову в порушенні кримінальної справи або про закриття кримінальної справи, потерпілий може протягом місяця з дня вручення йому вказаної постанови самостійно направити до суду обвинувальний висновок. Такий обвинувальний висновок повинен бути складений та підписаний адвокатом. Нагадаємо, що в Україні в разі винесення органами дізнання, слідства чи прокурором постанови про відмову в порушенні кримінальної справи або постанови про закриття кримінальної справи потерпілий може тільки оскаржити дану постанову вищестоящому прокурору або до суду. В разі відмови в задоволенні скарги потерпілого кримінальне провадження буде припинено, а особи, які, на думку потерпілого, є злочинцями, не будуть покарані. Натомість, як уже зазначалося, в Польщі незалежно від того, яке рішення приймуть органи дізнання, слідства, прокурор, потерпілий може сам подати обвинувальний висновок до суду по будь-якій справі, віднесеній до категорії справ публічного звинувачення [2, с.8].

Можливість подання обвинувального висновку до суду в справах про злочини публічного звинувачення самим потерпілим позбавляє органи дізнання, слідства, прокуратуру права одноособово вирішувати питання про відмову в порушенні кримінальної справи чи її закриття, що, в свою чергу, унеможливорює правоохоронним органам допускати зловживань у ході проведення дізнання та досудового слідства. Адже відомі випадки, коли органи дізнання, слідства чи прокурор відмовляють у порушенні кримінальної справи незважаючи на те, що для її порушення є вагомі підстави. І за таких обставин потерпілому важко добитися справедливості.

Як уже згадувалося, стаття 55 ККП Польщі передбачає, що обвинувальний висновок, який подається до суду потерпілим, повинен бути складений та підписаний адвокатом. Якщо обвинувальний висновок не підписаний адвокатом, то він не підлягає розгляду в суді. Тобто без згоди адвоката потерпілий не може самостійно подавати до суду

обвинувальний висновок. Те, що законодавець уповноважує адвоката складати обвинувальний висновок, свідчить про високий статус цієї професії в державі. Адвокат, який склав безпідставний обвинувальний висновок, несе за це відповідальність, тому складення обвинувального висновку саме адвокатом є гарантією того, що він складений кваліфіковано і на його подання є достатньо підстав. Слід звернути увагу на те, що обвинувальний висновок не може скласти будь-який юрист, але саме адвокат. Важко уявити таке положення в КПК України, згідно з яким захисником у кримінальній справі може бути будь-який фахівець у галузі права.

Заслуговує на увагу положення ККП Польщі щодо обов'язкового складення та підпису апеляції та касації адвокатом.

Апеляцію на вирок районного суду може подати будь-яка особа, що бере участь у процесі [2, с.48]. Складення такої апеляції та її підпис адвокатом не є обов'язкові. Однак, відповідно до ст.ст.446 та 526 ККП Польщі, апеляція на вирок окружного суду, який розглядав справу як суд першої інстанції, або касаційна скарга на рішення суду апеляційної інстанції повинні бути складені та підписані адвокатом. Поряд із тим слід зазначити, що у випадках, коли окружний суд розглядає справу по першій інстанції, участь захисника є обов'язковою, тому ситуації, за якої підсудний не зможе подати апеляцію через відсутність захисника, не виникне. Таке положення в кримінальному процесі сприяє уникненню подання безпідставних апеляційних скарг, які обтяжують суди та затягують справи. Однак, з іншого боку, обов'язкове складення та підпис апеляції чи касації тільки адвокатом – це обмеження прав інших учасників процесу, які не мають коштів для оплати послуг адвоката. Тому важливими є державні гарантії на безкоштовну правову допомогу адвоката для осіб, які перебувають у скрутному матеріальному становищі. Такі гарантії в Польщі існують, і головним чином завдяки тому, що адвокатура в Польщі внаслідок своєї організованості це також і фінансова потуга, яка робить значний внесок до державного бюджету, за рахунок якого й оплачуються послуги адвокатів, що виконують свої обов'язки за призначенням.

Вважаємо, що в українському кримінальному процесі недоцільно запроваджувати положення, згідно з яким апеляція на вирок апеляційного суду, постановленого по першій інстанції, чи касаційна скарга обов'язково повинні бути складені та підписані адвокатом, бо в такий спосіб обмежувались би права інших учасників процесу. Однак було б доцільно законодавчо передбачити право підсудного вимагати надання адвоката за призначенням для складення апеляції чи касації в тих випадках, якщо розгляд справи в суді першої інстанції відбувся без участі захисника.

Таким чином, на основі польського досвіду можна запропонувати такі напрямки реформування інституту захисника в кримінальному судочинстві України.

1. З метою уникнення випадків надання некваліфікованої правової допомоги в кримінальних справах внести зміни до ст.44 КПК України та встановити, що захисником може бути лише адвокат.

2. Внести зміни та доповнення до КПК України, передбачивши можливість подання обвинувального висновку до суду самим потерпілим у справах публічного звинувачення. Із обов'язковим зазначенням, що обвинувальний висновок, який подається потерпілим, повинен бути складений та підписаний адвокатом.

3. Законодавчо передбачити, що навіть тоді, коли розгляд справи в суді першої інстанції відбувся без участі захисника, підсудний вправі вимагати надання адвоката за призначенням для складення апеляційної чи касаційної скарги.

4. Для забезпечення права на кваліфікований захист слід реформувати порядок призначення захисника в кримінальній справі. Для цього необхідно створити органи адвокатури, на які було би покладено призначення адвоката. Також потрібно збільшити розміри оплат адвокатам, які здійснюють свої обов'язки за призначенням, та реформувати механізм їх виплати.

Безумовно, досліджувана проблема потребує подальших розробок, зокрема у вигляді законопроектів про внесення змін та доповнень до кримінально-процесуального законодавства. Також потребує дослідження проблема реформування, з урахуванням польського досвіду, адвокатури України в питаннях, що стосуються законодавчого врегулювання надання безкоштовної правової допомоги та оплати послуг адвоката, який виконує свої обов'язки за призначенням.

1. Кримінально-процесуальний кодекс України. Цивільний процесуальний кодекс України / Верховний Суд України; відповідальний редактор В.Т.Маларенко. – Київ: Юрінком Інтер, 2001. – 352 с.
2. Kodeks postępowania karnego. Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. // Dziennik Ustaw. – 1997. – №89. – 81 s.
3. Рішення Конституційного Суду України у справі про право вільного вибору захисника від 16.11.2000 року // Офіційний вісник України. – 2000. – №47. – 132 с.
4. Ustawa "Prawo o adwokaturze" // Dziennik Ustaw. – 1982. – №16. – 29 s.

A.Kosylo

#### REFORM OF INSTITUTE OF DEFENDER IN CRIMINAL LEGAL PROCEDURE OF UKRAINE (EXPERIENCE OF REPUBLIC POLAND)

In the article the author gives the comparative legal analysis of regulation of institute of defender in criminal procedure of Ukraine and Republic of Poland. Also some legal recommendations concerning reformation of Ukraine's criminal procedure according to the Polish experience are given.

*Н.Р. Бобечко*

## **ПРО ДІЮ ОКРЕМИХ ПРИНЦИПІВ КРИМІНАЛЬНОГО СУДОЧИНСТВА ПРИ ПЕРЕГЛЯДІ СУДОВИХ РІШЕНЬ У ПОРЯДКУ ВИНЯТКОВОГО ПРОВАДЖЕННЯ**

Однією з умов створення в Україні кримінального судочинства охоронного типу є забезпечення надійної охорони прав та законних інтересів особи, що не може бути здійснено без нормативного закріплення в законодавстві фундаментальних начал побудови кримінального процесу. Як відомо, характерною рисою будь-якої стадії кримінального судочинства є специфічний прояв на ній його принципів. Сказане стосується і стадії перегляду судових рішень у порядку виняткового провадження. З урахуванням новел, які були запроваджені у кримінально-процесуальне законодавство України у червні – липні 2001 року, виникає чимало запитань, пов'язаних із проявом під час перегляду судових рішень, що набрали законної сили таких принципів кримінального судочинства, як принцип змагальності, принцип забезпечення засудженому, виправданому та особі, справу щодо якої закрито, права на захист, а також принципу забезпечення всім іншим особам, які беруть участь у процесі, права на захист їх законних інтересів.

Принципи кримінального процесу були предметом спеціальних досліджень Т.Т.Алієва, М.П.Давидова, Т.М.Добровольської, М.О.Громова, О.В.Гриненка, Г.К.Кожевнікова, В.Т.Маларенка, М.М.Михеєнка, Я.О.Мотовіловкера, І.Л.Петрухіна, В.М.Савіцького, М.С.Строговича, І.В.Тиричева, Г.І.Чангулі, С.Ф.Шуміліна та ін. Проблеми реалізації принципів кримінального судочинства під час перегляду судових рішень, що набрали законної сили, висвітлювалися у працях В.Б.Алексєєва, Г.З.Анашкіна, М.К.Бєлобаченко, М.М.Гродзинського, Є.Г.Мартинчика, І.Д.Перлова, І.І.Потєружі, А.Л.Рівліна, О.П.Рижакєва, О.П.Тємушкіна та інших процесуалістів.

Разом із тим, у чинному кримінально-процесуальному законодавстві України та процесуальній літературі, незважаючи на регламентацію та досить детальне висвітлення вказаних принципів кримінального процесу, ще залишається багато дискусійних питань, що негативно позначається на реальному забезпеченні прав та законних інтересів учасників кримінального процесу. Крім того, у працях названих науковців не враховані зміни, новели, що були запроваджені у кримінально-процесуальне законодавство України у червні – липні 2001 року. З того часу і по сьогоднішній день в Україні немає жодного монографічного дослідження, в якому би знайшли відображення проблеми реалізації принципів кримінального судочинства

Бобечко Н.Р. Про дію окремих принципів кримінального судочинства при перегляді судових рішень у порядку виняткового провадження

при перегляді судових рішень у порядку виняткового провадження. Актуальність висвітлення питань про дію принципів кримінального процесу на стадії перегляду судових рішень в порядку виняткового провадження зумовлюється також і необхідністю прийняття нового КПК України.

Завданнями даної наукової статті є дослідження теоретичної моделі та визначення механізмів реалізації і меж дії принципу змагальності, принципу забезпечення засудженому, виправданому та особі, справу щодо якої закрито, права на захист, а також принципу забезпечення всім іншим особам, які беруть участь у процесі, права на захист їх законних інтересів під час перегляду судових рішень у порядку виняткового провадження.

**Принцип змагальності.** На думку деяких науковців, принцип змагальності на стадіях кримінального процесу з перевірки судових рішень, що набрали законної сили, не діє взагалі [1, с.94,101; 2, с.237-238; 3, с.70-71]. Проте аналіз чинного кримінально-процесуального законодавства України дозволяє зробити висновок про дію принципу змагальності не лише під час досудового слідства, судового розгляду, а й під час перевірки судових рішень, зокрема в порядку виняткового провадження.

Поряд із цим, не можна не зазначити, що дія принципу змагальності на стадії перегляду судових рішень у порядку виняткового провадження обмежена ще радянськими правовими поглядами на цей принцип, які, на жаль, продовжують існувати в діючому КПК. Положення ч.2 ст.394 та ч.1 ст.391 КПК про те, що судовий розгляд справи відбувається з участю прокурора, а інші учасники процесу можуть брати участь у судовому засіданні тільки за запрошенням суду у разі потреби, а також подібне положення ч.2 ст.357 КПК безпідставно піддані в літературі критиці [4, с.238; 5, с.39].

Неприпустимо ставити вирішення питання захисту прав та законних інтересів учасників процесу, а також їх подальшої долі в залежність від бажання суддів, які перевіряють судові рішення. Незважаючи на важливість питань, які розглядаються в судовому засіданні, диспозитивний характер вказаної норми закону дає підстави сумніватися, що суд забажає запросити сторони. Та й слово “запросити” вжито в даному випадку вкрай невдало. Складається враження, що учасники процесу беруть участь у судовому розгляді не для захисту своїх прав та відстоювання своїх законних інтересів, а для святкування якоїсь урочистої події.

А право засудженого брати участь у перевірці судового рішення, для якого така перевірка фактично є останнім сподіванням на досягнення у справі істини та на справедливе її вирішення, взагалі практично зведене нанівець. Адже клопотання засудженого, який відбуває покарання, про його доставку в судове засідання не є обов'язковим для суду.

Тому дуже влучним є вислів С.В.Слінька про те, що КПК України містить “лукаве правило” про участь вказаних учасників процесу в судовому засіданні при перегляді судових рішень, що набрали законної сили [5, с.39]. Зазначені положення закону не забезпечують змагальності на цій стадії процесу. Як правильно зазначає І.Л.Петрухін, процесуальний спір тільки тоді є корисним, коли сторони рівноправні, тобто мають однакові можливості для захисту своїх прав та законних інтересів перед незалежним судом [6, с.169]. Проте про жодну рівноправність мова вестись не може, коли з однієї сторони знаходиться представник державної влади, який подає суду докази про винність особи (у зв’язку із виявленням нових обставин), а з іншої – громадянин, присутність якого в залі судового засідання є дуже сумнівною, доля якого фактично вирішується лише на основі поданих матеріалів розслідування. Вони завжди будуть видаватися неспростовними та більш переконливими, ніж ті, які зуміє відшукати урізана в правах сторона захисту. При такій побудові провадження на цій стадії учасники процесу позбавлені можливості здійснювати захист своїх прав та законних інтересів, а суд перетворюється на прихильника однієї зі сторін – сторони обвинувачення.

У ході перевірки клопотань і заяв заінтересованих осіб та вирішення питання про можливість внесення подання про перегляд судового рішення в порядку виняткового провадження або відмови в цьому, принцип змагальності знаходить обмежене застосування, оскільки саме від відповідних посадових осіб суду залежить, чи необхідно, крім ознайомлення з доводами клопотання та додатково поданими матеріалами, ще й вислухати пояснення особи, яка їх подала.

У чистому вигляді принцип змагальності при перегляді судових рішень в порядку виняткового провадження проявляється тільки в тому, що: сторона захисту та сторона обвинувачення мають право подати нові (додаткові) матеріали, яких не було у справі; суд переглядає судові рішення тільки в тій частині, в якій воно оскаржене у клопотанні та поданні; остаточне рішення за результатами розгляду подання приймає суд. Без сумніву, що цього є недостатньо для останньої перевіркової стадії кримінального процесу України.

**Принцип забезпечення засудженому, виправданому та особі, справу щодо якої закрито, права на захист.** Захист засудженого, виправданого є одним з аспектів захисту прав особи в кримінальному процесі в цілому. За рівнем забезпечення реального здійснення даного права прийнято судити про демократичність не лише кримінального судочинства, але й політичного режиму конкретної держави в цілому.

У зміст права на захист засудженого, виправданого та особи, справу щодо якої закрито при перегляді судових рішень в порядку

виняткового провадження, входять: право засудженого, особи, справу щодо якої закрито з підстав, що не дають право на реабілітацію, їх захисників або законних представників подавати клопотання про перегляд судового рішення в порядку виняткового провадження; право засудженого, виправданого та особи, справу щодо якої закрито, користуватися допомогою захисника при перегляді судового рішення в порядку виняткового провадження; право подавати нові (додаткові) матеріали; право клопотати перед судом про витребування певних доказів; право клопотати про їх виклик в судові засідання; право заявляти відводи та давати пояснення; обов’язок посадових осіб органу дізнання чи досудового слідства, які проводять розслідування нововиявлених обставин, а також прокурора та посадових осіб суду роз’яснити засудженому, виправданому та особі, справу щодо якої закрито, їх права при перегляді судового рішення і забезпечити реалізацію цих прав; обов’язок посадових осіб прокуратури внести подання про перегляд неправосудного судового рішення в порядку виняткового провадження; існування правила про заборону “повороту на гірше” протягом перегляду судового рішення в порядку виняткового провадження; обов’язок суду виправити помилку, якщо вона призвела до порушення прав та законних інтересів засудженого, виправданого та особи, справу щодо якої закрито.

Право засуджених та осіб, справу щодо яких закрито з підстав, що не дають право на реабілітацію, на захист полягає також і в обов’язку суду прийняти рішення на їх користь, навіть тоді, коли вони не подавали клопотання та щодо них не приносилося подання, за наявності для цього достатніх підстав.

Водночас необхідно зазначити, що у законодавчій регламентації права на захист засудженого, виправданого та особи, справу щодо якої закрито, при перегляді судового рішення в порядку виняткового провадження більше недоліків та білих плям, ніж справді гарантій захисту. Ось деякі з них: 1) переписка з приводу надходження клопотань про перегляд судом справ із підстав неправильного застосування кримінального закону та істотного порушення вимог кримінально-процесуального закону, які істотно вплинули на правильність судового рішення (п.2 ч.1 ст.400<sup>4</sup> КПК), із засудженим, захисником чи законним представником судом не ведеться; 2) законом не передбачено право виправданого, особи, справу щодо якої закрито з підстав, що дають право на реабілітацію, їх захисників або законних представників подавати клопотання про перегляд судового рішення в порядку виняткового провадження з підстав і мотивів виправданя та підстав і мотивів закриття справи; 3) про внесені в суд подання про перегляд судового рішення в порядку виняткового провадження

засуджений, виправданий та особа, щодо якої справу закрито, не повідомляються; 4) клопотання засудженого, який утримується під вартою, про участь у судовому розгляді не є обов'язковим для суду; 5) закон не передбачає випадків обов'язкової участі захисника на стадії перегляду судового рішення в порядку виняткового провадження та моменту його вступу в процес; 6) законом не визначено процесуальний статус засудженого, виправданого та особи, справу щодо якої закрито, при розслідуванні нововиявлених обставин; 7) закон не передбачає вжиття заходів для збереження майна виправданого та особи, справу щодо якої закрито, при перегляді судового рішення в порядку виняткового провадження за нововиявленими обставинами, для охорони цього майна в натурі та недопущення його реалізації, а також збереження документів, які підтверджують майнові або особисті права цих учасників процесу.

**Принцип забезпечення всім іншим особам, які беруть участь у процесі, права на захист їх законних інтересів.** Позиції потерпілого, цивільного позивача (а іноді й цивільного відповідача), як правило, діаметрально протилежні позиції засудженого (виправданого). Їхні зусилля в процесі спрямовані на подання доказів про безпідставність доводів процесуального опонента [5, с.49].

До змісту права цих учасників процесу на захист своїх прав та відстоювання своїх законних інтересів входять: право потерпілого, цивільного позивача, цивільного відповідача та їх представників подавати клопотання про перегляд судового рішення за нововиявленими обставинами; їхнє право мати представника своїх інтересів; право заявляти відводи; обов'язок посадових осіб органу дізнання чи досудового слідства, які проводять розслідування нововиявлених обставин, а також прокурора та посадових осіб суду роз'яснити потерпілому, цивільному позивачу, цивільному відповідачу їх права при перегляді судового рішення в порядку виняткового провадження.

Разом із тим, у забезпеченні вказаним учасникам процесу права на захист їх прав та обстоювання законних інтересів протягом перегляду судових рішень у порядку виняткового провадження недостатні або, в окремих випадках, зовсім відсутні дійові механізми. Так, закон не надає право цивільному позивачу, цивільному відповідачу чи їх представникам подавати клопотання про перегляд судового рішення з підстав неправильного застосування кримінального закону та істотного порушення вимог кримінально-процесуального закону, які істотно вплинули на правильність судового рішення (п.2 ч.1 ст.400<sup>4</sup> КПК) в частині заявленого цивільного позову. Про внесення в суд подання про перегляд судового рішення за нововиявленими обставинами потерпілий, цивільний позивач, цивільний

відповідач та їх представники не повідомляються. Перегляд виправдувального вироку, ухвали чи постанови про закриття справи за нововиявленими обставинами допускається лише протягом встановлених законом строків давності притягнення до кримінальної відповідальності і не пізніше одного року з дня виявлення нових обставин. Встановлення цього річного строку навряд чи є справедливим та доцільним для захисту прав та законних інтересів потерпілого, цивільного позивача і цивільного відповідача.

Таким чином, підсумовуючи вищевикладене, робимо висновок про необхідність усунення наявних прогалин та недоліків шляхом запровадження у кримінально-процесуальному законі чітких, дійових механізмів, спрямованих на гарантування захисту прав і законних інтересів учасників процесу. Високий авторитет суду та поважність прокурора не зменшаться від того, що в судовому засіданні при перегляді судових рішень у порядку виняткового провадження братимуть участь засуджений, виправданий, особа, справу щодо якої закрито, їх захисник, діяльність яких забезпечуватиме здійснення їхнього права на захист, сприятиме змагальності, всебічному, повному та об'єктивному дослідженню справи, а також правильному її вирішенню.

