

67.9(4Укр)  
Л 43

**АКТУАЛЬНІ ПРОБЛЕМИ  
ВДОСКОНАЛЕННЯ ЧИННОГО  
ЗАКОНОДАВСТВА УКРАЇНИ**

**ВИПУСК XIII**



Івано-Франківськ - 2004 р.

МІНІСТЕРСТВО ОСВІТИ І НАУКИ УКРАЇНИ

Прикарпатський університет  
імені Василя Стефаника

**АКТУАЛЬНІ ПРОБЛЕМИ  
ВДОСКОНАЛЕННЯ ЧИННОГО  
ЗАКОНОДАВСТВА УКРАЇНИ**

**ЗБІРНИК НАУКОВИХ СТАТЕЙ**

**ВИПУСК XIII**



НБ ПНУС



663310

“Плай”

Івано-Франківськ - 2004

Актуальні проблеми вдосконалення чинного законодавства України. Збірник наукових статей. – 2004. – Випуск XIII. – 226 с.

Actual Problems of the Improvement of the Ukrainian Legislation Force. The Book of scientific articles. – 2004. – Issue XIII. – 226 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 вдосконалення 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.ГУЦЬ – акад. АІПрІ, д-р юрид. наук, проф. (*головний редактор*); П.Р.КОБЕНЦЬКА – канд. юрид. наук, доц. (*відповідальний секретар*); М.В.КОСТИЦЬКИЙ – акад. АІПрІ, д-р юрид. наук, проф.; В.С.КУЛЬЧИЦЬКИЙ – чл.-кор. АІПрІ, д-р юрид. наук, проф.; В.К.ІРИЩУК – д-р юрид. наук, проф.; В.М.КОССАК – д-р юрид. наук, проф.; В.Д.БАСАЙ – канд. 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

Відтиск серія КВ №4150

© Видавництво "Плай"

Прикарпатського університету.

Тел. 59-60-51

Видасться з 1996.

## ПИТАННЯ ТЕОРІЇ ТА ІСТОРІЇ ДЕРЖАВИ І ПРАВА

А.Савчак

### ДО ВИТОКІВ НАЦІОНАЛЬНОЇ ДЕРЖАВИ

(за С.Дністрянським)

Національна держава як політико-правова реальність фактично відома ще з часів Великої французької революції (та ж сама республіканська Франція). Ідеї свободи особи, рівності і братерства людей, ідеї суверенності народу та справедливих для нього форм державного правління закладали добрі основи для появи та утвердження національної держави як політико-правового явища.

Однак усе XIX ст. стало тільки періодом підготовки до переходу європейських народів у добу "національних держав", яка реально настає з падінням двох імперій по Першій світовій війні – Австро-Угорської та Російської. В теоретичне обґрунтування ідеї національної держави лягає два принципи, які залишаються основними і на сьогоднішній день: природне (невід'ємне) право нації на самовизначення і принцип творення держави нацією (народом) виключно на своїй етнічній території [6, с.185].

Тому цілком зрозумілим є те, що одним із найдемократичніших гасел кінця XIX – початку XX століття було право націй на самовизначення. Демократичні підстави реалізації цього права творили, зокрема, такі умови: народ проживає на своїй етнічній батьківщині, є корінним на території, де хоче самовизначитися і побудувати свою державу; народ на тій території (історичній батьківщині) становить більшість населення або ж, принаймні, становить більшість у сільській місцевості чи відносну більшість у сільській місцевості чи відносну більшість узагалі; еліта нації виробила ідею самовизначення і створення самостійної держави, соборності країни і народу; ідея незалежності захопила широкі верстви народу, стала для них зрозумілою і рідною [3, с.12].

Значний внесок у виникнення та утвердження доктрини національної держави в свій час було зроблено відомим американським політичним діячем, яскравим прихильником "непорушності та природності" права націй на самовизначення, 28-м Президентом США Вудро Вільсоном та першим Президентом Чехословацької Республіки Томашем Масариком.

Серед праць українських учених-правознавців проблеми сутності та змісту національної держави знайшли своє висвітлення у ряді робіт професора Львівського університету Станіслава Дністрянського. Останній, зокрема в 1923 р., виголошуючи при вступі на посаду ректора Українського вільного університету в Празі свою інавгураційну промову ("Нова держава"), з цього приводу говорив: "...національне питання дало головний привід до всесвітньої

війни... Та піде правди діти – і мир, заключений після всесвітньої війни, не порішив остаточно національного питання; з одного боку, не обійшлося без помилок, а з другого боку не порішено ні українського питання, ні питання окраїнних держав колишньої російської імперії. Але все ж таки сам принцип ляг в основу миру: від Вільсона він називається принципом самовизначення народів. Вільсон висказав свою теорію уже під час війни в різних своїх промовах. Провідні його думки такі: Кожний народ матиме рівне право на самовизначення. Без згоди народу не можна ні над ним панувати, ні управляти ним... Право на самовизначення – це найважливіше право кожного народу, чи він великий, чи малий. На основі цього права прислугує усім народам право до національної території, право вибирати собі державну зверхність, під яку вони мають належати, право до внутрішньої самоуправи й свободного культурного, економічного та політичного розвитку. Про всі економічні договори та політичні відносини повинен безпосередньо рішати той народ, якого вони торкаються, та в ніякому разі не сміють про се рішати які-небудь користи чи інтереси других народів. Усі народи мусять бути вільні, та не можна їм ні приписувати, ні насилувати їх згоди до таких порядків, яких вони не хочуть. Коли забезпечиться народам право на самовизначення, вони будуть могли получитися в правдивий зв'язок народів, та шойно такий зв'язок зможе забезпечити всесвітній мир” [1, с.212].

На початку ХХ століття в політико-правовій практиці, в теорії міжнародного публічного права, конституційного права приблизно утвердилось розуміння національної держави як держави, утвореної нацією на виключно своїй етнографічній території в результаті реалізації нею (цією нацією) свого природного права на самовизначення. При цьому безпосередньо саме право нації на самовизначення включало в себе можливість або створювати власну державу, або добровільно ввійти до складу вже існуючих інших держав; право на самовизначення визнавалось одним з основних і невід'ємних прав будь-якої нації. Створення держави в рамках виключно власної національної території (суцільної етнографічної території, що є одночасно і територією історичного розселення даного етносу) мало закласти надійні основи на майбутнє для захисту держави від проблем автономізації, сепаратизму, територіальних претензій з боку держав-сусідів тощо. Національна держава розглядалась її творцями виключно як держава конституційна, демократична та цивілізована. Відповідно в такій державі має бути забезпечено належний рівень розвитку як корінної (титульної) нації, так і національних меншин, що проживають на її території.

Саме такою державою бачив С.Дністрянський і майбутню Західно-Українську Народну Республіку. Тому в його конституційних проектах

“Конституція Західно-Української Народної Республіки” та “Устрій Галицької держави” знайшли своє закріплення і вище задані принципи та підходи.

У Проекті тимчасових основних законів, виготовленому у віденському Парламенті проф., д-ром С.Дністрянським 1918 р. для покликання в життя Галицької Держави – “Устрій Галицької Держави”, зазначається: “Галицька Держава обіймає усі злучені землі, поселені споконвіку українським народом у межах до теперішньої Австро-Угорської монархії. Український народ виконує народну владу на своїй землі. Другим народам, що замешкують Галицьку Державу, з особна польському, жидівському та німецькому, прислугує народна самоуправа в згоді з самоозначенням українського народу. Кожний горожанин має право шлекати свою народність і мову. Український народ переймає правління Галицької Держави на основі права на самоозначення народів” [4, с.155].

Такі ж самі підходи до розуміння поняття “національна держава” та “права нації на самовизначення” (зокрема, української нації) можна зустріти і в Проекті Конституції Західно-Української Народної Республіки 1920 року. В ньому враховане і природне (невід'ємне) право нації на самовизначення, і принцип творення держави нацією (народом) виключно на своїй етнічній території. Крім того, даний Проект містить окремий розділ III, який називається “Право народів на самовизначення”. §126 Проекту передбачає, що український народ як політичний власник національної території є носієм територіального верховенства в державі. Він користується повним правом самовизначення, яке витікає з його безпосереднього зв'язку з державною територією. У випадках, в яких необхідне одностайне визначення, вирішення, організація чи управлінське розпорядження, дорадчим є принцип простої більшості голосів українського народу.

Проект надає усім іншим народам, які постійно проживають у державі, можливість приймати пропорційну участь як у створенні та організації державної влади, так і в її здійсненні. Для цього і створюються в законодавчому органі держави – Народній Палаті – три національні курії, які виступають правовими показниками права самовизначення окремих народів. Дана можливість забезпечується шляхом дотримання так званого нормативного національного співвідношення 4:1:1. Тобто у співвідношенні українського населення (4) з польським населенням (1), з одного боку, і з іншими національностями (1), з іншого боку. І його слід дотримуватись у виборчій системі, в національних куріях і секціях і по можливості також при визначенні частки представників інших національностей в уряді, а також по можливості у правосудді (судді, народні засідателі, присяжні тощо). Кожен громадянин має не тільки право на використання своєї рідної мови в установах і судах, але він може

вимагати, щоб зовнішня ділова і судова мова була рідною мовою того чи іншого громадянина. Службовці і судді повинні володіти національними мовами громадян [2, с.185]. Тим самим проєкт по суті забезпечує національно-культурну автономію національних меншин, які проживають на території ЗУНР.

Необхідно звернути увагу також на те, що С.Дністрянський розумів під національною територією нації (народу). На думку вченого, національна територія – це територія, з якою народ є зв'язаний історично шляхом постійного, звичайно споконвічного поселення. І "...хоч би мешкало побіч себе кілька народів, ніяка територія не може бути рівночасно національною територією для кількох народів, та кожний народ має свою питому, етнографічно визначену територію, де він постійно поселився, та де він живе своїм питомим культурним життям. Поза сею територією він може грати тільки роллю завойовника або чужого... всі землі мусять бути в безпосередньому територіальному зв'язку зі собою, не перегороджені зв'язаною зі собою територією другого народу". Але це не означає, що на цій національній території не можуть компактно проживати національні меншини. З цього приводу С.Дністрянський писав: "...не стоїть на перешкоді, що чужі острови, а не раз і міста, дають серед суто національної території чужу більшість – бо ні острови ні міста не переривають своїм населенням етнографічної території, так як море не перестає бути морем, коли на ньому знаходяться острови". Що стосується "характеру постійного населення", то його визначають завжди села, а не міста. Такий висновок був зроблений вченим тому, що "...мешканці міст є взагалі елементом рухомим, що змінюють постійно свій осідок; навіть власність каменниць по містах є з огляду на вічну зміну власників більше рухома, ніж власність сільських посіlostей. Тому нема що дивуватися, що постійне населення сидить звичайно по селах, не по містах і що якраз сільське населення дає правдивий образ національної території. Модерні міста є неначе екстериторіальні" [1, с.214].

Підсумовуючи вищесказане, можна з упевненістю сказати, що погляди С.Дністрянського на сутність та зміст національної держави, підходи до її побудови не лише відображали найдемократичніші гасла тих часів, але й мало чим відрізняються від сучасного розуміння поняття "національна держава" та принципів її побудови. Поруч із цим, враховуючи те, що чинна Конституція України (положення частини третьої Преамбули Конституції України, а також статей 10, 11, 12) фактично визначає сучасну Україну як державу національну, наукова спадщина проф. С.С.Дністрянського в частині теорії сучасної держави, її конституційних характеристик заслуговує на широку популяризацію в Україні як серед науковців, так і серед політиків та державних і громадських діячів.

1. Дністрянський С. Нова держава / В кн.: Стецюк П. Станіслав Дністрянський як конституціоналіст. – Львів, 1999. – С.209-217.

2. Конституція Західно-Української Народної Республіки (Проект, 1920 р.) / У кн.: Стецюк П. Станіслав Дністрянський як конституціоналіст. – Львів, 1999. – С.161-185.
3. Макаруч С.А. Українська Республіка галичан. Париси про ЗУНР – Львів: Світ, 1997. – 192 с.
4. Проєкт тимчасових основних законів "Устрій Галицької Держави" 1918 р. / У кн.: Стецюк П. Станіслав Дністрянський як конституціоналіст. – Львів, 1999. – С.155-160.
5. Стецюк П. Станіслав Дністрянський як конституціоналіст. – Львів, 1999. – 232 с.
6. Стецюк П. Україна як національна держава: конституційно-правова характеристика // Проблеми державотворення і захисту прав людини в Україні: Матеріали IX регіональної науково-практичної конференції. 13-14 лютого 2003 р. – Львів: Юридичний факультет Львівського національного університету імені І.Франка, 2003. – С.185-188.

A.Savchak

#### TO THE SOURCES OF NATIONAL STATE (AFTER S.DNISTRYANSKY)

In article the thoughts of S.Dnistryansky about the problem of "national state" from the political and legal approaches, its notion and maintenance, possibilities and constitutional bases of the ZUNR forming as a national constitutional state are given. Also the author describes S.Dnistryansky's understanding of maintenance of natural right of nation on self-determination, notion of "national territory" as a constitutional-legal category.

*О.І.Нелін*

#### ДО ПИТАННЯ СПАДКОВОГО ПРАВА ЗА "РУСЬКОЮ ПРАВДОЮ"

Сьогодні розвиток державності і права в Україні має базуватися на глибоких знаннях історичного минулого, згадці громадянського суспільства і держави, використанні історичної спадщини. Зважаючи на це, вивчення складних і багатограних процесів походження народів та виникнення їх держав має величезне значення, постійно викликає підвищену зацікавленість дослідників. Пропонована увазі читача стаття має на меті якоюсь мірою задовольнити зростаючий інтерес громадян України до своєї історико-правової спадщини у нових умовах національного і духовного відродження.

Актуальність дослідження історико-правових питань спадкового права обумовлена зростаючим значенням приватної власності та необхідністю розробки правового механізму, який належним чином міг би захистити права та інтереси громадян України, а також сприяти усвідомленню складного, багатогранного і часто суперечливого нашого історичного минулого.

Вивчення історії українського права почалося у XIX ст. Найбільш плідну роботу провели В.І.Сергієвич, Б.М.Чичерін, К.О.Певолін, М.П.Павлов-Сільванський. На початку XX ст. українське право досліджували М.Ф.Владимирський-Буданов, Ф.І.Леонтович, М.К.Любавський, М.О.Максимейко, Д.П.Міллер, О.І.Левицький, І.Ф.Теличенко, М.С.Ірчуцький, М.П.Василенко, М.І.Слабченко, В.Б.Ангопович, Д.І.Багалій, В.С.Іконніков, І.М.Каманін, Ф.В.Тарановський та ін.

Після 1917 р. в історіографії держави та права України виділяються дослідження С.В.Юшкова, Б.Д.Грекова, А.П.Ткача, К.О.Софроненко, В.С.Кульчицького, В.А.Дядиченка, І.П.Крип'якевича, В.Д.Месяца, А.Й.Пашука, П.Ф.Щербиши.

За останнє десятиліття вітчизняна наука цивільного права поповнилася дослідженнями з окремих питань інституту спадкування, зокрема: кандидатськими дисертаціями В.В.Васильченка "Рецепція римського спадкового права в сучасному спадковому праві України" (1997 р.), В.Ю.Чуйкової "Правові питання спадкування за заповітом" (1999 р.), Л.В.Шевчука "Заповіт як підстава виникнення правонаступництва в цивільному праві України" (2001 р.), Е.О.Рябоконт "Спадкове правовідношення в цивільному праві" (2002 р.), навчальним посібником Ю.О.Заїки та В.М.Співака "Право власності. Спадкове право" (2000 р.), навчальним посібником С.Я.Фурси і Е.І.Фурси "Спадкове право. Теорія та практика" (2002 р.).

Але для належного розуміння сучасного спадкового права України необхідно знати еволюцію давньоруського права. Завдяки "Руській Правді" ми маємо уявлення про соціальну структуру давньоруського суспільства, організацію господарського життя, розвиток та захист приватної власності.

Процес об'єднання східних слов'ян завершився у IX ст. утворенням великої, відносно єдиної Давньоруської держави – Київської Русі. Під владою Києва об'єдналися два величезні слов'янські політичні центри – Київський і Новгородський. Ця подія, яку літопис відносить до 882 р., традиційно вважається датою утворення Давньоруської держави. На початку XI ст. її територія складала 1,1 млн. км<sup>2</sup>, населення – близько 4,5 млн. чол. [1, с.24].

Утворення Київської держави супроводжувалось формуванням феодального права. Найдавнішою формою регулювання суспільних відносин були звичаї. Звичай був основним засобом регулювання поведінки людей у первіснообщинному суспільстві. З виникненням держави панівні класи пристосовували деякі звичаї до своїх інтересів, санкціонували та забезпечували їх використання примусовою силою держави.

На той час у Київській Русі домінувало звичаєве право – система правових норм, які склалися на основі санкціонованих державою звичаїв, що панували у первісному суспільстві. Законотвора діяльність здійснювалася у формі князівських та церковних уставів (статутів), договорів князів між собою, з народом, міжнародних договорів. Рецепція візантійського права не гальмувала розвиток давньоруського права, а збагачувала його новими нормами, передусім у галузі приватного і шлюбно-сімейного права, даючи йому можливість розвиватись на національній основі, не втрачати свого національного характеру.

До системи писаного права Київської Русі належать збірники законів – "Статут" і "Закон руський" – прототипи "Руської Правди", які виникли на початку X ст. і були основою судочинства. Додатком до них були "Статути" та "Уроки" княгині Ольги і "Статут земляний" князя Володимира [2, с.16].

Найдавнішою пам'яткою і вінцем національного права України періоду Київської Русі є юридичний збірник під назвою "Руська Правда". Це перший відомий нам кодифікований збірник юридичних норм давньоруського законодавства, основного джерела пізнання суспільного ладу, держави і права Київської Русі. Її норми закріплювали привілейоване становище феодалів та їхнього оточення, посилено захищали життя і майно панівного класу. Підтвердженням цього є статті про відповідальність за вбивство, нанесення образи, про право на спадщину та ін. За змістом "Руської Правди" можна простежити, як феодальні відносини визначали характер і форми класової боротьби, а класова боротьба впливала на зміни державного устрою та еволюцію права.

"Руська Правда" мала життєво важливе значення і застосовувалась відповідно до правових поглядів і свідомості давньоруського народу. Зібрані в ній норми свідчать про те, що вона мала суто практичні цілі: дати можливість суддям справедливо вирішувати справи на підставі діючого права, а сторонам захищати свої права у суді. Про те, що матеріали "Руської Правди" використовувалися в судових органах, свідчить значна кількість її списків, чого б не було, коли б "Руську Правду" складали для того, щоб лише зберегти українське право для прийдешніх поколінь.

"Руська Правда" вплинула на подальший розвиток усього українського права. Вона була джерелом права Галичини і Литви, що простежується відповідно у Віслицькому та Литовському статутах. Як відомо, останній тривалий час мав чинність на Правобережній Україні. "Руська Правда" посідає одне з визначних місць в історії українського права, в окремих випадках є єдиним джерелом для вивчення національного права періоду Київської Русі.

Оригінал "Руської Правди" не зберігся. До наших часів дійшли численні (понад 100, а за деякими даними майже 300) списки "Руської Правди", складені в XI–XIII ст. Списки називали за іменем їх власника або за місцем знаходження: Синодальний (бібліотека Синоду), Троїцький (Троїце-Сергієва лавра), Академічний (бібліотека Академії наук), Карамзінський (вперше відкритий Карамзіним) тощо.

"Руська Правда" має три редакції – коротку, розширену та скорочену, в кожній з яких відображені певні періоди розвитку феодалізму в Київській Русі.

Коротка редакція, яка збереглася лише у 2-х списках, була відкрита В.М.Татищевим у 1738 р. і вперше опублікована А.Шлецером. Вона скла-

дається з “Правди Ярослава” (або “Найдавнішої Правди”, статті 1-18), “Правди Ярославичів” (або Уставу (статуту) Ярославичів, ст.ст. 19-41), “Покопувирного” (ст.42) та “Уроку мостникам” (ст.43), яка складається з двох частин: перша має 17 артикулів (1-17), що походять із першої пол. XI ст., друга містить решту (18-43) артикулів і складена за часів правління Ярославових синів. У першій частині матеріал розміщений систематично, причому у 1 артикулі подано найстарішу норму ще з доісторичного періоду про порядок здійснення права кривавої помсти. Предметом правового захисту тут виступає життя, тілесна недоторканість, честь дружинної знаті. Друга, пізніша, частина, що доповнює першу, складена без системи у хронологічному порядку і містить пізніші норми звичаєвого карного права і процесу та княжі устави Ярослава і його синів [3, с.407].

Дослідники вважають, що сини Ярослава Ізяслав, Всеволод і Святослав у 50-60-х роках XI ст. доповнили “Правду Ярослава”. Всі зміни і доповнення стосувалися захисту князівського маєтку та князівської земельної власності. У “Правді Ярославичів” чітко простежується специфіка феодального права як права привілею. Так, наприклад, за вбивство смерда чи холопа сплачувався штраф у 5 гривень, а князівського дружинника – 80 гривень.

Найголовнішими досягненнями “Правди Ярославичів” були, з одного боку, скасування кровної помсти і заміна її системою грошових стягнень, з іншого, - спрямування штрафу не до потерпілих, а до державної скарбниці.

Соціально-економічний і політичний розвиток Київської держави вимагав створення нового юридичного збірника, в якому знайшов би своє відображення подальший розвиток феодального права. Була створена розширена редакція “Руської Правди”, яка діяла на всій території давньоруських земель.

Розширену редакцію ввів до наукового обігу В.В.Креститин у 1788 р. Вона об'єднала вже систематизовані правові норми, що набули чинності за доби Ярослава і Ярославичів, та Устав Володимира Мономаха. Вона складається з двох частин. Перша - “Суд Ярослава Володимировича. Руська Правда” (кінець XI - початок XII ст., статті 1-52). Тут розміщено більшість норм короткої “Правди” та доповнення - нові юридичні норми цивільного, кримінального і процесуального права, які були введені в дію у період з 1072 до 1113 року Святославом, Ізяславом, Всеволодом та їх наступниками. Друга частина називається “Устав Володимира Мономаха” (початок XIII ст., статті 53-121) [3, с.407].

Тексти близько 100 списків розширеної редакції “Руської Правди” дійшли до нас у літописах та юридичних збірниках (у Мірилах Праведних, Кормчих тощо). Найдавніший з цих списків розміщений у Синодальній Кормчій 1282 р. (Державний історичний музей у Москві), а найповніший - Троїцький

список другої половини XIV ст. (Державна бібліотека Російської Федерації) [4, с.70].

Дослідники відносять розширену редакцію “Руської Правди” до пам'яток епохи розвинутого феодалізму. Переважна більшість учених вважає, що час її створення - це період князювання Володимира Мономаха або його сина Мстислава. Як зазначалося вище, до розширеної редакції “Руської Правди” включено нероблені і доповнені норми короткої редакції, а також ряд нових норм, що відображають інтереси феодалів, захищають їхню власність на землю, закріплюють безправне становище холопів, обмежують майнові та особисті права різних категорій феодально залежного населення.

Скорочену редакцію вперше осмислив як самостійну редакцію “Руської Правди” і ввів до наукового обігу П.В.Калачов у 1846 р. Вона збереглася лише у 2-х списках. Переважна більшість дослідників розглядає її як найпізнішу, створену шляхом вилучення застарілих норм із розширеної редакції у XIV-XV ст. Окремі автори датують що пам'ятку XVI-XVII ст. чи, навпаки, вважають її ще більш давньою ніж розширена редакція. Текст скороченої редакції за змістом в основному узгоджується з відповідними статтями розширеної редакції, але складає цілісне враження, не має явних ознак механічного скорочення і навіть містить одну норму, якої немає в списках розширеної редакції [3, с.408].

Цей факт засвідчує, що “Руська Правда” існувала ще тривалий час після розпаду Київської держави, більше того, були спроби доповнити її новими нормами звичаєвого права, судової практики з урахуванням реалій самого життя. Зібрані в “Руській Правді” норми свідчать про те, що вона мала виключно практичні цілі: дати можливість суддям справедливо вирішувати справи на підставі діючих законів, а сторонам - захищати свої права у суді.

Юридичне закріплення приватної власності на майно і землю об'єктивно вимагало врегулювання питань спадку, що знайшло втілення в нормах спадкового права. Вже договір із Візантією 911 р. свідчить про досить високий рівень цього права в Київському князівстві: тоді існувало успадкування не тільки за звичаєм, а й за заповітом. Стаття 92 розширеної “Правди” теж встановлює обидві форми спадку - за заповітом і за законом (остання форма стосується виключно дітей).

Проблемі спадкового права присвячено статті 90-106 “Руської Правди”. Спадщина за “Руською Правдою” називається “здниця” або “статок”, а заповіт - “ряд”.

“Руська Правда” не роз'яснює, що входить до спадщини: рухоме майно, земля, чи переходять у спадок права і зобов'язання спадкодавця. На думку частини дослідників, до спадку входило тільки реальне майно, речі. М.Ф.Владимирський-Вуданов і М.С.Грушевський у поняття спадку включають права

і зобов'язання. Оскільки “Руська Правда” відносить до об’єктів спадку і двір, тому можна думати, що розшифрування поняття “двору” дозволяє поширити поняття спадку й на землю.