Складна та багатогранна проблема механізму реалізації та меж дії принципів кримінального судочинства в ході перегляду судових рішень, що набрали законної сили, потребує подальшого опрацювання та глибокого теоретичного осмислення. Питання найбільш повного здійснення на стадії перегляду судових рішень у порядку виняткового провадження таких принципів кримінального процесу, як гласність, презумпція невинуватості залишаються спірними і недостатньо з'ясованими і по сьогодні, що вимагає їх подальшого наукового дослідження.

1. Гродзинский М.М. Кассационное и надзорное производство в советском уголовном процессе. – 2-е изд., дополн. – М.: Госюриздат, 1953. – 231 с.
2. Ривлин А.Л. Пересмотр приговоров в СССР. – М.: Госюриздат, 1958. – 312 с.
3. Темушкин О.П. Организационно-правовые формы проверки законности и обоснованности приговоров. – М.: Наука, 1978. – 239 с.
4. Зейкан Я.П. Захист у кримінальній справі: Наук.-практ. посіб. – К.: Вища школа, 2002. – 271 с.
5. Слинько С.В. Проблемы реализации конституционных норм субъектами уголовного процесса: Монография. – Харьков: Изд-во Нац. ун-та внутр. дел, РИФ Арсис, 2002. – 432 с.
6. Петрухин И.Л. Правосудие: время реформ. – М.: Наука, 1991. – 207 с.

N. Bobechko

ABOUT THE OPERATION OF SOME CRIMINAL PROCEDURE PRINCIPLES  
DURING THE JUDGMENTS RECONSIDERATION IN EXCLUSIVE PROCEEDING  
ORDER

The article is devoted to examination of such criminal procedure principles as competitiveness; ensuring the right of defence of convicted and acquitted person, the person whose case has been closed; ensuring the right of defence of their legal interests of other participants of criminal proceeding during the judgments reconsideration in exclusive proceeding order. The scientists' opinions about these questions are analyzed.

*А.В. Лесів*

**ПРОБЛЕМИ ЗАХИСТУ ПРАВ ПОТЕРПІЛОГО В УМОВАХ  
ЗМАГАЛЬНОГО СУДОЧИНСТВА**

Людина, яка потерпіла від злочину, потребує реальної допомоги, дійового втручання в захисті її прав, у тому числі і засобами державного впливу. Законодавство різних періодів існування суспільства по-різному вирішувало це питання.

У ст.ст. 3-4 “Руської Правди” встановлювалось правило: якщо хтось вдарив іншого батоном, рукояткою меча чи просто рукою, то має заплатити 12 гривень за образу. Законодавство Русі та країн Стародавнього Заходу широко застосовувало принцип Кратності при вирішенні питання про відшкодування заподіяної потерпілому шкоди (“украва шапку – поверни дві”, “украва бика – поверни 15 молодих биків”).

Згідно зі Статутом Кримінального судочинства 1864 року, потерпілий наділявся найширшими правами: ознайомлення з матеріалами кримінальної справи на будь-якій стадії процесу, присутність при провадженні будь-яких слідчих дій, одержання компенсації за те, що відвідав суд, якщо засідання суду не відбулося через неявку підсудного.

Такий підхід цілком виправданий, має відроджуватись в національному законодавстві. Адже необхідно спрямовувати юридичну науку на забезпечення прав і свобод добропорядних громадян, зокрема тих, хто став жертвою злочину. В такому разі мало щирого співчуття до потерпілого, потрібне мудре, дійове сприяння відновленню його прав, використання всієї сили закону та державного впливу для їх захисту.

За змістом та джерелом походження права потерпілого можна розділити на дві групи.

*Перша група* – це природно-юридичні права: на відшкодування завданої злочинном матеріальної шкоди, компенсації моральної і фізичної

шкоди. Вони виникають одразу ж після вчинення злочину, мають те саме походження, що й обов’язок злочинця нести кримінально-правову відповідальність: саме злочин є юридичним фактом, який породжує певні права і обов’язки. Відповідно і процесуальне законодавство визначає, що потерпілим є особа, якій злочинними діями заподіяна моральна, фізична чи матеріальна шкода.

*Друга група* – це процесуальні права потерпілого, якими він наділяється для відновлення своїх порушених прав та захисту реальних прав і свобод: право надавати докази, заявляти відводи, брати участь у судових дебатах тощо. (Ubi jus ibi reme dium – коли закон дає право, він має дати і засіб його захисту). Процесуальними правами потерпілого особа наділяється з моменту отримання статусу відповідного учасника процесу. Очевидно, що для забезпечення захисту своїх природно-юридичних прав необхідно реалізувати таку модель судочинства, за якої потерпілий мав би цілком достатні (до того не менші, ніж в обвинуваченого) процесуальні права та отримувати би змогу якомога швидше скористатися такими правами.

З огляду на це, проблема захисту прав потерпілого взагалі й проблема концептуальної моделі норм, що визначають статус потерпілого, зокрема стають найбільш актуальними для процесуальної науки. Є позитивні зрушення в законодавчому втіленні наукових розробок. Згідно зі змінами, внесеними до Кримінально-процесуального кодексу (КПК) України в 2001р., потерпілому надане право брати участь у судових дебатах [1]. Але проблема цим не вичерпується.

У той же час у науковій літературі, зокрема доктором юридичних наук В.М.Тертишником, піднімається питання про розширення прав потерпілого, надання йому права на ознайомлення з постановою про призначення судової експертизи, висновком експерта, ознайомлення з матеріалами зупиненої кримінальної справи, одержання копії постанов про порушення кримінальної справи, про затримання та зупинення справи та інше [1; 2; 3].

Однак у проекті Кримінально-процесуального кодексу України, підготовленому робочою групою Кабінету Міністрів України, правове становище потерпілого зовсім не змінилось і відповідає нормам, які прийняті після тоталітарного режиму в Українській РСР (ст.52 проекту).

Потерпілий як учасник процесу повинен займати активну позицію, його дії мають бути обґрунтовані, регламентовані законом. У даний час суспільство, його члени повинні бути наділені відповідними правами для захисту своїх інтересів. А тому права потерпілого треба передбачити законом, і одночасно вони повинні реально забезпечуватися.

Тільки тоді буде забезпечена активна участь потерпілого в кримінальному судочинстві, досягнуто відповідних результатів досудо-

Актуальні проблеми вдосконалення чинного законодавства України

вого і судового слідства. Наведемо приклад, коли організована злочинна група в складі трьох чоловік вчинила більше 40 злочинів на території Волинської і Рівненської областей. В тому числі групою в складі трьох чоловік вчинено групове зґвалтування потерпілої, однокласниці організатора злочинної групи.

Направляючи в суд справу про вчинення злочинів організованою злочинною групою, органи досудового слідства не поставили у провину обвинуваченим зґвалтування.

Однією із проблем може бути тільки те, що слідчі працівники прокуратури не бажали взяти до провадження досудового слідства справи, яка розслідувалась органами досудового слідства управління по боротьбі з організованою злочинністю, була досить об'ємна і необхідно було провести значний об'єм слідчих дій.

Як наслідок, зґвалтування не розглянуте судом, винні не понесли покарання хоча для цього були всі докази. В той же час вчинено вбивство матері організатора злочинної групи, яка брала активну участь у реалізації викраденого. До цього часу вбивство матері не розкрито.

Саме тому забезпечення прав потерпілого повинно здійснюватися в умовах реалізації в кримінальному процесі принципу змагальності сторін. Змагальність же передбачає процесуальну рівність сторін. Тільки за такої умови вона має сенс.

Змагальність – це така побудова процесу, за якої заінтересовані сторони мають рівні процесуальні можливості для відшукування істини та обстоювання своїх інтересів, користуються рівними правами та свободою у наданні доказів, їх дослідженні, перевірці та доведенні їх достовірності, а слідчий та суд, зберігаючи об'єктивність і неупередженість, створюють необхідні умови для здійснення наданих сторонам прав. Сторони в судовому процесі, а саме сторона обвинувачення (прокурор, потерпілий, цивільний позивач та їх представники) і сторона захисту (підсудний, захисник і законний представник, цивільний відповідач і його представник), мають користуватися рівними процесуальними правами.

Між тим, якщо порівняти статус обвинуваченого та потерпілого, то неважко побачити ще багато недоліків чинного як процесуального, так і кримінального законодавства, а також зумовлені недоліками законодавства проблеми судочинства.

По-перше, обвинувачений взагалі не несе ніякої відповідальності ні за відмову від дачі показань, ні за дачу заздалегідь неправдивих показань. Згідно зі ст.384 Кримінального кодексу (КК) України, “завідомо неправдиве показання свідка чи потерпілого... – карається виправними

роботами на строк до двох років або арештом на строк до шести місяців, або обмеженням волі на строк до двох років”.

Встановити принципово важливе і єдине для сторін правило: обвинувачений і потерпілий не несуть відповідальності за заздалегідь неправдиві показання щодо самих себе і своїх діянь. Відповідно, слід скасувати передбачену чинним законодавством відповідальність потерпілого за заздалегідь неправдиві показання. Потерпілий має нести відповідальність нарівні з обвинуваченим чи будь-якими іншими особами тільки за вчинення злочину.

По-друге, в законі закладені далеко не рівні процесуальні права та можливості потерпілого й обвинуваченого.

Наприклад, згідно зі ст.140 КПК України слідчий при пред'явленні обвинувачення вручає обвинуваченому копію відповідної постанови, в якій викладаються і права такого суб'єкта процесу. Було б логічно, якби такий підхід існував і стосовно потерпілого. Нами вноситься пропозиція вручати як обвинуваченому, так і потерпілому постанову або декларацію про роз'яснення прав.

На сьогодні самі права потерпілого викладені в ст.49 КПК України невдало: навіть не вказано, що потерпілий вправі подавати цивільний позов про відшкодування матеріальної шкоди. Про право потерпілого подавати в кримінальній справі позов щодо компенсації моральної шкоди закон досі не виправдано і некоректно мовчить, хоча ніхто з юристів не сумнівається в цьому праві потерпілого. З іншого боку, в ст.122 КПК України викладена невдала процедура роз'яснення прав потерпілому, де, між іншим, згадується і про його право на цивільний позов: “Слідчий, визнавши особу потерпілою від злочину, роз'яснює їй її права, передбачені статтею 49 цього Кодексу, відмічає про це в постанові, що засвідчується підписом потерпілого. У випадках, коли злочином завдана майнова шкода громадянину, підприємству, установі чи організації, слідчий роз'яснює потерпілому і його представникові право заявляти цивільний позов, про що відмічає в протоколі допиту або направляє потерпілому письмове повідомлення, копію якого приєднує до справи”. Тобто свої права потерпілому лишається сприймати здебільшого на слух, і як тут не заплутатись, якщо їх роз'яснюватимуть окремими “порціями”, фіксуючи це в різних процесуальних актах. На такому ж рівні викладені права потерпілого і в ст.52 проекту КПК України, підготовленому робочою групою Кабінету Міністрів України.

Процедура роз'яснення прав не повинна зводитись до роз'яснення якихось окремих прав чи їх групи, складання безлічі окремих протоколів чи відміток у постановках і протоколах. Така процедура має бути простою, чіткою і бездоганною – забезпечувати невідкладно, повно і всебічно



роз'яснення всіх без винятку прав (у тому числі й процедури реалізації таких прав) та надавати потерпілому можливість їх самостійно аналізувати й застосовувати. Для цього існує перевірений спосіб – вручення потерпілому постанови про визнання потерпілим (де викладені і його права) або окремої декларації його прав. Декларація прав потерпілого може стати універсальним і найбільш доцільним засобом роз'яснення прав потерпілому та іншим учасникам процесу.

Важливо і те, коли жертві злочину будуть надані та роз'яснені її права, яким чином визначатиметься процесуальна форма їх реалізації. Було б цілком виправдано вже в резолютивній частині постанови про порушення справи формулювати висновок про визнання певної особи потерпілою та надавати такій особі копію постанови про порушення справи і декларацію прав потерпілого. У разі відмови в порушенні справи, коли при цьому з'ясовано, що якійсь особі заподіяна матеріальна, моральна чи фізична шкода, доречно було б аналогічним чином приймати рішення про визнання такої особи потерпілою, формулюючи це рішення в резолютивній частині постанови про відмову в порушенні справи. Більше того, в останньому випадку особі, що потерпіла від злочину (тепер уже потерпілому), слід надавати право ознайомлення з матеріалами, за якими було прийнято рішення про відмову в порушенні справи, та складати про це відповідний протокол, роз'яснивши водночас і право та процедуру оскарження прийнятого рішення.

Потерпілому має бути надана можливість знайомитися з постановою про призначення експертизи, реалізувати своє право на відвід експерта. Так само, як і підсудному, йому до початку судового засідання необхідно вручати копію обвинувального висновку, а після його закінчення – копію вироку або іншого рішення. Законною і слушною є також думка про те, що потерпілому слід надати право знайомитись із матеріалами кримінальної справи, зупиненої провадженням. Потерпілий повинен мати право оскаржити цю постанову.

По-третє, держава має взяти на себе обов'язок часткового відшкодування шкоди, заподіяної потерпілому злочинцем, а після розкриття злочину шляхом регресного позову відшкодувати свої витрати за рахунок засудженого. Для цього необхідно створити відповідний фонд.

Значна кількість осіб, що вчиняють злочини, не володіють коштами щоб компенсувати потерпілому шкоду яку часто потрібно відшкодувати негайно.

Ця пропозиція підтримана Верховним Судом України. Будучи Головою Верховного Суду України, В.Бойко зазначав, що в проекті КПК України передбачено право потерпілого вимагати відшкодування заподіяної злочинцем шкоди за рахунок відповідного державного фонду,

Лесів А.В. Проблеми захисту прав потерпілого в умовах змагального судочинства заснування якого давно назріло. Формування активів цього фонду можливе за рахунок заставних сум, звернутих у доход держави, штрафів і конфіскації майна в кримінальних та адміністративних справах [5].

По-четверте, пріоритет прав людини має стати реальністю процесуального законодавства. Між тим, у законі ще досі діють застарілі норми щодо гарантій відшкодування завданої потерпілому шкоди. Наприклад, розв'язуючи питання про долю речових доказів або застави, слідчий при закритті справи чи суд при винесенні вироку керуються такими (все ще чинними, хоч і суперечливими) положеннями закону: “знаряддя злочину, що належать обвинуваченому, конфіскуються”, а “гроші, цінності та інші речі, нажиті злочинним шляхом, передаються в доход держави” (ст.81 КПК України); “розмір застави не може бути меншим розміру цивільного позову, обґрунтованого достатніми доказами”, але “якщо підозрюваний, обвинувачений, підсудний порушує взяті на себе зобов'язання, застава звертається в доход держави” (ст.154-1 КПК України). І це тоді, коли Конституцією України проголошується рівність усіх форм власності та пріоритет прав людини.

Позовна вимога як про компенсацію моральної чи фізичної шкоди, так і про відшкодування матеріальних збитків має задовольнятися в першочерговому порядку за рахунок вилучених цінностей, майна, на яке накладено арешт, та застави.

У законі треба чітко записати: “Всі цінності, які знаходились у власності обвинуваченого й були вилучені при провадженні у справі, або цінності, на які накладено арешт, а в передбачених законом випадках і застава – використовуються, в першу чергу, для відшкодування потерпілому завданої злочинцем шкоди”.

По-п'яте, згідно зі ст.49 та ст.52 КПК України потерпілий може мати представників, зокрема з числа адвокатів. Стаття 52 КПК України визначає, що представниками потерпілого можуть бути адвокати, близькі родичі, законні представники, а також інші особи за постановою особи, яка провадить дізнання, слідчого, судді або за ухвалою суду.

Значимо, що згідно зі ст.59 Конституції України “кожен має право на правову допомогу” і “кожен є вільним у виборі захисника своїх прав”. Потерпілий має право звернутися не тільки до адвоката, а й до будь-якого фахівця в галузі права, укласти угоду про правову допомогу, а суд у таких випадках має надати можливість фахівцю брати участь у справі на боці потерпілого.

Фахівець у галузі права бере участь у справі на боці потерпілого як його представник, керуючись при цьому правами самого потерпілого. Але з огляду на змагальність у судовому процесі та рівність сторін виникає

питання: чи не може потерпілий мати не тільки представника, а й захисника своїх прав? На наш погляд, правових перепон для цього нині не існує, а положення Конституції України відкривають шлях для забезпечення участі у справі захисника не тільки обвинуваченого, а й потерпілого.

У законі доцільно дати визначення: “Захисник – самостійний учасник кримінального процесу, який, використовуючи свої знання в галузі права, виконує функцію захисту обвинуваченого (підозрюваного, підсудного, засудженого), виправданого, неосудного, обмежено осудного, потерпілого”.

Потерпілий повинен мати право оскаржити всі завершальні постанови по справі, в тому числі і про повернення справи на додаткове розслідування.

Разом із тим зауважимо, що наданням потерпілому права мати захисника проблема не вичерпується. Відповідно до ст.27 КПК України справи про злочини, передбачені ст.125, ч.1 ст.126 КК України, а також справи про злочини, передбачені ст.356 КК України, щодо дій, якими завдано шкоду правам та інтересам окремих громадян (справи приватного обвинувачення, за якими дізнання і досудове слідство не провадяться), порушуються не інакше, як за скаргю потерпілого, якому й належить у такому разі право підтримувати обвинувачення. У цих справах потерпілий наділяється повноваженнями обвинувача, а оскільки представник потерпілого користується правами потерпілого, то в таких випадках він також може використовувати права, якими наділяється обвинувач.

Виходячи з принципу змагальності та рівності сторін у справах приватного обвинувачення, в судовому засіданні представник потерпілого має наділятися правами обвинувача, які, крім того, принципово не можуть бути меншими, ніж права захисника обвинуваченого. Якщо обвинувачений має право на останнє слово, то, може, є сенс надавати перед цим завершальне слово потерпілому?

### Висновки

На підставі викладеного пропонуємо ч.3 ст.49 КПК України викласти таким чином.

“Потерпілий вправі:

- вимагати моральної й фізичної компенсації, заподіяної злочином, та відшкодування матеріальної шкоди за рахунок особи, винної у вчиненні злочину, чи осіб, що несуть матеріальну відповідальність за її дії, а у передбачених законом випадках – часткової компенсації з Державного фонду відшкодування матеріальних збитків, завданих громадянам злочинами;
- подавати цивільний позов у кримінальній справі щодо компенсації моральної й фізичної та відшкодування матеріальної шкоди, заподіяної злочином;

Лесів А.В. Проблеми захисту прав потерпілого в умовах змагального судочинства

– вимагати накладення арешту на вклади і майно обвинуваченого та вжиття інших, передбачених законом, заходів щодо відшкодування завданої йому злочином шкоди;

– давати показання або відмовитися від дачі показань чи відповідей на окремі питання, а також відхиляти поставлені йому запитання чи заперечувати проти їх формулювання;

– представляти докази чи відмовляти в їх наданні;

– вимагати особистого невідкладного освідчення судово-медичним експертом у разі заподіяння йому тілесних ушкоджень чи шкоди здоров'ю;

– бути повідомленим про порушення кримінальної справи, відмову в порушенні справи, закриття справи та про пред'явлене обвинуваченому обвинувачення;

– заявляти клопотання і відводи;

– давати показання і заявляти клопотання рідною мовою або іншою мовою, якою він володіє, в необхідних випадках користуватися безкоштовно допомогою перекладача;

– мати захисника та представника з моменту визнання потерпілим;

– мати конфіденційне побачення із захисником до першого допиту, а також вимагати присутності захисника чи представника при його першому допиті;

– бути присутнім при провадженні слідчих дій, повідомивши про це слідчого до початку їх провадження, та брати участь у тих із них, які провадяться за його клопотанням чи клопотанням його представника або захисника;

– знайомитися з протоколами слідчих дій, що провадяться за його участю, і подавати на них зауваження;

– знайомитися з постановою про призначення судової експертизи і висновком експерта;

– робити запити і одержувати копії документів від громадян та юридичних осіб, знайомитися на підприємствах, в установах, організаціях, об'єднаннях громадян із необхідними документами, крім тих, таємниця яких охороняється законом;

– знайомитися із матеріалами, на підставі яких було винесено рішення про відмову в порушенні справи;

– знайомитися з матеріалами зупиненої кримінальної справи та повернення її на додаткове розслідування, оскаржувати ці постанови;

– знайомитися по закінченні досудового слідства з усіма матеріалами завершеної розслідування кримінальної справи, виписувати з кримінальної справи будь-які дані й у будь-якому обсязі, знімати копії з матеріалів кримінальної справи, у тому числі за допомогою технічних засобів;

Актуальні проблеми вдосконалення чинного законодавства України

– одержувати копії постанов про порушення кримінальної справи, визнання його потерпілим чи про відмову в цьому, про відмову в порушенні чи про закриття кримінальної справи, призупинення провадження у кримінальній справі, а також копії вироку суду першої інстанції, рішень судів апеляційної і касаційної інстанцій;

– брати участь у судовому розгляді кримінальної справи в суді;

– ставити в судовому засіданні запитання підсудному, іншим потерпілим, свідкам, експерту, спеціалісту, позивачу і відповідачу, брати участь у дослідженні доказів;

– висловлювати в судовому засіданні свою думку щодо клопотань інших учасників судового розгляду;

– застосовувати науково-технічні засоби під час виконання процесуальних дій за його участю на будь-яких стадіях процесу;

– виступати в судових дебатах;

– підтримувати обвинувачення, якщо цю функцію не здійснює прокурор;

– знайомитися з протоколом судового засідання і подавати на нього зауваження;

– приносити скарги на дії (бездіяльність) і рішення дізнавача, слідчого, прокурора і суду;

– оскаржувати вирок, ухвали, постанови суду, постанови органів дізнання, слідчого, прокурора;

– знати про принесені в кримінальній справі скарги та подання і подавати на них заперечення;

– подавати клопотання про застосування заходів безпеки відповідно до чинного законодавства;

– вимагати відшкодування витрат, понесених у зв'язку з його участю в ході досудового слідства й у суді.