За “Руською Правдою”, успадковували тільки члени родини як за заповітом, так і за законом. За відсутності членів родини спадок переходив державі в особі князя. Сторонні особи ні за законом, ні за заповітом не успадковували. Заповідач виявляв скоріше не свою волю, а волю родини щодо розподілу спадку між законними спадкоємцями.

Заповіт укладався переважно усно. Письмова форма вживалася рідко. Право залишити “ряд” (заповіт) належало батькові і матері – дітям, чоловікові – “на виділ” жінці. При цьому заповіт є “рядом”, тобто договором членів родини, а не виявом волі одного заповідача. Крім дітей, у розділі спадку не обминали і церкву, виділяючи останній частку “по душі” померлого.

Спадкування за законом у “Руській Правді” присвячено багато статей. Відповідно до них, майно батька – голови дому, у разі, якщо він помре не залишивши заповіту, передавалось дітям. Під дітьми треба розуміти синів. Слід зазначити, що “Руська Правда” жодного разу не згадує про спадкові права “бічних” родичів, обмежуючись синами, дочками, дружинами. Це можна пояснити невизнанням за далекими родичами спадкових прав.

У більшості народів світу при переході від первіснообщинного ладу до утворення держави існував звичай, згідно з яким успадковувати могли тільки сини. У Київській Русі громада також була зацікавлена в тому, щоб її багатства не йшли на сторону, щоб у випадках, коли дівчина одружувалася з хлопцем з іншого села, успадковане нею майно не переходило до цієї громади. Ось чому “Руська Правда” підкреслювала, що ні мати, ні дочки не можуть претендувати на спадщину [5, ст. ст.93, 95, с.37]. Ця норма, яка довго зберігала свою чинність у давньоруському праві, знайшла відображення в прислів’ї: “Сестра при братах не наследница”.

Отже, успадкування у Київській Русі відбувалось виключно по чоловічій лінії. Дочки не визнавались спадкоємцями, бо в разі заміжжя майно переходило б до іншої родини. Якщо у померлого не було синів, його майно успадковували брати. Однак уже розширена “Правда” закріплювала передачу майна померлого смерда, який не мав синів, у власність князя (ст.90 розш. ред.), хоч і з деякими уточненнями. Якщо у смерда залишались доньки, вони теж отримували частку спадку, але тільки в тому випадку, якщо були неодруженими (це майно потім складало їм посаг), а заміжні доньки – нічого не одержували [5, с.37]. Разом із тим майно померлих бояр і дружинників, які не мали синів, дочки успадковували без обмежень (ст.91 розш. ред.) [5, с.37]. Згодом ця норма поширилася на біле духовенство і ремісників. Усе це свідчило

про утвердження принципу феодалного права як права привілею. Тут ми бачимо яскравий приклад нерівності, тому що перехід феодалної власності через дочок у чужі руки не загрожує її виходу за межі класу феодалів.

Західноєвропейське феодалне право часто падало перевагу в успадкуванні старшому сину. Розширена “Правда” є свідченням того, що у спадковому праві панував мінорат. Батьківський двір без заповіту за законом переходив до молодшого сина [5, ст.100, с.37].

До досягнення спадкоємцями повноліття спадком розпоряджалась мати (ст.101). Жінка-вдова одержувала частку майна, яке заповідач могла тільки дітям. Якщо мати виходила заміж удруте, то над неповнолітнім спадкоємцем та його майном устанавлювалась опіка найближчих родичів [5, ст.99, с.37]. Опікунові при свідках передавалось у тимчасове користування все майно неповнолітніх. Винагородою для опікуна було те, що він користувався доходами з частки опікуваних. Якщо з виши опікуна завдавалася шкода майну, він зобов’язувався відшкодувати збитки [5, ст. ст.102, 103, с.37]. По досягненні повноліття спадкоємцями майно з-під опіки переходило у їх розпорядження.

Разом із тим, звертає на себе увагу досить високе становище жінки у Київській Русі. Якщо за римським та старонімецьким правом жінка завжди перебувала під опікою чоловіка і не була дієздатною, то згідно з “Руською Правдою” вона мала рівні з чоловіком права (ст.88) – “Хто убиєть жену, то тим же судом судити, яко же і мужа”. До того ж норма поширювалась не лише на дружину, а взагалі на жінок. Це пояснюється тим, що до прийняття християнства шлюбно-сімейні відносини регулювались звичаєвим правом. Відомо, що в масовій свідомості слов’ян, особливо полян, панувало шанобливе ставлення до жінки, беззастережно визнавався її авторитет у суспільстві. Залишилось таке ставлення до неї і в добу Київської Русі. Стаття 94 розширеної редакції свідчить про існування окремої власності дружини і чоловіка та особливих прав дітей на успадкування [5, с.37]. Для того, щоб на законних підставах розірвати шлюб і створити нову сім’ю, чоловік мав бути добре забезпеченою людиною. Залишаючи дружину без достатніх на те причин, він повинен був виплатити їй значну матеріальну компенсацію, а також сплатити штраф на користь церкви. Розміри цих відрахувань залежали від соціального статусу подружжя.

Стаття 98 обмежує права дітей, народжених не у “законному” християнському шлюбі. Ця стаття проголошує: “Аже будуть робьи дети у мужа, то задници им не имати, но свобода им с матерью” [5, с.37]. Мати свою частину майна ділила між своїми дітьми або віддавала комусь одному з синів і навіть дочок. Однокровні діти успадковували тільки від рідних батьків, одноутробні від своїх матерів.



На випадок смерті матері без розпорядження спадок її одержує син чи дочка, при яких жила мати і які доглядали її перед смертю.

Успадкуванню за заповітом присвячена ст.92 “Руської Правди”: “Аже кто умирая разделитъ дом свои, детям на том же стояти; наки ли без ряду умреть, то всем детем, а на самого часть дати души” [5, с.37]. Із тексту цієї статті легко встановити, що за заповітом могли успадковувати і не діти, але діти успадковували тоді, коли не залишалося заповіту.

Суперечки з приводу розподілу спадку розглядалися у церковних судах.

Підводячи підсумок дослідження, можна зробити такі висновки:

1. “Руська Правда” є підтвердженням того, що наші пращури – засновники української державності – були посями високої на той час правової культури, яка ґрунтувалась на звичаях предків і поступово, зі становленням держави, трансформувалась у норми звичаєвого права, а згодом – у систему правових норм, що складались із санкціонованих державними структурами тих самих звичаїв. Уже на той час законодавство мало достатньо розвинену систему норм спадкового права.

2. Норми “Руської Правди” істотно вплинули на розвиток правових систем західних і південних слов’ян, на становлення пізніших пам’яток права, таких, як Литовські статuti (в трьох редакціях), Псковська судова грамота, Двінська статутна грамота, Судебники 1497, 1550 рр. та окремі статті Соборного уложення 1649 р.

3. Спадкове право формувалося і розвивалося внаслідок розвитку приватної власності. У Київській Русі, як і в будь-якому класовому суспільстві, спадковому праву надавалося великого значення. За його допомогою багатства, накопичені поколіннями власників, залишалися в руках одного й того самого класу. Завдяки “Руській Правді” ми маємо уявлення про соціальну структуру давньоруського суспільства, організацію господарського життя, розвиток та захист приватної власності.

4. З розвитком князівської влади майно померлого смерда, який не мав синів, переходило у власність до князя. Стосовно бояр і дружинників передбачався виняток – їх спадщину за відсутністю синів успадковували дочки. Це свідчило про утвердження принципу феодального права як права привілею. Згодом ця норма була поширена на біле духовенство, ремісників, вільних общинників.

5. Норми “Руської Правди” є свідченням того, що у спадковому праві панував міпорат. Батьківський двір без заповіту за законом переходив до молодшого сина.

Отже, вивчення і наукове дослідження історичного минулого України, зокрема інституту спадщини, за “Руською Правдою”, допомагає з’ясувати

питання квінтесенції українського права та підкреслює, що нам нема підстав соромитися вітчизняної правової спадщини.

1. Шевчук В.П., Тараненко М.І. Історія української державності. Курс лекцій. Початковий посібник. – К.: Либідь, 1999. – 480 с.
2. Історія українського права / За ред. О.О.Шевченка. – К.: Олан, 2001. – 214 с.
3. Українське державотворення: невитребуваний потенціал. Словник-довідник / За ред. О.М.Мирошенка. – К.: Либідь, 1997. – 560 с.
4. Історія держави і права України: Підручник / За ред. А.С.Чайковського. – К.: Юрінком Інтер, 2003. – 512 с.
5. Хрестоматія з історії держави і права України: У 2-х т.: Пач. посіб. для студ. юрид. спец. вищ. закл. освіти / За ред. В.Д.Гончаренка. Вид. 2-е, перероб. і доп. Том I. З найдавніших часів до початку XX ст. / Уклад. В.Д.Гончаренко, А.Й.Рогожин, О.Д.Святоцький. – К.: Видавничий Дім “Ін Юре”, 2000. – С.29-39.

O.Nelin

#### TO THE QUESTION OF INHERITANCE LAW AFTER “RUSKA PRAVDA”

In article it is laid out the modern approaches to understanding the state system and law in Ukraine. An inheritance law was formed and developed as a result of peculiar development. In Kiev Rus to the inheritance law was paid a great attention. By its help the property accumulated by generations of proprietors remained in hands of one class.

**В.І.Михайлюк**

#### ПРАВОВЕ РЕГУЛЮВАННЯ ЦИВІЛЬНИХ ПРАВОВІДНОСИН В УКРАЇНІ У 1917-1921 РОКАХ

Як відомо, цивільне законодавство є основою економічної системи держави, Цивільний кодекс називають другою Конституцією. Отже, успіх державотворчих процесів залежить прямо пропорційно від розвитку цивільного законодавства та його відповідності соціально-економічному й політичному становищу суспільства.

Очевидно, що особливо гостро постає ця проблема у переломні моменти державотворення. Паріжним каменем тоді стає насамперед регулювання проблем власності, цивільних правовідносин, зобов’язального права. І ми маємо змогу переконатися в цьому на власному досвіді.

Однак будь-яка реформа приречена на поразку, якщо державотворці не враховують позитивного і, що не менш важливо, негативного досвіду, який нагромадили попередники. Розбудова демократичної Української держави і, зокрема, її цивільного законодавства навряд чи можлива без чіткого уявлення про державні змагання в Україні доби революції та громадянських воєн початку XX ст.

За роки незалежності проблемам державотворення приділена значна увага науковців. Діяльність Центральної Ради, Гетьманату, Директорії досліджували І.Г.Білас, О.А.Вівчаренко, В.П.Глиняний, М.Л.Копиленко, О.Л.Копиленко, М.В.Кравчук, В.С.Кульчицький, Н.О.Лешкович, П.П.Музиченко, А.Й.Рогожин, Б.Й.Тищик, А.Й.Харитонов, О.О.Шевченко, О.П.Ярмиш, Д.Б.Яневський.

Однак проблема функціонування та розвитку цивільного законодавства так і залишилася нерозробленою. Очевидно, що цю прогалину необхідно заповнити.

Слід відзначити, що Центральна Рада, проводячи законодавчу політику, опиралася насамперед на законодавство Російської імперії, оскільки на початку її діяльності переважали ідеї федералізму.

Наука цивільного права в імперській Росії була досить розвинутою. Вона складалася із загальної та особливої частин. Загальна частина поділялася на два відділи: 1) право в об'єктивному розумінні, 2) право в суб'єктивному розумінні. Особлива частина цивільного права займалася окремими категоріями правовідносин в їх індивідуальних особливостях, оминаючи ті елементи правовідносин, які є загальними для всіх окремих видів прав і які тому вивчають у загальній частині цивільного права. До його складу входили інститути "Речове право", "Іпотечна система", "Володіння", "Власність", "Строки давності", "Права на чужу річ", "Сервітути", "Застава", "Виняткове право" – авторське право на літературні, художні, музичні твори, періодичні видання [1, с.111].

Окремої галузі "Сімейне право" в системі законодавства імперії не існувало. Цей інститут також входив до цивільного права і називався "Права сімейные й опека" [2, с.153].

Що стосується тогочасного цивільного законодавства, то воно було вкрай недосконалим. Як зазначали юристи-практики, "архаїчність и крайня неполнота "Законовъ Гражданскихъ" смягчается почти исключительной практикой высших судов. Благодаря этому, последнее, имеет для русскаго права едва ли не большее значение, чьем для любой другой кодификации" [3, с.5].

Саме в таких умовах Центральній Раді довелося діяти у сфері, умовно кажучи, "правового забезпечення економічної реформи". Відповідно Центральна Рада мала виробити правові підходи до реалізації своєї концепції "соціально орієнтованої" й "керованої" економіки, однак, знов-таки, не змогла досягти цієї мети – насамперед через політичні причини, хоча водночас прийняла ряд важливих актів.

Оцінюючи ж фактори, що негативно вплинули на законодавчу діяльність Центральної Ради, слід, звичайно, вказати на брак часу і професіоналізму. Проте найдошкульніше на ній відбилися політичні й ідеологічні пристрасті.

Найхарактерніший приклад – проблема власності. З огляду на це чільне місце в Україні, як і в інших краях російської держави, зайняло земельне питання. І Генеральний Секретаріат поставив собі завдання розробити для внесення на всеросійській установчі збори план земельної реформи в Україні.

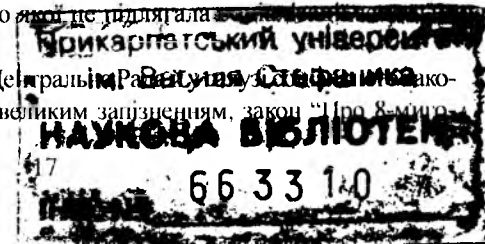
На ближчу ж чергу Генеральне секретарство із земельних справ мало мету впорядкування земельних відносин через місцеві земельні комітети з широкою компетенцією щодо розпорядження земельними фондами та широкими засобами їх діяльності [4, с.5].

III Універсал скасував право приватної власності на землю, а IV Універсал не підтвердив. Та майже водночас, з інтервалом у тиждень, Генеральний Секретаріат розповсюдив офіційне роз'яснення до Універсалу, яким підкреслив, що скасування прав власності на землю й перехід їх до трудящого народу слід розуміти "у тому смислі, що право власності на ці землі переходить до народу Української Республіки, отже, від дня опублікування універсалу колишнім власникам забороняється землю продавати, купляти, закладати, дарувати чи передавати будь-кому у власність іншим способом, оскільки ці землі визнаються Українською Центральною Радою такими, що належать не окремим особам чи інституціям, а всьому трудящому народу, причому скасування власності, як і весь земельний лад на Україні, мають підтвердити й остаточно встановити Українські Установчі збори".

Відповідно до цього документа заборонялися самочинні загарбання земель і всі подібні "революційні" акції.

Аналогічний принцип було покладено і в основу земельного законопроекту, ухваленого наприкінці січня 1918 р. Ним встановлювалося, що "землі відводяться земельними комітетами в приватнотрудове користування сільським громадам та добровільно складеним товариствам". Незважаючи на те, що закон дозволяв "перехід права користування в спадщину", основна проблема – людини, землі й волі – так і лишилася неврегульованою, що, зрозуміло, врешті-решт призвело до фатальних наслідків. За свідченням В.Винниченка, "сільський пролетаріат в обіцянки і закони про землю не вірив, більше вірячи реальним фактам", а, з іншого боку, ідея "соціалізації землі викликала обурення заможного селянства, "яке лягло Центральну Раду й агітувало на всі боки проти неї". У вирі цих суперечностей Центральна Рада й зустріла свій останній день – 29 квітня. Більше того, одночасно з Конституцією, де взагалі нічого не сказано про власність, Центральна Рада нарешті ухвалила поправку до земельного закону, відповідно до якої це діяло лише на ділянках розміром до 30 десятин.

Певні кроки встигла зробити і Центральна Рада, виступивши законодавства, ухваливши, щоправда, з великим запізненням, закон "Про 8-міся-



динний робітничий день”, причому цей закон виходив за межі своєї назви, адже визначав не тільки тривалість “робітничого часу” (48 годин на тиждень), а й регламентував особливості найму жінок і неповнолітніх, “зверстичну” (понаднормову) і нічну працю, торкався “особливо шкідливих виробництв і робіт” та інших подібних питань. Наприклад, ст.11 встановлювала “число свят, коли працювати не належить” – крім церковних свят ще й “національне державне свято III і IV Універсалу (7 листопада і 9 січня)”, а ст.1 давала точне формулювання того, що вважається підприємством:

“Будинки, квартири і будівлі, або загорожені місця, в яких, або у безпосередньому господарському зв’язку з якими наємні робітники при участі хазяїна, чи під надзором відповідних осіб, їм поставлених працюють над: а) добуванням сирових матеріалів; б) вироблюванням яких-небудь річей, або продуктів; в) переробкою і укладкою чи одділкою річей на продаж або в зв’язку з пролажем; г) пранням, одділкою і чисткою одяжі, білизни та матерії” [5, с.71].

Було передбачено також формування Головної Ради праці, на яку, судячи з деяких статей закону, покладали реалізацію державної політики в цій галузі. Точніше з’ясувати її функції важко, оскільки, як зазначено в ст.4, “основи організації Головної Ради праці будуть видані окремо поруч з виданням закону про інспекцію праці” (ці акти так і не розробили). Загалом же згаданий закон став своєрідним прообразом українського кодексу законів про працю. Власне кажучи, його так і приймали – “на відміну і поправку ст. ст.64, 65, 68-70, 72-75 та 193-201 устава о промышленном труде”. На жаль, подальша робота в цьому напрямку припинилася.

29 квітня 1918 р. у Києві відбувся хліборобський з’їзд, організований з ініціативи Союзу земельних власників, на якому генерала Павла Скоропадського було проголошено гетьманом України. У ніч з 29 на 30 квітня його прибічники захопили всі державні інституції й пайважливіші об’єкти, причому майже без жертв (загинуло лише троє гетьманців). Так місце УНР заступила Українська держава.

Свою діяльність П.Г.Скоропадський розпочав з рішучої відмови від політики Центральної Ради й обіцянок повернути життя в нормальне рідше. В концентрованому вигляді все це міститься в “Трамоті до всього українського народу” від 29 квітня 1918 р. У Трамоті було зазначено, що, узявши на себе “на прохання трудового народу” владу, гетьман проголосив своєю метою “добрий і корисний всім дорогий нам Україні”. Що ж обіцяв П.Скоропадський? Паралоксально, але майже те, що стало нашими гаслами. Сьогодні всі вказують на необхідність якнайшвидше перейти до ринку й подолати негативні наслідки соціалістичної системи господарювання”. Ті ж завдання, але щодо “соці-

лістичної Центральної Ради”, ставив П.Скоропадський, пропонуючи всі пинішні рецепти: від відновлення приватної власності й свободи підприємництва до соціального захисту трудящих: “Права приватної власності як фундаменту культури й цивілізації відбудовуються в новій мірі, й усі розпорядження бывшего Українського уряду, а так само тимчасового російського уряду відміняються й касуються. Відбудовується повна свобода по розробленню купчих по куплі-продажу землі. Поруч з сим буде вжито заходів по вивласненню земель по дійсній їх вартості від великих власників для наділення земельними участками малоземельних хліборобів. Рівночасно будуть твердо забезпечені права робітничої класи. Особливу увагу звернеться на поліпшення правового становища й умов праці залізничників, котрі при виключно тяжких умовах ні на один момент не кидали своєї відповідальної праці. На економічнім фінансовім полі відбудовується свобода торгівлі й відкривається широкий простір приватного підприємства й ініціативи” [5, с.107].

За місяць до падіння Гетьманату П.Г.Скоропадський у своїй черговій “Трамоті до Українського народу” від 22 жовтня 1918 р. встиг підбити підсумки законодавчої діяльності Української держави.

Посилання на “підвищення економічного й культурного добробуту” годі, коли в Українській державі вкрай загострилася соціально-політична ситуація, яскраво засвідчувало сумну тенденцію, початок якій поклала ще доба Центральної Ради – дальше поглиблення прірви між деклараціями (в тому числі законодавчими) й реальністю. Втім, це було характерно для всієї території колишньої Російської імперії...

У той же час, коли Директорія прийшла до влади, на території України зберігали чинність закони колишньої Російської імперії й Тимчасового уряду, законодавство Центральної Ради та Гетьманату. До цього ж переліку слід додати законотворчість радянської влади. Таким чином, основною проблемою, з якою відразу ж довелось зіткнутися Директорії, стала проблема колізій з цими попередніми й паралельними системами законодавства.

Щодо законодавства “ворожої сторони” позиція Директорії була абсолютно однозначною. Наприклад, 17 травня Голова Директорії затвердив постанову Ради народних комісарів “Про анулювання на території України чинності законів та декретів як так званого Совітського Українського, так і Совітського Російського Уряду і про відновлення чинності законів УНР”. (Утім, так само рішуче відкидали й українське законодавство: ще 28 листопада 1918 р. Тимчасовий робітничо-селянський уряд України своєю Декларацією оголосив “всі закони, накази, угоди, постанови й розпорядження як гетьмана та його агентів, так і Центральної Ради та її агентів незаконними й такими, що не підлягають виконанню”) [5, с.155].

Ставлення Директорії до своїх попередників було значно складнішим. Директорія не скасувала в повному обсязі законодавство гетьмана П.Скоропадського, проти якого вона виступила, і водночас не відновила законодавства Центральної Ради. Слід зазначити, що з цього приводу існують різні точки зору. Зокрема, вважають, що Директорія відновила всі закони, прийняті Центральною Радою.

Однак, якщо звернутися до Декларації Директорії, то виявиться, що йдеться про вибіркові заходи, оскільки в ній сказано лише про скасування усіх законів і постанов гетьманського уряду у сфері робітничої політики й відновлення восьмигодинного робочого дня, введеного відповідним законом Центральної Ради. Аргументом на користь того, що Директорія обережно ставилася до законодавства Центральної Ради, вважаючи його, на думку деяких дослідників, надто “лівим”, служить і такий факт – не було відновлено дію Конституції УНР та цілого ряду інших законодавчих актів, зокрема земельного закону. 8 січня 1919 р. Директорія ухвалила новий земельний закон, принципів положення якого, втім, майже не відрізнялися від попереднього. Навпаки, в чомусь він був навіть радикальнішим, бо порівняно із законом Центральної Ради вдвоє зменшував норму землі, яку закріплювали за дрібними господарями, – до 15 десятин. Отже, посилення на “лівизну” законодавства Центральної Ради також викликає певні заперечення.

У цілому ж законодавство “другої” УНР можна охарактеризувати як законодавство перехідного періоду, коли закони приймаються лише за необхідності “швидкого реагування” на конкретні обставини. Звідси й відсутність власних кодифікованих актів у галузі цивільного й кримінального законодавства.

Негативно впливала на стан законодавства також відсутність належної законодавчої процедури й чіткої системи нормативно-правових актів. Подібно до Центральної Ради, Директорія не визначила критеріїв, яким мали відповідати закони й постанови, не кажучи вже про статус таких актів, як декларації (їх приймали як Директорія, так і Рада народних міністрів) та універсали (крім відомого Універсалу про злуку із ЗУНР, можна назвати “Універсал до трудового селянства” від 10 січня 1919 р. із приводу земельної політики в УНР).

У законі “Про тимчасове верховне управління та порядок законодавства в УНР” містився спеціальний розділ, що так і називався “Законодавство УНР”, проте він не розв’язував старих, а, навпаки, породжував нові проблеми. Досить сказати, що повноваженнями “ухвалювати законопроекти” наділялася як Державна народна рада, так і Рада народних міністрів.

Усі перелічені проблеми зумовили значну увагу з боку українських лідерів до колишнього російського законодавства, чинність якого не припи-

нялася. Свідченням цього служить інформація міністра юстиції А. Левицького: “...Зараз провадиться робота по переісалу законів бувшої Російської імперії, прийнятих Українською Республікою, на державну мову”, опублікована 7 серпня 1919 р. у газеті “Нова Рада” (для розуміння слів, прийятих УНР, слід згадати закон Центральної Ради від 25 листопада 1917 р., за яким зберігали чинність російського законодавства, якщо воно не суперечило новим українським законам) [5, с.160].

1. Гражданское право. Записки по лекциям проф. И.И.Треницына. Варшава: Типография “Русского общества”, пл. св. Александра, 4, 1910.
2. Система Русского гражданского права. Т.5. С.-Петербург: Типография М.М. Стасюлевича, Вас. Остр., 5 лин., 28, 1905.
3. Законы Гражданские. Практический и теоретический комментарий / Под ред. А.Е.Вормса, В.Б.Ельяшевича. – Москва: Типография И.И.Рябушинского, Страсной бул., Пугинковский пер., соб. домъ., 1914.
4. Українська суспільно-політична думка в 20 століття. Документи і матеріали. – Т.1 / Упор. Т.Гулчар, Р.Сольчаник. – Б. м., 1983.
5. Копиленко О.Л., Копиленко М.Л. Держава і право України 1917-1920. Навч. посібник. – К.: Либідь, 1997. – 208 с.