– Слідчий, дізнавач, прокурор, суд зобов'язані невідкладно роз'яснити потерпілому його процесуальні права, вручити йому письмовий документ із переліком його прав – декларацію або постанову прав потерпілого, невідкладно вжити передбачених законом заходів щодо забезпечення прав потерпілого”.

Такі процесуальні права потерпілому повинні бути реально забезпечені. Реалізуючи дані процесуальні права, потерпілий особисто або через представника зможе брати участь у кримінальному судочинстві, направляти справу до її закінчення, брати активну участь у досудовому слідстві, впливати на своєчасний і якісний розгляд справи в суді.

1. Тертышник В.М. Обеспечение защиты прав и свобод личности в уголовном процессе // Советское государство и право. – 1989. – № 11. – С. 37.
2. Тертышник В.М. Научно-практический комментарий к Уголовно-процессуальному кодексу Украины. – К., 2002. – С. 554-555.
3. Колодяжный В.А. Проблема совершенствования уголовно-процессуального закона / Теория та практика застосування чинного кримінального і кримінально-процесуального законодавства у сучасних умовах: У 2-х ч. – Ч. 1. – К., 2002. – С. 123-225.
4. Тертышник В.М. Обеспечение защиты прав и законных интересов граждан в уголовном процессе // Советское государство и право. – 1989. – № 11. – С. 37.
5. Тертышник В.М. Кримінально-процесуальне право України: Посібник. – К., 1999. – С. 61-62.
6. Бойко В.Ф. Гарантовані Конституцією України права і свободи людини мають надійно захищатися незалежним, компетентним і неупередженим судом // Вісник Верховного Суду України. – 1999. – № 1. – С. 5-8.
7. Проект Кримінально-процесуального кодексу України. Підготовлений робочою групою Кабінету Міністрів України. – Київ, 1998.

A. Lesiv

#### PROBLEMS OF DEFENCE OF VICTIM IN THE CONDITIONS OF COMPETITIVE PROCEEDING

In the article the question of expanding of the rights of victim and his representative (defence counsel) in conditions of the modern criminal-remedial legislation of Ukraine is analyzed. According to the rights of other participants of criminal legal procedure it is necessary to expand rights of the victim and his representative. Their rights should correspond to the rights of accused.

*O.V. Batiuk*

#### МЕТА ТА НАПРЯМКИ ВИВЧЕННЯ ОСОБИ ОБВИНУВАЧЕНОГО НА СТАДІЇ ДОСУДОВОГО СЛІДСТВА

На практиці у ході досудового розслідування кримінальних справ постійно виникають різні нетипові, здебільшого конфліктні, ситуації саме у правовідносинах із підозрюваним і обвинуваченим. Відсутність ефективних методів пошуку і одержання достовірних об'єктивних даних про них суттєво ускладнює процес розслідування і нерідко призводить до помилок при прийнятті важливих процесуальних рішень. Звідси зрозуміло, чому цій проблемі постійно приділяється увага в юридичній літературі, присвячені праці багатьох учених у галузі кримінально-процесуального права, криміналістики, психології, кримінології та ін. Саме це, на наш погляд, і обумовлює її актуальність у сьогоденні.

Розглядаючи проблему мети та напрямків вивчення особи обвинуваченого в стадії досудового слідства, вважаємо, спочатку потрібно

визначити поняття ролі мети. Сміслові значення поняття мети найбільш поширені в літературі і досить переконливо аргументовані в працях А.В.Борзенько, Н.Н.Трубінкова, А.А.Чунаєвої, А.І.Яценка. Мета, як правильно зазначають ці та інші науковці, завжди тісно пов'язана з предметом, засобами та результатом діяльності [4, с.38].

Саме виходячи з цього, потрібно зазначити, що головною метою вивчення обвинувачуваного є одержання істинних, об'єктивних, достовірних відомостей про факти, що характеризують його особу, сприяють встановленню з ним психологічного контакту при проведенні слідчих дій і вибору відповідних тактичних прийомів.

Як бачимо, успішне виконання слідчим завдань розслідування кримінальних справ потребує всестороннього вивчення і використання відомостей про факти, що характеризують особу обвинуваченого. Вже на початку розслідування злочину слідчий намічає головну мету, яку він повинен досягти в ході розслідування злочину та яка в подальшому конкретизується залежно від визначення його етапів і слідчих дій. Як вірно зазначає М.А.Ковалев, характерним є те, що отримані слідчим відомості про факти, які характеризують особу обвинувачуваного, реалізуються не тільки на досудовому слідстві, але вони мають дуже важливе значення і в стадії судового розгляду справи, в тому числі для визначення оптимальних умов і засобів виправно-трудоного впливу на засудженого [3, с.45].

Коли встановлено особу обвинуваченого, як одну з основних фігур процесу розслідування, слідчий повинен встановити відомості про факти, що його характеризують. Доцільно зазначити, як показує практика, що в міру поглиблення розслідування кількість відомостей, які характеризують особу обвинувачуваного, накопичується. Виникає питання, як із тих відомостей визначити необхідні з тим, щоб, з одного боку, не упустити найбільш суттєві і важливі з них у розслідуваній справі, а з іншого боку, не перевантажити матеріали розслідування другорядними, а деколи і зовсім зайвими.

З цього виникає необхідність визначення основної мети, на основі якої повинні проводитися відповідні процесуальні і криміналістичні дії, а також прийматися необхідні рішення.

Отже, потрібно звернутися до чинного кримінально-процесуального законодавства України (КПК), яке регламентує встановлення відомостей про особу обвинувачуваного. Відбувається це в рамках і порядку, визначених кримінально-процесуальним законодавством. Так, згідно зі ст.2 КПК України, завданнями кримінального судочинства є охорона прав і законних інтересів фізичних та юридичних осіб, які беруть у ньому участь, а також швидке і повне розкриття злочинів, викриття винних та забезпечення правильного застосування Закону з тим, щоб кожний, хто вчинив

злочин, був притягнутий до відповідальності і жоден невинний не був покараний [6, с.8].

При цьому, у вирішенні даних завдань основне місце посідає швидке, повне і всебічне розкриття злочинів, головною метою якого є встановлення обставин і механізму їх вчинення, а також відомостей про осіб, винних у скоєнні злочину. Злочин може вважатися розкритим лише при умові, коли в процесі досудового розслідування будуть встановлені всі обставини, які входять у предмет доказування (ст.ст.23, 64 КПК) [6, с.37].

Провівши аналіз положень статті 64 КПК, можна зробити висновок, що коло доказів, котрі підлягають дослідженню слідчими органами і судом при розгляді конкретної кримінальної справи, стосується обставин, які характеризують об'єктивну сторону і об'єкт злочинного посягання, а також особу, яка вчинила злочин і її психічне відношення як до діяння, так і до його наслідків.

Поряд із цим, виходячи з характеристики структури предмета доказування, потрібно погодитися з П.Д.Біленчуком, який визначає п'ять основних напрямків вивчення особи обвинувачуваного, а саме:

- 1) вирішення оперативних слідчо-тактичних завдань розкриття злочину (криміналістичний напрямок);
- 2) забезпечення процесуального режиму проведення окремих слідчих дій (кримінально-процесуальний напрямок);
- 3) дослідження фактів, що визначають ступінь небезпечності злочину і особи, яка його вчинила, та інших обставин, які сприяють правильному вирішенню справи (кримінально-правовий напрямок);
- 4) попередження злочинності (кримінологічно-профілактичний напрямок);
- 5) ефективне здійснення виправно-виховних функцій (пенітенціарний напрямок) [2, с.38].

Як справедливо зазначає Ю.І.Азаров, вивчення особи обвинувачуваного в процесі досудового розслідування злочинів повинно проводитися не тільки для вирішення завдань кримінального судочинства, але і для досягнення конкретної мети, яка стоїть на тому чи іншому етапі процесу розслідування. У зв'язку з цим відомості про особу, що притягається до кримінальної відповідальності, які необхідно доказувати в процесі розслідування по справі, мають значення для вирішення таких питань:

- 1) необхідності швидкого і повного розкриття злочинів;
- 2) викриття винних;
- 3) забезпечення правильного застосування закону з тією метою, щоб кожний, хто скоїв злочин, був справедливо покараний і ні один невинний не був притягнутий до кримінальної відповідальності і засуджений;
- 4) сприяння укріпленню законності і правопорядку;

- 5) попередження і викоренення злочинів;
- 6) охорони інтересів суспільства, прав і волі громадян;
- 7) виховання громадян у дусі неухильного виконання Конституції України та інших законів і нормативних актів.

Таким чином, у процесі досудового розслідування слідчий повинен вирішити ряд питань кримінально-правового характеру, а їх реалізація значною мірою залежить від вивчення особи обвинувачуваного. Норми кримінального закону України містять вимоги про збирання і врахування інформації про особу обвинуваченого [1, с.15].

Доцільно наголосити і на тому, що кримінально-процесуальний порядок вивчення особи обвинуваченого визначається необхідністю забезпечення процесуального режиму досудового слідства, який в основному ґрунтується на основі знань особливостей особи обвинувачуваного. Відомості про факти, що характеризують особу обвинувачуваного, підлягають доказуванню по кримінальній справі (КПК).

У юридичній літературі, присвяченій вивченню особи обвинувачуваного, певна увага приділяється об'єму фактичних даних, які характеризують особу обвинувачуваного і підлягають встановленню в процесі розслідування. Правильне вирішення цього питання має велике практичне значення. На наш погляд, у кримінально-процесуальному законодавстві не визначені обсяг і межа вивчення особи обвинувачуваного, в тому числі і неповнолітнього. Потрібно погодитися із Ю.Г.Кожуховим, який зазначає, що в кримінально-процесуальному законодавстві є тільки загальні рекомендації про вивчення особи обвинувачуваного [5, с.37].

Щоб усунути вказану "прогалину" в законодавстві, на наш погляд, доцільно визначити обсяг і межу одержання відомостей про факти, що характеризують особу обвинувачуваного та підлягають встановленню по розслідуваній справі. Тут слід відзначити, що необґрунтоване звуження кола таких відомостей обмежує можливості обрати не тільки відповідну міру покарання, але й найбільш ефективні заходи для перевиховання правопорушника. Значне розширення такої межі може призвести до витрат зайвих сил слідчого і органу дізнання. Все це викликає необхідність у чіткій регламентації переліку видів даних про особу обвинувачуваного на досудовому слідстві.

Такий перелік має бути основним критерієм визначення повноти і всебічності відомостей про особу обвинувачуваного, які підлягають встановленню в процесі розслідування.

Підводячи підсумок вищевикладеного, необхідно зазначити, що проблема вивчення особи обвинуваченого в стадії досудового слідства повинна займати одне з провідних місць як у теорії кримінально-процесу-

ального законодавства, так і в повсякденній практиці працівників правоохоронних органів.

1. Азаров Ю.И. Деятельность следователя органов внутренних дел по доказыванию обстоятельств, характеризующих личность обвиняемого. – К.: НИИРПО КВШ МВД СССР, 1991. – С.15-16.
2. Біленчук П.Д. Процесуальні та криміналістичні проблеми дослідження обвинуваченого (проблеми комплексного вивчення особи обвинуваченого в стадії досудового слідства): Монографія. – К.: Атіка, 1999. – С.532.
3. Ковалев М.А. Прокурорский надзор за обеспечением прав личности при расследовании преступлений. – М.: МГУ, 1981. – 160 с.
4. Коновалова Е., Шепитько В.Ю. Криминалистическая тактика: теории и тенденции Учебное пособие. – Х.: Гриф, 1997. – 256 с.
5. Корухов Ю.Г. Криминалистическая диагностика при расследовании преступлений. Научно-практическое пособие. – М.: Изд. Группа НОРМА – ИНФРА-М., 1998. – 288 с.
6. Кримінально-процесуальний кодекс України. – К.: Юрінком, 1993. – 434 с.

О. Batyuk

#### THE PURPOSE AND WAYS OF STUDYING OF PERSONALITY OF THE ACCUSED DURING THE PREJUDICIAL INVESTIGATION STAGE

This article deals with certain aspects of the purpose and ways of studying of personality of the accused at the prejudicial investigation stage. The importance of the problem is discovered by scientists and practical workers. The author worked out some propositions to the project of the Criminal-procedure code of Ukraine.

*С.О. Ковальчук*

#### ОКРЕМІ ПИТАННЯ УЧАСТІ ЗАХИСНИКА У ПРОЦЕСІ ДОКАЗУВАННЯ У КРИМІНАЛЬНИХ СПРАВАХ

Після проголошення незалежності Україна стала на шлях становлення та розвитку суверенної, демократичної, соціальної, правової держави. Існуюче на той час законодавство не відповідало обраному шляху державотворення, тому досить гостро постала потреба його реформування. Одним зі значних досягнень проведеної реформи є посилення ролі захисника в кримінальному процесі України та запровадження принципу змагальності сторін – учасників кримінального судочинства.

Принцип змагальності сторін відомий науці кримінального процесу давно; науковцями-процесуалістами було здійснено цілу низку важливих напрацювань, пов'язаних із провадженням кримінальних справ на основі змагальності. Нормативне закріплення принципу змагальності сторін (ст.16<sup>1</sup> Кримінально-процесуального кодексу України), на жаль, є формаль-

ною посилкою, оскільки механізму його реалізації на сьогоднішній день не створено. Більше того, зі змісту частини 1 статті 16<sup>1</sup> КПК України випливає, що вказаний принцип на стадію досудового слідства не поширюється. У зв'язку з цим сторона захисту на вказаній стадії знаходиться в нерівному процесуальному становищі відносно сторони обвинувачення. Відсутність у сторін рівних процесуальних прав та можливостей для відстоювання перед судом своїх позицій обумовлюється, зокрема, наданням стороні захисту вузьких меж участі у процесі збирання, фіксації та подання доказів у кримінальних справах.

Зважаючи на встановлені законодавством принципи рівності сторін та їх змагальності, дослідженню питання участі захисника у процесі доказування у кримінальних справах в юридичній літературі надавалося вагомого значення. Зокрема, воно розглядалося у працях Т.В.Варфоломеевої, С.М.Даровських, А.М.Ларіна, Ю.Д.Лівшица, Е.Б.Мельникова, І.Л.Петрухіна, В.М.Савицького, В.М.Тертишника, І.Л.Трунова, П.Л.Фріса, О.Г.Шило та ін. Із внесенням до Кримінально-процесуального кодексу України доповнень, пов'язаних із нормативним закріпленням принципу змагальності сторін, це питання набуло "нового життя", оскільки подання доказів стороною захисту є важливим компонентом змагальності.

Частина 1 статті 66 Кримінально-процесуального кодексу України закріплює обов'язок слідчого збирати докази шляхом проведення слідчих дій. Частина 2 статті 48 Кримінально-процесуального кодексу України надає захиснику право подавати докази, заявляти клопотання, збирати відомості про факти, що можуть використовуватися як докази в справі. З нормативного закріплення права збирання та подання доказів різними сторонами кримінального процесу випливає процесуальна нерівність обвинувачення та захисту стосовно їх участі у процесі доказування. Це, в свою чергу, порушує принципи рівності сторін та їх змагальності, оскільки сторона обвинувачення, відповідно до своєї процесуальної функції, збирає, фіксує та подає, переважно, обвинувальні докази, відкидаючи, у більшості випадків, докази, що можуть свідчити про невинуватість особи. Тому досить важливим видається питання закріплення за захисником права самостійно збирати докази з метою здійснення ефективного захисту підозрюваного, обвинуваченого, підсудного.

З вищевикладеного випливає потреба розгляду питання щодо доцільності надання стороні захисту можливості самостійно збирати докази. З цього приводу в юридичній літературі висловлюються чотири точки зору.

Відповідно до першої визнається можливість проведення захисником "паралельного розслідування", під яким, на думку І.Л.Трунова, розуміють

слідчі дії, що проводяться адвокатом-захисником поряд зі слідчим, які мають за мету виявлення виправдальних або пом'якшуючих відповідальності обставин із викладенням своїх висновків у захисному висновку, котрий складається та направляється в суд нарівні та в порядку, передбаченому для обвинувального висновку [6, с.6]. Цієї позиції притримуються П.Л.Фріс та А.Ю.Малеев, які пропонують наділити сторони обвинувачення та захисту рівними можливостями щодо проведення усіх слідчих дій, передбачених чинним Кримінально-процесуальним кодексом [7, с.15].

Згідно з другою точкою зору, доцільним є закріплення за захисником можливості самостійно збирати докази шляхом визначення кола слідчих дій, у яких його участь є обов'язковою. Така позиція обґрунтовується Т.В.Варфоломеевою, яка зазначає, що необхідно законодавчо закріпити норму щодо обов'язкової участі захисника при проведенні таких слідчих дій, як очна ставка, відтворення обстановки і обставин події, проведення експертиз [2, с.112]. При такому підході також можна говорити про допустимість участі захисника в обговоренні зі слідчим плану проведення слідчої дії, яка має бути проведена у кримінальній справі, внесення пропозицій щодо найбільш раціонального її проведення.

Прихильники третьої точки зору вважають, що захиснику має бути надане право самостійно здійснювати у встановленому законом порядку окремі слідчі дії. Так, В.М.Тертишник до слідчих дій, які можуть самостійно проводитися захисником, відносить огляд предметів та документів на місці їх знаходження, а також допит свідків з їх згоди [5, с.281]. Н.Кузнецов і С.Дадонов обґрунтовують доцільність надання захиснику права самостійно проводити таку процесуальну дію, як опитування [3, с.32].

Четверта точка зору висловлюється Ю.Д.Лівшицом та С.М.Даровських вважають, що захисник та обвинувачений за своєю природою не можуть і не повинні проводити слідчі дії, особливо ті, які носять примусовий характер [4, с.14]. На цій позиції стоїть О.Г.Шило, яка визнає надання захиснику права проведення "паралельного розслідування" недоцільним [8, с.16]. Як аргумент, противниками "паралельного розслідування" наводяться міркування про те, що слідчі дії не можуть бути проведені захисником; йому надається лише право заявляти клопотання щодо їх проведення. Зібрані стороною захисту матеріали можуть бути надані слідчому або суду як додатки до певних клопотань. Цілком зрозуміло, що у разі відхилення клопотання наявні у захисника фактичні дані, які, на його думку, мають відношення до справи, доказами не стануть.

Проведений вище аналіз праць учених-процесуалістів свідчить про те, що питання надання захиснику права самостійно збирати докази є досить актуальним. Проте на сьогоднішній день залишаються нерозробленими питання,

пов'язані з їх фіксацією, оцінкою та приєднанням до матеріалів кримінальної справи у разі розширення права захисника брати участь у доказуванні.