V.Mykhaulyuk

#### LEGAL REGULATION OF CIVIL RELATIONS IN UKRAINE IN 1917-1921

In the article the author makes an attempt to analyze the process of origin of the state Ukraine in 1917-1921 years from an item of civil legislation as fundamentals of an economic health of the state. The general characteristic of civil legislation of Russian empire, because of which Ukraine created its own legislation, and also attempts of its arrangement by Centralna Rada, Hetmanat and Directory is represented.

*В.Б.Ковальчук*

### ПРАВА ЛЮДИНИ ЯК КРИТЕРІЙ ЛЕГІТИМНОСТІ ДЕРЖАВНОЇ ВЛАДИ

Від Стародавніх часів і аж до наших днів тривають дискусії з приводу таких питань: чому людина, істота для якої свобода є найбільшою цінністю, готова пожертвувати частиною своїх прав на користь держави? Що змушує людину лояльно ставитись до влади і добровільно виконувати її накази? Що є тією межею, за якою держава не може застосовувати примус до своїх громадян і чи є межа особистої свободи? Ці та інші запитання є складовою проблеми легітимності державної влади.

Легітимність влади – це той кредит довіри громадян чинній владі, який забезпечує їй можливість на законних підставах діяти в межах визначеної компетенції і мати при цьому всі підстави вимагати від тих, хто делегував їй

свої повноваження, виконання її наказів. Необхідність легітимації обумовлена самою природою влади. З одного боку, влада являє собою необхідну умову досягнення людьми своїх інтересів, як загальних, за рахунок організації зусиль, так і протилежних, за рахунок їх спільного обмеження, з іншого боку, вона набуває реального буття лише у визнанні підвладних, опираючись на їх волю підкоритися.

Легітимація є запорукою нормального функціонування суспільства і забезпечує стабільність у державі. Дослідження з питань легітимації влади є особливо актуальне для суспільства, яке переживає кризу влади, спричинену серйозною трансформацією як у політичній, так і в духовній сфері, яку ми спостерігаємо сьогодні в нашій державі. Україна перебуває в процесі переходу від тоталітаризму до демократії, що об'єктивно пов'язано з необхідністю легітимації чинної політичної влади, кредит довіри до якої серед громадян зменшується прямо пропорційно до ступеня її ефективності в соціально-економічній, політичній, гуманітарній та інших сферах суспільного життя.

Не зважаючи на всю складність та багатогранність підходів до розуміння природи влади [14, с.25-33], серед дослідників не виникає сумніву щодо її важливості в житті будь-якої людини. Влада – це здатність і реальна можливість правителя чи народу впливати на діяльність, поведінку, свідомість і наміри людей. На думку знаного фахівця з питань метаморфозів влади в період інформаційного суспільства Елвіна Тоффлера, ми всі є продуктом влади в значно більшій мірі аніж можемо це уявити [15, с.22]. Однак дана теза буде не завершеною, оскільки і сама влада є продуктом людського співіснування. В цьому контексті є слушною думка Джона Локка про те, що суспільний договір, на основі якого виникає держава, – це не лише “договір про об'єднання”, але також і “договір про владу” [9, с.349-356]. А тому ставлення громадян до влади є визначальним чинником її легітимності.

Виходячи з етимології поняття “влада” (в німецькій – Macht, в англійській – power), – це сила. У цьому розумінні держава, яка наділена всією повнотою влади, є засобом застосування сили. Саме під таким кутом зору розглядає відносини владарювання між людьми відомий німецький соціолог Макс Вебер у своїй статті “Політика як покликання та професія”. На його думку, будь-які суспільні відносини в політичній сфері мають владний характер і обертаються навколо стосунків панування – підкорення. За будь-яких умов політичний зв'язок як форма соціальної взаємодії формується навколо вертикального поділу на тих, хто панує, і тих, хто підкорюється. Держава уособлює собою відносини панування. Відповідно до визначення Вебера, держава є “відношення панування людей над людьми, яке ґрунтується на легітимному (тобто на такому, що вважається легітимним) насильстві як засобі” [1, с.646].

Проблема співвідношення понять “влада” і “насильство” є однією з ключових у дослідженні питання легітимації політичної сфери. Всім відомо, що історія людства багато в чому подібна на літопис насильства. Ототожнення влади та насильства є характерне не лише для свідомості первіснообщинної людини, але й для людини з “тоталітарним мисленням” ХХ ст. Саме на клонування такої людини була спрямована марксистсько-ленінська концепція політики, яка набула статусу правлячої ідеології тоталітарного режиму СРСР. Марксистсько-ленінська ідеологія розглядала людину виключно через її приналежність до класу, а відносини панування – підкорення в контексті класової боротьби. Вона знайшла виправдання (легітимацію) більшовицькому режиму в праві правлячого класу пролетарів (який складає більшість) застосовувати насильство по відношенню до класу буржуа (який становить незначний відсоток населення держави), якщо останній відмовиться підкоритися волі більшості. Держава ж виконує функцію апарату примусу одного класу по відношенню до іншого.

Однак досвід тоталітарних та авторитарних режимів свідчить про те, що влада, яка опирається виключно на силу, є нестійкою і дуже швидко втрачає довіру громадян, що в кінцевому результаті призводить до падіння режиму. На думку одного з класиків західноєвропейського лібералізму Людвіга фон Мізеса: “Той, хто хоче управляти світом відповідно до його ідей, повинен заволодіти розумом людей. Неможливо довгий час підкорювати людей режиму, який вони не сприймають. Кожен, хто спробує зробити це силою, в кінцевому результаті погано закінчить, а боротьба, спровокована його зусиллями, принесе більше шкоди, ніж міг би принести найгірший уряд, заснований на згоді. Людей не можна зробити щасливими всупереч їх волі” [11, с.49].

Аналогічну думку висловлює критик тоталітаризму Ханна Аренд у статті “Про насильство”. Вона вважає, що “насильство лише може зруйнувати владу, воно неспроможне її створити” [13, с.22]. Причиною революцій є втрата довіри до влади, яка неминуче пов'язана з втратою легітимності. Це стосується не лише тоталітарних, але й демократичних режимів. Наприклад, таку ситуацію можна було спостерігати за доби маккартизму, в'єтнамської війни або заворушень у студентських містечках. Якщо громадяни не знаходять захисту своїх прав у чинному законодавстві, вони намагаються захистити себе власними силами, що дуже часто призводить до акцій громадянської непокорності, які є формою вираження недовіри до існуючої влади.

Поняття “влада” і “насильство” не є тотожними і часто бувають повною протилежністю одне одному. Буває така ситуація, за якої одне поняття штучно замінюється іншим. Це відбувається тоді, коли владі бракує довіри з боку громадян і вона намагається компенсувати це за допомогою сили. Хоча не можна

заперечувати того факту, що держава є тією політичною інституцією, яка наділена легітимним правом на застосування примусу. Маючи у своєму розпорядженні спеціальний апарат (армію, поліцію, службу безпеки та інші силові структури), основною функцією якого є захист особистих прав та свобод громадян, вона наділена правом застосовувати силу до окремих осіб чи інститутів, дії яких спрямовані на порушення цих прав. Наприклад, ніхто не буде заперечувати право влади застосовувати примусові дії до людини з розладами у психіці, які проявляються у формі релігійного фанатизму і поведінка якої є небезпечною для життя чи здоров'я інших людей. Однак такі силові дії влади повинні бути строго регламентовані як нормами позитивного права, так і морально-етичними нормами. Для того, щоб монополічне право держави на насильство було легітимним, воно повинно стати певною угодою між державою, суспільством та особою [7, с.40]. Тому проблема легітимності конкретизується питанням, на основі чого досягається така угода і що є мотивуючим фактором її дотримання.

Державна влада є відношенням панування людей над людьми, що опирається на легітимне (тобто таке, що визнане легітимним) насилля як засіб. Однак влада не може опиратися тільки на силу тих, хто керує. Державна влада, побудована виключно на насильстві, залишається дійовою лише до тих пір, поки вона породжує страх громадян перед санкціями, які можуть бути застосовані до них. Така влада має тенденцію до ослаблення в зв'язку з природним спрямуванням людини позбутися цього неприємного емоційного стану. Влада, побудована на насильстві, суперечить самій природі людини, яка в своїх діях завжди намагається уникнути незадоволення. Такий негативний психологічний гедонізм може лише тимчасово змушувати людину виконувати накази верховної влади, однак при першій слушній нагоді вона застосує всі можливі засоби, щоб позбутися насильницького панування.

З часів Макса Вебера дослідники легітимності, зазвичай, намагалися виправдати авторитет влади на основі трьох типів панування – традиційного, харизматичного та легально-раціонального. У своїй концепції влади Вебер легально характеризує кожен із цих типів. Так, традиційне панування ґрунтується на вірі у святість тих порядків, які існують здавна. Найчистішим типом такого панування є патріархальне, яке здійснювали свого часу патріарх та патримоніальний князь старого типу. Таке панування передбачає підкорення певній особі в силу її особистих гідностей, освячених походженням. Зміст наказів зумовлений традицією, грубе порушення якої з боку правителів завдало б шкоди легітимності їхнього власного панування, яка ґрунтується саме на вірі у святість традиції [2, с.160-161]. Харизматичне панування – це панування, основане на силі відданості особі правителя, його харизмі, яка є свідченням

магічних здатностей, героїзму, сили духу та слова. Емоційне захоплення вічно новим, небуденним, не знаним раніше є тут джерелом особистої відданості. Найчистішим типом такого панування є панування пророка, військового героя, великого демагога. За такого панування люди підкоряються виключно вождеві через його особисті небуденні якості, а не з огляду на його посаду чи освячений традиціями сан [2, с.165]. Нарешті, легальне панування існує завдяки встановленим правилам. Найчистішим його типом є панування бюрократичне, яке передбачає виконання наказів не якоїсь окремої особистості в силу її власних прав, а встановленими правилами, котрі якраз і визначають, хто саме і якою мірою мусить ними керуватися. Особа, яка видає накази, сама підлягає при цьому певним правилам: “законові”, “регламентові”, якійсь абстрактній формальній нормі [2, с.157-158]. Той, хто видає розпорядження, є “керівником”, чие право на панування легітимується встановленими правилами у межах його ділової компетенції, яка визначається спеціалізацією чиновництва на виконанні певних функцій. Такий чиновник здійснює управлінські функції як професійну роботу в силу ділового службового обов'язку. Його ідеал полягає в тому, щоб служити *sine ira et studio* (без гніву і пристрасті), не зважаючи ні на які особисті мотиви і почуття, без сваволі і несподіванок, але насамперед – “незважаючи на особи”, суворо формально за раціональними правилами, а там, де їх немає, – керуючись міркуваннями ділової доцільності.

Відповідно до цієї концепції у процесі західноєвропейської раціоналізації утверджується легальний тип панування, який “легітимується” суто формальними ціннісно-нейтральними способами, на основі права. По суті, Вебер заклав основи теорії юридичного позитивізму в питаннях легітимності влади, яка розглядає легітимність як відповідність структур влади, процесів її формування й функціонування букві і духу чинного законодавства. Саме таке панування найкраще відповідає природі капіталістичної держави.

Однак маємо всі підстави вважати, що таке суто формальне (юридичне) панування є не цілком достатнім для легітимності державної влади. Дуже часто воно зводиться до ототожнення легітимності та легальності і буває однією з причин кризи авторитету державної влади [14, с.26]. Історія знає приклади парадоксальної делегітимізації, коли зовні (формально) легітимна влада поступово втрачала свій авторитет серед громадян. Прикладом можуть слугувати більшість держав пострадянського простору, в тому числі й Україна, які здобули суверенітет формально законним шляхом, однак у силу неефективності влади, в тому числі у законотворчій діяльності, поступово втрачають свою легітимність і, навпаки, влада, встановлена силоміць, із порушенням чинного законодавства, будучи сприятливою для добробуту суспільства, врешті-решт, набувала своєї легітимності. Так авторитарні

режими, попередньо страждаючи дефіцитом легітимності, наприклад у Чілі, Південній Кореї, Бразилії, в кінцевому результаті набули її, в значній мірі, завдяки зміцненню правопорядку і підвищенню життєвого рівня населення.

Говорячи про легітимність влади виключно у формально-юридичному змісті, слід мати на увазі, що і самі норми чинного законодавства, опираючись на які функціонує правляча влада, за своєю внутрішньою суттю можуть суперечити фундаментальним правам та свободам громадян і взагалі мати антисоціальний характер. У цьому випадку мова може йти про нелегітимний (неправовий) характер закону. Слушно видається думка відомого російського теоретика права професора Р.Лівшица про те, що легітимність має принаймні два боки: формальний і змістовний. З точки зору формального вона означає прийняття закону чи іншого нормативного акта компетентним органом і у встановленому порядку. Якщо ця умова дотримана, то закон є формально легітимним. Однак легітимність не може бути зведена до дотримання встановлених процедур, її також не можна зрозуміти у відриві від сутності закону, його змісту [8, с.19]. Досвід нашої країни показав, що погані закони, будучи навіть формально легітимними, тобто прийнятими компетентними органами і у відповідному порядку, не знайшовши підтримки громадян, залишилися фактично нереалізованими і в цьому змісті нелегітимними. Отже, фактична легітимність закону безпосередньо залежить від його змісту і визначається відношенням до нього громадян. Якщо закон позитивно сприймається, дотримується громадянами, то він втілюється в життя і виявляється фактично легітимним.

Розмежування формальної та фактичної легітимності закону базується на відомій концепції відмінностей між правом та законом. У філософії права існує два типи праворозуміння – позитивістський та неопозитивістський. Позитивісти вважають, що право – це будь-які закони чи інші нормативні акти, встановлені чи санкціоновані державою, незалежно від їх змісту. Вони говорять, що право – це правила (норми) і накази, видані в офіційній формі, загальнообов'язкові і наділені примусовою силою. Примусовість і формальна коректність – дві складові, які визначають сутність права і його відмінність від моралі. Наприклад, біблійська заповідь “не прелюбодій” є моральною нормою до тих пір, поки не знайде свого вираження у формі закону, прийнятого в рамках особливої процедури і підкріпленої примусовою силою держави. Таким чином, позитивісти отождожують право та закон.

Протилежний тип праворозуміння – неопозитивістський, який включає в себе різноманітні напрямки правової думки, що сформувались у вигляді двох основних теорій – етичної та лібертарної, розмежовує право і закон, віддаючи пріоритетність права перед законом. Відповідно, правовий характер закону визначається його змістом. Легітимним слід вважати перш за все той

закон, який таким вважають самі громадяни. Сучасне право надає особі свободу ставлення до норм права: або визначати свою поведінку з урахуванням можливості застосування санкцій з боку держави у разі недотримання її принципів, або слідувати її наказам із “поваги до закону”. Таке ставлення до норми права знайшло своє вираження в тезі Юргена Хабермаса про те, що: “Правові норми мають бути побудовані так, щоб їх можна було розглядати одночасно і як закони примусу, і як закони свободи... Держава повинна гарантувати і те, й інше – з одного боку, легальність поведінки особи, що в цілому дотримується санкціонованих норм, а з іншого, – легітимність принципів, що завжди забезпечує можливість дотримання норм із поваги до закону” [3, с.53].

Критерієм легітимності закону є ступінь захищеності основних прав та свобод людини. Поняття “права людини” набуло особливої актуальності лише в другій половині ХХ ст., після прийняття Організацією Об'єднаних Націй Загальної декларації прав людини (грудень 1948 р.). У попередні часи права людини отождоювали з природними правами. Так, Джон Локк у “Двох трактатах про правління” висловлює ідею про те, що з моменту народження люди є рівними у своїх правах: “Ніхто не повинен завдати шкоди життю, здоров'ю, свободі та власності іншої людини” [9, с.265]. Таким чином, кожна людина наділена природним правом на життя, власність і свободу. Під останнім Локк розуміє право на свободу світогляду та віросповідання. Ці права є “невідчужуваними” та “невід'ємними”, тобто такими, що не можуть бути відібрані у людини ні державою, ні іншою людиною. Навіть сама людина не може від них відмовитися, позаяк без дотримання цих прав неможливо реалізувати інші позитивні права – ті, що людина набуває 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 Міла 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 [12, с.22]. Усі ці та інші, наближені до них, свободи абсолютно необхідна умова для розвитку та самореалізації особи і разом із тим бар'єр, який перешкоджає іншим індивідам та державній владі зазіхати на автономію людини.

Права людини визначають міру, обсяг та кількість свободи учасників суспільних відносин. Вони забороняють діяти таким чином, щоб поведінка

одних індивідів була спрямована на шкоду іншим і тим самим встановлюють максимальну міру свободи. Це означає, що формально рівні учасники правого 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.

Отже, особисті права служать необхідною умовою людського існування та комунікації як у процесі взаємовідносин між особою та суспільством, так і на рівні відносин людини – влада. У взаєминах між останніми їх слід розглядати як незалежні стандарти, завдяки яким можна критикувати закони, діяльність уряду та інших політико-правових інститутів, тобто як критерій легітимності [10, с.219].

Легітимність влади та права людини нерозривно пов'язані між собою. З одного боку, права та свободи людини набувають свого практичного втілення лише за умови їх визнання та дотримання офіційно визнаною владою, з іншого боку, влада набуває свого визнання (легітимності) лише серед тих осіб, права і свободи яких вона захищає. На такий зв'язок указував свого часу один із класиків французького лібералізму Франсуа Гізо. Він, зокрема, зазначав: “У тій мірі, в якій законна влада наділена правом на свободу людини, свобода має право вимагати від влади доказів її легітимності” [4, с.571]. Людина повинна захищати свою свободу від незаконної влади, а законну владу від власної свободи. Завданням будь-якого демократичного режиму є підтримувати такий зв'язок між особою та державою, розуміючи, що легітимна влада не є сталою та незмінною і вимагає постійного підтвердження свого авторитету.

Права людини – засіб контролю за владою, обмежувачий абсолютне владарювання держави, яке не повинно переходити меж особистої свободи, визначених правами людини. Однак дане твердження вимагає відповіді на наступне питання – чи може державна влада на законних підставах втручатися в особисте життя громадян і обмежувати їх свободу, залишаючись при цьому легітимною? Найвідомішою та найвагомішою відповіддю на це питання є есе Дж. Ст. Міла “Про свободу”. Автор спробував знайти універсальний принцип, який би дозволив владі втручатися в особисту свободу. Цей принцип полягає в тому, що: “Єдина мета, котра надає людству право в індивідуальному або колективному порядку втручатися в свободу чи дії будь-кого зі своїх членів, – це самозахист. Єдина мета, з якої може бути правомірно використана влада над будь-яким членом цивілізованої громади проти його волі, – це запобігання шкоди для іншого” [12, с.19]. Отже, Міл закріплює за державою право обмежувати свободу громадян заради їх власної безпеки.

З ідеєю Міла про те, що держава повинна бути гарантом безпеки своїх громадян, сьогодні погоджуються представники майже всіх політико-правових

теорій (можливо, за виключенням анархістів, які будь-яку державну владу вважають нелегітимною), у тому числі й лібертаристи. Відстоюючи ідею “мінімальної держави”, яка є найбільш екстенсивна держава, котру можна виправдати, вони залишають за нею право відповідним чином залучатися до справи наведення порядку, нагляду за дотриманням договорів і забезпечення національної безпеки – і тільки [6, с.207]. Державна влада може видавати правові закони, що встановлюють заборони на суспільно небезпечну поведінку, яка порушує свободу інших людей, шкідлива або загрожує особистій безпеці і власності членів суспільства. Однак для цього необхідно встановити межу, до якої правові закони можуть обмежувати свободу.

Представники лібертарної теорії стверджують, що законні обмеження свободи не суперечать праву і є легітимними в меншій мірі остільки, оскільки вони не порушують мінімальну невід'ємну свободу. При цьому слід дотримуватися двох важливих принципів: по-перше, максимальна міра свободи, встановлена заборонами, не повинна бути меншою за мінімальну невід'ємну свободу; по-друге, закони не повинні дозволяти владі втручатися у сферу мінімальної невід'ємної свободи [16]. В індустріальному суспільстві, коли особисті права стають всезагальною та формально рівною для всіх мірою свободи, мінімальна невід'ємна свобода формулюється в якості природних і невідчужених прав та свобод людини.

Нормативне закріплення цих прав, перш за все на рівні конституції, є сьогодні обов'язковим атрибутом правової держави. Влада, яка знехтує невідчужені права, втрачає свою легітимність, втрачає як і закони чи інші нормативні акти, видані нею. Для того, щоб зберегти повагу громадян до закону, владі необхідно, згідно з висловлюванням Роналда Дворкіна, “серйозно ставитися до прав” [5, с.292], саме таке ставлення відрізняє закон від упорядкованого свавілля, а легітимне правління від нелегітимного.

1. Вебер М. Политика как призвание и профессия // Избр. произведения. – М., 1990.
2. Вебер М. Три чисті типи легітимного панування // Вебер М. Соціологія. Загальноісторичні аналізи. Політика. – К., 1998.
3. Габермас Ю. До легітимності через права людини. – К., 1999.
4. Гізо Франсуа. Политическая философия: о суверенитете // Классический французский либерализм. – М., 2000.
5. Дворкін Роналд. Серйозний погляд на права / Пер. з англ. А.Фролін. – К.: Основи, 2000.
6. Енциклопедія політичної думки / За редакцією Девіда Міллера, Джозеф Коулмен, Вільяма Конноллі, Аллана Райана. – К., 2000.
7. Сроменко А. Універсальний громадянський дискурс як морально-етична метаінституція легітимності політичного ладу // Етика і політика: проблеми взаємозв'язку. – К., 2001.
8. Лівини Р. О легітимності закону // Теорія права: нові ідеї. Випуск четвертий. – М., 1995.
9. Локк Дж. Два трактати о правленні // Сочинения: В 3-х т. – М., 1988. – Т.3.



10. Максимов С.И. Правовая реальность: опыт философского осмысления. – Харьков, 2002.
11. Мизес Л. Либерализм. – М., 2001.
12. Міл Джон Стюарт. Про свободу. – К., 2001.
13. Рікер П. Навколо політики. – К., 1995.
14. Рябов С. Легітимація влади: до формулювання програми соціально-філософського дослідження // Наукові записки НаУКМА. Політологія. – Т.12.
15. Тоффлер Е. Метаморфози влади. Знання, багатство и сила на порозі ХХІ века. – М., 2001.
16. Четвернин В.А. Понятия права и государства. Введение в курс теории права и государства. – М., 1997.

V.Kovalchuk

#### HUMAN RIGHTS AS A CRITERION OF THE STATE POWER LEGITIMACY

The author of the article comes to the conclusion that the legitimacy of state power is determined not only by the formal judicial or outer, but also by content, inner aspects of the question inseparably connected to the protection of human rights and fundamental freedoms. The power, ignoring those rights and freedoms, is constantly losing its legitimacy at the same rate as the laws that were adopted by that power.

---

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

---

*М.І.Ославський*

### ОСОБЛИВОСТІ ПРАВОВОГО СТАТУСУ МІСЦЕВИХ ДЕРЖАВНИХ АДМІНІСТРАЦІЙ

Норми Конституції та Закону України “Про місцеві державні адміністрації” вказують на те, що виконавчу владу в областях, районах, районах Автономної Республіки Крим, у містах Києві та Севастополі здійснюють обласні, районні, Київська та Севастопольська міські державні адміністрації. Місцева державна адміністрація є місцевим органом виконавчої влади і входить до системи органів виконавчої влади. Місцева державна адміністрація в межах своїх повноважень здійснює виконавчу владу на території відповідної адміністративно-територіальної одиниці, а також реалізує повноваження, делеговані їй відповідною радою.

Отже, перший висновок, який одразу можна зробити щодо правового статусу місцевих державних адміністрацій: це органи виконавчої влади, система яких будується за територіальним принципом. Однак подальший більш детальний аналіз правового статусу місцевих державних адміністрацій надає все менше можливостей для легких та однозначних висновків. Причинами цього є деякі суперечності, які містяться в нормах законодавства і, в першу чергу, в самій Конституції України.

Саме тому різні аспекти цього питання були і залишаються предметом наукового інтересу провідних українських учених-адміністративістів: В.Б.Авер'янова, О.Ф.Андрійко, В.М.Баранчука, Ю.П.Битяка, С.В.Ківалова, В.Я.Малиновського, І.М.Пахомова, В.Ф.Погорілка, С.О.Телешука, В.В.Цветкова та ін.

Конституційно-правовою основою організації і діяльності місцевих державних адміністрацій є положення статей 118, 119 Конституції України. Однак ці норми – колізійні, і формулювання, що в них уживаються, не є чітко визначеними. Зокрема, ст.118, яка містить сутнісно-правову, системну, структурну характеристики вказаних державних органів, не дає чіткого визначення щодо того, чи ці органи є колегіальними, чи єдиноначальними. Сутнісний та термінологічний аналіз третьої частини вказаної статті Конституції, яка закріплює, що “склад місцевих державних адміністрацій формують голови місцевих державних адміністрацій”, дозволяє зробити висновок про те, що це колегіальні органи. Адже застосований термін “склад” місцевих державних адміністрацій передбачає наявність двох і більше суб’єктів, тобто певну кількість посадових осіб, які працюють у місцевих державних адміністраціях і

володіють відповідними повноваженнями щодо здійснення “виконавчої влади в областях та районах, містах Києві і Севастополі” (ст.118 Конституції). Однак зміст ч.8 ст.118 Конституції України вказує на те, що рішення від імені державної адміністрації приймає її голова. Отже, виходячи з того, що рішення місцевих державних адміністрацій приймаються одноособово головами, можна зробити висновок про те, що за порядком прийняття рішень місцеві державні адміністрації є єдиноначальними органами.