Метою даного дослідження є вивчення шляхів розширення можливостей захисника щодо збирання доказів, а також доцільності внесення відповідних змін до кримінально-процесуального законодавства, спрямованих на забезпечення змагальності сторін та формування механізму реалізації захисту в кримінальних справах на змагальних засадах за умов наявності у сторін рівних процесуальних прав.

Розширюючи можливість сторони захисту збирати та подавати докази, необхідно чітко визначити способи та засоби фіксації отриманої захисником інформації з метою надання їй статусу доказової. Фіксація проведеної захисником слідчої дії повинна відображати в передбаченій законом формі факт проведення дії, використані при цьому методи і засоби та отримані результати. Фіксація проведеної захисником слідчої дії з числа зазначених вище має здійснюватися шляхом складання ним протоколу проведення відповідної слідчої дії. Такий протокол повинен складатися за загальними правилами, передбаченими Кримінально-процесуальним кодексом України. У процесі проведення захисником слідчої дії ним можуть застосовуватися фотозйомка та відеозапис.

Пропозиція щодо фіксації захисником інформації, отриманої при проведенні ним опитування, висловлюється Н. Кузнєцовим і С. Дадоновим, які вважають, що результати опитування повинні фіксуватися або шляхом власноручного запису опитуваним наданих захиснику пояснень за підписом самого опитуваного та захисника, або шляхом викладення змісту бесіди в клопотанні із вказанням особи, яка підлягає виклику для допиту слідчим [3, с.32].

Оцінка зібраних стороною захисту доказів повинна проводитися за загальними правилами оцінки доказів нарівні з доказами, зібраними стороною обвинувачення. Причому щодо доказів, зібраних захисником, повинно застосовуватися правило, передбачене частиною 2 статті 67 Кримінально-процесуального кодексу України, відповідно до якої ніякі докази для суду, прокурора, слідчого і особи, яка провадить дізнання, не мають наперед встановленої сили.

Приєднання зібраних захисником на досудовому слідстві доказів до матеріалів кримінальної справи має здійснюватися на стадії попереднього розгляду справи суддею. Захисник повинен заявити суду відповідне клопотання, до якого додаються усі зібрані ним докази. Разом із тим, вважаючи, що певний доказ (докази) має значення для провадження досудового слідства, захисник повинен бути наділений можливістю приєднати його

до матеріалів кримінальної справи на досудовому слідстві, заявивши слідчому відповідне клопотання. У разі винесення слідчим мотивованої постанови про відмову у приєднанні доказу до матеріалів кримінальної справи, захисник має володіти правом оскаржити таку постанову у суді.

Підсумовуючи вищевикладене, необхідно зазначити, що, незважаючи на своє закріплення у частині 2 статті 48 Кримінально-процесуального кодексу України, право захисника збирати відомості про факти, які можуть бути використані як докази, є лише наданим йому правом, процесуальна форма реалізації якого законом не регламентована. Більше того, закріплюючи за захисником таке право, кримінально-процесуальний закон не надає йому можливості перевіряти та оцінювати докази з точки зору належності, допустимості, достовірності, а всі зібрані ним докази в сукупності – з позицій достатності для вирішення кримінальної справи.

З огляду на недотримання принципу рівності сторін та їх змагальності вбачається за доцільне розширення права сторони захисту щодо збирання, фіксації та подання доказів і закріплення таких форм реалізації вказаного права:

1) заявлення клопотань слідчому про проведення певної слідчої дії або про приєднання наявних у захисника доказів до матеріалів кримінальної справи;

2) обов'язковість участі захисника при проведенні таких слідчих дій, як очна ставка, відтворення обстановки і обставин події, проведення експертиз;

3) самостійне проведення захисником окремих слідчих дій, зокрема, огляду предметів та документів у місці їх знаходження, допиту свідків за їх згоди.

Зібрані захисником у процесі проведення окремих слідчих дій докази підлягають фіксації та приєднанню до матеріалів кримінальної справи.

Розширення права сторони захисту збирати, фіксувати та подавати докази сприяло б реалізації принципу змагальності сторін та забезпечило б їх реальну рівність. Враховуючи потребу забезпечення реальної змагальності сторін, розглянуті вище проблемні питання, пов'язані з участю захисника у процесі доказування, залишатимуться актуальними й надалі та розроблятимуться з метою формування у сторони захисту інструментарію для здійснення належного захисту у кримінальних справах та створення чіткого механізму реалізації принципу змагальності сторін.

У подальшому досліджені вище проблемні питання повинні розроблятися у таких напрямках:

– вивчення можливості законодавчого закріплення норм щодо права захисника проводити окремі розшукові та слідчі дії;



– проведення опитування практичних працівників (слідчих, прокурорів, адвокатів, суддів) з метою вивчення їх думки з приводу доцільності запровадження таких змін до кримінально-процесуального законодавства.

1. Кримінально-процесуальний кодекс України. – К.: Атіка, 2003.
2. Варфоломеева Т.В. Защита в уголовном судопроизводстве. – К., 1998. – 204 с.
3. Кузнецов Н., Дадонов С. Право защитника собирать доказательства: сущность и пределы // Российская юстиция. – 2002. – №8. – С.32.
4. Лившиц Ю.Д., Даровских С.М. Вопросы принципа состязательности в стадии предварительного расследования // Следователь. – 2002. – №8. – С.13-15.
5. Тертишник В.М. Кримінально-процесуальне право України: Підручник. – К.: АСК, 2003. – 1120 с.
6. Трунов И.Л. Расширение состязательности уголовного процесса на стадии предварительного расследования в свете судебной реформы // Российский судья. – 2002. – №3. – С.4-7.
7. Фріс П.Л., Малесв А.Ю. Питання реформування кримінально-процесуального законодавства України та забезпечення рівності учасників кримінального процесу // Адвокат. – 2002. – №1. – С.11-17.
8. Шило О.Г. Захист у кримінальних справах та питання його реалізації у стадії касаційного провадження / Автореферат на здобуття наукового ступеня доктора юридичних наук. – Харків: Національна юридична академія України ім. Ярослава Мудрого, 1997. – 24 с.

S. Kovalchuk

#### SOME QUESTIONS OF COLLECTING AND INTRODUCING OF PROOFS BY DEFENDER IN THE CRIMINAL PROCEDURE

Some questions of introducing of proofs by the defence side in the criminal procedure are considered in the article. On the basis of analysis of investigations of scientists he asserts the necessity of expansion of rights for the side of defence concerning collection, fixing and introducing of proofs. Author worked out clear suggestions concerning bringing the proper changes to the criminal-proceeding legislation of Ukraine.

*Р.Б. Єзерський*

#### КРИМІНАЛІСТИЧНА ТЕХНІКА І ЗАГАЛЬНІ НАУКОВІ ЗНАННЯ

З розвитком суспільства, що характеризується багатьма діалектично-обумовленими протиріччями, з'являються різноманітні негативні явища, які виступають закономірністю цих протиріч. Наслідками суспільних катаклізмів є техногенні та екологічні катастрофи, епідемії й епізоотії, стихійні лиха і війни. Але, мабуть, жодне із перерахованого у соціальному аспекті не створює таких тяжких, інколи трагічних наслідків, як злочинність у всіх її різнобічних формах прояву. На відміну від інших негативних

явищ, за всієї їх небезпечності для суспільства, злочинність не має мети ні в часі, ні у просторі. Вона спотворює людську спільноту, деформує загальнолюдські цінності, підриває економіку, постійно загрожує життю і благополуччю всіх і кожного. У загальній системі заходів боротьби зі злочинністю, що використовуються суспільством в особі його державних структур, особлива увага традиційно приділяється профілактиці у поєднанні із засобами розкриття й розслідування злочинів.

Усвідомлена суспільством потреба наукового обґрунтування системи таких заходів, їх напрацювання й практичної реалізації завжди була і є залежною від досягнень науки і техніки. Це у кінцевому рахунку і обумовило свого часу зародження криміналістики як науки. Найбільш наочно така обумовленість прослідковується у сфері криміналістичної техніки, де у найскладніших формах, способах поєдналися проблеми науки і техніки, суспільства та людини. Власне, ці проблеми, а точніше закономірності, що проявляються у їх виникненні та вирішенні, й зумовлюють потребу їх подальшого дослідження.

Саме в цьому і полягає постановка проблеми та її зв'язок із важливими науковими чи практичними завданнями.

Аналіз останніх досліджень і публікацій А.М.Антонова “Сприйняття і виникнення нового знання в науці”, А.І.Кочергіна “Предмет науки і загальна теорія системи”, І.К.Ісаєва “Матеріалістична діалектика і системний підхід в науці”, І.І.Жбанкова “Філософські принципи в науковому пізнанні” показує, що на сьогоднішній день можна констатувати доволі ґрунтовне дослідження у працях багатьох криміналістів питань щодо характеру взаємозв'язків розвитку загальної теорії криміналістики в системі загальних наукових знань.

Однак ця багатоаспектна проблема вимагає свого подальшого глибокого системного вивчення. Зокрема, як видається, існує потреба комплексного з'ясування питань, пов'язаних із визначенням місця криміналістичної техніки у системі загальних наукових знань, аналізом закономірного зв'язку цього процесу.

Потребують дослідження й вивчення питання правового, науково-методичного забезпечення розвитку криміналістичної техніки, шляхів ефективного використання її у розкритті та розслідуванні злочинів.

Завданням даного дослідження є питання застосування техніко-криміналістичних засобів і загальних наукових знань щодо них у процесі провадження в кримінальних справах, а також теоретичні напрацювання в цій галузі.

Мета нашої статті полягає у з'ясуванні характеру і напрямів впливу загальних наукових знань на криміналістичну техніку, визначенні місця криміналістичної техніки у науці криміналістиці та системі інших наук.

Виступаючи системою наукових положень, криміналістична техніка як розділ науки криміналістики пов'язана з іншими сферами наукового знання. Визначення місця будь-якої галузі наукового знання, в тому числі і криміналістичної техніки, в системі таких галузей означає, по-перше, виявлення сукупності всіх зв'язків і відносин конкретної галузі наукового знання з безпосередньо поєднаними з нею науками, а через них – із більш віддаленими, відповідно, зі всією сумою людських знань, що передбачає розгляд даного питання з системно-структурних позицій. По-друге, місце визначеної галузі в загальній системі знань відображає рівень розвитку не лише наукового пізнання, але і його предмета – закономірностей розвитку зовнішнього світу, переходів між даною наукою і безпосередньо пов'язаних з нею в загальному ряді наук, що відповідає розгляду питання з його історичної і генезисної сторони [1, с. 11].

Отже, взаємозв'язок криміналістичної техніки з іншими галузями наукового знання носить закономірний характер. Його можна дослідити як у структурному, так і генезисному аспектах. Він обумовлений рядом закономірностей різного рівня.

На першому рівні проявляються закономірності діалектичного матеріалізму. Слід відмітити наявність двох відомих визначень матеріалістичної діалектики – як науки про найбільш загальні закони розвитку природи, людського суспільства і мислення і як науки про всезагальний зв'язок явищ матеріального світу. В основі всіх матеріальних зв'язків лежать реальні процеси руху. Підкреслюючи значення поняття “зв'язок”, можна відмітити, що воно відноситься до найменш розробленої проблеми предмета даного дослідження як із змістовної, так і з формальної сторони. Це негативно впливає на використання вказаної категорії в криміналістиці, де основна увага надається причинно-наслідковим зв'язкам, що встановлені в процесі розслідування злочинів.

У системі зв'язків між різноманітними науками суттєве місце належить зв'язку у формі взаємодії. В класичному розумінні взаємодія характеризується одночасною і взаємозумовленою зміною властивостей двох (чи більше) систем у процесі закономірного обміну енергією, інформацією. Взаємодія служить універсальною характеристикою будь-якої матеріальної системи, котра, оскільки вона існує, вже взаємодіє з іншою. Тому взаємодія всезагальна. Однак вона не єдина і не поглинає в себе всі типи матеріальних зв'язків. Визнання ж реального існування різноманітних типів зв'язків дозволяє відкрити специфіку взаємодії як реального процесу, що проходить в умовах впливу активності протягом визначеного кінцевого проміжку часу, результатом якого є зміни етапів обох взаємодіючих систем чи виникнення третьої стійкої системи [2, с. 319]

Взаємодія – закономірний процес. Його закономірності проявляються внаслідок дії визначених факторів:

- а) наявності таких властивостей систем, котрі виступають безпосередньою основою їх взаємодії;
- б) існування об'єктивних умов здійснення процесу взаємодії (наявність реальних потреб у взаємодії, сил і засобів взаємодіючих сторін);
- в) стійкого, повторюваного характеру взаємодії у відповідних умовах;
- г) стійких, повторюваних результатів (наслідків) взаємодії.

Взаємодія може носити і односторонній характер. Вона може здійснюватись і між системами, що відносяться до різних структурних рівнів, а саме – між криміналістичною технікою як елементом науки криміналістики і будь-якою юридичною наукою [3, с. 19].

Друга закономірність, що обумовлює взаємозв'язок криміналістичної техніки з іншими галузями знання, впливає із системності об'єктів матеріального світу і, відповідно, системності науки. А.І.Кочергін відмічає, що для науки як результату пізнавальної діяльності, перш за все, характерна системність знання, тобто наукове знання є не проста фіксація, а система, побудована на основі визначених принципів. “Наука не “купа” будівельного матеріалу, а споруда, що в основі має певний фундамент” [4, с. 41].

У системі людських знань немає абсолютно ізольованих ділянок, всі системи знання, без винятку, пов'язані. Рух знань здійснюється через їх взаємодію і взаємопроникнення. Елементи знання отримують зміст, значення у визначеному контексті, у визначених системах. “Теза про системну організованість і дієвість, – відзначають І.В.Блауберг і Є.Г.Юдін, – у тій чи іншій формі приймається всіма теоретично-системними концепціями, хоча реалізується вона, звичайно, по-різному [5, с. 119].

Дослідження наукового знання як специфічної системи дозволяє застосовувати для його аналізу і встановлення взаємозв'язків між його елементами і пізнавальні процедури системно-структурного підходу [6, с. 83]. В цьому випадку безперервний процес руху знання, як відмічає А.С.Макасян, “...потрібно перервати, спростити його, розглянути його як дискретний, виділити визначені його рівні, розділити систему знання на підсистеми, на основі головних особливостей розвитку цих підсистем. Це фактично говорить про те, що розкрити проблему розвитку наукових знань можна, застосувавши до них системно-структурний підхід. Саме цей підхід дозволить застосувати методи й апарат формальної логіки, виявити моменти, що піддаються формалізації, врахувати особливості розвитку різноманітних галузей знання. Звідси впливає, що системно-структурний

Актуальні проблеми вдосконалення чинного законодавства України

аналіз знання повинен передувати розробці проблеми розвитку наукових знань [7, с.38]. Здійснивши структурний розріз будь-якого наукового знання, можна виділити три аспекти його розвитку:

- а) розвиток знання як перехід від його емпіричного рівня до теоретичного;
- б) розвиток знання, що реалізується в розвитку форм знання як таких;
- в) розвиток знання як розвиток функції (ролі) окремих взаємодіючих систем усього людського знання.

Реалізація положень системно-структурного підходу при аналізі наукового знання передбачає необхідність враховувати ряд загальних принципових положень.

1. Уявлення про цілісність системи, що вивчається. З цього положення випливають два висновки:

- а) система може бути визначена як дещо цілісне, якщо вона протиставить себе середовищу;
- б) розгляд елементів системи дозволяє сформулювати поняття елемента – надалі неподільної одиниці, властивості і функції котрої визначаються її місцем у рамках цілого.

Властивості і функції елемента взаємовизначені з властивостями і функціями системи, тобто властивості цілого не можуть бути зрозумілими без знання властивостей елементів і навпаки. Кожна досліджувана система може бути розчленована різноманітними способами, тому при інших розчленуваннях окремі елементи можуть розглядатися як дещо складне, наприклад, як підсистема. В свою чергу, система, як дещо ціле, може розглядатися як підсистема більш широкої системи.

2. Уявлення про цілісність системи конкретизується через поняття “зв’язок”. Зв’язки, котрі можуть бути виявлені лише на системному рівні, розглядають досліджуваний об’єкт, займають у системах особливе місце. Їх умовно називають системоутворюючими. Сукупність зв’язків і їх типологічна характеристика призводять до поняття структури системи чи організації системи.

3. Структура системи чи її організація може будуватися як по “горизонталі” (зв’язок між однотипними, однопорядковими компонентами системи), так і по “вертикалі” (зв’язок між невпорядкованими компонентами). “Вертикальна” структура дозволяє встановити рівні системи та ієрархію цих рівнів

4. Специфічним способом регулювання багаторівневої ієрархії управління – різноманітні за формами способи зв’язку рівнів, що забезпечують нормальне функціонування і розвиток системи [8, с.19].

Названі положення дозволяють конкретизувати одне з основних положень діалектики – вчення про всезагальний зв’язок і всезагальний

рух, розвиток матеріальної дійсності і форми її вираження в свідомості людини [9, с.21].

Стосовно проблеми взаємозв’язку криміналістичної техніки з різноманітними сферами знання велике значення набуває виділення системних зв’язків. Зв’язки в системі набувають більш змістового значення, на що справедливо вказує І.І.Жбанкова, виділяючи в системному об’єкті такі види зв’язків:

- а) зв’язки взаємодії, що вимагають зв’язків об’єктів, властивостей і етапів;
- б) генетичні зв’язки, коли один об’єкт виступає як основа, що породжує до життя інший об’єкт;
- в) зв’язки перетворення, які реалізуються через визначений об’єкт, що забезпечує чи різко інтенсифікує це перетворення, чи реалізовані шляхом безпосередньої взаємодії двох або більше об’єктів, в процесі котрої чи завдячуючи котрому ці об’єкти окремо або спільно переходять з одного стану в інший;
- г) зв’язки побудови;
- д) зв’язки розвитку, котрі під визначеним кутом зору можна розглядати як модифікацію функціональних зв’язків з урахуванням того, що процес розвитку відмінний від процесу зміни етапів;
- е) зв’язки управління, котрі залежно від конкретного виду можуть утворювати різновидність функціональних зв’язків чи зв’язків розвитку [10, с.133].

Викладене застосовується відповідно до розглядуваної проблеми і засвідчує, що криміналістична техніка, виступаючи елементом науки криміналістики, за своїми функціями і завданнями підпорядкована криміналістиці. В свою чергу криміналістична техніка також є системним утворенням, яке вимагає сукупності відповідних наукових положень кожного із засобів, що входять у структуру підрозділів, і розроблену на цій основі множину прийомів і методик, передбачених для збирання, дослідження і використання доказів для попередження, розкриття і розслідування злочинів. Наукові положення криміналістичної техніки за своїм змістом є елементами криміналістичних теорій і, відповідно, стають частинами загальної теорії криміналістики [11, с.60].

Їх аналіз засвідчує, що в зміст багатьох теорій входять положення, які розробляються в гуманітарних науках (включаючи юридичні, технічні і природничі науки). Власне, система техніко-криміналістичних методів, засобів і методик заснована на даних цих наук. Перш за все, через криміналістичну техніку проглядається комплексний, синтезований характер у цілому криміналістичних знань, системний аналіз котрих дав

можливість Р.С.Белкіну обґрунтовано конкретизувати природу криміналістики як синтетичної, інтегральної науки, яка стимулює з метою боротьби зі злочинністю досягнення як природничих, технічних, так і гуманітарних, в тому числі правових наук.

Проблема комплексних наук, правомірність їх існування довгий час породжували дискусії у філософії і серед науковців. “Наука може вважатися комплексною в тому випадку, – зазначає О.М.Сичивиця, – коли для цілей аналізу деякого складного об’єкта вона використовує методи, науковий апарат та інші засоби, запозичені з інших дисциплін, що стали її власним надбанням” [12, с.53].

Розробка та застосування криміналістичних методів і засобів підпорядкована меті, завданням, функціям, принципам і законам розвитку криміналістики. А.І.Вінберг справедливо зазначав з цього приводу: “Зміст і подальший розвиток криміналістичної техніки засновані на застосуванні досягнень різноманітних наук, що використовуються криміналістикою в кримінальному судочинстві. Однак криміналістична техніка це не просто конгломерат технічних прийомів і засобів, запозичених із гуманітарних і технічних наук. Це систематизовані технічні засоби і прийоми, направлені на попередження і розкриття злочинів, котрі використовуються в кримінальному судочинстві для збирання і дослідження доказів” [13, с.170]. І далі він відмічав, що якщо виділити із цілісної системи криміналістики лише один її елемент – криміналістичну техніку як будь-яку автономну сукупність технічних засобів і прийомів, не пов’язаних із криміналістикою, з її структурою, то це буде лише конгломерат розрізнених технічних засобів і прийомів із галузі фізики, хімії, біології, механіки, фізіології, кібернетики й інших наук [13, с.172].

Подібний підхід повністю співвідноситься із сутнісно-змістовою характеристикою комплексних (інтегративних) наук, що подаються у філософських роботах.

“Можна стверджувати, що основу для формування комплексних наук надає складний діалектичний взаємозв’язок предметної і об’єктивної інтеграції знання, що специфічно відображає об’єктивну єдність різних форм будь-яких явищ дійсності. Однак лише предметна інтеграція знання не дозволяє практично оволодіти достатньо складним об’єктом у цілому. Для цього потрібен сплав знань про всі сторони даного об’єкта, їх органічну єдність. У багатьох випадках, якщо мати на увазі саме цю практичну сторону справи, знання окремих “зрізів” об’єкта є лише окремим засобом досягнення головної мети – підкорення його людському контролю й управлінню. І наука, якщо вона дійсно намагається внести по-справжньому вагомий вклад у цю справу, обов’язково повинна орієнтуватися на

розробку комплексних знань про особливо складні і важливі об’єкти. Об’єкт дослідження криміналістики є і достатньо складним, і дуже важливим, звідси і так звана інтеграція знань щодо об’єкта як найбільш складна в науці, але і найбільш продуктивна” [14, с.47].

Аналіз змісту розділів навчальної дисципліни “Криміналістика” стосовно “криміналістичної техніки” виявляє, що їх розвиток здійснюється на основі взаємодії природничих, технічних і інших наук з урахуванням сучасного науково-технічного прогресу. У цьому процесі все більшого значення набувають комплексні дослідження як специфічна форма взаємодії між криміналістами і представниками інших наук. Р.С.Белкін з цього приводу пише: “На сьогодні все більшого розвитку набувають у криміналістиці комплексні дослідження, що здійснюються такими колективами, в склад котрих, окрім криміналістів, входять спеціалісти різноманітних галузей знань: фізіології, біохімії, кібернетики, математики, біології, хімії, антропології і т.д. Криміналістичні об’єкти досліджуються ними з позиції і методами своїх наук, але для вирішення завдань не цих наук, а криміналістики” [14, с.5]. Показовими в цьому аспекті є розробки сучасних інформаційно-наукових систем техніко-криміналістичного призначення, що передбачають безпосередню участь у них спеціалістів-предметників (криміналістів) і спеціалістів у сфері інформаційних технологій.

Інша закономірність, що обумовлює взаємодію криміналістичної техніки з іншими науками, знайшла своє відображення у сфері дії юридичних наук. Вона багато в чому визначається співпадінням об’єкта дослідження криміналістики і ряду суміжних з нею наук. У теорії пізнання розрізняють предмет науки і об’єкт дослідження. “Одному і тому ж об’єкту, – відмічає В.А.Лекторський, – можуть відповідати декілька різних предметів, оскільки характер предмета дослідження залежить не лише від того, який об’єкт він відображає, але і від того, навіщо цей предмет сформований, для вирішення якого завдання. Про предмет можна говорити як про особливу сторону реального об’єкта, який виділяється за допомогою системи законів у процесі дослідження так, що знання безпосередньо відносяться лише до предмета і лише за допомогою особливих процедур може бути опосередкованим способом інтерпретоване в об’єкті” [15, с.49].

Загальним об’єктом дослідження для криміналістики і групи суміжних із нею, так званих, наук “кримінального” циклу (кримінального процесу, кримінального права, кримінально-виконавчого права, кримінальної статистики) є таке правове явище, як подія злочину.

Предмет указаних наук – це ті відносини, ті об’єктивні закономірності, котрі пізнаються ними. Отже, кожна з указаних наук вивчає певну сторону такого соціально-правового явища, як подія злочину, і вже ця

обставина обумовлює взаємозв'язок між ними і необхідність розмежування предметів указаних наук [16, с.19].

Проведений аналіз зв'язків між криміналістикою і вказаними науками з допомогою пізнавальних процедур системно-структурного підходу показав, що найбільш характерні з них: зв'язки розвитку, генезисні зв'язки, зв'язки функціонування, зв'язки взаємодії.

Взаємодія елементів злочину з об'єктами матеріальної дійсності відбувається на всіх рівнях руху матерії – фізичному, хімічному, біологічному, психічному і соціальному.

При цьому соціальні і психічні взаємодії здійснюються на рівні елементів соціальних систем.

Біологічна взаємодія вимагає різноманітності процесів у живих організмах, внаслідок котрих проходить їх самовідновлення. Хімічна взаємодія проходить на молекулярному і атомному рівнях, при цьому поряд з поглинанням чи виділенням енергії відбувається перетворення однієї чи багатьох речовин в інші. Фізична взаємодія пов'язана з молекулярними процесами, які проходять у матеріальних тілах (твердих, рідких, газоподібних), що супроводжується тепловими, електричними, магнітними, внутрішньоатомними, внутрішньоядерними змінами чи переміщенням їх у просторі і приведенням їх у контакт. У результаті вказаних взаємодій виникають сліди та інші відображення, що містять інформацію про подію злочину і особу, яка його вчинила.

Аналіз викладеного дозволяє зробити висновок про те, що для пізнання механізму виникнення слідів у результаті різноманітних форм взаємодії криміналістика повинна вивчати і вивчає відповідні фізичні, хімічні, біологічні та інші закономірності, використовуючи напрацювання вказаних наук. У переважній більшості чи, як правило, це реалізується через криміналістичну техніку.

1. Кедров Б.М. Классификация наук. – М. Изд. ВПШ и АОП ЦК КПСС, 1961. – Т.1
2. Антонов А.Н. Преемственность и возникновение нового знания в науке. – М.: МГУ, 1985.
3. Жбанкова И.И. Проблема взаимодействия (философский очерк). – Минск: Наука и техника, 1971.
4. Кочергин А.И. Предмет науки и общая теория систем // Проблемы исследования структуры науки. – Новосибирск, 1967. – С.41.
5. Блауберг И.В., Юдин Э.Г. Становление и сущность системного подхода. – М., 1973.
6. Исаев И.К. Материалистическая диалектика и системный подход в науке. – Киев, 1984.
7. Манасян А.С. О системно-структурном подходе к анализу научных знаний // Вестник общественных наук. – Ереван: Изд. АН Армянской ССР, 1969. – №6. – С.38.
8. Блауберг И.В., Юдин Э.Г. Становление и сущность системного подхода. – М., 1973.

9. Афанасьев В.Г. О системном подходе в социальном познании // Вопросы философии. – 1973. – №6.
10. Жбанкова И.И. Философские принципы в научном познании. – Минск: Изд-во Наука и техника, 1974.
11. Белкин Р.С. Курс советской криминалистики. Общая теория советской криминалистики. – М.: Академия МВД СССР, 1997. – Т.1.
12. Сичвица О.М. Сложные формы интеграции наук. – М., 1983.
13. Белкин Р.С., Винберг А.И. Криминалистика. Общетеоретические проблемы. 1973.
14. Белкин Р.С. Криминалистика и научно-технический прогресс // Труды ВШ МВД СССР. – М.: ВШ МВД СССР, 1972. – №34.
15. Лекторский В.А. Принципы воспроизведения объекта в знании // Вопросы философии. – 1967. – №4. – С.49.
16. Васильев А.Н., Яблоков Н.П. Предмет, система и теоретические основы криминалистики. – М.: Изд-во Московского ун-та, 1984.

R. Yezersky

#### CRIMINALISTIC TECHNIQUE AND GENERAL SCIENTIFIC KNOWLEDGE

The article is devoted to the connection of criminalistic technique and other fields of knowledge. The author asserts that criminalistic technique is the section of criminalistics connected with other fields of knowledge on the basis of certain scientific regularities.

*I.V. Жолнович*

### ІСТОРИЧНИЙ НАРИС ВИНИКНЕННЯ ТА ЗАПРОВАДЖЕННЯ КРИМІНАЛІСТИЧНОГО ОПИСУ ОСОБИ ЗА ЗОВНІШНІСТЮ В УКРАЇНІ

Кожний науковий висновок для розв'язання певної проблеми має свою історію виникнення і розвитку. Не є винятком у цьому і криміналістичний опис особи за зовнішністю.

У минулому, коли не існувало ні фотографії, ні дактилоскопії, коли люди не вміли описувати зовнішність людини методом “словесного портрета” і використовували з метою встановлення особи антропометрію – вимірювання частин тіла людини, злочинці легко могли приховати свою зовнішність. У той час і з'явилися такі жорстокі способи виокремлення злочинців із загальної маси людей, як калічення і таврування. З подальшим розвитком людства на зміну таким методам приходять інші, які мають у своїй основі певні наукові знання, що відповідають даному етапу розвитку.

Відповідно до світового розвитку криміналістичного опису особи за зовнішністю, він розвивався та впроваджувався і на сьгоднішніх українських землях, які в цей час перебували у складі різних держав – Російської імперії, Польщі, Австро-Угорщини.

У радянський період питання історії української криміналістики розглядалося лише як частина, причому невелика, всієї радянської криміналістики. У виданих після проголошення незалежності України підручниках “Криміналістика”, за редакціями П.Д.Біленчука, М.В.Салтевського, є лише окремі глави з цієї проблеми. Однак криміналістичний опис особи за зовнішністю досліджується там у незначній мірі.

У даній статті буде показано зародження криміналістичного опису особи за зовнішністю у світі та запровадження його на українських землях, які перебували в складі Російської імперії на початку ХХ ст. та в Радянському Союзі.

Як зазначалося вище, зовнішність особи почала мати “певне правове” значення в давнину через калічення і таврування.

Калічення у давнину служило покаранням і одночасно штучно створювало фізичні ознаки, які говорили про характер злочину і навіть про те, скільки злочинів було вчинено даною особою. Так, наприклад, древньоіндійська історична пам’ятка, відома під назвою “Зако́ни Ману”, укладена у II ст. до н.е., приписувала за удар, нанесений нижчим вищому, відрізати ту частину тіла, якою був нанесений удар. У древньому Вавилоні, за законами Хаммурапі, у сина, який вдарив батька, вирізався язик, у годувальниці, винної у смерті дитини, вирізалися груди. У древньому Єгипті за вчинення крадіжки, підробки відрубувалася рука і т.д. [1, с.103].

Таврування злочинців, як метод їх упізнання, застосовувалося також у глибоку давнину. Згідно із “Законами Ману”, нижчий, який спробував зайняти місце поряд із вищим, підлягав вигнанню з тавром на стегні. Широко застосовувалося таврування у Франції в XIV – XVII ст., де тіла злочинців покривалися таврами у вигляді букв, які вказували на характер злочину. Так, наприклад, буква “V” означала “зłodій”, дві букви “VV” зłodій-рецидивіст [1, с.102].

Якщо звернутися до історії України, то калічення і таврування на наших землях практично не застосовувалися або робилися в дуже рідкісних випадках.

На відміну від багатьох аналогічних тогочасних юридичних пам’яток, “Руська Правда” Я.Мудрого не передбачала застосування смертної кари, відрубання рук, ніг чи інших членушкодницьких покарань [2, с.27-39].

У Литовських статутах наступним за суворістю видом покарання після смертної кари були тілесні або болісні покарання (биття, калічення та ін.) [3, с.72].

На Запорізькій Січі рідко допускалося членопошкодження, можливе було тільки покарання – “зламання одної ноги на зборах за нанесення ран у п’яному стані ножем” [4, с.191].

Наукові ж методи впізнання особи стали використовуватися лише у другій половині ХІХ ст. Початок їх розвитку було покладено розробкою так званого “словесного портрета”. Творець словесного портрета французький криміналіст А.Бертільон у 1885 р. запропонував описувати ознаки злочинців не в довільній формі, як це робилося раніше, а на основі певної системи.

Метод А.Бертільона полягав у тому, що за допомогою спеціальних інструментів кожен засуджений підлягав одинадцятьом вимірам (два черепних вимірювання, довжина середнього пальця, довжина мізинця та ін.), потім визначали колір райдужної оболонки ока (7 відтінків), форму носа, колір і форму волосся та різноманітні індивідуальні особливості (родимки, плями, шрами та ін.) [5, с.176].

У 1860 р. у Бельгії начальник лувенської тюрми Стевенс, посилаючись на вчення Кетле, пропонував (правда, безуспішно) виміряти окружність голови, довжину вух і ступнів, ріст і ширину грудної клітки у всіх дорослих злочинців, які б не мали особливих відхилень від норми [6, с.28].

Метод словесного портрета поступово отримував визнання в інших країнах. Італійський учений проф. Оттоленгі запропонував розширити ознаки словесного портрета і включити в їх число психологічні прикмети, ознаки, які вказують на форми руху. В інших країнах, наприклад в Англії, до словесного портрета поставилися обережно, в практику його не вводили, вважаючи словесну конструкцію портрета надто складною і тому недоступною простому поліцейському. Однак у словесного портрета виявилось більше переваг, ніж недоліків, і з тими чи іншими модифікаціями він поступово завоював увесь світ.

Словесний портрет має і свою передісторію. Ще в глибоку давнину ознаки зовнішності людини використовувалися з метою впізнання. Наведемо опис зовнішності злочинця, який був датований 14 роком до н.е. і отримав широку популярність у криміналістиці: “Молодий раб Аристоргена, син Хризиппа, представника від Алабанди, утік в Александрію; ім’я його Герман, прозиваємий також Нейлос; він уродженець Сирії, з Бамбіко, приблизно 18 років від роду, середнього росту, безбородий, з прямими ногами, з ямочкою на підборідді, чечевицевидною бородавкою на лівій стороні носа, з рубцем через лівий край рота, татуований варварськими буквами на правому зап’ястку” [1, с.103]. У цьому описі ми вже знаходимо ті ознаки, які в подальшому ввійдуть у словесний портрет Бертільона. У ньому чітко названі особливі прикмети, що і в наші дні відіграють велику роль під час розшуку злочинців.

Метод антропології отримав визнання і в “батька” криміналістики Г.Гросса, який з 1888 року приступив до ідентифікації злочинців шляхом вимірювання частин їх тіла.

У цей час і в Російській імперії почали використовувати досвід європейських країн з питань реєстрації злочинців.

У 1890 р. при Петербурзькій розшукній поліції було утворено Реєстраційне бюро, яке називалося антропологічною станцією, для позбавлення рецидивістів можливості приховувати свою попередню судимість, а також для реєстрування підозрілих осіб, які бажали приховати своє минуле і справжнє ім'я. Через два роки в периферійних містах було створено ще 12 аналогічних станцій, у тому числі і єдина в Україні – Одеська. Більшість із них підпорядковувалася тюремним комітетам...

Можливості фотографування в поліцейській реєстрації почали використовувати ще в 60-х роках ХІХ ст. У 1862 р. при Санкт-Петербурзькій поліції було організовано фотографічне бюро “для зняття портретів з обвинувачених з метою встановлення їх особи”. В Україні перше поліцейське фотографічне ательє з'явилося в 1864 р. у м. Бобринці (нині Кіровоградської обл.) [7, с.85].

У Києві антропологічний кабінет було організовано наприкінці 1901р. при розшукній частині міської поліції. На той час єдиним технічним засобом у поліції був фотографічний апарат, придбаний у 90-х роках ХІХ ст. Діловодство розшукної частини складалося з двох журналів: настільного реєстру, де фіксувалися “темні особи”, та розшукового алфавіту, де зазначалися списки розшукуваних осіб...

У серпні 1901 р. розшукну поліцію Києва очолив колезький секретар Г.Рудий. Через місяць після призначення він виїхав у закордонне відрядження, під час якого відвідав спочатку Лондон, а потім Париж. Результатом його двомісячного ознайомлення зі станом розшукної справи в Англії та Франції стала повна реорганізація київської розшукної поліції.

Одним із важливих заходів з удосконалення кримінальної реєстрації було створення антропометричного кабінету. Порядок реєстрації був такий: на кожного доставленого до розшукної частини складали антропометричну картку за системою А.Бертільона у трьох примірниках. Один примірник розміщувався у шафі №1, поділеній на ящики за видами вчинення злочинів (убивці, злодії, шахраї, гвалтівники тощо), другий – у шафі №2, де концентрувалися картки з прізвищами злочинців за алфавітом, третій – у шафі №3 у порядку реєстрації. Фотокартки невідомих трупів містилися у шафі №4.

За перший рік роботи кабінету, тобто протягом 1902 р., антропометричне вимірювання було застосоване до 2787 затриманих осіб (1563

чоловіків і 1224 жінок), а в 1903 р.– до 3687 осіб (2265 чоловіків і 1422 жінок) [7, с.88].

Департамент поліції докладав багато зусиль до розширення мережі антропометричних кабінетів, але централізованого обліку у сфері розшукної поліції у масштабах імперії до 1908 р. не існувало. Це сталося після створення в усіх губернських і найбільших повітових містах 89 розшукних відділень, які, згідно із законом від 6 липня 1908 р., поділялися на чотири розряди. В Україні вони існували в Києві, Одесі, Харкові (I розряд); Катеринославі, Єлисаветграді, Миколаєві (II розряд); Житомирі, Кам'янці-Подільському, Полтаві, Кременчуці, Бердичеві, Херсоні, Сімферополі, Керчі, Новоросійську (III розряд) і Чернігові (IV розряд). Провідним підрозділом розшукного відділення було довідково-реєстраційне бюро, до основних завдань якого входили реєстрація злочинців, систематизація відомостей про них, встановлення особи, видача довідок про судимість і розшук винних осіб.

До складу реєстраційного бюро входили фотосалон з антропометричним і дактилоскопічним кабінетом, де застосовувалася методика опису прикмет злочинців за системою “словесного портрета”; карткова реєстратура, де зберігалися реєстраційні картки злочинців з їхніми фотокартками, антропометричними та дактилоскопічними даними.

Організацію й діяльність реєстраційних бюро регламентували Окрема інструкція (доповнення до циркуляра департаменту поліції від 29 грудня 1906 р. за №1) та Інструкція чинам розшукної поліції (1910), якими обов'язково керувалися при реєстрації злочинців. В останній, зокрема, зазначалося, що всі чини розшукних відділень мають бути ознайомлені зі судово-поліцейською фотографією, дактилоскопією та антропометрією, фіксуванням слідів гіпсом. Для цього кожна особа, яка влаштовувалася на службу до розшукної поліції, зобов'язувалася пройти певний час на практичних заняттях із реєстрації злочинців [7, с.88].

Створений у 1920 р. Укрцентророзшук виконував велику організаційну роботу з розбудови місцевих карнорозшукних установ і налагодження їх практичної діяльності. Ним було видано Інструкцію з дактилоскопії та реєстрації злочинного елемента, згідно з якою осіб реєстрували, описуючи їх за ознаками зовнішності, з подальшим створенням картотек за алфавітом. З 1921р. Укрцентророзшук запровадив також інші способи реєстрації, зокрема дактилоскопічний і антропометричний за методом А.Бертільона, що передбачало вимірювання 11 ознак злочинця. Крім цього, українські фахівці запропонували вимірювати ще одну ознаку – ширину щелепної дуги, яку потім було внесено в інструкцію Центру.



Злочинців розшукували здебільшого за словесним портретом, згідно з прийнятою Інструкцією про складання словесного портрета, а також за рекомендованими правилами фотографування злочинців і трупів сигналітичним методом [7, с.93].

Першим радянським посібником зі словесного портрета був виданий у 1924 р. М.С.Бокаріусом “Довідковий підручний альбом для працівників кримінального розшуку і міліції”, але, як видно з його назви, альбом призначався для оперативного-розшукової роботи, а не для експертизи. До того ж за межі УРСР він потрапив у дуже обмеженій кількості [7, с.95].

У подальшому лише в передвоєнні роки (Д.П.Рассейкин, 1941) знову повернулися до питання реєстрації злочинців [8, с.30].

Зі середини ХХ ст. питання дослідження криміналістичного опису особи за зовнішністю знаходить своє місце лише у підручниках, що видавалися на території України, і то в невеликій кількості, а також у монографіях, де висвітлювалися проблеми криміналістичної ідентифікації (опис за ознаками зовнішності розглядався як один із способів ідентифікації особи), пред'явлення для впізнання живих осіб, трупа.