Крім того, “голови місцевих державних адміністрацій при здійсненні своїх повноважень відповідальні перед Президентом України і Кабінетом Міністрів України, підзвітні та підконтрольні органам виконавчої влади вищого рівня” (ч.5 ст.118 Конституції). Таким чином закріплено персональну відповідальність голів місцевих державних адміністрацій за діяльність цих органів. Отже, виходячи з характеру відповідальності, підзвітності та підконтрольності, місцеві державні адміністрації є єдиноначальними органами. Цей висновок підтверджується змістом ч.ч.9 та 10 ст.118 Конституції, де регламентується порядок висловлення недовіри з боку обласної чи районної ради “голови відповідної місцевої державної адміністрації”. А вже недовіра висловлюється не місцевій державній адміністрації в цілому, а тільки голові. “Якщо недовіру голові районної чи обласної державної адміністрації висловили дві третини депутатів від складу відповідної ради, Президент України приймає рішення про відставку голови місцевої державної адміністрації”, – вказано в ч.9 ст.118 Конституції України. Тобто вираження недовіри тягне відставку тільки голови, а не всієї державної адміністрації.

Більшість науковців, які працюють у сфері державного управління та адміністративного права, також схилиються до думки, що місцеві державні адміністрації є єдиноначальними органами. Ними даються визначення місцевих державних адміністрацій як: єдиноначальних органів загальної компетенції, що уособлюються головами місцевих державних адміністрацій [1, с.203]; єдиноначальних органів виконавчої влади загальної компетенції, повноваження яких реалізуються одноособово їх керівниками – головами державних адміністрацій [2, с.547], тощо. В зв’язку з цим виникають питання щодо з’ясування правового статусу державної адміністрації як такої. А вже якщо всю відповідальність щодо реалізації повноважень цих органів несе голова, то може скластися враження, що весь інший склад державної адміністрації є просто дорадчим органом при голові.

На жаль, Конституція не дає сутнісної, компетенційної та структурної характеристики складу місцевих державних адміністрацій, вона містить тільки норму про те, що “склад місцевих державних адміністрацій, формують голови місцевих державних адміністрацій” (ст.118 Конституції). Закон про місцеві

державні адміністрації відтворює дану норму, а також встановлює, що в межах виділених бюджетних асигнувань голови визначають структуру місцевих державних адміністрацій, керуючись примірним переліком управлінь, відділів та інших підрозділів, що затверджується Кабінетом Міністрів (ст.5). Кожен із таких структурних підрозділів виконує не тільки дорадчі та консультативні функції, притаманні дорадчим органам, але й управлінські та організаційно-розпорядчі функції. Наприклад, зі змісту ст.40 Закону про місцеві державні адміністрації видно, що заступники голови місцевої державної адміністрації здійснюють функції та повноваження, визначені головою, а також несуть персональну відповідальність за стан справ у дорученій сфері перед головою та органами виконавчої влади вищого рівня.

Також Закон указує, що управління, відділи та інші підрозділи місцевих державних адміністрацій здійснюють керівництво у відповідних сферах, несуть відповідальність за їх розвиток (ч.1 ст.42 Закону про місцеві державні адміністрації), тобто володіють галузевою компетенцією в межах загальної компетенції державної адміністрації. Крім того, ці структурні підрозділи підконтрольні не тільки головам місцевих державних адміністрацій, але й органам виконавчої влади вищого рівня (ч.2 ст.42 Закону про місцеві державні адміністрації). Таким чином, можна зробити висновок, що за об’ємом та характером здійснюваних повноважень структурні підрозділи місцевих державних адміністрацій є не дорадчими органами при голові, а функціонально самостійними, в межах закріпленої за ними галузевої компетенції, органами. Голова ж виступає як керівник органу і є водночас суб’єктом як внутрішньоорганізаційних, так і зовнішніх управлінських відносин [3, с.60].

Отже, підсумовуючи все вищевикладене, можна дати визначення місцевих державних адміністрацій як єдиноначальних органів держави, що представлені головами та сформованими ними управліннями, відділами й іншими структурними підрозділами, які наділені самостійною компетенцією щодо здійснення виконавчої влади на місцях, а також є прямо підпорядкованими органам виконавчої влади вищого рівня.

1. Державне управління: Навч. посіб. / За ред. А.Ф.Мельник. – К.: Знання-Прес, 2003.
2. Малиновський В.Я. Державне управління: Навчальний посібник. – Вид. 2-ге, доп. та перероб. – К.: Атіка, 2003.
3. Державне управління: проблеми адміністративно-правової теорії та практики / За заг. ред. В.Б.Авер’янова. – К.: Факт, 2003.

M.Oslavsky

#### SPECIAL FEATURES OF LEGAL STATUS OF THE LOCAL STATE ADMINISTRATION

The article is dedicated to the local state administration. Legal status of the local state administration is the object of investigation. Author pays attention to the status of its head, and analyses the status of the composition of the local state administration.

В.Я.Патуркач

## ОРГАНІЗАЦІЙНО-ПРАВОВЕ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ЮРИДИЧНОЇ ОСВІТИ В УКРАЇНІ: ПРОБЛЕМИ І ШЛЯХИ ВИРІШЕННЯ

Загальноповизнаним є те, що вища юридична освіта – необхідна складова юридичної професії. Втім, погляди фахівців на те, що таке “юридична освіта”, відрізняються. Її визначають і розглядають як складову більш загальної правової освіти, як галузь вищої освіти, як фундамент юридичної професії, як запоруку професійної компетентності правника, як середовище формування нового покоління правників, як один з інструментів реалізації соціальної функції права, як критерій соціальної стратифікації, як специфічний вид підприємницької діяльності, як шлях розбудови політичної кар’єри, як спосіб реалізації особистих амбіцій тощо. Відтак існує чимало думок щодо того, що являє собою юридична освіта. Зміст та обсяг “юридичної освіти” як поняття та об’єктивного явища залежить від багатьох чинників – від її історії, організації та організаторів, правової системи, загальних освітніх завдань і мети, конкретної епохи та її власних складових.

Дане питання було і залишається предметом наукового зацікавлення провідних учених: К.Левитана [1], В.Коростея [2], П.Побежимової [3], В.Бігуна [4], В.Журавського [6] та інших. Разом з тим, ураховуючи малодослідженість цієї проблеми, окремі її аспекти не розглядалися взагалі. Це стосується, насамперед, визначення системи юридичної освіти та механізму забезпечення юридичної освіти в Україні. Тому аналіз даної проблеми і буде безпосередньою метою даної наукової статті.

Юридична освіта в її сучасності у розумінні як галузь освіти сягає щонайменше середньовіччя. На відміну від США, в Європі та зокрема на теренах України, з відомих історичних причин формальна вища юридична освіта має глибше коріння. 20 січня 1661 р. польський король Ян Казимир підписав диплом, за яким надав Львівській Єзуїтській колегії “гідності академії і титулу університету”. Так було засновано нинішній Львівський національний університет ім. І.Франка – найстаріший в Україні навчальний заклад, який готує фахівців-правознавців. Юридичні факультети, крім Львова, було відкрито в Харкові 1805 р., Києві 1835 р., Одесі 1865 р. Пізніше на теренах України були засновані й інші юридичні навчальні заклади.

На сьогодні юридична освіта в Україні – це галузь вищої освіти, яка є ключовою в існуючій соціально-економічній ситуації, коли народ виборює свою державність. Будівництво правової держави, реформи політичної і судово-правової системи настійно потребують розвитку юридичної освіти в Україні.

Юридична освіта – це процес безперервного особистісно-професійного становлення юриста в соціокультурному розвиваючому просторі навчального закладу, результатом якого є досягнутий рівень професійної компетентності, який дозволяє якісно вирішувати професійні завдання “згідно з обов’язком честі і присяги” [1, с. 4-8].

Концептуально розвиток юридичної освіти можна розглядати в контексті Конституції України, Закону України “Про вищу освіту”, Програми розвитку юридичної освіти на період до 2005 року, затвердженої постановою Кабінету Міністрів України від 10 квітня 2001 року № 344, інших законодавчих актів, що забезпечують утвердження верховенства права, надійного захисту прав людини та громадянина, впровадження цивілізованих форм суспільного життя.

Відбулася якісна зміна соціальної значимості юриспруденції. Юридична професія стала однією з найбільш престижних. Водночас кроки з реформування юридичної сфери у державі обмежуються галуззю законодавства та перебудовою юридичної практики. Ефективність реформування як у правовій сфері, так і в масштабах усього суспільства безпосередньо залежить від рівня кваліфікації юридичного корпусу держави. Сьогодні насиченість країни юристами недостатня. Їх підготовка здійснюється в основному для правоохоронних органів, де зосереджена переважна більшість юридичних кадрів. Водночас в органах державної влади та управління, у сфері економіки багато посад, які потребують правової підготовки, заміщуються спеціалістами без юридичної освіти. 4% юристів у державних органах не мають юридичної чи вищої юридичної освіти. За повідомленням прес-служби Міністерства юстиції України, юридичні служби багатьох органів виконавчої влади відчувають нестачу юристів. Зокрема, вакантними залишаються 17% посад в юридичних службах цих органів. Дефіцит висококваліфікованих кадрів у першу чергу впливає на якість підготовки нормативних актів. У нашій країні дуже багато людей, що отримали дипломи про юридичну освіту. А ось кількість випускників юридичних вищих навчальних закладів, що володіють масивом правових знань, незрівнянно менша. Кваліфіковані правознавці користуються попитом на ринку. В більшості випадків вони роблять вибір на користь привабливих структур, оскільки перевага роботи в юридичних і аудиторських фірмах відносно оплати праці очевидна [2, с.5]. Замало фахівців із вищою юридичною освітою і в системі правоохоронних органів. Складне становище з фахівцями середньої ланки в судах (завканцелярними, секретарі суддів та секретарі судових засідань). В органах реєстрації актів громадянського стану близько 60% працівників не мають спеціальної освіти. Принципові зміни у діяльності державного апарату, правовому регулюванні у сфері економіки, фінансів, торгівлі, перехід суспільства до соціально орієнтованої ринкової економіки вимагають якісних

змін в ідеології і методиці підготовки, перепідготовки та підвищення кваліфікації. Отже, сьогодні абсолютно чітко має бути окреслена модель фахівця-юриста і, як її складові, модель особистості та модель підготовки. Модель спеціаліста повинна відповідати вимогам до професіоналів-юристів майбутнього. Юрист -- це державна спеціальність, оскільки він представляє законодавство, що виражає волю, вимоги та інтереси держави [3, с.82]. На сьогодні система вищої юридичної освіти є складною і взаємодіє з політичними, економічними, культурними та соціальними системами. Отже, в цих умовах вища юридична освіта не може бути пасивною, а мусить істотно й динамічно впливати на навколишнє середовище, формуючи цивілізоване демократичне правове поле. В цьому полягає її позитивна роль і велика просвітницька місія. Основними принципами універсальності вищої юридичної освіти мають бути:

- 1) вища юридична освіта повинна сприяти становленню культури злагоди і миру в суспільстві;
- 2) доступ до вищої юридичної освіти всім, хто для цього має необхідні здібності, мотивацію, а також адекватну підготовку на всіх етапах професійної юридичної діяльності протягом усього життя;
- 3) призначення вищої юридичної освіти в тому, щоб надавати не тільки фундаментальні і професійні знання, а й насамперед виховувати законослухняного громадянина демократичної держави;
- 4) вища юридична освіта повинна використовувати різні форми роботи для того, щоб задовольняти правові потреби громадян.

Універсальний підхід, пов'язаний з конкретними умовами сьогодення та характером освіти в цілому, дозволить краще визначити основні напрями розвитку вищої освіти, орієнтування їх на кінцевий результат. Тенденції та проблеми в системі вищої юридичної освіти дозволяють окреслити п'ять напрямів, а саме: *відповідність вищої юридичної освіти сучасним вимогам, зміст освіти, якість освіти, фінансування та управління, співробітництво та соціальне партнерство.*

З моменту проголошення незалежності держава суттєво вплинула на формування власної системи вищої юридичної освіти. Сформована мережа вищих навчальних закладів, які здійснюють підготовку юридичних кадрів за освітньо-кваліфікаційними рівнями молодшого спеціаліста, бакалавра, спеціаліста і магістра. Підготовку фахівців-правознавців здійснюють понад 249 вищих навчальних закладів I-IV рівнів акредитації. Серед них 169 належать до державної форми власності та 80 -- до інших форм власності [4, с.69, 78]. В Росії, наприклад, на кінець 2001/2002 н.р. нараховувалося 731 юридичний ВНЗ разом із філіалами, в тому числі з них 314 державної форми з філіалами

і 417 -- інших форм власності [5, с.4-8]. За даними Міністерства освіти і науки України і Державного комітету статистики України, до ВНЗ за напрямом "Право" на 2002/2003 н.р. прийнято 89263, 2003/2004 н.р. - 92358. На сьогодні вік першокурсника в Україні становить 17-18 років (у США від 22 і більше).

Із 249 вищих навчальних закладів далеко не всі отримали право на надання освітніх послуг відповідно до процедури, встановленої постановою Кабінету Міністрів України від 11 лютого 1996 року № 200. Дана постанова регламентує порядок започаткування освітньої діяльності з обов'язковою перевіркою фаховою радою. Вона перевіряє відповідність вищих навчальних закладів ліцензійним вимогам щодо кадрового, навчально-методичного та матеріально-технічного забезпечення. Сьогодні маємо непоодинокі випадки, коли навчальні заклади без відома Міністерства освіти і науки України і фахової ради відкривають відокремлені структурні підрозділи, які здійснюють освітню діяльність зі спеціальності "Правознавство" з порушенням ліцензійних вимог. Міністерство освіти і науки України запропонувало після відповідного рішення колегії зазначати в ліцензії навчального закладу його відокремлені структурні підрозділи, спеціальності та конкретні ліцензовані обсяги до них. Це змусило багато навчальних закладів відмовитися від вищезазначеної спеціальності і навіть закрити такі структурні підрозділи.

Потенціал мережі підготовки юристів у розрізі регіонів істотно диференційований. Як результат, обсяг підготовки фахівців за напрямом "Право" розподілений за регіонами нерівномірно. Він сконцентрований в основному в північному і східному регіонах. Слід підкреслити, що ліцензований обсяг переважно припадає на вищі навчальні заклади МВС, Національну юридичну академію імені Ярослава Мудрого, Національний університет імені Тараса Шевченка, Одеську національну юридичну академію, Державну академію податкової служби, Львівський національний університет імені Івана Франка, Військовий інститут при Національному університеті "Львівська політехніка". Ліцензований обсяг цих вищих навчальних закладів за програмами спеціаліста, магістра становить близько 80 відсотків загального ліцензованого обсягу за цими освітньо-кваліфікаційними рівнями напрямку "Право". Нерівномірний розподіл вищих навчальних закладів і ліцензованого обсягу породжує певні соціальні проблеми, оскільки для молоді різних регіонів створюються певні можливості для здобуття вищої юридичної освіти. Сьогодні необхідно при плануванні зарахування враховувати матеріальне становище пересічної сім'ї, яка поки що не має фінансової можливості послати випускника школи на навчання у віддалену область, місто. Водночас не всі вищі навчальні заклади, особливо непрофільні, які отримали ліцензію на право підготовки юристів, забезпечують їх якість на рівні державних вимог.

Позиції щодо регулювання обсягів підготовки правників розходяться. Одні вважають, що у вільному ринковому суспільстві кожен має отримати можливість стати юристом, а вже конкуренція визначить, хто з них є “справжнім” правником. На думку ж інших, без квотування обсягів кількості фахівців і державного замовлення тут не обійтися [6, с.134].

Сьогодні може сприяти внутрішній інтеграції галузі вищої юридичної освіти кардинальне оновлення змісту освіти. Нині він ще значною мірою відстає від глобальних тенденцій розвитку суспільства, від потреб формування вільної особи в умовах демократизації суспільства. Дедалі більше проявляється така серйозна проблема, як недостатня відповідність освітньої юридичної сфери характеру і змісту українських реформ. Спроби модернізувати змістовий бік на всіх рівнях за рахунок введення в навчальні плани окремих навчальних дисциплін або збільшення обсягів тільки призвели до перевантаження студентів. Це позбавило їх можливості поглиблювати свої знання самостійно, здобуваги панички самоосвіти протягом усього життя. Перевантаження студентів регламентовано аудиторною роботою. В навчальних закладах ще не прижинся культ знань, що істотно, з огляду на високий рівень фахової юридичної освіти, допомагає випускникам знаходити свою нішу на ринку праці. Головне завдання полягає у постійній адаптації змісту вищої юридичної освіти через освітні і професійні програми до потреб суспільства. На цьому етапі потрібна система трансформації змісту вищої юридичної освіти на основі науково обґрунтованої програми, що передбачала б створення механізму безперервного оновлення змісту. Тільки через зміст вищої юридичної освіти і якість навчання можна досягти цих цілей. На сьогодні:

но-перше, необхідно терміново завершити роботу з розробки державних стандартів вищої юридичної освіти. Це дасть змогу розробити критерії щодо спроможності ВНЗ здійснювати підготовку юридичних кадрів;

но-друге, відповідно до вимог стандартів сформувавши зміст вищої юридичної освіти за освітньо-кваліфікаційними рівнями, передбачивши їх наступність та неперервність;

но-третє, відповідно до вимог державних стандартів провести низку організаційних заходів, пов’язаних із реалізацією змісту освіти через кадрове та навчально-методичне забезпечення, матеріально-технічну базу, систему доступу та діагностику знань. Прийняття державних стандартів вищої юридичної освіти забезпечить умови та відповідальність за падання якісних освітніх послуг відповідно до вимог цих стандартів.

На часі розв’язання ще однієї проблеми – треба терміново сформувавши й забезпечити вищі юридичні навчальні заклади відповідною організаційно-розпорядчою та методичною документацією. Цей індикатор є функцією

якісних характеристик складових юридичної освіти, аргументи якої – якість науково-педагогічних кадрів, якість навчальних програм, якість знань студентів; якість інфраструктури, внутрішнє і зовнішнє середовище; систематична оцінка та регулювання. Якість науково-педагогічних кадрів відіграє визначальну роль в умовах трансформації суспільства до нових соціально-економічних відносин. Завдання, які виконують юридичні вищі навчальні заклади, мають високий рівень складності. Отже, це вимагає від науково-педагогічного персоналу не тільки високого рівня компетентності, а й волі займати передові позиції, виходячи з етичних цінностей відповідно до вимог якості. Політика забезпечення якості потребує створення ефективної системи відбору науково-педагогічних кадрів на основі їх здібностей і вміння здійснювати навчально-виховний процес. Не меншу вагу у реалізації політики якості має система управління службовою кар’єрою викладачів, визнання їх соціального статусу і фінансове забезпечення цього статусу. Якість викладацького персоналу дедалі більшою мірою залежатиме від його реакції на радикальні зміни у сфері інформатизації та технологізації навчального процесу. В сучасних умовах необхідно широко використовувати можливості нових інформаційних і комунікаційних технологій, реалізовувати новаторські концепції та методи. За нинішньої фінансової скрути це складне завдання. Воно полягає у забезпеченні ВНЗ сучасною комп’ютерною технікою і створенні на базі провідних юридичних закладів системи перепідготовки та підвищення кваліфікації викладачів щодо застосування в навчальному процесі інформаційних і телекомунікаційних технологій.

Для поліпшення юридичної освіти в умовах адаптації законодавства України до міжнародних та європейських стандартів необхідно:

– завершити розробку і впровадження Державних стандартів вищої юридичної освіти з одночасним впровадженням системи державного контролю за рівнем фахової підготовки юристів;

– вивчити стан забезпечення юридичними кадрами з вищою освітою органів державної виконавчої влади, правоохоронних, судових органів соціального захисту населення і визначити потреби в спеціалістах за рівнями підготовки та спеціалізаціями;

– розробити і затвердити перелік посад, які можуть займати випускники вищих навчальних закладів з юридичною освітою відповідно до освітньо-кваліфікаційних рівнів;

– передбачити нові спеціалізації в юридичних навчальних закладах з урахуванням сучасних видів юридичної практики. З метою виконання завдань, передбачених постановою Кабінету Міністрів України від 10 квітня 2001 року № 344 “Про затвердження Програми розвитку юридичної освіти на період до 2005 року. Міністерством освіти і науки України до

переліку спеціалізацій спеціальностей в юридичних ВНЗ введені такі спеціалізації, як: “Правове забезпечення економічної безпеки”, “Митно-правова діяльність”, “Адміністративно-правова діяльність”, “Державна виконавча служба”, “Нотаріат”, “Право інтелектуальної власності”, “Оперативно-розшукова діяльність”, “Контроль державного руху”;

- розвивати міжнародні зв’язки в юридичній освіті, пов’язані з розробкою навчальних програм та інших компонентів освіти, спрямованих на інтеграцію юридичної освіти в світовий освітянський простір;
- створити гнучку розгалужену систему післядипломної освіти шляхом перепідготовки і підвищення кваліфікації спеціалістів з нових напрямків юридичної науки і практики із оптимальними термінами, періодичністю навчання та забезпеченням оновлення його змісту;
- розробити і прийняти державну програму підтримки видавництв, які випускають юридичну літературу [7].

Поряд із названими існують інші шляхи розвитку й удосконалення в сучасних умовах системи вищої юридичної освіти в Україні. Вони далеко не прості, не беззаперечні, не бездоганні. Головне в тому, щоб про них не тільки періодично говорити, а й, визначивши їх, активно і спільно діяти в плані їх реалізації.

1. Левитан К. Деонтологическая подготовка юристов // Юридическое образование и наука. – 2001. – № 3. – С.4-8.
2. Лавринович А. В державних органах нестача юристів // Юридична практика. – 2003. – №47. – С.5.
3. Коростей В. Юридическое образование: проблемы и пути решения // Предпринимательство и право. – 2002. – № 11. – С.82.
4. Основні показники діяльності ВНЗ України на поч. 2003/2004 н. р. // Державний комітет статистики. – Статистичний бюлетень. – К., 2004. – С.69, 78.
5. Пубежимова П. Положение юридического образования в России // Юридическое образование и наука. – 2002. – № 4. – С.4-8.
6. Літун В. Юридична освіта в Україні та США // Юридичний журнал. – 2003. – №4(10). – С.134.
7. <http://www.zn.kiev.ua/op/show/428/37411/>.

V. Natukach

#### ORGANIZATIONAL AND LEGAL PROVIDING OF LEGAL EDUCATION IN UKRAINE: PROBLEMS AND WAYS OF DECISION

In this article author exposes notions and universal principles, modern positions, problems and ways of their decision of legal education in Ukraine. He gives suggestions on the improvement of it in Ukraine, analyses the main indexes of activity of higher legal education in Ukraine.

О.В Манченко

#### ФІНАНСОВО-ПРАВОВА ПРИРОДА АУДИТОРСЬКОЇ ДІЯЛЬНОСТІ В УКРАЇНІ

*Актуальність проблеми.* У сучасних умовах розвитку фінансового права дослідження аудиту як особливого виду фінансового контролю являє безсумнівний інтерес, оскільки падає можливість розкрити правовий зміст цього складного інституту, що має подвійну економіко-правову природу. Становлення інституту аудиту потребує вдосконалення законодавства у сфері фінансового контролю. Зокрема, необхідно визначити правовий зміст та значення незалежного аудиторського контролю в системі інших контролюючих органів держави.

Крім того, процес адаптації чинного національного законодавства до міжнародних стандартів вимагає суттєвого коригування нормативно-правової бази у сфері аудиторської діяльності. Зокрема, з метою забезпечення стабільності та надійності банківської системи, а також задля подальшої реалізації стратегічного курсу України на інтеграцію до ЄС та входження у європейський економічний та правовий простір. Національний банк України вимагає від комерційних банків проведення аудиту за міжнародними стандартами аудиторськими фірмами, працівники яких сертифіковані за Міжнародними стандартами аудиту, що, безсумнівно, потребує належного правового регулювання.

*Ступінь наукової розробки теми.* На сьогодні аудиторська діяльність досліджується у юридичній науці певно обмежено, і аудит розглядається суто з економічного боку, тоді як саме права регламентація даного незалежного, недержавного інституту є єдиним засобом впливу з боку держави. Проте у юридичній літературі можна зустріти переважно поверхневий аналіз аудиторської діяльності як однієї з форм фінансово-правового контролю. Малорозробленість у теорії фінансового контролю не сприяє в подальшому ні розвитку, ні вдосконаленню відповідного законодавства, ні приведенню його у відповідність до вимог сьогодення.

Зокрема, правові проблеми аудиту аналізуються у працях таких науковців, як Н.І.Дорош, Н.М.Пономаренко, Р.Ю.Жанін-Посполітак, Дефліз, Дженін, О’Рейлі.

Певною мірою досліджується фінансово-правовий зміст аудиту в працях І.А.Андреева, О.А.Анісімова, О.Ф.Андрійко, Л.К.Воронової, О.Ю.Грачової, Н.О.Ковальової, М.М.Ровинського, В.М.Митрофанова. Також проблеми інституту фінансового контролю досліджено в працях таких учених, як Д.О.Павлов, К.С.Бельський, Л.О.Сухарева.

*Мета статті.* Автор ставить перед собою мету провести наукове дослідження фінансово-правової природи аудиту, що є необхідною передумовою

для визначення його ролі та місця як у правовій теорії, так і у практичній реалізації норм порівняно нового для нашої держави інституту фінансового контролю аудиту.

*Виклад основного матеріалу.* Фінансове право регулює досить об'ємну групу суспільних відносин, що виникають при безпосередньому формуванні, розподілі і використанні централізованих і децентралізованих фондів коштів, що є частиною національного доходу країни і необхідні для забезпечення функціонування держави. При цьому важливу роль відіграє правове регулювання контролю фінансової діяльності держави. В системі фінансового контролю держави особливе місце займає аудиторська служба, яка на засадах незалежності, конфіденційності та об'єктивності надає професійну допомогу суб'єктам господарювання у сфері їх фінансової діяльності, сприяє дотриманню вимог законодавства та зменшенню частки "тіньової" економіки держави [12, с.132; 14, с.55].

Аудиторські норми та правила, пасамперед, визначаються інтересами українського суспільства, вони допомагають незалежним аудиторам у підтримці прозорості і реальності фінансової звітності, наданої фінансовим установам, які сприяють одержанню суб'єктами господарювання додаткового капіталу у вигляді кредитів та позичок; консультації аудиторів з питань керування фінансовими ресурсами сприяють їх ефективному використанню. Послуги незалежних аудиторів забезпечують упевненість у правильності та відповідності чинним нормативно-правовим актам функціонування системи внутрішнього контролю підприємств, що, у свою чергу, збільшує вірогідність та правдивість фінансової інформації про підприємства. Консультації аудиторів у галузі фінансового права, зокрема щодо оподаткування, які здійснюються на конфіденційній та довірчій основі, допомагають одержати необхідні знання про нормативно-правову основу системи і порядку оподаткування, що сприяє дотриманню норм податкового законодавства, а також прийняти керівниками підприємств правильні рішення. Аудиторська діяльність надає можливість реально оцінювати фінансове становище суб'єктів господарювання, своєчасно коригувати їх діяльність, визначати найбільш перспективні з фінансової точки зору напрямки розвитку.

Становлення і розвиток в Україні ринкової економіки вимагає від сертифікованих аудиторів постійно вдосконалювати свої професійні знання та практичний досвід з метою забезпечення високої якості аудиту та супутніх йому послуг. Усі сертифіковані аудитори України зобов'язані щорічно вдосконалювати свої професійні знання за програмою, затвердженою Аудиторською палатою України. Така програма розробляється відповідно до Закону України "Про аудиторську діяльність", Статуту Аудиторської палати України, Національних нормативів та Міжнародних стандартів аудиту [2; 4].

Аудиторська діяльність в Україні має порівняно невелику історію. Вона зумовлена потребами ринкової економіки держави, основаної на різних формах власності та господарювання. Можна сказати, що фінансово-правове регулювання аудиторської діяльності в Україні на сьогоднішній день переживає етап початкового формування, потребує подальших теоретичних розробок для створення належної правової основи, вивчення та узагальнення досвіду зарубіжних країн при формуванні аналогічних інститутів незалежного фінансового контролю.

Для цього важливо, перш за все, визначити правову природу аудиту. Сам термін аудит походить від латинського *аслуховувати, ознайомлюватися*. Ряд істориків притримуються думки, що перші спроби запровадження фінансової звітності та контролю припадають ще на IV тисячоліття до нашого часу, коли стародавні цивілізації Близького Сходу почали створювати високоорганізовані держави і налагоджувати господарську діяльність [9, с.20].

Із самого початку правителі організували певні системи обліку доходів, видатків, зборів. При цьому необхідно було розробити та встановити забезпечену державою правову основу контролю, включаючи своєрідний аудит, тобто незалежну перевірку, метою якого було зменшення помилок і обману з боку некомпетентних або нечесних чиновників.

Цікаво, що певні форми внутрішнього контролю того часу описано ще в Біблії, зміст якої охоплює період із 1800 року до нашого часу по 95 рік нашого часу. Логічне обґрунтування запровадження контролю полягає в тому, що якщо робітникам "створити умови" для крадіжок, вони можуть скористатися нагодою, й відображає той самий професійний скептицизм, якого очікують від аудиторів і сьогодні. Біблія торкається також питання кількарівневої охорони майна, необхідності наймати компетентних, незалежних і чесних працівників, обмеження доступу та розподілу обов'язків.

Державна система обліку фінансів держави та контролю за нею китайської династії Чжоу (1122-256 рр. до н. ч.) включала ретельно розроблений бюджет і незалежний аудит усіх урядових департаментів [8, с.175; 10, с.15; 13, с.47].

В Афінах у V столітті до нашого часу Народні Збори контролювали доходи і видатки держави, а її фінансова система включала урядових аудиторів, які перевіряли документи всіх посадових осіб після закінчення строку їх повноважень. У приватному секторі господарі майна самостійно проводили аудит своїх рахунків.

У Римській Республіці державні фінанси знаходилися під контролем Сенату, а державний бюджет перевіряли штатом аудиторів під наглядом казначея. Римляни практикували розподіл обов'язків, підкреслюючи різницю між

посадовими особами, відповідальними за податки і видатки, і тими, хто мав справу з доходами і платежами. Крім цього, у Римі, на зразок Греції, було розроблено складну та багаторівневу систему перевірок і взаємоперевірок [9, с.245; 11, с.9].

В англійських країнах найстародавнішими джерелами, що містять облікові фінансові дані та відомості про аудит, є архівні документи Казначейства Англії і Шотландії XIII ст. У XIII столітті зустрічаються перші згадки про аудит як в Англії, так і в Італії, а “Французький твір про управління майном”, написаний у цьому ж столітті, рекомендував щорічно проводити аудит рахунків. У Лондонському Сіті аудит проводився вже у 1200 роках, а на початку XIV століття до числа виборних посадових осіб входили й аудиторі. З тих часів в архівах почали з’являтися документи, що засвідчують про широке запровадження послуг незалежних аудиторів у державі [9, с.211; 10, с.9].

Аудит у сучасному розумінні існує понад двісті років. Зародився він тоді, коли вперше виникло розмежування інтересів між особами, які безпосередньо займалися управлінням підприємством (менеджерами), і вкладниками коштів у його діяльність (власниками). У той же період почали зароджуватися акціонерні товариства, і аудитор зайняв центральне місце громадською контролера зовнішньої звітності правління компанії, обстоюючи інтереси сторін (передусім акціонерів), зацікавлених в об’єктивних бухгалтерських показниках діяльності компанії. Таким чином, формується в основному зміст сучасного аудиту, який набув значного поширення у країнах із розвинутою ринковою економікою [11, с.17].

Спочатку аудит був лише знаряддям перевірки і підтвердження достовірності бухгалтерських документів і звітів, потім він став системно-орієнтованим фінансовим та правовим контролем. При цьому, з метою запобігання помилкам, основні зусилля було спрямовано на підвищення ефективності системи управління підприємством, і насамперед його внутрішнього аудиту щодо вдосконалення технології виробництва, що позитивно відбилося на результатах господарювання, точності обліку і достовірності звітних даних. Отже, системний підхід зумовив нові якості аудиту, його консультативну та правову дієвість. При цьому формалізуються та набувають нормативності аудиторські процедури, що дає змогу оптимізувати проведення контролю, починаючи з підготовчої стадії і закінчуючи складанням аудиторського висновку (сертифікату) [9, с.245; 10, с.9].

Важливим етапом розвитку аудиту була орієнтація його на можливий ризик при проведенні контролю або консультацій, запобігання ризику. Особливе значення ризику аудитора пояснюється не лише можливістю втрати його репутації, а й значним грошовим штрафом у тих випадках, коли через непоряд-

ність або неправильний висновок аудитора замовнику-клієнту завдано матеріальних збитків [10, с.9; 14, с.56].

Заявляючи про помилки та інші виявлені недоліки у господарській діяльності, аудитор має дотримуватися принципу конфіденційності, оскільки порушення його може завдати збитків замовнику. Якщо аудитор довіряє системі внутрішнього аудиту, що діє на підприємстві, він може частину роботи не виконувати, а використати, наприклад, дані інвентаризації товарно-матеріальних цінностей, проведеної ревизорами підприємства-замовника, якщо вивчений, що перевірку проведено правильно. Крім того, аудитор може опиратися на висновки інших аудиторів, які перевіряли організацію та дочірні філіали-компанії, при аудиті зведеного (консолідованого) фінансового звіту підприємства [2; 4].

Формами фінансово-господарського контролю є тематичні перевірки, ревізії, аудит. Тематичні перевірки проводять усі контролюючі органи: ревізії – власники і Державна контрольно-ревізійна служба; аудит – незалежні спеціалізовані та сертифіковані аудиторські організації [6, с.240; 7, с.65].

Аудиторські організації за договорами з підприємствами, компаніями надають консультативні послуги не лише із питань достовірності звітності і декларацій, які подаються до податкових інспекцій та банківських установ, а й консультують також замовників з питань економічної ефективності ноу-хау, використання нових матеріалів, впровадження прогресивних безвідходних технологій, менеджменту, маркетингу, законодавства та права.

Отже, аудит – це форма незалежного фінансового контролю, що надається суб’єктам підприємницької діяльності на договірних засадах із питань ефективності господарювання та достовірності її відображення у бухгалтерському обліку і звітності [2; 4].

Аудиторська палата України, усвідомлюючи відповідальність аудиторської професії перед суспільством і виконуючи головні завдання, покладені на неї Законом України “Про аудиторську діяльність”, які полягають у сприянні розвитку незалежного аудиту в державі, вирішенні на єдиній методологічній основі принципових питань аудиторської діяльності, сприянні особистих ділових якостей аудиторів, прийняла рішення № 73 від 18 грудня 1998, починаючи з 1 січня 1999 року затвердити і ввести в дію Кодекс професійної етики аудиторів України, що запроваджує правила надання аудиторських послуг та фундаментальні принципи етики, яких має дотримуватися аудитор. Норми і фундаментальні засади етики, викладені у Кодексі етики, обов’язкові для виконання усіма аудиторами-практиками при наданні ними аудиторських послуг.

Необхідність у спеціальних знаннях, підготовці і досвіді, потрібних для того, щоб бути кваліфікованими аудиторами, а також специфіка послуг,



що їх надає професійний аудитор (як правило, у користувачів таких послуг виникають труднощі у розумінні й оцінці їхньої якості), визначають відповідальність аудитора, а також дотримання ним вимог норм і правил, що регулюють аудиторську практику.

Визначальною рисою професії незалежного аудитора є визнання ним відповідальності перед українським суспільством. Українське суспільство складається з клієнтів, кредиторів, органів державної влади, роботодавців, інвесторів, підприємців та інших суб'єктів держави, що покладаються на об'єктивність і чесність професійних аудиторів. Такий стан справ допомагає підтримувати стабільне і нормальне функціонування ринкових відносин у країні. Ця довіра з боку українського суспільства надає професії незалежного аудитора державного значення. Але задоволення потреби клієнтів не кінцева мета аудитора. Аудиторські норми і правила, насамперед, визначаються інтересами українського суспільства, вони допомагають незалежним аудиторам у підтримці прозорості і реальності фінансової звітності, наданої фінансовим установам, від яких клієнт отримує кредити і позички, сприяють акціонерам в одержанні додаткового капіталу [2; 3; 4].

Правові консультації з питань керування фінансовими ресурсами підприємства сприяють більш ефективному використанню їх. Послуги внутрішніх і незалежних аудиторів забезпечують умовності у правильному функціонуванні системи внутрішнього контролю підприємства, що у свою чергу підсилює вірогідність фінансової інформації про підприємства. Консультації в галузі оподаткування, що здійснюються на конфіденційній і довірчій основі, допомагають одержати правильне уявлення уміння системи і порядку оподаткування в країні, що стимулює їхнє дотримання. Консультації з менеджменту допомагають правильному прийняттю рішень керівництвом підприємств. Таким чином, суспільна роль і діяльність аудиторів при наданні ними послуг впливають на економічну стабільність і добробут українського суспільства. Аудитори є представниками еліти ділової громадськості країни тільки за умови надання ними професійних послуг на постійній основі і рівні, що відповідає вимогам суспільства [2; 4]. Найважливішою умовою, від якої залежить подальша доля аудиторської професії, є забезпечення і підтримка впевненості суспільства в тому, що послуги виконуються відповідно до його сподівань на високому фаховому рівні, згідно з вимогами Кодексу етики, Національних нормативів аудиту та чинного законодавства. Метою аудиторської діяльності є забезпечення високого фахового рівня послуг для досягнення максимальної ефективності праці, спрямованої на задоволення потреб українського суспільства, що потребує належного правового регулювання з боку держави.

Крім того, процес адаптації чинного національного законодавства до міжнародних стандартів вимагає суттєвого коригування нормативно-правової бази у сфері аудиторської діяльності [5; 10, с.6].

Так, із метою забезпечення стабільності та надійності банківської системи, зокрема, відображення в аудиторських звітах реальних висновків щодо фінансової звітності банків України, а також задля реалізації стратегічного курсу України на інтеграцію до ЄС, забезпечення входження України в європейський економічний та правовий простір, Національний банк України вимагає від комерційних банків, починаючи з аудиту за 2003 рік, подавати до НБУ аудиторські звіти на основі Міжнародних стандартів аудиту. Для професійної підготовки аудиторів банківських установ на основі Міжнародних стандартів аудиту Національний банк України за допомогою коштів Голландського Гранту впроваджує відповідну програму навчання. Після закінчення літ Гранту Аудиторська палата України має забезпечити підготовку аудиторів за цією програмою на постійній основі.

Виходячи з вищевикладеного, Національний банк України попереджає, що у разі невиконання Аудиторською палатою України заходів щодо адаптації Національних нормативів аудиту до Міжнародних стандартів аудиту, банки для проведення аудиту, починаючи з 2003 року, повинні укладати угоди з аудиторськими фірмами, працівники яких сертифіковані за Міжнародними стандартами аудиту [5].

*Висновки.* Інститут аудиторського контролю у фінансовому праві переживає етап становлення та адаптації як до чинного національного законодавства, так і до міжнародних стандартів. Як засвідчує тривалий міжнародний досвід, аудит, що виконує функції незалежного фінансового контролера та своєрідного фінансово-правового консультанта і адвоката, є тим необхідним механізмом, що забезпечує розвиток ринкових відносин. На сьогодні дослідження проблем аудиторської діяльності в Україні не виправдано обмежене, і аудит розглядається переважно з економічного боку, тоді як саме правова регламентація даного незалежного, недержавного інституту є єдиним засобом впливу з боку держави. Проте у юридичній літературі можна зустріти переважно поверхневий аналіз аудиторської діяльності як однієї з форм фінансово-правового контролю. Дослідження правової природи аудиторської діяльності сприятиме в подальшому розвитку і вдосконаленню законодавства, його адаптації до міжнародних стандартів та приведенню у відповідність до вимог сьогодення.

1 Конституція України. Прийнята Верховною Радою України 26 червня 1996 р. // Відомості Верховної Ради України. - 1996. - № 30. - Ст.141.

2 Закон України "Про аудиторську діяльність" від 22 квітня 1993 року // Відомості Верховної Ради України. - 1993. - № 23.

3. Закон України "Про бухгалтерський облік та фінансову звітність в Україні" від 16 липня 1999 року № 996-XIV // Офіційний вісник України - 1999. - №33 - Ст.16.
4. Кодекс професійної етики аудиторів України. Затверджений Рішенням Аудиторської палати України від 18 грудня 1998 р. - Ст.73.
5. Лист ШБУ від 4 березня 2003 р. № 43-712/1161-1595.
6. Алисов Е.А. Финансовое право. - Х.: Эспада, 1999. - 240 с.
7. Алисов С.О., Воронова Л.К., Кадьякаленко С.Т. та ін. Финансовое право: Підручник / Керівник авт. колективу і відп. ред. Л.К. Воронова. - Видання друге, виправлене та доповнене. - Х.: Фірма "Консум", 1999. - 496 с.
8. Бельский К.С. Финансовое право: наука, история, библиография. - М.: Юрист, 1995. - 208 с.
9. Дефлиз, Дженни, О'Рейлли. Аудит Монтгомери / Перевод с англ. - М.: "Аудит: ЮНИТИ", 1997. - 542 с.
10. Дорон П.І. Аудит: методологія і організація. - К.: Знання, 2001. - С.402.
11. Жаппі-Носполітак Р.Ю. Аудиторська діяльність: Сучасний стан та проблеми правового регулювання. - Л., 1998. - 173 с.
12. Финансовое право: Учебник / О.П. Орбунова. - М.: Юрист, 1996. - 400 с.
13. Сухарева Л.О. Еволюція функції контролю // Фінанси України. - 2000. - №8. - 160 с.
14. Павлов Д.О. Розвиток законодавства про фінансовий контроль як напрямок фінансово-правового забезпечення адміністративної реформи // Підприємство, господарство, право. - 2001. - №10. - С.54-57.

O.Manchenko

#### FINANCIAL AND LEGAL NATURE OF AUDIT ACTIVITY IN UKRAINE

In the article the author analyses the scientific development of the audit activity. Author of this article shows his scientific view about legal nature of audit in Financial Law of Ukraine, pays the main attention to the theoretical research of the problems of development of legislation in this sphere. Author makes some new theoretical conclusions, which have an important practical content for the improvement of the budget legislation.

*І.Л.Литвиненко*

### ДО ПИТАННЯ ПРО СПІВВІДНОШЕННЯ ПРИРОДНО-ПРАВОВОЇ ТА ПОЗИТИВІСТСЬКОЇ КОНЦЕПЦІЙ ПРАВ ЛЮДИНИ

Наукові дискусії з приводу визначення природи та змісту прав людини мають надзвичайно глибоке коріння. По суті вони виходять за межі виключно правової, юридичної проблематики і є частиною загальнофілософського питання, яке досліджується в ракурсі місця та ролі людини у світі. Найбільше суперечок серед філософів та науковців викликає проблема походження прав людини, а також те, що вважати періоджерелом прав – природний закон чи воля держави, яка визначає обсяг і зміст основних прав людини. Ці дискусії тривають уже протягом багатьох століть і не втрачають своєї актуальності.

Намагаються дати відповідь на поставлене питання і українські науковці. Особливо це пов'язано із зміною концепції прав людини, що панувала у

нашому суспільстві і була докорінно трансформована з прийняттям Конституції України, в якій за основу взята (як найчастіше зазначається в літературі [1, с.68; 2, с.186; 3, с.13]) природно-правова доктрина. З іншого боку, сам факт конституційного закріплення переліку прав і свобод можна вважати підтвердженням вихідних положень позитивістської концепції. Тобто питання співвідношення природно-правової та позитивістської концепцій в нашій теорії та практиці не є до кінця розв'язаним і його знову доцільно підняти з метою проведення наукової дискусії.

Проблематику прав людини, їх змісту, класифікації, гарантування в Україні досліджували і досліджують багато науковців, зокрема, В.В.Колісничков, В.Ф.Погорілко, П.М.Рабінович, Г.Г.Шмельова, Ю.С.Шемшученко та інші. Не обминається і питання періоджерел прав людини. Як правило, дана проблема розглядається в ракурсі історичного розвитку прав людини. Але оскільки остаточно сформульованого підходу немає, відповідно, всі висловлені думки будуть корисні і внесуть свій вклад у справу наукового пізнання піднятих проблем.

Метою доповіді є окреслення авторського бачення засад співвідношення та переваг природно-правової чи позитивної концепцій прав людини та їх впливу на формування української правової системи.

Перш ніж проводити порівняльну характеристику цих двох концепцій, варто визначитись з самими термінами. Найбільш розповсюдженим є розуміння природного права як певного нормативу поведінки, джерелом якого є сама природа людини, її потреби та інтереси. Природні права існують незалежно від того, закріплені вони де-небудь чи ні. Позитивне право – це право, що виходить від держави і суспільства, виражене в писаних нормах, міститься в нормативно-правових документах [4, с.208].

Безумовно, найбільшим авторитетом користувалася і продовжує користуватися природно-правова концепція. Дійсно, її роль і значення не можна применшувати, оскільки саме поява і розвиток цих ідей надала перший поштовх до осмислення цієї важливої проблематики. Ідея природних, невідчужуваних і непорушних прав – дуже сильна вселюдська ідея, як стала ідеологічним обґрунтуванням буржуазних революцій і гаслом у боротьбі людини за свою свободу і незалежність. Саме ця теорія утвердила пріоритет інтересів людини над державою і визначила основні параметри правовідносин між цими суб'єктами. Цінність природно-правового вчення полягає також у тому, що воно спирається на моральні принципи і категорії свободи, справедливості, людської гідності і щастя.

Проте й ідеалізувати цю концепцію не можна, адже лише нормативне закріплення основного каталогу прав людини визначило їх системну сталість

і падало можливість індивіду висувати певні вимоги до держави про захист і забезпечення своїх прав. Так, прийняття Конституції США 1787 року ґрунтувалось на природно-правовій концепції прав людини, і, відповідно, Конституція не містила переліку основних прав, оскільки її творці, послідовно впроваджуючи ідеї природної концепції, вважали, що природні права людини не потребують свого нормативного закріплення в тексті Основного Закону. Проте відсутність такого переліку викликала значну критику цього документа і створила перешкоди на шляху реального користування людиною її правами, в тому числі і природними. Відповідно, під тиском суспільної думки до Конституції були внесені перші поправки, які ввійшли в історію під назвою Білл про права 1791р.

І подальша практика держав, навіть тих, що визнають природно-правову концепцію походження прав людини, не відкидає можливості їх позитивного оформлення [5, с.24]. Конституційна практика розвинутих держав у певній мірі зняла протистояння природно-правового та позитивістського підходу до прав людини шляхом закріплення основних прав і свобод, яке виключає пригноблення і насилля держави по відношенню до особистості, захищаючи її автономію і пріоритет прав людини по відношенню до держави.

Тому ці дві теорії в сучасному світі не виступають як антиподи. Природно-правова доктрина акцентує свою увагу на витоках походження прав людини, а позитивістська - на їх подальшому розвитку та формі існування. Позитивне закріплення природних прав і принципів – це сприятлива тенденція, яка знімає крайнощі вказаних доктрин – незахищеність природних прав людини поза межами їх державного визнання та закріплення, і подолання певного відмежування позитивістського вчення від моральних, соціальних цінностей.

На захист позитивістської концепції можна також висловити думку про те, що реальну користь від своїх прав людина може отримати лише в суспільстві і в державі. Яка, скажімо, реальна вартість права на свободу і особисту недоторканість, якщо особа знаходиться за межами соціуму, перебуває, наприклад, на безлюдному острові. Тобто якусь реальну вартість і значення права людини отримують лише в суспільстві, адже людина – це істота не лише суто біологічна, але, в першу чергу, суспільна.

Категорію прав людини не можна розглядати за межами міжособистісних зв'язків. Як і поняття “моралі”, “добра”, які не мають якоїсь долюдської історії, так і права людини з'являються тоді, коли виникають і усвідомлюються зв'язки типу “людина – людина”. Навіть у первіснообщинному суспільстві вже можна вести мову про певні позитивні права, що визначались, закріплювались і дотримувались як певний звичай, традиція, наприклад, право захищати себе, своє життя, право брати участь у полюванні та право на частку здобичі (жінки,

літи), право на повагу та підтримання у старості тощо. З іншого боку, “право – обов'язок” – це така сама парна категорія, як, наприклад, “добро – зло”, які без своєї пари втрачають будь-який сенс. А якщо існує обов'язок, значить, існує зобов'язаний суб'єкт (інша фізична особа, суспільство, держава). Це можна розглядати, як ще одне підтвердження того, що права людини не мають якоїсь досуспільної природи.

А взагалі в протиставленні природно-правової та позитивістської теорій закладений білий глобальний спір: що розуміти під правом взагалі [6, с.42].

Дж.Локк зазначав, що воно (природне право) ніколи не буде відмінено, люди не можуть відмінити цей закон, оскільки вони підпорядковані йому і ця підпорядкованість визначена вище [7, с.46].

Монтеск'є також підкреслював, що всім громадянським і політичним законам передують закони природи, названі так тому, що вони випливають виключно з природи нашої сутності. Іншими словами, заперечується залежність їх юридичного закріплення від волі законодавця.

З іншого боку, природні права набувають своєї цінності лише в державі. К.Хессе зазначав, що свобода і рівність особи не можуть бути задані природою, оскільки вони мають значення лише у взаємовідносинах між людьми, тобто не мають ні додержавного, ні доправового характеру [8, с.150].