Слід вказати, що дане питання не є достатньо дослідженим в Україні. Немає серед авторів однакового тлумачення назви криміналістичного опису особи за ознаками зовнішності (навіть одні й ті ж учені в різних своїх монографіях використовують різні поняття). Відсутня однаковість серед науковців і щодо включення динамічних ознак людини у методику “словесного портрета”, існує різний поділ і анатомічних ознак особи. Всі ці розбіжності не дають змоги створити єдину систему поділу ознак людини для поліпшення роботи правоохоронних органів.

1. Крылов И.Ф. В мире криминалистики. – Л.: Издательство Ленинградского университета, 1989. – 328 с.
2. Хрестоматія з історії держави і права України: У 2-х т.: Навч. посіб. для студ. юрид. спец. виш. закл. освіти / За ред. В.Д.Гончаренка.– Вид.2-ге, перероб. і доп. – Том 1: З найдавніших часів до початку ХХ ст. / Уклад. В.Д.Гончаренко, А.Й. Рогожин, О.Д. Святоцький. – К.: Вид. Дім “Ін Юре”, 2000. – 472 с.
3. Кузьминець О., Калиновський В., Дігтяр П. Історія держави і права України. – К.: Україна, 2000. – 429 с.
4. Яворницький Д.І. Історія запорізьких козаків: У 3-х томах. – Т.1. – К.: Наукова думка, 1990. – 578 с.
5. Энциклопедический словарь Брокгауз и Эфрон (в 12 томах). Биографии / Отв. ред. В.М.Карев, М.Н.Хитров. – М.: Бол. Российская энциклопедия, 1992. – Т.2. Бейеръ-Вакеръ. – 831 с.
6. Горвальд Юрген. Век криминалистики / Перевод з нем. И.С.Власова, Л.А.Пэк; Под ред. и со вступ. ст. Ф.М.Решетникова. – М.: Прогресс, 1991. – 334 с.

7. Криміналістика (криміналістична техніка). Курс лекцій / П.Д. Біленчук, А.П.Гель, М.В.Салтєвський, Г.С.Семаков. – К.: МАУП, 2001. – 216 с. – Бібліогр. – С.211-212.
8. Крылов И.Ф. Очерки истории криминалистики и криминалистической экспертизы / И.Ф.Крылов; Ленингр. гос. ун-т им. А.А.Жданова. – Л.: Изд-во Ленингр. ун-та, 1975. – 188 с.
9. Колмаков В.П. Введение в курс науки советской криминалистики. Лекция. –Одесса, 1973. – 47 с.

I. Zholnovich

#### THE HISTORICAL ESSAY OF ARISING AND INTRODUCTION OF CRIMINALISTIC PHYSICAL DESCRIPTION OF A PERSON IN UKRAINE

In the article the author investigates the process of arising of criminalistic physical description of a person in the world and introduction of it during the soviet period in Ukraine. He also analyses the investigation of this problem in the defined period.

*О.М. Калужна*

#### ПРЕДМЕТ ФАЛЬШИВОМОНЕТНИЦТВА: ПОШУКОВО-ПІЗНАВАЛЬНИЙ АСПЕКТ

Одним із найсуперечніших положень криміналістичної методики розслідування фальшивомонетництва є проблема предмета посягання як елемента криміналістичної характеристики даного злочину, а разом із нею питання про те, які предмети втягаються у пошуково-пізнавальну (криміналістичну) діяльність.

З урахуванням особливостей національного кримінального закону про відповідальність за фальшивомонетництво, сучасні розробники методики розслідування фальшивомонетництва вкладають у поняття предмета посягання як елемента криміналістичної характеристики даного злочину неоднаковий зміст та суть. Так, наприклад, *предметом безпосереднього посягання В.С.Мацішин називає національну валюту (у вигляді банкнот чи металевих монет), іноземну валюту, державні цінні папери, білети державної лотереї*, а грошові знаки, що викликають сумнів щодо автентичності, вважає однією зі складових типової слідової картини [1, с.10], автори “Криміналістики” за редакцією Р.С.Белкіна – *підроблену валюту та підроблені цінні папери* [2, с.769]. Б.С.Болотський до складу необхідних елементів криміналістичної характеристики предмет злочинного посягання взагалі не включає, натомість досліджуючи кримінально-правову характеристику предметом злочину називає *справжні гроші та*

цінні папери [3, с.77, 95]. Якщо предметом посягання фальшивомонетництва визнати справжні гроші і цінні папери, то само собою виникає запитання, по-перше, чи залишають справжні гроші та цінні папери сліди-відображення злочинної діяльності з ознаками фальшивомонетництва і чи матимуть вони доказове значення, а по-друге, чим будуть підроблені – знаряддям чи складовою слідової картини?

Видається, що все це є наслідком: 1) недостатньої розробленості на загальнотеоретичному рівні питань про природу, сутність, структуру, кількість, зміст та обсяг елементів криміналістичної характеристики; 2) неузгодженості поглядів на поняття, наукове і практичне значення предмета посягання як елемента криміналістичної характеристики.

Залишаючи осторонь питання про правильність використання поняття *предмет посягання* як елемента криміналістичної характеристики, яке також є дискусійним: окрім названого терміна у криміналістичній літературі використовуються ще поняття *безпосередній об'єкт злочину*, *предмет злочину*, *предмет безпосереднього посягання*, обсяг і підходи до використання яких у криміналістичній характеристиці видаються далеко не тотожними, зупинимось на з'ясуванні питання, що саме є предметом посягання фальшивомонетництва і його пошуково-доказове значення.

Підґрунтя для ефективного дослідження та інтерпретації криміналістичних понять закладене у кримінально-правовій та кримінально-процесуальній характеристиці злочину. Останньому В.А.Образцов приписує роль передумовного знання, яка полягає в тім, що воно виступає джерелом вихідної інформації про злочин, яка використовується для вирішення конкретних пошукових проблем і тому має велике методологічне і евристичне значення [4, с.17]. Розкрити злочин означає доказати у встановленому законом порядку сукупність обставин, що характеризують вчинене посягання та особу винного [5, с.24]. Тому у ході розслідування та розкриття конкретного злочину досліджується предмет доказування по кримінальній справі (ст.64 КПК), який розширюється елементами та обов'язковими ознаками юридичного складу даного злочину (в нашому випадку ст.199 КК України).

Звернемося до трактування предмета фальшивомонетництва правознавцями. В радянському кримінальному праві на монографічному рівні (1963 р.) питання про кримінальну відповідальність за фальшивомонетництво досліджував Ю.В.Солопанов. Посилаючись на дискусійність на той час питання про предмет злочину, він був прихильником точки зору, що предметом злочину є речі, на які злочинне діяння здійснює певний вплив і тим самим здійснюється посягання на охоронюваний правом об'єкт – суспільні відносини. Цей вплив може полягати у вилученні речі з чужого

володіння чи у передачі її у чуже володіння, у знищенні речі чи зміні її якості, у виготовленні нової речі [6, с.29, 30]. Розглядаючи питання про предмет фальшивомонетництва не у розділі про об'єкт, а у розділі своєї монографії про об'єктивну сторону цього діяння, автор далі зазначає, що “впливом” саме такого роду характеризується об'єктивна сторона ряду злочинних посягань, а ці матеріальні об'єкти у науці розглядаються як предмети злочинів, і, виходячи з цього, констатує, що виготовлення фальшивих грошових знаків належить до злочинів, для аналізу *об'єктивної сторони яких істотно значення має поняття предмета злочину*. Свій підхід він аргументував тим, що розмежування предмета злочину і знарядь його вчинення є проблематичним, оскільки таке розмежування не є абсолютним і цілком залежить від законодавчого визначення об'єктивної сторони злочину, при цьому одні і ті ж речі в одному випадку можуть бути предметом, а в іншому – знаряддям вчинення злочину. Тому, на думку автора, якщо виготовлення фальшивих грошей полягає у створенні певних предметів (фальшивих грошей) за допомогою інших предметів – знарядь (пристроїв, фарб і т.д.), то при збуті самі грошові знаки перетворюються у знаряддя злочину. При цьому під знаряддями він розумів речі, за допомогою яких суб'єкт вчиняє свої злочинні дії.

Якраз на 50-60-ті роки припадав початок дискусії про предмет злочину і його місце у складі злочину [7, с.32]. Зважаючи на те, що Ю.В.Солопанов таку свою позицію не аргументував, хід його висновків можна пояснити. А.А.Піонтковський (1961) стверджував, що про предмет злочину як елемент складу злочину потрібно говорити лише тоді, коли на відміну від об'єкта на предмет не здійснюється посягання, а в решті випадків матеріальні речі є не предметом, а безпосереднім об'єктом посягання. Б.С.Никифоров (1960) ототожнював предмет охоронюваних кримінальним законом суспільних відносин та предмет злочину і визначав предмет злочину як конкретний матеріальний об'єкт, у якому проявляються певні властивості суспільних відносин (об'єкта злочину), шляхом фізичного чи психічного впливу на котрий завдається суспільно-небезпечна шкода у сфері цих суспільних відносин” [8, с.130-132]. Називаючи безпосереднім об'єктом фальшивомонетництва обіг випущених державою грошей та цінних паперів, Ю.В.Солопанов відкидав позицію Б.С.Никифорова. Визнаючи фальшивки предметом виготовлення як форми злочинного діяння та враховуючи вчення А.А.Піонтковського, дослідник виніс питання про предмет фальшивомонетництва за межі об'єкта злочину.

У подальшому позицію Б.С.Никифорова розвинули Н.Й.Коржанський, С.Ф.Кравцов, Є.А.Фролов, В.К.Глистин [7, с.36, 37]. Ототожнення предмета злочину з предметом охоронюваних суспільних відносин, тобто

розуміння предмета як елемента об'єкта злочину, призвело названих авторів до того, що такими предметами вони вважали фактично всі ті уречевлені предмети, про які була хоч якась вказівка у кримінальному законі, в тому числі і підроблені гроші та цінні папери при фальшивомонетництві. Хоч очевидно, що предмети тих суспільних відносин, на які посягає дане діяння, є зовсім іншими, оскільки предметом охоронюваних відносин від фальшивомонетництва є справжні, автентичні, тобто випущені державою грошові знаки і цінні папери. Оскільки підроблені гроші та цінні папери не можуть бути елементами охоронюваних відносин, а кримінальний закон пов'язує разом із цими предметами, а точніше з їх ознаками, кримінальну відповідальність, вони не можуть бути винесені за рамки складу злочину. Це свідчило про недосконалість запропонованого підходу і обумовило пізніший висновок В.К.Глистіна про те, що ті предмети, які стоять за рамками охоронюваних відносин, не відносяться до об'єкта. Будучи компонентами злочину, вони є знаряддям впливу на суспільні відносини. В цьому випадку вони є елементами об'єктивної сторони злочину. Тому у свій час до об'єктивної сторони були віднесені предмети хабарництва, контрабанди, фальшивомонетництва тощо.

Не аналізуючи існуючі в теорії кримінального права “за” і “проти” включення названих предметів до складу об'єктивної сторони, оскільки вони вже піддавалися критичному аналізу, зазначимо, що у 80-х рр. таке включення визнано недоцільним та невинуватим [7, с.40-41]. З моменту виділення В.Я.Тацієм (1988 р.) поруч із предметом як структурним елементом охоронюваних суспільних відносин предмета злочину як самостійної ознаки складу злочину у кримінальному праві України предмет злочину визнається самостійною, окремою ознакою складу злочину, що знаходиться у тісному зв'язку з його об'єктом, і під ним розуміються будь-які речі матеріального світу, з певними властивостями яких кримінальний закон пов'язує наявність у діях особи ознак конкретного складу злочину. Крім того, предмет злочину – це така його ознака, яка завжди названа безпосередньо у самому законі. В цьому випадку він виступає як обов'язкова ознака складу злочину. Якщо у конкретному діянні відсутній названий у законі предмет, то відсутній і фактичний склад цього предметного злочину. Більше того, у тих складах, де предмет є обов'язковою ознакою, саме він встановлюється швидше за інші і за допомогою отриманих про нього даних виявляється решта ознак злочину.

Проте з визнанням правознавцями правильності вищенаведених положень, що об'єкт злочину треба відрізнити від предмета злочину, а від предмета – знаряддя і засоби вчинення злочину, які є ознаками об'єктивної сторони складу злочину, проблема предмета злочину невичерпана. Так, у

підручниках з Особливої частини кримінального права та у трьох із шести опублікованих в Україні науково-практичних коментарях до Кримінального кодексу України від 5 квітня 2001 року трактування предмета фальшивомонетництва звучить так: “предметом злочину згідно з диспозицією ч.1 ст. 199 КК є: національна валюта України у вигляді банкнот чи металеві монети; іноземна валюта; державні цінні папери; білети державних лотерей” [9, с.112; 10, с.118; 11, с.503; 12, с.396; 13, с.248]. Разом із тим, для порівняння, наприклад, *предметом випуску або реалізації недоброякісної продукції (ст.227)* у тих же джерелах називається *недоброякісна продукція*. Тому виникає питання: чим зумовлений такий непослідовний підхід правознавців щодо предметів структурно схожих складів злочинів.

Видається, що таке трактування предмета фальшивомонетництва у згаданих джерелах обумовлене таким моментом. Інформаційними джерелами для коментування кримінально-правової норми окрім актів законодавства є ще й керівні роз'яснення Пленуму Верховного Суду України, який у п.2 своєї Постанови від 12.04.1996 р. №6 “Про практику розгляду судами кримінальних справ про виготовлення або збут підроблених грошей чи цінних паперів” предметом цього злочину називає справжні валюту та державні цінні папери. Проте далі у тому ж п.2 читаємо: “Підроблені недержавні цінні папери не є предметом злочину, передбаченого ст.79 КК. Їх виготовлення з метою збуту, збут чи використання іншим шляхом слід кваліфікувати за наявності необхідних підстав за ч.3 чи ч.4 ст.148-8 КК”. Це означає, що предметом виготовлення, збуту та використання підроблених недержавних цінних паперів (ст.224 КК) Верховний Суд називає “підроблені недержавні цінні папери”. Це викликає запитання: чому Верховний Суд під предметами близьких за юридичним складом злочинів (ст.ст. 199, 224 КК) в одному випадку називає справжні, а в іншому – підроблені цінні папери; чи така розбіжність є лише проблемою термінології, чи проблемою суті?

До складу будь-яких суспільних відносин поряд з іншими системоутворюючими частинами (суб'єктами та соціальними зв'язками) включається предмет суспільних відносин. При цьому, якими б властивостями він не характеризувався і у якій би формі не проявлявся, у складі охоронюваних суспільних відносин (об'єкта злочину) він завжди є їх предметом і його не можна йменувати інакше (напр., предметом злочину чи предметом посягання). Тому і досліджуватися він повинен як структурний елемент охоронюваних суспільних відносин. Разом із тим вивчення його як елемента суспільних відносин дозволяє глибше і повніше пізнати зміст об'єкта

злочину, а також визначити межі дії самого закону, “механізм” завдання злочинним діянням шкоди і вирішити ряд інших питань, важливих для правильного застосування закону [7, с.42].

У багатьох складах предмет злочину співпадає з предметом охоронюваних кримінальним законом суспільних відносин. Таке співпадіння бачимо тоді, коли ті чи інші предмети, які входять у структуру об’єкта злочину, законодавець наділяє додатково функціями предмета злочину, тобто надає їм також інше правове значення (напр., розкрадання, порушення операцій з металобрухтом (ст.213), незаконне використання товарного знаку (ст.229), розголошення комерційної таємниці (ст.232). Разом із тим нема співпадіння предмета злочину з предметом охоронюваних відносин у таких злочинах, як, напр., ввезення, виготовлення, збут і розповсюдження порнографічних предметів (ст.301), хабарництво (ст.ст.368, 369), у різного роду кримінально-караних фальсифікаціях (ст.ст.199, 200, 215, 224, 226, 227, 366).

Об’єктом злочину, передбаченого ст.199 КК, є суспільні відносини з приводу нормального функціонування грошової та фінансово-кредитної системи нашої держави. *Суб’єктами суспільних відносин* є держава в особі відповідних органів чи інші суб’єкти, уповноважені здійснювати емісію та організувати обіг грошей, цінних паперів, білетів державних лотерей. *Змістом* об’єкта фальшивомонетництва є нормальне функціонування грошової системи, фондового ринку та лотерейної діяльності. Конкретно це можуть бути права та інтереси суспільства, держави в особі її структур та ін. Різні реальні права цих суб’єктів встановлюються певними нормами. При вчиненні фальшивомонетництва порушуються ті чи інші права, причому ці права не змінюються, вони й надалі залишаються, але суб’єкт позбавляється можливості ними користуватися. Предметом цих відносин, тобто те, з приводу чого або у зв’язку з чим існують самі грошово-кредитні відносини, є випущені від імені держави і забезпечувані нею національна та іноземна валюта, білети державної лотереї, які в цих відносинах виконують соціальну функцію законного засобу платежу і є зовнішніми виразниками цих відносин. У диспозиції ст.199 КК законодавець характеризує гроші, цінні папери, білети державних лотерей такою ознакою, як “підробленість”. Очевидно, що об’єктами кримінально-правової охорони не можуть бути відносини, які виникають з приводу підроблених грошей. Таким об’єктом є якраз легальний порядок емісії та обігу законних засобів платежу. Склад фальшивомонетництва є предметним. Предмети даного злочину чітко і вичерпно названі в Законі (ст.199). Це – підроблені гроші, цінні папери, білети державних лотерей, правова значимість яких обумовлюється з такою властивістю, як “підробленість” [14, с.157]. Верхов-

ний Суд у згадуваній вище Постанові зазначає, що підробленість полягає у “імітації грошового знака чи державного цінного паперу, та в істотній фальсифікації тим чи іншим способом справжніх грошових знаків чи державних цінних паперів, що робить можливим досягнення мети їх збуту і, за задумом винного, у звичайних умовах ускладнює або зовсім виключає можливість виявлення підробки”. Якщо конкретне діяння особи не пов’язане із вказаними підробками, то воно не є кримінально-караним за статтею 199 КК. Ст.199 прямо не визначає суб’єктний, предметний та змістовний склад суспільних відносин, які ставляться під охорону даною нормою. Проте вони встановлюються шляхом тлумачення норми. Вказівкою на предмети злочину – підроблені гроші, державні цінні папери, білети державної лотереї – законодавець визначив межі дії кримінального закону, тобто конкретне коло охоронюваних відносин за їх предметним складом. Тому не охороняється цією нормою, наприклад, випуск чи обіг недержавних речових лотерей. Виходячи з вищенаведеного, в певному сенсі заслуговує на увагу точка зору М.Й.Коржанського, який, коментуючи ст.199 КК, взагалі не визначає, що є предметом даного злочину, натомість вищенаведений перелік грошово-валютних цінностей об’єднує у поняття “*предмети фальшування*” [15, с.347]. Тобто, враховуючи зазначені у диспозиції ст.199 КК предмети злочину, можна з’ясувати, які саме предмети поставлено під кримінально-правову охорону від фальшування.

Отже, предметом фальшивомонетництва треба признавати підроблені гроші і цінні папери. Для порівняння варто навести приклад, що у коментарях до Кримінальних кодексів Польщі (Art. 310) та Австрії (§§ 232-241) предметом фальшивомонетництва визнаються підробки [16, с.131; 17, с.543-555].

На відміну від кримінально-правового поняття об’єкта та предмета злочину криміналістика досліджує насамперед матеріальні об’єкти органічного і неорганічного походження і їх сліди – відображення, що виникають внаслідок взаємодії матеріальних об’єктів [18, с.268]. Саме слідами-відображеннями слідчий пізнає, які матеріальні об’єкти взаємодіяли і в які відношення вступали. Для криміналістичної характеристики, як і для криміналістичної (пошуково-доказової) діяльності взагалі, предмет злочинного посягання важливий у першу чергу як слідоутворюючий і слідоприймаючий об’єкт – які сліди він може залишити на взаємодіючих матеріальних об’єктах (злочинці, обстановці місця події). Тому першим питанням, яке необхідно вирішити при порушенні кримінальної справи про фальшивомонетництво, є: виявлені, наприклад, грошові купюри є підробленими чи ні? З метою попередньої перевірки вилучені грошові купюри направляються на дослідження в експертно-криміналістичні підрозділи МВС України або у судово-експертні органи Міністерства юсти-

ції. Тільки після отримання стверджувального результату дослідження, що дані купюри є підробленими, можливе прийняття рішення, за наявності достатніх підстав, про порушення кримінальної справи за ст. 199. Та й взагалі, діяльність з розслідування кримінальних справ даної категорії зводиться до встановлення всіх обставин виготовлення та інших діянь, пов'язаних з підробленими грішми, цінними паперами, білетами державних лотерей.