Тому лише закріплення суб'єктивного природного права у чинному законодавстві призводить до його реального здійснення (Кельзен). Як держава є необхідним і поки що єдиним універсальним способом організації суспільства, так і позитивне закріплення прав людини є необхідним етапом реалізації і дійсного втілення прав людини, без якого вони просто втрачають свій сенс.

Крім того, трактуючи зміст природного права, прихильники природно-правової концепції роблять акцент на його моральності, справедливості, тим самим, як зазначає, наприклад, В.С.Нерсесянц, по суті підмінюючи поняття права морально [9, с.56].

Проте, з іншого боку, визначення особистих прав як природних значно обмежує свавілля законодавця на власний розсуд визначати межі правового регулювання. Поняття “природного права” дозволяє наділити їх такими ознаками, як невідчужуваність (неможливість передачі цього права) і невід'ємність – теоретична ознака, що означає існування суб'єктивного права незалежно від волі законодавця.

Таким чином, дві згадані концепції є необхідними етапами існування прав людини. Ми не можемо нехтувати ідеєю, що права людини притаманні самій її природі, як і здатність дихати, усвідомлювати себе, мислити. Проте лише нормативне закріплення прав людини здатне реально вплинути на їх ефективне забезпечення. Так, якщо уявити собі ситуацію, що з часом можуть

виникнути проблеми з чистим повітрям чи питною водою, зрозуміло, що розподіляти їх буде держава. Проте це не означатиме, що держава буде дарувати ці блага, оскільки людина має на них природне право. Однак лише держава як найбільш уніфікована організація суспільства здагна буде ці права забезпечити.

Отже, появу і розвиток природно-правової концепції можна оцінювати як революційну зміну у суспільній свідомості: індивід вийшов за межі суцільного підпорядкування держави і набув автономності, права на невтручання держави у сферу свободи особистості. Проте слід уникати крайнощів такого відходу, тому що це може призвести до знецінення суті і ролі держави. Доцільно у сучасній правовій практиці вести мову не про пріоритет, а про паритет прав та інтересів людини і держави. Сучасна конституційна та судова практика зарубіжних країн пом'якшує протиставлення природних і позитивних прав, йдучи шляхом позитивного закріплення природних прав та принципів. Тим самим уникається можливість незахищеності природних прав людини поза межами державного закріплення і забезпечується їх відповідність моральним та соціальним цінностям.

1. Коментар до Конституції України (Ст. 21). – К.: Ін-т законодавства ВР України, 1996. – 376 с.
2. Конституційне право України / За ред. д.ю.н., професора В.Ф.Погорілка. – К.: Наук. думка, 2000. – 732 с.
3. Кушніренко О.Г., Сліпченко Т.М. Права і свободи людини та громадянина: Навч. посібник. – Х.: Факт, 2001. – 440 с.
4. Скакут О.Ф. Теорія держави і права: Підручник / Пер. з рос. – Харків: Консуд, 2001. – 656 с.
5. Права человека: Учебник для вузов / Отв. ред. Е.А. Лукашева. – М., 1999. – 573 с.
6. Романовский Г.Б. Гносеология права на жизнь. – СПб.: Изд-во "Юридический центр Пресс", 2003. – 370 с.
7. Локк Д. Опытты о законе природы // Соч.: В 3-х т. – Т.3. – М., 1998.
8. Хессе К. Основы конституционного права. – ФРГ: М., 1981.
9. Пересягин В.С. Философия права: Учебник для вузов. – М.: Норма, 2004. – 656 с.

I.Pytvynenko

#### TO THE QUESTION ABOUT CORRELATION BETWEEN NATURAL LAW AND POSITIVE THEORIES OF THE HUMAN RIGHTS

The article deals with the problems of correlation between natural law and positive theories of the human rights. Also basic positions of those theories, their content, basic attributes, advantages and lacks are analyzed. Besides there are some conclusions about influence of these legal concepts into the Ukrainian legal system.

*Р.О.Дудієв*

#### ПРИНЦИП СУБСИДАРНОСТІ В ПУБЛІЧНІЙ ВЛАДІ. ЙОГО ЗНАЧЕННЯ ДЛЯ РЕАЛІЗАЦІЇ ПРАВ І СВОБОД ГРОМАДЯН

Функціонування інститутів влади та управління в Україні, на жаль, ще не досягло свого оптимального рівня. Органи, які наділені владними повноваженнями щодо управління суспільними справами (органи публічної влади та управління), часто не виконують свого основного призначення – сприяння в забезпеченні прав та інтересів людини і громадянина. Причинами цього є фактори як об'єктивного, так і суб'єктивного характеру. Серед основних об'єктивних факторів можна назвати недостатній досвід у розбудові власних інститутів, які покликані здійснювати управління в суспільстві, тоталітарне минуле, яке було пов'язане зовсім з іншими принципами організації влади ніж ті, які намагається впроваджувати сучасне українське суспільство, а звідси й усі інші негаразди, пов'язані з перехідним періодом. Серед факторів суб'єктивного характеру в першу чергу треба виділити схильність органів та посадових осіб, які наділені владними повноваженнями, часто відстоювати інтереси не людини та суспільства в цілому, а відомчі та свої власні інтереси. Але найбільш негативним фактором (який поєднує в собі як об'єктивні, так і суб'єктивні моменти) є низький рівень правової та політичної культури українського суспільства загалом. Це виражається в тому, що громадяни України часто самі не розуміють призначення тих чи інших суспільних інституцій, не вміють ефективно контактувати та співпрацювати з владою, не відчувають власної відповідальності за свою долю, а керуються споживацькими настроями тощо. Причому, недостатній рівень правової культури можна спостерігати не тільки серед "рядових" громадян, але й серед політичної, управлінської і (що найбільш засмучує) наукової, так званої, еліти. Остання замість того, щоб брати активну участь у формуванні нових цінностей, інколи ще сама керується старими догмами та стереотипами минулого. Зокрема, це проявляється і у відношенні щодо публічної влади та публічного управління.

Слід зазначити, що такі категорії, як "публічне управління", "публічна влада" до останнього часу дуже рідко застосовуються у вітчизняній науковій літературі, не говорячи вже про їхнє застосування в нормативно-правових актах. Натомість як і раніше вживаються терміни "державна влада", "державне управління". Звичайно, в багатьох випадках застосування цих термінів є виправданим і навіть єдиною можливістю. Але, виходячи з ознак сучасної політичної системи України, яка будується на принципах політичного плюралізму, за якого держава вже не бере на себе всю відповідальність за управління суспільством, існують й інші інституції, які поряд із державою здійснюють управлінські

функції в суспільстві. Причому серед цих інституцій є навіть ті, які народ (так само, як і державу) наділив владою для реалізації управлінських функцій. Йдеться про інститут місцевого самоврядування, який є окремою формою публічної влади, що підтверджується змістом ст.5 Конституції України, за якою народ здійснює владу безпосередньо і через органи державної влади та органи місцевого самоврядування.

Такий спосіб організації публічної влади цілком відповідає принципам демократії і є загальнопоширеним явищем у переважній більшості розвинутих країн світу. Однак в Україні, з огляду на причини, про які вже йшлося вище, організація публічної влади пов'язана з цілою низкою проблем.

Однією з них є проблема розмежування повноважень органів державної влади та органів місцевого самоврядування. Суть цієї проблеми полягає в існуванні на місцевому рівні двох центрів реалізації публічної влади. Одним із них є місцеві державні адміністрації, які є органами державної виконавчої влади, а іншим – органи місцевого самоврядування, які не входять до системи органів державної влади, а здійснюють власні повноваження самостійно. Такий стан речей вимагає чіткого розмежування повноважень цих органів задля ефективного виконання ними своїх функцій.

Питанням функціонування органів публічної влади на місцевому рівні сьогодні приділяється значна увага. Все частіше публікуються наукові дослідження, присвячені цій проблемі, з'являється нова література, формується нова галузь права – муніципальне право, а також однойменна наукова дисципліна, яка покликана вивчати інститут місцевого самоврядування, тощо. Зокрема, цими питаннями в Україні займаються такі вчені, як В.М.Кампо, В.Ф.Погорілко, В.М.Шаповал, О.Ф.Фрицький, М.О.Баймуратов, М.І.Корнієнко, В.І.Борденюк, І.П.Бутко, П.Ф.Мартиненко, А.І.Селіванов, М.В.Пітчик, В.В.Кравченко, О.В.Баганов та ін.

Опираючись на дослідження вказаних учених, ставимо своїм завданням, узагальнивши різноманітний досвід, вивести теоретичні засади, на основі яких можна було б здійснити реальне розмежування повноважень різних органів публічної влади.

На нашу думку, корисним для успішного здійснення такого розмежування, в тому числі на законодавчому рівні, буде застосування принципу субсидіарності.

Необхідно зазначити, що принцип субсидіарності здебільшого розглядався як принцип, на якому повинні ґрунтуватися відносини людини з громадою, а якщо розглядати його більш ширше – суспільства з владою. Основна ідея цього принципу полягає у тому, що публічна влада повинна втручатися у вирішення справ, які виникають у суспільстві, лише в тій мірі і в тих межах, за

яких суспільство та його групи, починаючи від індивідуумів і до сім'ї, територіальних громад та інших більш значних груп, не в стані задовольнити свої різнобічні потреби.

Уперше цей принцип отримав своє формулювання в енциклопедії Папи Пія XI, опублікованій в 1931 році. За цим формулюванням, принцип субсидіарності можна звести до таких основних трьох тез:

- повноваження, які люди здатні здійснювати з власної ініціативи і власними засобами, не повинні бути відібрані у них та передані до громади;
- якщо забрати у більш низького соціального утворення функції, які воно може здійснювати саме, і передати їх соціальному утворенню більш високого порядку, то це буде не тільки несправедливо, але й порушить громадський порядок загалом;
- єдина мета будь-якого суспільного втручання полягає у тому, щоб допомогти членам суспільства, а не знищити або поглинути їх [1, с.269].

На нашу думку, цей принцип, особливо виходячи зі змісту другої наведеної тези, цілком успішно може використовуватись не тільки у зв'язках людина – громада чи суспільство – влада, але й у зв'язку влада – влада, коли йдеться про дві форми публічної влади: державну владу та владу місцевого самоврядування. Застосування принципу субсидіарності в цьому значенні не є чимось надто новим. Наприклад, частина третя ст.4 Європейської хартії місцевого самоврядування встановлює: “Муніципальні функції, як правило, здійснюються переважно тими властями, які мають найтісніший контакт з громадянином. Наділяючи тією чи іншою функцією інший орган, необхідно враховувати обсяг і характер завдання, а також вимоги досягнення ефективності та економії” [2]. Необхідно зазначити, що Європейська хартія місцевого самоврядування була ратифікована Верховною Радою України в 1997 році, однак реальне втілення положень цього міжнародного документа, який став частиною національного законодавства, не завжди відбувається відповідно до тих стандартів, які в ньому закладені.

Повертаючись до принципу субсидіарності, необхідно звернути увагу на два аспекти, які він у себе включає. З одного боку, субсидіарність передбачає, що влада більш високого територіального рівня може втручатись у сферу влади більш низького рівня лише в тій мірі, в якій остання продемонструвала свою нездатність. Тобто субсидіарність у цьому значенні базується на принципі невтручання державної влади або органу місцевого самоврядування більш високого територіального рівня у вирішення питань місцевого значення. З іншого боку, субсидіарність прямо передбачає втручання – влада більш високого рівня не лише має право, але і повинна втручатися у сферу влади більш низького рівня. Водночас це втручання передбачає не підміну (заміщення), а

певний тип допомоги, яка заохочує владу низових рівнів та наділяє їх повноваженнями [1, с.269].

Ідеї принципу субсидіарності в певній мірі сприйняли і розробники Концепції адміністративної реформи в Україні. За цією концепцією виконавча влада, реалізуючи призначення демократичної, соціальної правової держави, створює умови для реалізації прав і свобод громадян, а також надання їм широкого кола державних, в тому числі управлінських, послуг. Держава цілеспрямовано мінімізує своє втручання в життєзабезпечення громадян і бере на себе лише ті послуги, які в даний період розвитку суспільства в змозі гарантувати і які неможливо знайти на ринку послуг. Воля постійно прагне дерегулювання, тобто передачі своїх функцій механізмам ринкової саморегуляції і державним інституціям.

Цей процес має ґрунтуватися на тому, що:

1) надання послуг із боку виконавчої влади повинно бути спрямовано на задоволення потреб особи і суспільства. Тому потрібно визначити перелік відповідних послуг, які потрібні громадянам, а також критерії оцінки якості та ефективності їх надання;

2) соціальні процеси повинні регулюватися з боку держави лише у разі, якщо це обумовлено інтересами всього суспільства. Відносини між споживачами та постачальниками товарів і послуг регулюються ринком, окрім тих випадків, коли він не може адекватно задовольнити потреби суспільства;

3) управлінські послуги повинні бути платними тільки у випадку, коли громадянин має вибір – чи користуватися цією послугою, чи ні;

4) управлінські послуги повинні надаватися, насамперед, на низових рівнях структури виконавчої влади, що забезпечить їх наближення до споживачів. У деяких випадках надання послуг на більш високому структурному рівні може бути обумовлено потребами економії чи вимогами до якості надання послуги [3, с.247].

У наведених тезах Концепції адміністративної реформи в Україні чітко простежується одна з базових ідей принципу субсидіарності: повноваження повинні здійснюватись на рівні настільки близькому до громадянина, наскільки це можливо.

Виходячи з потреб юридичної практики, принцип субсидіарності можна використати як певну формулу розподілу в законодавчих актах повноважень. Автори півначального посібника “Муниципальное право Украины” В.В.Кравченко та М.В.Пітчик пропонують сформулювати її так: найнижчий рівень влади отримує такі повноваження, які наступний за ним територіальний рівень влади не може здійснити більш ефективно [1, с.270].

Вважаємо, що з наведеною формулою розмежування повноважень цілком можна погоджуватись і її застосування на практиці дало б позитивні результати.

в першу чергу, щодо реального сприяння органів влади в забезпеченні та реалізації прав і свобод громадян. Разом із тим до застосування такої формули треба підійти досить виважено. Особливо це стосується оцінки можливості ефективного здійснення повноважень тими чи іншими органами влади. Загалом, проблемі оцінки ефективності реалізації повноважень органами влади вважасмо одним із головних шляхів подальших розвідок у даному напрямку.

1. Кравченко В.В., Пітчик М.В. Муниципальное право Украины: Півначальний посібник. – К., 2003.
2. Європейська хартія місцевого самоврядування, ратифікована Законом України від 15 липня 1997 р. № 452/97-ВР.
3. Концепція адміністративної реформи в Україні / Територіальна організація влади в Україні / За заг. ред. А.П.Зайця. – К., 2002.

R.Dudiyev

PRINCIPLE OF SUBSIDIARITY IN PUBLIC AUTHORITY: ITS ROLE FOR REALIZATION OF RIGHTS AND FREEDOMS OF CITIZENS

This article is dedicated to the problem of delimitation of powers between the bodies of public authority. The author suggests to use the principle of subsidiarity as one of ways of the decision of this problem.

*Р.Т.Чернега*

## КОМУНАЛЬНА ВЛАСНІСТЬ – ОСНОВА МІСЦЕВОГО САМОВРЯДУВАННЯ

Із реформуванням політичної ситуації на початку 90-х років, прийняттям Конституції України від 28 червня 1996 року в країні розпочались процеси відродження, розвитку та становлення демократичних інститутів.

Запровадження вільних ринкових відносин дало можливість розвиватися приватній власності, запровадженню в країні нових технологій в різних галузях господарювання. Це в свою чергу створило сприятливі умови для інвестиційного клімату в Україні, зокрема для розвитку туризму Карпатського регіону.

Особливо привабливою як для вітчизняних, так і закордонних інвесторів є Івано-Франківська область. Із прийняттям Програми розвитку туризму в області на 2002-2010 роки [1] кількість бажаючих створити свій бізнес на теренах Карпатського регіону зростає. В містах обласного значення, районних центрах тривають процеси приватизації нерухомого майна, а саме нежитлових приміщень та земельних ділянок.

Згідно із Законом України “Про місцеве самоврядування в Україні”, матеріальною і фінансовою основою місцевого самоврядування є рухоме і

нерухоме майно, доходи місцевих бюджетів, позабюджетні цільові (в тому числі валютні) та інші кошти, земля, природні ресурси, що є у комунальній власності територіальних громад сіл, селищ, міст, районів у містах, а також об'єкти їхньої спільної власності, які перебувають в управлінні районних і обласних рад [2]. Питання можна поставити від зворотного. На чому тримається місцеве самоврядування? Комунальна власність, земля і місцеві податки, збори, які формують бюджет. Це три кити [3]. Цей факт підкріплений історією, яка свідчить про те, що у громади була корпоративна власність, в тому числі й на землю. В межах своєї території вона встановлювала правила господарювання, призначала для своїх членів податки, платежі та інші повинності.

Питання комунальної власності гостро стоїть при обговоренні будьяких проблем, що стосуються місцевого самоврядування. Ці проблеми постають і перед науковцями нашої держави. Заслужують на увагу праці О.В.Баганова, В.В.Кравченка, М.В.Пітцика, Л.О.Цибуленко, Л.Музики, А.Величко, А.Паскара, В.Польового та інших. Безперечно, вагомий внесок у вирішення поставлених питань вносять законотворці України. Безпосередньо питаннями розвитку та становлення місцевого самоврядування в Україні займається комітет Верховної Ради України з питань державного будівництва та місцевого самоврядування в Україні. Доречно відмітити, що нещодавно його голова – народний депутат України Анатолій Матвієнко провів робочу нараду в м. Івано-Франківську за участю представників місцевих рад усіх рівнів області, представників громадськості, засобів масової інформації. Концепція ефективного місцевого самоврядування в Україні [4], яка була роздана присутнім на засіданні, призначена для громадського обговорення. Це свідчить про усвідомлення необхідності прийняття рішень тільки при наявності широкого обговорення та правлення того чи іншого документа, що приймається радами всіх рівнів, в тому числі Верховною. У Концепції одним з першочергових завдань, які необхідно вирішити для утвердження самостійності і спроможності територіальних громад вирішувати місцеві питання, є завершення процесу формування комунальної власності та розподілу земель на комунальні та державні.

Прийняття закону, який би врегулював усі питання комунальної власності, стало одним із пріоритетних завдань при вирішенні проблем місцевого самоврядування в цілому. Так, на черзі розробка та прийняття таких законопроектів, як “Про розмежування державної та комунальної власності”, “Про розмежування земель державної та комунальної власності”, “Про місцеві органи забезпечення громадського порядку та охорони комунального майна” [5].

Прийняття таких нормативно-правових документів дозволило вирішити суперечності щодо приналежності того чи іншого майна до комунальної влас-

ності територіальної громади одного міста чи до спільної власності територіальних громад сіл, селищ, міст області.

Та, на жаль, до прийняття таких життєво важливих документів ще досі органи, яким територіальна громада (в особі міської ради) делегувала повноваження щодо управління комунальним майном, керуються розпорядженнями Представника Президента України початку 90-х років. Неповна сформованість законодавчої бази в окремих випадках призводить до виникнення різного роду конфліктів.

Саме такий конфлікт мав місце на теренах нашої області між Івано-Франківською міською та обласною радою. А передумовою стало наступне.

Приватний підприємець – фізична особа, яких тисячі працюють в Україні, сміливо виступив на захист своїх конституційних прав на приватну власність. Передумовою стало те, що, отримавши згідно з рішенням міської ради дозвіл на приватизацію орендованого нежитлового приміщення, яке відповідно до розпоряджень Представника Президента України в Івано-Франківській області від 1992, 1993 рр., рішення Івано-Франківської обласної ради від 1993 р. “Про майно області” належить до комунальної власності територіальної громади м. Івано-Франківська, з'ясувалося, що обласна рада в односторонньому порядку, без згоди територіальної громади (міської ради) прийняла цей об'єкт до спільної власності територіальних громад області.

Відповідно до Законів України “Про місцеве самоврядування в Україні”, “Про приватизацію невеликих державних підприємств (малу приватизацію)”, “Про державну програму приватизації”, питання включення до місцевих програм приватизації об'єктів, що належать до комунальної власності відповідної територіальної громади, вирішуються виключно на пленарних засіданнях відповідних рад [6]. Це ж саме стосується і питань передачі об'єктів з комунальної власності однієї територіальної громади до спільної власності територіальних громад області.

Завдяки наполегливості та компетентності підприємця у своїх правах, чіткій позиції міської влади щодо відстоювання інтересів територіальної громади міста на чергове засідання обласної ради виноситься проект рішення про внесення змін до рішення облради в частині вилучення цього будинку з переліку об'єктів комунальної власності, що відносяться до спільної власності територіальних громад області. Чи прийме це рішення облрада – побачимо. Якщо ні, у справу повинні втрутитися правоохоронні органи, опротестувавши неправомірні дії.

Як сталося, що обласна рада в односторонньому порядку, без згоди територіальної громади міста, міської ради передала до спільної власності громад області власність міста, вирішувати спеціальним комісіям, створеним облрадою.

Таким чином, хоч і не вникаючи глибоко в ці проблеми, видно, що право територіальної громади як власника свого майна, належного їй на законних підставах, унаслідок розмежування державної власності, є грубо порушеним.

Безперечно і однозначно порушено право громадянина на власність, яке визначено Основним Законом нашої держави.

Та хотілось би відзначити той позитивний момент, на який не можна не звернути увагу. Як бачимо, в процесі поступового вирішення цього конфлікту однозначно налагодилась тісна співпраця між конкретним представником територіальної громади та органом місцевого самоврядування. Цим прикладом можна заперечити твердження В. Андрощука, що “на тринадцятому році незалежності і економічних реформ... зберігається відчуженість більшості громадян від реальної влади і власності” [7].

Тобто це свідчить про зростання позитивного досвіду в контексті спільного відстоювання своїх прав (громади в цілому і конкретної людини зокрема) та реалізації безпосередньої участі громадян у місцевому самоврядуванні в Україні.

1. Костюк Б. Прикарпаття – край туризму // Вісн. – 2003. – № 9. – С.27.
2. Відомості Верховної Ради. – 1997. – №24. – Ст.170.
3. Семенюк В. Щоб успішно будувати тоталітарну державу, досить територіальні громади позбавити коштів // Вісн. – 2003. – № 9. – С.12.
4. Комітет Верховної Ради України з питань державного будівництва та місцевого самоврядування в Україні. Концепція ефективного місцевого самоврядування в Україні (коротка версія). Окреме видання. 2004. – С.14.
5. Там само. – С.15.
6. Відомості Верховної Ради. – 1997. – № 24 – Ст.170.
7. Володимир Андрощук. Магдебурзьке право: самоврядування чи самовтіпання?.. / [www.ukrslovo.kiev.ua/istoria](http://www.ukrslovo.kiev.ua/istoria).

R.Chernega

#### THE MUNICIPAL PROPERTY – THE BASIS OF LOCAL SELF-GOVERNING

In the article the problems of legislative division of municipal and state property, as well as the problems of allotments are solved. Especial attention is paid to the formation of the municipal property of separate territorial community and property of territorial communities of Ivano-Frankivsk region.

## ЦИВІЛЬНЕ, ЦИВІЛЬНО-ПРОЦЕСУАЛЬНЕ ТА ГОСПОДАРСЬКЕ ПРАВО

І.І.Банасевич

### ПРАВОВЕ РЕГУЛЮВАННЯ ЗАКУПІВЛІ ТОВАРІВ, РОБІТ І ПОСЛУГ ЗА ДЕРЖАВНІ КОШТИ

У період існування глобальної адміністративно-командної системи управління економікою колишнього СРСР, коли практично всі поставки продукції і товарів здійснювались на основі планових актів, потреби в особливому регулюванні відносин, пов'язаних із поставками продукції і товарів для задоволення державних потреб, не було.

Відмова від централізованого планування матеріально-технічного забезпечення суб'єктів господарювання, перехід до ринкових методів регулювання економічних відносин знову викликали необхідність розробки спеціальних законодавчих актів, які б ураховували специфіку відносин із приводу задоволення державних потреб.

Окрім цього, оскільки Україна має наміри інтегруватися в Європейське Співтовариство, а також приєднатися до Світової організації торгівлі, їй необхідно привести своє законодавство у сфері державних закупівель відповідно до норм і правил міжнародної торгівлі.

Однак недосконалість нового законодавства, проблеми фінансування державних закупівель і розподілу державних коштів, суб'єктивізм, помилки і зловживання в процесі вибору виконавців і видачі державних замовлень, незнання учасниками процедури закупівлі своїх прав та обов'язків перешкоджають процесу становлення ринкової системи державних закупівель в Україні.

Тому в цій статті проаналізуємо чинне законодавство, що регулює порядок проведення державних закупівель в Україні, а також визначимо основні напрямки його вдосконалення та з'ясуємо проблеми, які виникають при застосуванні правових норм на практиці.

Слід зазначити, що окремі аспекти даної проблеми вже аналізували деякі автори, зокрема: О.Загітко досліджував питання захисту вітчизняних товаровиробників при здійсненні державної закупівлі [4, с.12-16], А.Золотухін – питання захисту вітчизняного ринку при здійсненні закупівель, кваліфікаційні вимоги до учасників конкурсу [5, с.27], І.Анопій – процедури конкурсного відбору переможця та зміст тендерної документації [2, с.18-21], В.Воронін – проблеми задоволення потреб територіальних громад [3, с.15-17] та інші. Однак повний аналіз законодавства, з врахуванням змін, які відбулися



із прийняттям нових Цивільного та Господарського кодексів України, не проводився.

Отже, на сьогоднішній день порядок закупівлі товарів, робіт і послуг за державні кошти та укладення державних контрактів регулюється такими основними нормативно-правовими актами: Цивільним кодексом України від 16 січня 2003 р. № 435-IV, Господарським кодексом України від 16 січня 2003 р. № 436-IV, Законом України “Про поставки продукції для державних потреб” від 22 грудня 1995 р. № 493/95-ВР та Законом України “Про закупівлю товарів, робіт і послуг за державні кошти” від 22 лютого 2000 р. № 1490-III.

Закон України “Про закупівлю товарів, робіт і послуг за державні кошти”, прийнятий 22 лютого 2000 р., спрямований на створення конкурентного середовища у сфері державних закупівель, забезпечення прозорості процедур закупівлі товарів, робіт і послуг за державні кошти та досягнення оптимального і раціонального їх використання. Під державними коштами в цьому законі розуміються кошти Державного бюджету України, бюджету Автономної Республіки Крим та місцевих бюджетів, кошти державних цільових фондів, кошти Пенсійного фонду України, державні кредитні ресурси.

Учасниками правовідносин у сфері закупівель товарів, робіт і послуг за державні кошти є замовники і учасники процедури закупівлі. Замовниками виступають органи державної влади та органи місцевого самоврядування і підпорядковані їм установи й організації, а також установи і підприємства, уповноважені відповідно Кабінетом Міністрів України або органами місцевого самоврядування здійснювати закупівлю товарів, робіт і послуг за державні кошти. Учасником процедури закупівлі може бути суб'єкт господарювання – фізична особа, що проживає на території України, чи юридична особа (резидент або нерезидент), що підтвердила намір взяти участь у процедурі закупівлі та подала тендерну пропозицію. Закон передбачає умови, за яких виконавцю може бути відмовлено в участі у закупівлі. Так, замовник може вимагати від виконавця надання інформації відносно його відповідності визначеним кваліфікаційним вимогам (наявність відповідної ліцензії, наявність коштів, обладнання і працівників визначеної кваліфікації, виконання аналогічних договорів і т.п.), і якщо виконавець не відповідає таким вимогам чи надає недостовірну інформацію, замовник відхиляє його пропозицію про участь у процедурі закупівлі. Тут слід відзначити, що попередня кваліфікація виконавців – це процедура, під час якої здійснюється попередній (ще до оголошення про здійснення процедури закупівлі) відбір виконавців, які відповідають кваліфікаційним вимогам, установленим замовником. Тому, як бачимо, попередня кваліфікація – це не відбір найкращої пропозиції, які подаються значно пізніше, а відбір конкретних виконавців, що є реальним способом усуну-

нення конкуренції і укладення контрактів із певними виконавцями. Доцільно було б запровадити попередню кваліфікацію лише щодо торгів з обмеженою участю, оскільки ця процедура передбачає участь тих учасників, які відповідають встановленим замовником вимогам.

Вітчизняні та іноземні виконавці беруть участь в закупівлі на рівних умовах. Разом із тим, з метою захисту вітчизняного ринку закон зобов'язує замовників надавати перевагу тендерним пропозиціям, які подані вітчизняними виробниками, зокрема шляхом застосування преференційних поправок ціни<sup>1</sup>.

Для координації закупівлі товарів, робіт і послуг Кабінет Міністрів України призначає спеціально уповноважений центральний орган виконавчої влади. Таким органом є Міністерство економіки та з питань європейської інтеграції України. Воно розробляє нормативно-правові акти щодо функціонування системи державних закупівель, проводить облік закупівель шляхом збирання інформації про заплановані закупівлі та торги, що відбулися, бере участь в економічному обґрунтуванні окремих статей видатків Державного бюджету України, погоджує інші, ніж відкриті торги, процедури закупівлі, контролює дотримання законодавства про закупівлю, надає консультаційну та методичну допомогу замовникам при здійсненні закупівель, у тому числі надає зразки тендерної документації, виконує інші функції.

Для безпосереднього здійснення процедур закупівлі відповідно до закону замовником призначається тендерний комітет із числа спеціалістів.

Не можна залишити поза увагою положення розділу VII Закону “Про закупівлю товарів, робіт і послуг за державні кошти”, яким передбачено, що оскарження дій замовника з приводу порушення ним процедури закупівлі здійснюється в адміністративному порядку. Проаналізувавши дані положення, можна зробити висновок про відсутність відповідного механізму захисту суб'єктів господарювання від неправомірних дій державних органів.

Разом із тим, указаний закон ніяким чином не узгоджується із Законом України “Про поставки продукції для державних потреб”, не наслідус і юридично не відміняє його. На перший погляд, може скластися враження, що в нашій державі паралельно і незалежно одна від одної функціонує система поставок продукції для державних потреб за державними контрактами, які укладаються згідно з державними замовленнями, і система закупівлі товарів, робіт і послуг за державні кошти, яка навіть не оперує ключовими категоріями попередньої (державний контракт, державне замовлення і ін.). Але це не відповідає дійсності. Закон України “Про закупівлю товарів, робіт та послуг

<sup>1</sup> **Преференційна поправка** – це спосіб надання замовником переваги вітчизняному виробнику при визначенні переможця процедур закупівель шляхом застосування відсоткової межі до ціни його тендерної пропозиції у порівнянні з найбільш вигідною серед поданих

за державні кошти” від 22 лютого 2000 р. прийнятий пізніше і фактично відміняє основні принципові положення Закону України “Про поставки продукції для державних потреб” від 22 грудня 1995 р.

Відмова від використання державних контрактів (державних замовлень) не відповідає світовій практиці державного регулювання економіки. Контракти як форма управління державними замовленнями широко відомі у світі і апробовані практикою, їх застосовують у Великобританії, Франції, Німеччині і інших країнах із ринковою економікою. Найбільш поширеними вони є у США, де створена і вже багато років функціонує Федеральна контрактна система. Тут фактично через систему державних замовлень були створені такі галузі, як атомна, аерокосмічна, електротехнічна та ін. Об’єми держзамовлення на ринках США сьогодні досягають 50 відсотків ВВП. У промислово розвинутих країнах державні замовлення поширюються на сфери з обмеженими можливостями освоєння винаходів, новоутворені галузі, їх також застосовують для державної підтримки інноваційної діяльності підприємств, стимулювання неприбуткових науково-дослідних робіт фундаментально-пошукового характеру. Державне замовлення обов’язкове для підприємств, які відповідно до законодавства є монополістами на ринку певної продукції [1, с.23].

З урахуванням досвіду і з метою узгодження попередньої і сучасної систем забезпечення засобами виробництва і реалізації продукції для задоволення державних потреб необхідно в Законі України “Про закупівлю товарів, робіт і послуг за державні кошти” передбачити, що в результаті такої закупівлі між замовником і виконавцем укладається державний контракт. Також, на нашу думку, слід дати чітке визначення державного контракту наступного змісту: **“Державний контракт – це договір, укладений державним замовником від імені держави з суб’єктом господарювання – виконавцем державного замовлення, за яким виконавець зобов’язується передати товари (виконати роботи, надати послуги) державному замовнику, а державний замовник зобов’язується забезпечити оплату поставлених товарів (виконаних робіт, наданих послуг). Це дасть можливість в умовах закупівлі товарів, робіт і послуг за державні кошти використовувати перспективні положення системи поставок продукції для державних потреб (стимулювання, відповідальність і ін.). У Законі України “Про поставки продукції для державних потреб” також слід внести відповідні зміни, які впливають із Закону України “Про закупівлю товарів, робіт і послуг за державні кошти”.**

Необхідно відзначити, що замовники та учасники процедури закупівлі укладають договори про закупівлю відповідно до положень Цивільного кодексу України, які містяться у розділі II Книги V і стосуються змісту договору (ст.628), строку чинності (ст.631) та обов’язкової сили договору (ст.629) і деякі

інші; а також відповідно до положень, що містяться у розділі III Книги V і стосуються конкретних договорів.

У нормах Господарського кодексу України від 16 січня 2003 р. містяться визначення понять “державне замовлення” та “державний контракт” (пп.1, 2 ст.13). Крім того, Господарський кодекс України визначає особливості укладення договорів за державним замовленням. У ст.183 ГК України зазначено, що договори за державним замовленням укладаються між визначеними законом суб’єктами господарювання – виконавцями державного замовлення та державними замовниками, що уповноважені від імені держави укладати договори (державні контракти), в яких визначаються господарські зобов’язання сторін та регулюються відносини замовника з виконавцем щодо виконання державного замовлення. Укладення сторонами договору за державним замовленням (державного контракту) здійснюється в порядку, передбаченому Господарським кодексом України, з урахуванням особливостей, передбачених законодавством. Державний контракт укладається шляхом підписання сторонами єдиного документа. Ухилення від укладення договору за державним замовленням є порушенням господарського законодавства і тягне за собою відповідальність, передбачену Господарським кодексом та іншими законами. Спори, пов’язані з укладенням договору за державним замовленням, в тому числі при ухиленні від укладення договору однієї або обох сторін, вирішуються в судовому порядку. Виконавець державного замовлення звільняється від обов’язку укладення державного контракту на умовах, визначених державним замовленням, у разі визнання в судовому порядку державного замовлення недійсним.

На нашу думку, наведені положення чинного Господарського кодексу України необхідно доповнити нормами такого змісту:

1. Для державного замовника, що розмістив замовлення, прийняте постачальником (виконавцем), укладення державного контракту є обов’язковим.
2. Укладення державного контракту є обов’язковим для постачальника (виконавця) тільки у випадках, встановлених законом, і за умови, що державним замовником будуть відшкодовані всі збитки, які можуть бути завдані постачальнику (виконавцю) у зв’язку з виконанням державного контракту.

Отже, можна стверджувати, що сьогодні діючі нормативно-правові акти в цілому забезпечують прозорість процедур закупівель, створення конкурентного середовища, оптимального і раціонального використання державних коштів. Однак для досягнення більшої ефективності правових норм, що регулюють закупівлі товарів, робіт і послуг за державні кошти, необхідно,

в першу чергу, привести діючі нормативно-правові акти у відповідність один одному; прийняти підзаконні нормативно-правові акти, які б урегулювали ті відносини, що не потрапили в коло регулювання Закону України “Про закупівлю товарів, робіт і послуг за державні кошти”.

Як бачимо, питання правового регулювання закупівлі товарів, робіт і послуг за державні кошти є досить складним і містким та потребує поглибленої уваги з боку юридичної науки, виявлення і дослідження актуальних проблем.

У подальшому необхідно приділити увагу питанням юридичної природи державного замовлення і державного контракту, їх співвідношенню та особливостям.

1. Господарське право: Практикум / В.С.Щербина, Г.В.Пронська, О.М.Вінник та ін. – К., 2001.
2. Анопій І. Нові аспекти укладання договору поставки продукції для державних потреб // Підприємництво, господарство і право. – 2003. – № 2.
3. Воронин В. К вопросу о договорах поставки для удовлетворения нужд территориальных громад // Підприємництво, господарство і право – 2002. – №9.
4. Загнитко О. Государственный заказ как средство поддержки отечественного товаропроизводителя // Предпринимательство, хозяйство и право. – 1999. – №5
5. Золотухин А. Что нужно знать уважаемому предпринимателю, решившему поторговать с государством // Бизнес – 2001. – № 16 (431).

I.Banasevych

#### THE LEGAL REGULATION OF PURCHASE GOODS, WORKS AND SERVICES AT PUBLIC COSTS

This article is devoted to the analysis of the legislation in the sphere of purchase goods, works and services at public costs. A special attention is paid to ascertain the shortcomings of active legislation. Conclusions given by the author can be used in the process of improvement of the Ukrainian legislation.

*А.В.Духневич*

### ПРАВОВІ ПИТАННЯ КОНТРОЛЮ ЗА ДІЯЛЬНІСТЮ КРЕДИТНИХ СПІЛОК ТА ЇХ ОБ'ЄДНАНЬ

Сьогодні в Україні кредитні спілки перебувають у стадії відродження, формування. Головне завдання для держави – це створити умови для розвитку кредитно-кооперативного руху і на цій основі забезпечити найповніше задоволення державних і соціальних потреб. Держава повинна відіграти важливу роль, здійснюючи цю функцію.

Актуальність даної теми підтверджується ступенем її нерозкритості. Певні питання теми висвітлюються у роботах О.В.Дзери, В.В.Гончаренка, Л.Оленчик, Р.А.Слав'юка, Й.Б.Новицького, О.В.Сергіяка.

Предметом дослідження є правові аспекти здійснення контролю за діяльністю кредитних спілок, система наукових поглядів та розробок стосовно цієї проблеми.

Мета та завдання дослідження – визначення значення контролю за кредитними спілками, аналіз законодавства, яке регулює їх діяльність, і внесення пропозицій щодо його вдосконалення.

Слово “контроль”, як і слово “влада”, породжує перш за все негативні емоції. Для багатьох людей контроль означає насамперед обмеження, примусення, відсутність самостійності і т.д. – одним словом, усе те, що прямо протилежне нашим уявленням про свободу особи. Саме через це контроль відноситься до функцій управління, суть яких трактується невірно.

Контроль – це процес забезпечення досягнень організацією своїх цілей. Цей процес складається з установлення стандартів, вимірів фактично досягнутих результатів і проведення коректувань у тому випадку, якщо досягнуті результати істотно відрізняються від установлених стандартів [3, с.124]

Керівники розпочинають здійснювати функцію контролю з того самого моменту, коли організація сформулювала цілі завдання. Контроль є невід'ємним елементом самої суті будь-якої організації, бо ні планування, ні створення організаційних структур, ні мотивацію не можна розглядати у відриві від нього.

Державне регулювання і нагляд за діяльністю кредитних спілок здійснює Уповноважений орган згідно із законодавством України про фінансові послуги та державне регулювання ринків фінансових послуг, інші державні органи відповідно до їх компетенції [1]. Дане положення Закону є сумнівним і малозрозумілим, адже виникають питання щодо організації державного регулювання і нагляду за діяльністю кредитних спілок.

Нагляд за виконанням та додержанням законності кредитними спілками здійснюють органи прокуратури, а податкові та фінансові органи здійснюють контроль за джерелами та розмірами надходжень і сплатою податків.

Порядок здійснення фінансового контролю полягає, в першу чергу, в тому, що кредитні спілки у встановленому порядку подають фінансовим органам декларації про свої доходи та витрати, а також іншу документацію, встановлену вимогами чинного законодавства.

Якщо проаналізувати ситуацію, що склалася на сьогодні, можна побачити, що згідно з чинним законодавством нагляд за кредитними спілками також повинні здійснювати органи, які зареєстрували кредитні спілки, які цей контроль, фактично, не здійснюють.

У країнах, які мають довголітню практику розвитку кредитно-кооперативного руху, створено окремі державні та квазідержавні установи за діяльністю кредитних спілок. В одних країнах державний нагляд та регулювання

діяльності кредитних спілок здійснюються окремою державною агенцією (типу міністерства кредитних спілок), у других – окремими підрозділами державних органів (міністерства фінансів, національного банку та ін.), у третіх – окремою квазідержавною структурою, до складу якої входять представники державних органів та кредитних спілок, у четвертих – право нагляду передано асоціаціям кредитних спілок. Беручи на себе функцію контролю, багато держав, як правило, гарантують членам кредитних спілок забезпечення їхніх вкладів (у США, наприклад, до 100000 дол., у Канаді – до 60000 канадських дол.).

Податкові органи контролюють лише правильність нарахування та своєчасність сплати податків, правоохоронні органи – дотримання законів, у яких нічого не сказано про особливості кредитних спілок. Таким чином, кредитні спілки в Україні не мають чітко встановлених рамок і механізмів діяльності, що створює можливості для різних зловживань і може призвести до дискредитації ідеї взаємодопомоги й економічного самозахисту населення.

Враховуючи надзвичайно важливе соціальне й економічне значення кредитно-кооперативного руху як масового руху взаємодопомоги та фінансового самозахисту населення в умовах ринку, більшість держав стимулює його розвиток. Як зазначає В.Д.Мартинов, у багатьох країнах успішний розвиток кредитної кооперації пов'язаний з державною підтримкою у вигляді пільгового оподаткування, надання дешевих кредитів і субсидій [7, с.13]. Сьогодні у США та багатьох інших країнах кредитні спілки звільнені від оподаткування і мають інші пільги [4, с.84].

Тому держава, щоб посприяти розвитку і діяльності кредитних спілок, повинна виконувати три основні функції – наглядову, контролюючу, допомагаючу.

Наприклад, у США кредитні спілки мають право самостійно приймати будь-які рішення, але за чіткими інструкціями. Держава, наприклад, радить не надавати кредиту у сумі більш ніж 500 тис. доларів. Крім того, у Сполучених Штатах існує, в нашому розумінні, міністерство, яке контролює діяльність кредитних спілок. Одночасно держава гарантує кожному члену кредитної спілки повернення його внеску (максимальна сума компенсації – 100 тис. доларів). І головне - кредитні спілки у США взагалі звільнені від податків [6, с.2].

Питання контролю цікавлять не лише науковців, законодавців, членів, засновників кредитних спілок, а й банкірів. Зокрема, голова правління банку “Ажіо” Станіслав Аржевітін вважає, що в даний час на руках у населення знаходиться сума, еквівалентна сорока млрд. грн. Люди тримають гроші за межами банківської системи. Кредитні спілки поки що себе не дискредитували. Але постає питання – кому віддати функцію контролю. НБУ, на його думку, навряд чи захоче стати контролюючим органом для кредитної спілки.

Система кредитних спілок принципово відрізняється від банківської, тому необхідно буде формувати окремі підрозділи в НБУ.

Якщо дана функція буде надана на примітивному рівні якому-небудь комітету чи органу, що не володіє специфічним “наглядним” досвідом, то це буде великою помилкою. Найкраще якщо саме НБУ на перших порах буде здійснювати функцію контролю. Це єдиний орган у країні, який здатний запустити механізм кредитної спілки і встановити для неї нормальні рамки роботи. І тільки потім функцію контролю можна передати якомусь наглядовому органу або Національній асоціації кредитних спілок України, або комітету. Кредитна спілка – це мініатюрний банк, який повинен ставити і вимоги до капіталу, і вимоги до ліквідності та платоспроможності, і вимоги щодо обмеження активних і пасивних операцій в залежності від наявного капіталу.

Андрій Оленчик (віце-президент Національної асоціації кредитних спілок України) зазначає, що в Україні, як факт, кредитні спілки існували, але важлива система функцій державного контролю була відсутня. А це – і ліцензування, і ведення реєстру, і здійснення власного нагляду, і створення підзаконної бази. Всього цього не було. У країнах світу існує три види практики державного нагляду:

- державним органом є один з органів державної влади: Мінфін, Центробанк;

- створюється спеціалізований державний орган саме для роботи з кредитною спілкою, як у США;

- ні один із державних органів не здійснює контроль. Ці функції делеговані надбудові самої системи. Наприклад, у Польщі всі повноваження органу державного контролю делеговані Національній Асоціації Кредитних Спілок Польщі [2, с.16].

Міжнародний досвід засвідчує, що в Сполучених Штатах державне регулювання здійснює спеціальна державна агенція (в нашому розумінні – державний комітет), у Канаді цим займаються спеціальні управління в Міністерствах фінансів провінцій, в Польщі дану функцію держава доручила самій Національній асоціації кредитних спілок [5, с.61].

Опираючись на міжнародний досвід, майже через півтора року після прийняття Закону України “Про кредитні спілки” [1], а саме 4 квітня 2003 року, Указом Президента України було затверджене Положення про Державну комісію з регулювання ринків фінансових послуг України. На цю комісію держава і поклала обов'язок регулювання та нагляду за діяльністю кредитних спілок.

Даний орган є ще досить молодим і не повною мірою знає і розуміє всі проблеми, які існують у кредитних спілках на даний час, а тому, на нашу

думку, поряд із спеціалізованими державними органами, такими, як податкова адміністрація, КРУ, правоохоронні органи, що здійснюють контроль за відповідними ланками діяльності кредитної спілки, функцію контролю слід також покласти на Національну асоціацію кредитних спілок України, яка, опираючись на історичний і світовий досвід, надасть велику допомогу Державній комісії з регулювання ринків фінансових послуг України в забезпеченні розвитку та здійснення нагляду за діяльністю кредитних спілок в Україні, оскільки в неї вже є великий досвід у даній сфері.

З розвитком ринкових відносин в Україні та зміною економічної ситуації в державі прийняття закону про кредитні спілки загалом позитивно позначилось на нашому суспільстві, оскільки активний розвиток кредитно-кооперативного руху в Україні через пряму участь громадян в управлінні та діяльності цих товариств сприятиме розвитку ринкових ініціатив. Таким чином, це сприяє зміцненню самозахисту та зменшенню рівня залежності суспільства від небажаних економічних змін, а також соціальних гарантій з боку держави. З цієї точки зору кредитні спілки несуть функції соціального захисту шляхом позикової підтримки, у випадках тимчасового безробіття, дорогого платного медичного лікування, затримання виплат заробітних плат, пенсій тощо, з іншого боку, чітко встановлені законом рамки та механізми діяльності спілок у процесі впровадження усунули можливості для різних зловживань і дискредитації ідеї економічного самозахисту населення [5, с.63].

1. Закон України "Про кредитні спілки" від 20 грудня 2001 року № 2908 – 111 // Офіційний вісник України. – 2002. – №3. – Ст.79.
2. Аржевский С. Где взять кредит? // Бизнес. – 1999. – №34. – С.16-17.
3. Брокгауз Ф.А., Эфрон И.А. Энциклопедический словарь. Кооперация. – СПб., 1895. – Т. XVI – С.156.
4. Гончаренко В.В. Особливості відродження кредитної кооперації // Фінанси України. – 1999. – №12. – С.82-90.
5. Грицай С., Лауракацнен А. Кредитні спілки як форма соціально-економічного розвитку. Аналіз проекту Закону України "Про кредитні спілки" // Нова політика. – 1999. – №1. – С.60-63.
6. Кредитна спілка – не траст // Фінанси України. – 1996. – №7. – С.2.
7. Маргинов В.Д. Фермерская кооперация. – М.: Знание. (Новое в жизни, науке, технике. Сер. "Экономика"). – 1990. – №1. – С.13.

A.Dukhnevych

#### JUDICIAL PROBLEMS OF THE CONTROL AND DEVELOPMENT OF THE CREDIT UNION AND THERE ALLIANCES

The key problem of this article is the judicial problems of the control and development of the credit union and there alliances. The international experience of credit union development is analyzed. The new ways of the solution of this problem are offered in the given article.

О.С.Яворська

#### ПРАВОВИЙ СТАТУС ГОСПОДАРСЬКИХ ТОВАРИСТВ ЗА НОВИМ ЦИВІЛЬНИМ ЗАКОНОДАВСТВОМ

Цивільний кодекс України [1] істотно змінює правове розуміння суті юридичної особи. Не вдаючись до зайвої деталізації, юридичною особою згідно із ст.80 ЦК є організація, створена і зареєстрована у встановленому законом порядку. Юридичні особи можуть створюватись у формі товариств, установ та в інших формах, установлених законом. Підприємство, яке на даний час є однією з організаційно-правових форм юридичної особи, за новим ЦК розглядається як єдиний майновий комплекс, що використовується для здійснення підприємницької діяльності, тобто не як суб'єкт, а як об'єкт цивільних прав. Цей об'єкт є нерухомістю (ст.191 ЦК). Таким чином, усувається двозначність у законодавчих визначеннях: ст.1 Закону "Про господарські товариства" [2]. Господарські товариства – це підприємства, установи, організації, створені на засадах угоди юридичними особами і громадянами шляхом об'єднання їх майна та підприємницької діяльності з метою одержання прибутку; ст.2 Закону "Про підприємства" [3], в якій господарські товариства розглядаються як один із видів підприємств; ст.9 цього ж Закону, з якої виходить, що підприємство є власністю осіб, які його заснували.

Підприємницькі товариства, тобто ті, які здійснюють підприємницьку діяльність з метою одержання прибутку та наступного його розподілу між учасниками, можуть створюватися як господарські товариства: повні, командитні, з обмеженою або з додатковою відповідальністю, акціонерні товариства або як виробничі кооперативи. Тобто новий ЦК передбачає ті ж самі види господарських товариств, які визначені чинним Законом "Про господарські товариства".

Одержало законодавче закріплення положення про шляхи створення юридичних осіб: шляхом об'єднання майна, шляхом об'єднання осіб або поєднання як особистої, так і майнової участі.