Тому предметом посягання як самостійного елемента криміналістичної характеристики фальшивомонетництва є підроблені гроші, цінні папери, білети державної лотереї, оскільки криміналістична (пошуково-доказова) діяльність пов'язується з такою їх властивістю, як “підробленість”, і разом з тим “фальшивки” не можуть бути структурним елементом способу чи слідової картини. Це, однак, не означає, що криміналістичне розуміння предмета посягання зводиться до предмета злочину в усіх видових криміналістичних характеристиках. Дана проблематика потребує окремого дослідження.

1. Мацишин В.С. Особливості розслідування фальшивомонетництва / Автореф. дис. ... к. ю. н. – К., 2002. – 17 с.
2. Аверьянова Т.В., Белкин Р.С., Корухов Ю.Г., Россинская Е.Р. Криміналістика: Учебник для вузов / Под ред. проф. Р.С.Белкина. – М.: Норма, 2002. – 990 с.
3. Болотский Б.С. и др. Фальшивые деньги (фальшивомонетничество) / Под ред. проф. Ларичева В.Д. – М.: Экзамен, 2002. – 384 с.
4. Криміналістика / Под ред. проф. В.А. Образцова. – М.: Юристъ, 2001. – 760 с.
5. Навроцький В.О. Вступ до Особливої частини кримінального права України. – Львів, 1997. – 32 с.
6. Солопанов В.Ю. Ответственность за фальшивомонетничество. – М., 1963. – 93 с.
7. Тацій В.Я. Объект и предмет преступления в советском уголовном праве. – Х.: Вища школа, 1988. – 182 с.
8. Никифоров Б.С. Объект преступления по советскому уголовному праву. – М., 1960.
9. Кримінальне право України. Особлива частина: Підручник для студентів юрид. вузів і факультетів / За ред. П.С. Матишевського та ін. – К.: Юрінком Інтер, 1999. – 891 с.
10. Навроцький В.О. Кримінальне право України. Особлива частина: Курс лекцій. – К.: Т-во “Знання”, КОО, 2000. – 771 с.
11. Науково-практичний коментар Кримінального кодексу України від 5 квітня 2001 року / За ред. М.І. Мельника, М.І. Хазронюка. – К.: Каннон, 2001. – 1104 с.
12. Науково-практичний коментар Кримінального кодексу України / Відп. ред. С.С. Яценко – К.: А.С.К., 2002. – 936 с.
13. Науково-практичний коментар Кримінального кодексу України. Особлива частина / За заг. ред. М.О. Потєбенька, В.Г. Гончаренка. – К.: Форум, 2001. – 386 с.
14. Кримінальне право України. Особлива частина: Підручник / М.І. Бажанов та ін.; За ред. М.І. Бажанова, В.Я. Тація. – К.: Юрінком Інтер, 2002. – 494 с.
15. Науковий коментар Кримінального кодексу України / Коржанський М.Й. – К.: Атіка, 2001. – 665 с.

16. Przepisy prawa gospodarczego. Rozdział 36 i 37 Kodeksu karnego. Komentarz. – Warszawa: Wydawnictwo C. H/ Beck. 2000.
17. Strafgesetzbuch: Kurtzkommentar / von Dr/ Egmond Foregger und Dr. Gerhfrd Kodek. 0 Wien: Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung. – 1991. – 1006 s.
18. Салтєвський М.В. Криміналістика. Підручник: У 2 ч. – Ч.2. – Х.: Консум, 2001. – 528 с.

O. Kaluzhna

#### OBJECTS OF COUNTERFEITING: COGNITIVE ASPECT

The article deals with one of the elements of the criminalistic definition of counterfeiting: the object of infringement. The author asserts that there are the following objects of infringement in this kind of crime: false money, state securities and state lottery tickets.

*С.В. Томин*

#### БЕЗПОСЕРЕДНЄ СПОСТЕРЕЖЕННЯ ЯК СПОСІБ ОТРИМАННЯ ІНФОРМАЦІЇ ВІД ОСОБИСТИХ ДЖЕРЕЛ

У юридичній науці, досліджуючи проблему безпосереднього спостереження, такі автори, як А.В. Дулов, П.Д. Нестеренко, М.В. Салтєвський, В.Г. Гончаренко, В.І. Шиканов, В.А. Ледащев, І.В. Попов, Д.І. Бедняков розглядали різні форми фіксації фактичних даних, які виявляються в процесі спостереження за діями підозрюваного і різними обставинами події злочину [8, с.68].

На думку А.В. Дулова і П.Д. Нестеренка, результати спостереження, як непроцесуальної дії, могли би бути легалізовані за допомогою так званого “тактичного експерименту”. Під тактичним експериментом вони розуміють проведення органом розслідування спостереження за поведінкою підозрюваного, наміри якого стали відомі, і фіксацію його дій шляхом складання протоколу [1, с.232-239]. Такої ж думки дотримуються В.А. Ледащев і І.В. Попов, які зазначали доцільність складання протоколу тактичного експерименту [3, с.64-77]. Проти цього висловлювався С.А. Шейфер [7, с.25-26].

Щодо цих дій М.В. Салтєвський вживає термін “громадське документування”. Це, на його думку, діяльність осіб, які здійснюють правоохоронну роботу щодо закріплення і зберігання слідів, фактів порушення законності і громадського порядку. Завданням громадського документування є фіксація інформації об'єктивними засобами і надійне збереження її для використання в доказуванні по кримінальних справах [5, с.9-10]. Така діяльність, з його точки зору, здійснюється в ході оперативної і профілактичної роботи, а її учасниками можуть бути не тільки оперативні праців-

ники, але й представники громадських організацій [5, с.9]. Про необхідність використання в практиці боротьби зі злочинністю “громадського документування” пише також В.Г.Гончаренко. “При застосуванні НТЗ для прихованої фіксації правопорушень і дій осіб, які здійснюють правоохоронну діяльність, – зазначає він, – рекомендується складати спеціальний акт чи протокол використання НТЗ... Названий документ підписується представниками громадськості і оператором. Потім ці особи можуть бути допитані як свідки...” [2, с.52-53].

Діяльність по громадському документуванню, зазначає М.В.Салтєвський, необхідно оформляти спеціальним документом, в якому повинно бути вказано: хто, коли, в присутності кого, якими технічними засобами і прийомами, що виявив і закріпив, які матеріали внаслідок цього отримані. Такий документ, на його думку, можна було би назвати “Акт правоохоронної діяльності” або “Акт громадського документування”. “Разом з матеріалами інструментального закріплення джерела інформації, – підкреслює М.В.Салтєвський, – такий акт утворює самостійне джерело інформації і повинен знайти відображення в законі” [5, с.10]. Безумовно, складання такого документа, який фіксує хід і результати спостереження, доцільне лише тоді, коли в процесі спостереження здійснювалось технічне документування або вилучення якихось предметів чи документів. В іншому випадку у цьому немає потреби, оскільки учасники спостереження можуть бути допитані як свідки і розповісти все, що вони бачили. Тому процесуалізація спостереження можлива лише у поєднанні методів спостереження з іншими методами пізнання і отримання фактичних даних. М.В.Тертишник і С.В.Слинько вважають, що невід’ємною складовою частиною його якраз і є технічне документування.

Про спостереження йшлося у російському законодавстві XIX ст. Так, у Статуті кримінального судочинства від 20.10.1864 року (ст.254) зазначалось: “При проведенні дізнання поліція здобуває всі необхідні їй відомості за допомогою розшуків, словесними опитуваннями і негласним спостереженням, не проводячи ні обшуків ні виїмок у будинках” [4, с.145].

Аналізуючи дану проблему, М.В.Тертишник пов’язує необхідність правової регламентації візуального спостереження і технічного документування з можливістю не тільки ретроспективного, але й безпосереднього пізнання події злочину [6, с.96-97]. На нашу думку, процесуальне закріплення даних слідчих дій слід також пов’язувати з необхідністю розширити можливості отримання інформації від особистих джерел у перебігу боротьби зі злочинністю.

Слід зазначити, що Закон України “Про оперативно-розшукову діяльність”, як і відповідний закон Російської Федерації, вже закріпив

візуальне спостереження і здійснення при цьому технічного документування як гласні оперативно-розшукові дії, результати яких можуть мати доказове значення по порушуваних згодом кримінальних справах. Фактичні результати вказаних дій, по суті, отримали статус “даних, отриманих у встановленому законом порядку”. На цій основі їм відкритий шлях у кримінально-процесуальне доказування.

Отже, якщо візуальне спостереження – це гласний оперативно-розшуковий захід, то можна говорити про доцільність і навіть необхідність узаконення його в кримінальному процесі і здійснення при провадженні дізнання і досудового слідства. Про це зазначають В.М.Тертишник та С.В.Слинько у монографії “Теория доказательств”.

Регламентація безпосереднього спостереження в кримінально-процесуальному законодавстві як однієї зі слідчих дій буде позитивним кроком вперед як у теорії доказів, так і в законодавчій і правозастосовчій практиці. Регламентація законом підстав і процедури провадження даних дій буде сприяти підвищенню їхньої ефективності, створенню більш надійних гарантій для отримання достовірних фактичних даних, а також захисту законних інтересів особи.

Реалізація такої пропозиції вимагатиме перегляду деяких норм, що регламентують застосування технічних засобів при розслідуванні злочинів. По-перше, результати технічного документування, на думку М.В.Тертишника і С.В.Слинька, повинні стати самостійним видом доказів. По-друге, в законі необхідно буде регламентувати сам процес технічного документування подібно до того, як регламентовано складання протоколів слідчих дій.

Отже, в правовій літературі при дослідженні поняття безпосереднього спостереження особлива увага приділялась процесуальному порядку проведення даної слідчої дії і лише згадувалось про необхідність доповнення розділу “Докази” Кримінально-процесуального кодексу України відповідними положеннями про фактичні результати технічного документування [6, с.101].

Однак, на нашу думку, із введенням такої слідчої дії зміни необхідно внести також і до ч.2 ст.65 КПК України та додати до переліку джерел інформації поряд із показами осіб також їх поведінку, оскільки, аналізуючи її, відповідні органи чи посадові особи отримують інформацію під час проведення такої слідчої дії, як безпосереднє спостереження. Саме аналізуючи поведінку, можна отримати інформацію, яка в процесі подальшого її закріплення може набути статусу доказів по даній кримінальній справі.

Такий підхід, вважаємо, буде логічним, оскільки при допиті, очній ставці, пред’явленні для впізнання, перевірці показів на місці основним, що підлягає фіксації, є інформація, яка міститься у показах тих чи інших

осіб. Аналогічно повинно вирішуватися питання про те, що ми фіксуємо в результаті безпосереднього спостереження. Таким об'єктом, як уже було сказано, є, крім повідомлень тої чи іншої особи, також і її поведінка. У зв'язку з цим необхідно переглянути положення стосовно того, що інформація до слідчого чи дізнавача від особового джерела надходить у вигляді повідомлення. А оскільки при безпосередньому спостереженні органи досудового слідства і дізнання отримують інформацію, аналізуючи поведінку особи, слід зазначити, що інформацію можна отримати від особистого джерела не тільки через повідомлення, а й через поведінку особи. Крім цього, аналізуючи поведінку як джерело інформації, слід мати на увазі, що вона є джерелом інформації не тільки при проведенні спостереження, а й при проведенні ряду інших слідчих дій та оперативно-розшукових заходів. Так, при проведенні обшуку слідчий повинен звертати увагу на поведінку особи. За її допомогою можна визначити місце приховання певних предметів. При наближенні до них, як правило, особа стає занепокоєною, нервується і тим самим допомагає слідству встановити місцезнаходження об'єкта, який шукають. При проведенні допиту також слід стежити за поведінкою особи, що дає покази. Задаючи питання, слідчий повинен не тільки сприймати відповідь, а й звертати увагу на те, чи не змінюється емоційний стан особи і як саме. Однак таке спостереження за поведінкою особи є лише способом отримання орієнтуючої інформації, яка в цьому випадку не може набувати статусу доказів, а носить лише орієнтуючий характер і може бути корисною при розслідуванні справи.

Доцільність законодавчого закріплення безпосереднього спостереження повинна базуватися не тільки на наукових положеннях, при цьому повинні враховуватися потреби практики. Саме тому, на нашу думку, наступним важливим кроком при дослідженні даного питання повинен стати аналіз практичних матеріалів та результатів опитування працівників правоохоронних і судових органів.

1. Дулов А.В., Нестеренко П.Д. Тактика следственных действий. – Минск, 1971. – С.232-239.
2. Гончаренко В.И. Научно-технические средства в следственной практике. – Киев, 1984. – С.52-53.
3. Ледящев В.А., Попов И.В. О путях повышения эффективности предварительного следствия // Проблемы предварительного следствия – Вып.8. – Волгоград, 1978. – С.64-77.
4. Российское законодательство X – XX веков. – Т.8. – М., 1991. – С.145.
5. Салтевский М.В. Современные проблемы собирания доказательственной информации техническими средствами // Теория и практика собирания доказательственной информации техническими средствами на предварительном следствии. – Киев, 1980. – С.9-10.
6. Тертишник В.М., Слинько С.В. Теория доказательств. – Харьков, 1998. – С.94-103.

7. Шейфер С.А. Следственные действия. – М., 1981. – С.25-26.
8. Шиканов В.И. Актуальные вопросы уголовного судопроизводства и криминалистики в условиях современного научно-технического прогресса. – Иркутск, 1978. – С.68.

S.Tomyn

#### DIRECT OBSERVATION AS METHOD OF DERIVING OF INFORMATION FROM PERSONAL SOURCES OF INFORMATION

The given scientific research is devoted to the analysis of concept of direct observation as method of deriving of information from personal sources of information in criminal procedure of Ukraine. The author justifies necessity of fixing in the legislation of Ukraine of this method of deriving of information and offers to increase an amount of sources of information by including a behaviour of the person as one of the sources of information.

*С.А. Кириченко*

#### СУТНІСТЬ СЛІДІВ, ТРАС ТА СУБСТАНЦІЙ ЯК ОРДИСТИЧНИХ РЕЧОВИХ ДЖЕРЕЛ

Проблема визначення суті слідів, трас та субстанцій як ордиристичних<sup>1</sup> джерел інформації майже не досліджувалася. Проте ці питання останнім часом стали предметом спеціального дослідження з криміналістичної точки зору [4 та ін.], а тому дані положення можуть бути покладені в основу їх розробки і з метою ордиристичної тематики.

Теми, що вивчає сліди, траси та субстанції, в ордиристичних підручниках взагалі немає, а в підручниках з криміналістики вона носить різні назви, але здебільшого у вигляді словосполучень “Трасологія” чи “Криміналістична трасологія” [5, с.160-199; 6, с.112-142; 7, с.45-60; 9, с.90-110 та ін.]. У деяких випадках ця тема іменується словосполученням “Слідознавство” [10, с.112-391 та ін.]. Останнім часом з'явилися й компромісні назви, зокрема такі, як вчення про сліди (трасологія) [8, с.110-140] тощо. Запропоновано розгляд даної теми і в рамках двох самостійних тем “Трасологія” та “Субстанціологія” [2, с.23-25 та ін.].

Проте найбільш обґрунтований варіант розв'язання даної дискусії можна запропонувати лише на підставі уточнення спочатку термінів

<sup>1</sup> Походить від словосполучення “ордиристика”, запропонованого О.А.Кириченком для найменування такої методичної галузі юридичної науки, яка традиційно іменується семантично необґрунтованими термінами “теорія оперативно-розшукової діяльності”, “оперативно-розшукова діяльність” чи навіть абревіатурою “ОРД”.



“сліди”, “траси” та “субстанції”, а потім й семантичного значення словосполучень “слідознавство”, “трасологія” і “субстанціологія”.

Поняття “сліди” як з криміналістичної, так і з ординістичної точки зору у перебігу боротьби зі злочинами використовується, головним чином, у таких двох значеннях:

1. *Сліди певного слідоутворюючого об'єкта*, наприклад, сліди пальців рук людини, тобто такі, що залишені пальцями рук людини; сліди крові – утворені кров'ю тощо.

2. *Сліди події злочину*, тобто такі, що виникли у перебігу готування до злочину, його здійснення та приховування слідів цієї події [4, с.8].

Причому спочатку криміналісти та ординісти, як правило, користуються першим найменуванням слідів як тих чи інших ідеальних або матеріальних змін, що стали наслідком дії певного слідоутворюючого об'єкта відповідно у свідомості людини (ідеальні сліди) чи на будь-якому іншому об'єкті (матеріальні сліди). І лише згодом, коли буде встановлено, що такі зміни виникли у перебігу готування чи скоєння злочину або в процесі приховування слідів цих дій, робиться висновок про те, що у даному випадку ідеальні чи матеріальні зміни є слідами певної злочинної події.

З урахуванням цього, під слідами події злочину слід розуміти *будь-які ідеальні чи матеріальні зміни, процес вишкнення яких має причинний зв'язок з готуванням до злочину, його скоєнням чи з приховуванням такого роду змін.*

*Коли ж виникнення ідеальних нематеріальних змін у свідомості людини чи на інших об'єктах пов'язано з подією злочину іншим, ніж причинним, зв'язком або зовсім ніяк не пов'язано з цією подією, але коли це все ж таки набуває певного значення у перебігу боротьби зі злочинами, то в даному випадку ці зміни також є криміналістичними чи ординістичними слідами, проте вже сліди незлочинної події [4, с.10].*

Для демонстрації слідів як слідів незлочинних подій можуть бути наведені такі приклади. В одному випадку на місці заподіяння тяжких тілесних пошкоджень знайшли знаряддя злочину – металевий дрiт, а під час обшуку у помешканні підозрюваного – аналогічні металеві дроти. Згідно з експертним висновком, всі ці дроти мали субстанції речовини загальної групової належності з ґрунтом місця їх зберігання, що зіграло вирішальну роль у розкритті даного злочину. Проте виникнення матеріальних змін у вигляді субстанцій ґрунту на металевому дроті з місця події та металевих дротах з помешкання підозрюваного мало з подією заподіяння тілесних пошкоджень непрямий зв'язок, встановлення якого у даному випадку набуло певного криміналістичного значення.

В іншому випадку у перебігу огляду місця крадіжки одягу з універмагу знайшли старий одяг злочинця та цінник від джинсового костюма, який було викрадено. На ціннику виявили слід папілярного візерунка пальця людини, по якому на підставі даних криміналістичного обліку було встановлено підозрюваного. Затриманий своєю вину не визнавав, а згідно з висновком одорологічної експертизи слідів його індивідуального запаху на старому одязі з місця події виявлено не було, тому розпочали пошук іншого підозрюваного. Згодом такого підозрюваного було встановлено, причетність якого до крадіжки довели не тільки наявністю слідів його індивідуального запаху на старому одязі з місця події, але й сукупністю інших доказів. Обвинувачення з першого підозрюваного зняли, оскільки було доведено, що слід папілярного візерунка пальця руки він залишив на ціннику від викраденого костюма ще до крадіжки, коли примірював цей одяг.

Таким чином, утворення сліду пальця руки першого підозрюваного на ціннику від викраденого костюма не мало ніякого зв'язку з крадіжкою, але набуло вирішального значення для зняття з нього обвинувачення і тому є слідом у вигляді сліду незлочинної події.

Дуже важливо встановити, чим саме можуть бути представлені ідеальні чи матеріальні зміни. Для цього треба розглянути питання про поняття трас і субстанцій та їх різновиди.

Траси та субстанції складають дві великі групи речових джерел інформації. Причому під першими традиційно розумілися лише лінійні сліди у вигляді поодиноких чи численних подряпин, борідок та ін., що не узгоджувалося з фактично існуючим розмаїттям матеріально фіксованих відображень у вигляді слідів рук та ніг людини, колісного чи гусеничного транспорту тощо, які вивчалися трасологією.

З урахуванням цього поняття трас доцільно поширити до *будь-яких матеріально фіксованих ознак:*

1. *Зовнішньої будови якогось твердого тіла (трасоутворюючого об'єкта) на іншому твердому тілі або у свідомості людини (трасосприймаючі об'єкти), яких достатньо для індивідуальної чи групової ідентифікації трасоутворюючого об'єкта.* Такі траси іменуються “відбитки”. Як приклад можна назвати відбитки папілярних візерунків пальців рук на шибці, відбитки протектора шин колісного транспорту на ґрунті тощо.

2. *Загального характеру будь-якого зовнішнього впливу (трасоутворюючого об'єкта) на твердому тілі чи у свідомості людини (трасосприймаючих об'єктах), за якими можна лише діагностувати факт такого впливу.* Ці траси зуться “діагностичні відображення” і вони можуть виглядати як розтріскування, розволокненість та інші матеріальні

зміни у верхньому шарі паперу, що стали наслідком підчистки документа; характерна зернистість металевих осколків вибухового пристрою, яка виникла у перебігу дії факторів вибуху; розтріскування та відділення фібрил первинних та вторинних стінок бавовняних волокон, що є наслідком їх прання, тощо.

**3. Будь-яких ситуативних характеристик взаємодії трасоутворюючого і трасосприймаючого об'єктів, по яких можна судити про механізм та інші обставини такої взаємодії.** Наприклад, коли на підставі висоти розміщення, форми та направленості крапель крові на стіні та стелі помешкання підозрюваного можуть робитися припущення про орган людини, який було травмовано, положення потерпілого та знаряддя злочину в момент заподіяння uszkodження тощо. Такого роду траси іменуються як **“ситуативні відображення”**.

**Якщо дослідника цікавлять перш за все морфологічні ознаки твердого тіла (його зовнішня чи внутрішня побудова) або субстанціональні ознаки речових джерел інформації будь-якого агрегатного стану (їх якісний і кількісний склад),** то перед нами субстанції [4, с. 11], узагальнені криміналістичні різновиди яких мають практичне значення, як правило, на рівні видової класифікації мікрооб'єктів, ультрамікрооб'єктів та ультраоб'єктів [1].

Повертаючись до визначення сутності криміналістичних та ординстичних слідів, треба підкреслити, що такого роду ідеальні чи матеріальні зміни можуть проявитися, перш за все, у:

1. **Присутності трас певного виду,** наприклад, відбитків взуття на ґрунті та ін.

2. **Відсутності трас певного виду, які мали би бути на тому чи іншому об'єкті відповідно до встановленого чи припущеного механізму та інших умов взаємодії об'єктів у перебігу події, що розслідується.** Це так звані **“негативні обставини”**, зокрема, відсутність відбитків рельєфу поверхні дроту на шії трупа потерпілого, коли є свідчення заявника, що потерпілого він знайшов у петлі з цього дроту, а тому вважає, що той покінчив життя самогубством.

3. **Присутності субстанцій певного виду та природи,** наприклад, металевих спилок під дужкою замка, яку розпилили, та ін.

4. **Відсутності субстанцій такого виду чи природи, якого вони мали би бути у тій чи іншій ситуації,** зокрема, відсутність крові на місці знаходження трупа, людини з численними тяжкими тілесними пошкодженнями тощо [4, с. 12].

Таким чином, поняття “сліди” є більш широким, ніж поняття “траси” та “субстанції” і охоплює останні, причому з подвійною характеристикою

їх наявності: тобто як присутності, так і відсутності у певному місці чи на певних речових джерелах.

Виходячи з викладеного співвідношення понять “сліди”, “траси” та “субстанції”, можна зазначити, що дану тему в межах навчального курсу як криміналістики, так і ординстики недостатньо обґрунтовано іменувати:

1. “Слідознавство” без чіткого уявлення сутності та співвідношення понять “сліди”, “траси” та “субстанції” як об'єктів слідознавчого дослідження.

2. Тільки як “Трасологія” або “Субстанціологія”, оскільки такі назви не можуть охопити всі наявні різновиди криміналістичних слідів.

Недоцільно положення слідознавства розподіляти і між самостійними темами “Трасологія” та “Субстанціологія”, оскільки у перебігу боротьби зі злочинами частіше за все використовуються не траси чи субстанції, а комбіновані сліди у вигляді як трас, так і субстанцій. Наприклад, сліди папілярних візерунків пальця руки людини треба розглядати як відбитки цього візерунка і як потожирові чи інші субстанції зі шкіри пальця руки людини або з поверхні трасосприймаючого об'єкта, за допомогою яких були утворені ці відбитки.

Помилково також розглядати слідознавство тільки як галузь криміналістичної чи ординстичної техніки, оскільки фактично його положення мають бути розподілені між другою, третьою та четвертою частинами навчального курсу криміналістики та ординстики. Фактично слідознавство є частковим вченням як криміналістики, так і ординстики, положення якого пронизують другу, третю та четверту частини навчального курсу криміналістики та ординстики, об'єднавши при цьому положення трасології та субстанціології, самостійне розміщення яких у вигляді розділів слідознавства доцільне лише під час їх монографічного та іншого наукового дослідження.

З урахуванням цього **слідознавство** в рамках навчального курсу ординстики треба розглядати як **часткове вчення, яке на основі вивчення закономірностей збирання, особистого й експертного дослідження слідів (трас, субстанцій) та іншої роботи з ними у перебігу боротьби зі злочинами, розробляє негласні технічні засоби та прийоми їх застосування, тактичні прийоми проведення окремих негласних заходів чи їх комбінацій, а також негласні методичні рекомендації з проведення такої боротьби на всіх її стадіях.**

З наукової точки зору ординстичне слідознавство поділяється на **трасологію** та **субстанціологію**, положення яких, як уже підкреслювалося, пронизують другу, третю та четверту частини навчального курсу ординстики. Звичайно, що основні положення слідознавства (трасології, субстан-

ціології) повинні розміщатися в техніці, зокрема, положення про поняття, різновиди та класифікацію слідів, трас і субстанцій, визначення предмета та системи слідознавства, основні положення збирання та особистого дослідження окремих різновидів слідів (трас, субстанцій) тощо. Інша річ, наскільки повно треба викладати ці положення в межах навчального курсу ординатики, оскільки аналогічні питання вже повинні бути вивчені при викладанні курсу криміналістики. Тут доцільно лише вказати на їхні певні ординатичні особливості.

У третій частині навчального курсу ординатики основне місце відведено тактичним прийомам негласного збирання та особистого дослідження окремих видів слідів (трас, субстанцій) у перебігу проведення окремих ординатичних заходів чи їх комбінацій, підготовки матеріалів і призначення найбільш актуальних спеціальних досліджень певних видів слідів та ін.

І, нарешті, четверта частина ординатики – “Методика”, повинна містити в собі розгляд особливостей негласного збирання, особистого і спеціального дослідження та іншої негласної роботи з певними різновидами слідів (трас, субстанцій) у перебігу боротьби з окремими видами та групами злочинів.

1. Кириченко А.А. Основы судебной микрообъектологии: Монография. – Харків: Основа, 1998. – 1220 с.
2. Кириченко О.А., Кириченко І.Г. та ін. Криміналістика. Навчально-методичне забезпечення: Навч.-метод. посібник для слухачів-заочників. –Одеса: НДРВВ, 2000. – 172 с.
3. Кириченко О.А., Кириченко І.Г. та ін. Повний комплект навчально-методичного забезпечення курсу криміналістики. Навч.-метод. посібник для слухачів-заочників (Серія: Бібліотека “Вісника Одеського інституту внутрішніх справ”. Додаток до №3 за 1999 р.). – Одеса: НДРВВ, 1999. – 240 с.
4. Кириченко О.А., Басай В.Д., Ткач Ю.Д. Слідознавство: Лекція №8. – К.: РВВ КІВС, 2002. – 40 с.
5. Криміналістика: Учебник / Под ред. И.Ф.Пантелеева, Н.А.Селиванова. – М.: Юрид. лит., 1993. – 672 с.
6. Криміналістика: Учебник / Под ред. И.Ф.Герасимова, Л.Я.Драпкина. – М.: Высш. шк., 1994. – 528 с.
7. Курс криміналістики: Учебник / Под ред. Н.И.Порубова. – М.: Высш. шк., 2000. – 335 с.
8. Криміналістика: Підручник / За ред. П.Д.Біленчука. – К.: Атіка, 2001. – 544 с.
9. Криміналістика: Підручник / За ред. В.Ю.Шепітька. – К.: Видавничий Дім “Ін Юре”, 2001. – 684 с.
10. Салтєвський М.В. Криміналістика: Підручник: У 2-х ч. – Ч. 1. – Харків: Консум, 1999. – 416 с.

S.Kyrychenko  
THE ESSENCE OF TRACKS, ROUTES AND SUBSTANCES AS ORDINATICAL  
MATERIAL SOURCES

An essence and classification of tracks, routes and substances as material sources of information is explored in the article. In addition, a necessity of consideration of the proper themes in the process of study of criminalistics course is determined.

## ЗМІСТ

### **Питання теорії та історії держави і права**

<i>І.Ю. Настасяк.</i> Галицьке губернське правління: його структура та діяльність.....	3
<i>І.О. Радібова.</i> Магдебурзьке право: деякі релігійні аспекти проблеми.....	11
<i>О.М. Юхимюк.</i> Правові джерела функціонування місцевого самоврядування в Західній Україні (1918-1939).....	14
<i>В.Б. Ковальчук.</i> До питання про протиріччя, що існують між правами людини та демократією.....	18
<i>Р.С. Мартинюк.</i> Державна влада та громадянське суспільство в сучасній Україні: політико-правовий аспект.....	24
<i>Ю.М. Дмитрієнко.</i> Світові писемні пам'ятки становлення української правової свідомості (на прикладі кормчих книг).....	36

### **Конституційний лад та права людини.**

#### **Державне управління в Україні**

<i>Ю.О. Кириченко.</i> Сучасна юридична діяльність та освіта: можливості реформування.....	46
<i>О.Б. Заверуха.</i> Правові передумови формування в Україні адміністративної юстиції.....	53
<i>В.В. Лемак.</i> Реформування державної служби в контексті адміністративної реформи: досвід Словачької Республіки.....	58
<i>В.М. Кравчук.</i> Роль адміністративних судів у забезпеченні законності правових актів місцевих органів виконавчої влади та органів місцевого самоврядування.....	65

#### **Цивільне, цивільно-процесуальне та господарське право**

<i>О.О. Пунда.</i> Правове регулювання генно-інженерної діяльності в Україні.....	70
<i>Л.М. Шандровська.</i> Підстави виникнення права приватної власності громадян (загальна характеристика).....	76
<i>С.О. Бородовський.</i> Деякі питання укладення цивільно-правового договору.....	86
<i>А.В. Луць.</i> Ринок як сфера вільних договірних відносин.....	89
<i>В.М. Коссак.</i> Проблеми вирішення спорів, пов'язаних із захистом корпоративних прав.....	94

<i>Р.А. Лідовець.</i> Право сторін на укладення договору, не передбаченого законом, як один з елементів свободи договору.....	97
<i>І.О. Турчак.</i> Основні аспекти виконання договору поставки.....	103
<i>О.М. Великорода.</i> Предмет і об'єкт договору довічного утримання (догляду).....	112
<i>І.Р. Калаур.</i> Конкуренція позову про застосування наслідків недійсності угоди та ввідикаційного позову за новим Цивільним кодексом України.....	116
<i>О.В. Шевченко.</i> Нормотворча діяльність міжнародних організацій у галузі автотранспорту.....	121

#### **Питання екологічного та земельного права**

<i>В.В. Книш.</i> Принцип невтручання держави у здійснення суб'єктами земельних відносин своїх прав щодо володіння, користування і розпорядження землею, крім випадків, передбачених законом.....	128
<i>І.В. Мироненко.</i> Правова природа права на земельну частку (пай).....	134
<i>Г.В. Мороз.</i> Інститут референдуму: значення при вирішенні питань у сфері охорони довкілля.....	140
<i>О.О. Бужедиган.</i> Організаційно-правові проблеми ведення мисливського господарства в Україні.....	147
<i>П.В. Мельник.</i> Питання вдосконалення Закону України "Про мораторій на проведення суцільних рубок на гірських схилах в ялицево-букових лісах Карпатського регіону України".....	152
<i>П.Д. Пилипенко.</i> Прийняття нового Трудового кодексу – об'єктивна вимога часу.....	157
<i>В.Бурак.</i> Нормативно-правові акти, які регулюють вирішення трудових спорів.....	162
<i>О. Кульчицька.</i> До питання про дієздатність громадян за правом соціального забезпечення.....	167

#### **Проблеми кримінального права і кримінології**

<i>М.Б. Бучко.</i> Тіньова економіка як соціально-економічне підґрунтя сучасної корисливої економічної злочинності.....	173
<i>К.Б. Марисюк.</i> Кримінально-правова відповідальність за порушення законодавства у сфері свободи віросповідання у державах пострадянського простору.....	180
<i>О.І. Саско.</i> Злочини у сфері господарської діяльності: поняття і система.....	184

### **Кримінальний процес та криміналістика**

<i>Н. О. Чмир.</i> Сутність законних інтересів у кримінальному процесі...	189
<i>А. Б. Косило.</i> Реформа інституту захисника в кримінальному судочинстві України (досвід Республіки Польща).....	196
<i>Н. Р. Бобечко.</i> Про дію окремих принципів кримінального судочинства при перегляді судових рішень у порядку виняткового провадження.....	200
<i>А. В. Лесів.</i> Проблеми захисту прав потерпілого в умовах змагального судочинства.....	206
<i>О. В. Батюк.</i> Мета та напрямки вивчення особи обвинуваченого на стадії досудового слідства.....	215
<i>С. О. Ковальчук.</i> Окремі питання участі захисника у процесі доказування у кримінальних справах.....	219
<i>Р. Б. Єзерський.</i> Криміналістична техніка і загальні наукові знання...	224
<i>І. В. Жолнович.</i> Історичний нарис виникнення та запровадження криміналістичного опису особи за зовнішністю в Україні.....	233
<i>О. М. Калужна.</i> Предмет фальшивомонетництва: пошуково-пізнавальний аспект.....	239
<i>С. В. Тошин.</i> Безпосереднє спостереження як спосіб отримання інформації від особистих джерел.....	247
<i>С. А. Кириченко.</i> Сутність слідів, трас та субстанцій як ординативних речових джерел.....	251

### CONTENTS

#### ***Matters of Theory and History of State and Law***

<i>I. Nastasyak.</i> Galician province government: its structure and activity...	3
<i>I. Radibova.</i> The Magdeburg Law: some religious aspects of the problem.....	11
<i>O. Yukhymyuk.</i> The legal basis of functioning of self-government in the Western Ukraine (1918-1939).....	14
<i>V. Kovalchuk.</i> Toward the question about contradictions between human rights and democracy.....	18
<i>R. Martynyuk.</i> The state power and civil society in the modern Ukraine: political and legal aspects.....	24
<i>Y. Dmytriyenko.</i> The world writing sights of forming of the Ukrainian legal consciousness (on example of "Kormchi knyhy").....	36

#### ***Constitution Rule of Human Rights. State Power in Ukraine***

<i>Y. Kyrychenko.</i> Modern legal activity and education: possibilities of reformation.....	46
<i>O. Zaverukha.</i> The legal preconditions of the enforcement of the administrative justice in Ukraine.....	53
<i>V. Lemak.</i> Reformation of government service in context of administrative reform: experience of the Slovak Republic.....	58
<i>V. Kravchuk.</i> The role of administrative courts in the guaranteeing of the legality of the lawful statements of the state executive bodies of power and the self-government bodies.....	65

#### ***Civil, Civil Procedure and Economic Law***

<i>O. Punda.</i> Legal adjusting of gene-engineering activity in Ukraine.....	70
<i>L. Shandrovska.</i> The grounds for the emergence of the right of private property of citizens (general characteristic).....	76
<i>S. Borodovsky.</i> Some questions of conclusion a contract.....	86
<i>A. Luts.</i> Market as a sphere of free contractual relations.....	89
<i>V. Kossak.</i> Problems of decision of disputes concerning the defence of corporate rights.....	94
<i>R. Lidovets.</i> The right of the parties to conclude an agreement undefined by the legislation as a part of the freedom of agreement.....	97
<i>I. Turchak.</i> The main aspects of the fulfilment of the delivery contract....	103
<i>O. Velykoroda.</i> The subject-matter and object of the life-support contract..	112

<i>I. Kalaur.</i> Competition of claim for use of agreement invalidity consequences and vindication claim according to the new Civil Code of Ukraine.....	116
<i>O. Shevchenko.</i> International organizations' lawgiving activity in the sphere of automobile transport.....	121

***Matters of Ecological and Land Entitlement***

<i>V. Knysh.</i> The principle of the state's non-interference to the activity of the land relations subjects, connected with possessing, using and disposing of land, besides cases, determined by the law.....	128
<i>I. Myronenko.</i> The legal nature of the right of the land share.....	134
<i>G. Moroz.</i> The institute of referendum: its role in the solution of the problems of environmental protection.....	140
<i>O. Buzhdygan.</i> Organizing and legal problems of hunting farms management in Ukraine.....	147
<i>P. Melnyk.</i> The actual questions of perfection of the Law of Ukraine "About moratorium on conducting of continuous wood-cutting on the mountain slopes in the forests of the Carpathian region of Ukraine"....	152
<i>P. Pylypenko.</i> Adopting of the New Labour Code is the objective requirement of the present period.....	157
<i>V. Burak.</i> The legal statements that regulate the process of labour disputes consideration.....	162
<i>O. Kulchytska.</i> To the issue of citizens' capability provided by the social law.....	167

***Problems of Criminal Law and Crime Science***

<i>M. Buchko.</i> Shadow economy as socio-economic basis of modern mercenary economic criminality.....	173
<i>K. Marysyuk.</i> Criminal responsibility for violation of legislation in religion freedom sphere in the states of ex-soviet territory.....	180
<i>O. Sasko.</i> The crimes in the sphere of economic activity: notion and system.....	184

***Matters of Criminal Procedure and Criminalistics***

<i>N. Chmyr.</i> Substance of legal interests in the criminal proceeding.....	189
<i>A. Kosylo.</i> Reform of institute of defender in criminal legal procedure of Ukraine (experience of Republic Poland).....	196
<i>N. Bobechko.</i> About the operation of some criminal procedure principles during the judgments reconsideration in exclusive proceeding order....	200

<i>A. Lesiv.</i> Problems of defence of victim in the conditions of competitive proceeding.....	206
<i>O. Batyuk.</i> The purpose and ways of studying of personality of the accused during the prejudicial investigation stage.....	215
<i>S. Kovalchuk.</i> Some questions of collecting and introducing of proofs by defender in the criminal procedure.....	219
<i>R. Yezersky.</i> Criminalistic technique and general scientific knowledge...	224
<i>I. Zholnovich.</i> The historical essay of arising and introduction of criminalistic physical description of a person in Ukraine.....	233
<i>O. Kaluzhna.</i> Objects of counterfeiting: cognitive aspect.....	239
<i>S. Tomyk.</i> Direct observation as method of deriving of information from personal sources of information.....	247
<i>S. Kyrychenko.</i> The essence of tracks, routes and substances as ordistic material sources.....	251

Міністерство освіти і науки України  
Прикарпатський університет ім. Василя Стефаника

**АКТУАЛЬНІ ПРОБЛЕМИ  
ВДОСКОНАЛЕННЯ ЧИННОГО  
ЗАКОНОДАВСТВА УКРАЇНИ**

**Збірник наукових статей**

НБ ПНУС



770608

**Випуск XI**

Адреса редакційної колегії:  
76000, Івано-Франківськ, вул.Шевченка, 44а,  
Прикарпатський університет імені Василя Стефаника,  
Юридичний інститут,  
тел.: (0342) 55-24-89, тел.факс: (03422) 2-55-80.

Старший редактор *О.П. Бойчук.*  
Літературний редактор *О.В. Ленів.*  
Комп'ютерна правка *О.В. Клименко, О.Є. Бойко.*  
Комп'ютерна верстка *Л.М. Курівчак.*

Здано до набору 10. 09. 2003 р. Підп. до друку 21. 10. 2003 р.  
Формат 60x84/16. Папір ксерокс. Гарнітура "Times Neu Roman".  
Ум. друк. арк. 16.0. Вид. арк. 16.25. Тираж 300 прим. Зам.550.

Друкарня видавництва "Ілай" Прикарпатського університету  
імені Василя Стефаника  
76000, м. Івано-Франківськ, вул. Шевченка, 57,  
тел. 59-60-51