Інший підхід пропонується у Господарському кодексі [4]. Згідно із ст.62 ГК підприємство розглядається як самостійний суб'єкт господарювання, створений компетентним органом державної влади, органом місцевого самоврядування або іншими суб'єктами для задоволення суспільних та особистих потреб шляхом систематичного здійснення виробничої, науково-дослідної, торговельної, іншої господарської діяльності в порядку, передбаченому кодексом та іншими законами. Підприємство є юридичною особою, має відокремлене майно, самостійний баланс, рахунки в установах банків, печатку із своїм найменуванням та ідентифікаційним кодом. Господарськими ж товариствами

визначаються підприємства або інші суб'єкти господарювання, створені юридичними особами та/або громадянами шляхом об'єднання їх майна і участі у підприємницькій діяльності товариства з метою одержання прибутку. Фактично Господарський кодекс закріплює чинне сьогодні законодавче розуміння "підприємства", "господарського товариства" з певними елементами новизни.

Неоднозначність, нечіткість, суперечливість законодавчих понять призводить до підміни понять "суб'єкт", "об'єкт" у правозастосувальній діяльності. Для ілюстрації проаналізуємо конкретну судову справу. До одного з місцевих судів звернувся акціонерний комерційний банк "Х" із позовом до гр. К. про стягнення 25000 грн., обґрунтовуючи позовні вимоги таким чином: гр. К. є одним із засновників ЗАТ "У". Згідно з установчим договором вніс до статутного фонду створеного товариства 25000 грн.; ЗАТ "У" уклало кредитний договір з АКБ "Х" на суму 100000 доларів США; сума кредиту підлягала поверненню у визначену дату згідно з кредитним договором; ЗАТ "У" кредит не повернуло, господарським судом було порушено справу про його банкрутство. Розглядаючи справу по суті, суд констатує, що згідно із ст.24 Закону України "Про господарські товариства" акціонери відповідають за зобов'язаннями товариства в межах належних їм акцій. Таким чином, відповідальність гр. К. обмежується 25000 грн., що дорівнює вартості належних йому акцій. А тому позов підлягає задоволенню і з гр. К. згідно із судовим рішенням підлягає стягненню сума у 25000 грн.

Істотних порушень законодавства при вирішенні цієї конкретної справи чимало. По-перше, суд узагалі не "побачив" за засновниками конкретного ними створеного суб'єкта самостійну юридичну особу у формі ЗАТ "У". Здійснивши вклад у статутний фонд ЗАТ "У" згідно із ст.13 Закону "Про господарські товариства", засновники набувають певних прав щодо створеної ними юридичної особи. Ці права визначені ст.10 Закону "Про господарські товариства". Взаємовідносини між засновниками і ЗАТ носять зобов'язальний, а не речовий характер. По-друге, ЗАТ як юридична особа стало власником переданих у статутний фонд коштів. По-третє, ЗАТ як самостійний суб'єкт права несе самостійну майнову відповідальність за своїми зобов'язаннями за належне йому майно (ст.24 Закону "Про господарські товариства"). Ризик втрати коштів, що внесені до статутного фонду, є інвестиційним ризиком акціонера. Втрата цих коштів не є засобом відповідальності акціонера за зобов'язаннями акціонерного товариства. Тому чинне законодавче положення ч.2 ст.24 Закону "Про господарські товариства" – акціонери відповідають за зобов'язаннями товариства тільки в межах належних їм акцій – є юридично неграмотним. Адже з моменту державної реєстрації АТ як самостійний суб'єкт – юридична особа несе відповідальність за своїми зобов'язаннями. Сенс створення юри-

личної особи у цивільному праві саме в розмежуванні майнової сфери засновників і юридичної особи, а відтак і в розмежуванні відповідальності та зменшенні (усуненні) ризиків втрати власного майна засновників у процесі здійснення підприємницької діяльності.

У проектах законів "Про акціонерні товариства" усунута юридична безграмотність положення про відповідальність акціонерів за зобов'язаннями товариства в межах належних їм акцій. Так, за проектом закону, який був розроблений ДКЦПФР, акціонерне товариство не відповідає за зобов'язаннями акціонерів. Акціонери не відповідають за зобов'язаннями акціонерного товариства і несуть ризик збитків, пов'язаних із діяльністю товариства, тільки у межах належних їм акцій. Ще лаконічніший виклад за проектом Закону, розробленим В.Л.Мусіякою, – акціонерне товариство несе відповідальність за своїми зобов'язаннями всім належним йому майном. Товариство не відповідає за зобов'язаннями своїх акціонерів. Акціонери не відповідають за зобов'язаннями товариств.

Отже, акціонерне товариство є юридичною особою, самостійним суб'єктом. Слід належно сприйняти певну фіктивність існування такого суб'єкта, як юридична особа і не ототожнювати товариство та його акціонерів.

У наступному судовому рішенні теж обґрунтовується розуміння акціонерного товариства як певної сукупності майна, як об'єкта права.

Господарський суд першої інстанції задовольнив позов ЗАТ "Х" до ТзОВ "У" та ЗАТ "Z" про визнання недійсними внесення змін до реєстру власників іменних цінних паперів та перевід на позивача прав і обов'язків покупця цінних паперів.

ЗАТ "Z" на підставі нотаріально посвідченого договору купівлі-продажу придбало частину акцій ЗАТ "Х". Реєстратор відповідно вніс зміни до реєстру власників іменних акцій ЗАТ "Z". У мотивувальній частині судового рішення зазначено, що АТ є однією з форм господарських товариств, які згідно із ст.2 Закону України "Про підприємства" є одним із видів підприємств. А згідно із ст.ст. 2, 9 цього ж Закону підприємства є власністю осіб, на майні яких вони засновані. Таким чином, у разі продажу акції відбувається продаж частки у спільній власності.

Отже, суд фактично розцінив акціонерне товариство як об'єкт права – спільне майно акціонерів на праві часткової власності. Позиція суду обґрунтована тлумаченням "підприємства" як об'єкта права, а не як суб'єкта. Тобто законодавча двозначність таким чином дає змогу виносити і такі рішення.

Оскільки господарські товариства утворюються шляхом об'єднання майна учасників, то, робить висновок суд, господарські товариства є спільною власністю осіб, що об'єднали своє майно. Акція, яка засвідчує дольову участь

у спільному статутному фонді АТ, тим самим засвідчує право учасника на частку у спільній частковій власності.

Юридичні особи залежно від порядку їх створення поділяють на юридичних осіб приватного права та юридичних осіб публічного права. Для створення юридичних осіб приватного права засновники (учасники) розробляють установчі документи (засновницький договір, статут). Цивільний кодекс визначає правовий статус юридичних осіб приватного права. З введенням у дію нового ЦК втратить чинність одне із засадних положень власне про юридичну особу – про її спеціальну правосудність. Згідно із ст.91 ЦК юридична особа здатна мати такі ж цивільні права та обов'язки, як і фізична особа, крім тих, які за своєю природою можуть належати лише людині. Обмеження цивільної правосудності юридичної особи можливе лише за рішенням суду. Окремі види діяльності є підліцензійними. Разом із тим окремими законодавчими актами визначено правовий статус юридичних осіб, правосудність яких носить виключний характер. Це, зокрема, страхові компанії (Закон України “Про страхування”), професійні учасники фондового ринку – торговці цінними паперами, зберігачі, депозитарії, реєстратори, інститути спільного інвестування (пайові та корпоративні інвестиційні фонди).

Цивільна дієздатність юридичної особи реалізується через її органи.

Цивільний кодекс визначає господарські товариства як юридичні особи, статутний (складений) капітал яких поділений на частки між учасниками. Вимоги до формування статутного капіталу законодавчо закріплені для товариств з обмеженою відповідальністю і для акціонерних товариств. Статутний капітал ТзОВ та ТзДВ складається з вартості вкладів його учасників. Цивільний кодекс не встановлює мінімального розміру статутного капіталу. Але його гарантійній та забезпечувальній функціям надано належне законодавче закріплення. Якщо за чинним Законом “Про господарські товариства” формування статутного фонду у розмірі не менше як 30% загальної вартості розглядається як умова державної реєстрації товариства, а забезпечувальна функція трактується лише на теоретичному рівні, то в новому ЦК прямо передбачено (ст.144), що статутний капітал (як мінімальний розмір майна товариства) гарантує інтереси кредиторів. Гарантійна функція розкривається через таке законодавче положення – якщо після закінчення другого чи кожного наступного фінансового року вартість чистих активів товариства з обмеженою відповідальністю (аналогічно товариства з додатковою відповідальністю) виявиться меншою від статутного капіталу, товариство зобов'язане оголосити про зменшення свого статутного капіталу і зареєструвати відповідні зміни до статуту в установленому порядку, якщо учасники не прийняли рішення про внесення додаткових вкладів. Якщо вартість чистих активів товариства стає меншою

від визначеного законом мінімального розміру статутного капіталу, товариство підлягає ліквідації. Зменшення статутного капіталу допускається після повідомлення усіх кредиторів товариства. В такому випадку кредитори мають право вимагати дострокового припинення або виконання відповідних зобов'язань товариства та відшкодування їм збитків. Положення Цивільного кодексу в цій частині носять відсилочний характер. Тому врегулювання важливих процедурних моментів – строків і способів оголошення про зменшення статутного капіталу, строки реєстрації змін до статуту, ліквідаційна процедура по черговості задоволення вимог кредиторів, строків та способів повідомлення кредиторів про зменшення статутного фонду – мають бути передбачені спеціальним законодавством.

Важливо, щоб такі нормативні акти, які мають бути прийняті в розвиток положень Цивільного кодексу, були прийняті вчасно і в повній мірі регулювали ті питання, які кодексом не врегульовано.

Істотні новели передбачено при визначенні правового режиму статутного капіталу акціонерних товариств.

Згідно зі ст.155 ЦК статутний капітал АТ утворюється з вартості вкладів акціонерів, внесених унаслідок придбання ними акцій. Мінімальний розмір статутного капіталу, який має бути встановлений законом, гарантує інтереси кредиторів АТ. Наслідки зменшення вартості чистих активів АТ нижче розміру статутного капіталу або нижче його мінімального розміру аналогічні як для ТзОВ. У такому випадку акціонерне товариство зобов'язане оголосити про зменшення капіталу і зареєструвати відповідні зміни або товариство ліквідується, якщо вартість чистих активів стає меншою від мінімального розміру статутного капіталу, встановленого законом. Отже, щодо акціонерних товариств теж має бути прийнято пакет законодавчих актів у розвиток положень нового Цивільного кодексу. Якщо чинне законодавство про акціонерні товариства зорієнтоване на їх формування шляхом “ініціативи зверху”, то в ЦК зроблена спроба закріпити класичну модель створення акціонерних товариств – шляхом “ініціативи знизу”, тобто шляхом залучення коштів, а не створення АТ на базі готового державного майна внаслідок його роздержавлення через акціонування. Згідно із ст.155 ЦК при заснуванні АТ усі його акції мають бути розділені між засновниками.

Цивільний кодекс “умовчує” питання про види акціонерних товариств – відкрите чи закрите. Але механізм створення АТ, що пропонується у ст.155 ЦК, засвідчує про заснування саме закритого типу АТ. Відкрита підписка на акції АТ не проводиться до повної сплати статутного капіталу. Оголошення відкритої підписки, очевидно, є правом засновників. А тому створене як закрита корпорація таке акціонерне товариство може і ніколи не перетворитися у ВАТ.

Не вдаючись до аналізу наукових дискусій про доцільність збереження такого виду АТ, як закрите товариство, зазначимо, що ЗАТ є специфічним “дослідницьким” породженням, яке з’явилося як необхідність у період роздержавлення економіки. З огляду на класичну модель створення акціонерних товариств, неможливість широкого залучення вільних коштів ЗАТ на далеку перспективу економічної стабільності, можливо, і вичерпає себе як форма господарювання. Але на даний час ЗАТ як вид акціонерних товариств повинно мати “право на життя”.

Господарський кодекс закріплює два види АТ: відкриті або закриті. Акції відкритого акціонерного товариства можуть розповсюджуватись шляхом відкритої підписки та купівлі-продажу на біржах. Акціонери такого товариства можуть відчужувати належні їм акції без згоди інших акціонерів та товариства. Акції закритого акціонерного товариства розповсюджуються між засновниками або серед заздальгідь визначеного кола осіб і не можуть розповсюджуватися шляхом підписки, купуватися та продаватися на біржі. Акціонери ЗАТ мають переважне право на придбання акцій, що продаються іншими акціонерами товариства.

З певною деталізацією відтворена суть закритих і відкритих АТ у проектах Законів “Про акціонерні товариства”. Зокрема, пропонується закріпити норму про максимальну кількість акціонерів ЗАТ – 100 осіб. Якщо кількість акціонерів-власників простих акцій ЗАТ перевищує 100, то наступні річні загальні збори повинні вирішити питання про зменшення кількості акціонерів за згодою акціонерів або про зміну типу товариства. В протилежному випадку за прекомтом Закону ДКЦПФР будь-який акціонер або ж сама комісія мають право звернутися до суду з примушенням товариства до зміни типу.

Судова практика розгляду спорів про вихід акціонера із ЗАТ є суперечливою. В одних випадках суди керуються ст.28 Закону “Про господарські товариства” і відмовляють у задоволенні позовних вимог ЗАТ до акціонерів-продавців та обраних ними покупців про визнання договорів купівлі-продажу недійсними. В інших випадках суди керуються ст. 114 чинного ЦК, але з різною мотивацією. Задовольняючи позовні вимоги ЗАТ, суди при винесенні рішень трактують в одних випадках АТ як спільну часткову власність, акцію як цінний папір, що засвідчує право на частку у спільній частковій власності, а тому і застосовують положення ст.114 про привілеєву купівлю частки. В інших – визнають ЗАТ самостійним суб’єктом права власності і через відсутність механізму реалізації права на привілеєву купівлю акцій ЗАТ застосовують на підставі ч.3 ст.11 ЦПК України правила ст.114 ЦК 1963 р.

Перша позиція є невірною, оскільки акціонерний капітал ВАТ чи ЗАТ не є спільною частковою власністю. АТ є самостійним суб’єктом права влас-

ності. Друга позиція більш прийнятна, хоча вирішення таких спорів вимагає чітких законодавчих позицій.

Складений капітал формується у повному та командитному товариствах, які діють на підставі засновницького договору. Засновницький договір підписується всіма учасниками повного товариства та повними учасниками командитного товариства. Розмір і склад складеного капіталу визначаються положеннями засновницького договору на відміну від чітких законодавчих приписів при формуванні розміру статутного капіталу АТ, ТзОВ, ТзДВ. Однозначно, що складений капітал не має забезпечувальної чи гарантійної функції для кредиторів товариства, оскільки учасники повного товариства несуть солідарну відповідальність за зобов’язаннями товариства всім своїм майном, на яке може бути звернене стягнення. Аналогічно повні учасники командитного товариства солідарно відповідають за зобов’язаннями товариства всім своїм майном.

Цивільний кодекс допускає можливість заснування товариств з обмеженою та додатковою відповідальністю однією особою. Хоча в законодавстві взагалі не відображена специфіка правового статусу товариства, створеного однією особою. Ясно, що в таких товариствах не можуть функціонувати загальні збори учасників як вищий орган, оскільки нема самих учасників, виконавчий орган може бути сформований із сторонніх осіб – менеджер і відповідний апарат. Які положення повинен містити статут товариства однієї особи? Фактично, товариство однієї особи є спробою вдосконалення законодавчого поняття “приватне підприємство – юридична особа”. Товариство однієї особи вигідно відрізняється від абсолютної фікції “приватного підприємства” тим, що у ньому має бути сформований статутний капітал. Він гарантує інтереси кредиторів такого товариства і наповнює фікцію матеріальним субстратом.

Акціонерне товариство за новим ЦК теж може бути створене однією особою чи може складатися з однієї особи у разі придбання нею усіх акцій товариства. Відомості про це підлягають реєстрації та опублікуванню для загального відома.

У будь-якому випадку товариства однієї особи мало чим відрізняються, хіба що мінімальним розміром статутного капіталу.

Господарське товариство як юридична особа є власником майна, переданого йому учасниками товариства у власність як вклад до статутного (складеного) капіталу. Таке законодавче положення передбачене у ст.115 ЦК. Отже, нема жодних законодавчих підстав розглядати власність у господарських товариствах як спільну сумісну чи спільну часткову, як таку, що передана у довірчу власність тощо.

Разом із тим Цивільний кодекс передбачає право учасника господарського товариства здійснити відчуження часток у статутному (складеному)



капіталі товариства (п.4 частина 1 ст.116 ЦК). Порядок відчуження має бути встановлений законом. Але якщо майно як вклад до статутного (складеного) капіталу є власністю товариства, то, очевидно, не може йти мова про відчуження частки у чужому майні (майні товариства). Учасник може передати своє право на частку, а не саму частку, іншим особам у встановленому порядку.

Таким чином, проаналізовані положення Цивільного та Господарського кодексів потребують законодавчого узгодження. Базові нормативні акти, які повинні були б вирішити проблеми, усунути прогалини правового регулювання, ще більше ускладнили правову базу. Разом із тим на даний час необхідним є прийняття цілого ряду законодавчих актів з окремих питань правового регулювання корпоративних відносин.

- 1 Цивільний кодекс України. – К., 2003.
- 2 Закон України “Про господарські товариства” від 19 вересня 1991 року // Відомості Верховної Ради. – 1991. – №49. – Ст.682 (із змінами і доповненнями).
3. Закон України “Про підприємства в Україні” від 27 березня 1991 року // Відомості Верховної Ради. – 1991. – №24. – Ст.272 (із змінами і доповненнями).
- 4 Господарський кодекс України. – К., 2003.

O.Javorska

#### CORPORATE RELATIONS ACCORDING TO THE NEW CIVIL LEGISLATION

Author of the article considers problems of correlation of statements of Civil and Commercial codes of Ukraine concerning regulation of corporate relations. The question of delimitation of founders' and founded juridical person's liability is analyzed. Statements of Civil and Commercial codes about formation and kinds of partnerships are investigated.

**В.А.Васильєва**

#### ПОІМЕНОВАНІ СУБ'ЄКТИ ПОСЕРЕДНИЦЬКИХ ЗОБОВ'ЯЗАНЬ

Двадцять століття ознаменувалося швидким зростанням виробництва, що супроводжувалося його концентрацією та централізацією, а також вимагало акумуляції капіталів і технологій. Наділення громадян і підприємств свободою господарчої діяльності неминуче вело до появи нових форм договірних відносин, по-перше, а по-друге, вимагало одночасної присутності особи в декількох місцях. До передумов виникнення посередництва відносять концентрацію виробництва, що вимагала необхідності розмежування функцій, пов'язаних з обігом капіталу, яка створювала економічну можливість для широкого використання послуг представництва; загострення проблеми реалізації товарної продукції і освоєння нових ринків; створення сприятливих умов для

отримання підприємцями більшого прибутку [1]. Це послужило поштовхом для розвитку представництва, а згодом і посередництва як більш універсальної форми представництва у сфері цивільного обороту.

Посередницькі зобов'язання вважаються групою відносин, які пронизують всю інфраструктуру економіки. Поряд із загальноцивільним поняттям посередництва в країнах із дуалістичною системою приватного права розрізняють торгове представництво, яке називають посередництвом [2]. Учасників посередницьких відносин як у літературі, так і в законодавстві називають по-різному і важко віднайти ще одну сферу, де б для позначення суб'єкта відносин використовувалась така величезна кількість різноманітних назв при ідентичності їх правового статусу.

До торгових представників і посередників відносяться службовці комерційних підприємств (продавці, комівожери) і торгові агенти – самостійні комерсанти, які професійно займаються посередницькою діяльністю: торгові агенти з виключними правами, агенти-делькредере і агенти-консигнанти. Посередницькі функції також виконують комісіонери, оптові та роздрібні торговці, фактори, ділери, маклери, брокери. Причому в кожній країні торгові посередники називаються по-різному. Слід припустити, що не останню роль для нормативного закріплення їх назв зіграло звичаєве право. Але незважаючи на таке різноманіття, посередницьке зобов'язання слід розглядати передусім як зобов'язальне правовідношення з надання послуг. А до елементів будь-якого зобов'язального правовідношення передусім належать його суб'єкти (сторони). Правомочна сторона у цих відносинах дістала назву кредитора, а зобов'язальна – боржника. Здебільшого кожен з учасників правовідносин є водночас і кредитором, і боржником. Це положення закріплене в Цивільному кодексі України (далі – ЦК). Так, у ч.3 ст.510 ЦК зазначено, що якщо кожна із сторін у зобов'язанні має одночасно і права і обов'язки, вона вважається боржником у тому, що зобов'язана вчинити на користь другої сторони, і одночасно кредитором у тому, що має право вимагати від неї.

Учасники зобов'язальних відносин з надання послуг у ст.901 ЦК названі як замовник (боржник) та виконавець (кредитор) послуги. Тому загальну норму про суб'єктів зобов'язання про надання посередницьких послуг можна сформулювати так: “Суб'єктами зобов'язань з надання посередницьких послуг можуть виступати громадянин (іноземець та особа без громадянства) та організація, якщо це прямо не заборонено законом чи не впливає із суті зобов'язання. Суб'єктами посередницького договору, як і будь-якого договору платних послуг, є виконавець і споживач послуги (або замовник послуги)”.

Незалежно від того, що всі посередники здійснюють свою діяльність на основі врегульованого в Цивільному кодексі договору доручення чи комісії

і мають як сторони своє нормативне визначення, в юридичній літературі та нормативних актах сторін посередницьких договорів називають по-різному. Спробуємо з'ясувати види поіменованих посередників, які здійснюють свою діяльність на основі договору доручення, комісії та агентування.

**Патентний повірений.** Заявка на реєстрацію товарного знаку і патенту може бути подана через патентного повіреного, який зареєстрований в Патентному відомстві. Іноземні юридичні особи чи постійно проживаючі за межами країни фізичні особи можуть доручати ведення справ, пов'язаних із реєстрацією товарних знаків через патентних повірених, що зареєстровані в Патентному відомстві. Повноваження патентного повіреного посвідчуються дорученням, що видається йому заявником (ст.5 Закону "Про охорону прав на винаходи та корисні моделі", ст.11 Закону "Про охорону прав на сорти рослин") [3]. Вимоги до патентного повіреного, порядок його атестації і реєстрації визначаються Урядом України. Так, патентний повірений не вправі прийняти доручення у випадках, якщо він по справі, що є предметом доручення, представляв чи консультував осіб, інтереси яких очевидячки протирічать інтересам осіб, що звернулися з проханням про ведення справи, чи взяв іншу участь в його розгляді, а також у випадку розгляду справи посадовою особою, з якою патентний повірений перебуває у родинних відносинах [4].

**Митний брокер** – створена відповідно до законодавства підприємницька організація, яка отримала ліцензію на здійснення діяльності у якості митного брокера. Митний брокер вправі від власного імені вчиняти будь-які операції з митного оформлення і виконувати інші посередницькі функції в галузі митної справи за рахунок і за дорученням особи, яку він представляє. При здійсненні митного контролю і митного оформлення митний брокер виконує всі обов'язки і несе відповідальність так, як би він самостійно переміщав товари через митний кордон (глава 26 Митного кодексу України) [5]. Згідно зі ст.160 Основ митного законодавства країн – учасників СНД посередник, що здійснює аналогічні функції, називається митним агентом [6].

**Морський агент.** За договором морського агентування морський агент зобов'язується за винагороду вчинити за дорученням і за рахунок судновласника юридичні чи інші дії від свого імені чи від імені судовласника в певному порту чи на певній території. Морський агент виконує різні формальності, пов'язані з приходом судна в порт, його перебуванням у порту і виходом у море, надає допомогу капітану у встановленні контактів із портовою та місцевою владою, в організації обслуговування судна в порту, оформляє документи на вантаж, вчиняє інші дії у сфері морського агентування (гл.5 Кодексу Торговельного мореплавства) [7]. Діяльність морського агента-брокера полягає в тому, що він вправі діяти як від власного імені, так і в інтересах судовлас-

ника на певній території чи в певному порту. КТМ не уточнює, який вид договору повинен обслуговувати ці відносини, але видається, що на сьогодні для оформлення правовідносин із морським агентом недостатньо такої договірної конструкції, як договір доручення, і не міг би бути агентський договір.

**Страхові агенти** – фізичні чи юридичні особи, що діють від імені страховика і за його дорученням відповідно до наданих повноважень. Страхові брокери – юридичні чи фізичні особи, що зареєстровані як підприємці і здійснюють посередницьку діяльність від власного імені на підставі доручення страховика або страхувальника (ст.15 Закону "Про страхування") [8].

**Ріелтори** – юридичні особи чи фізичні особи-підприємці, що здійснюють від імені клієнта чи від власного імені, але за рахунок та в інтересах особи цивільно-правові угоди з об'єктами нерухомості – земельними ділянками, приміщеннями, будівлями, житловими та нежитловими приміщеннями і правами на них.

Законодавство допускає також надання посередницьких послуг і в інших сферах підприємницької діяльності (ст.18 Закону "Про поштовий зв'язок") [9].

Особливе місце серед законодавчо поіменованих посередників слід відвести учасникам біржової діяльності. Оскільки товарні та фондові біржі мають закритий характер, то і коло осіб, які наділені правом брати участь у біржових торгах, є обмеженим. До них, згідно з ч.4 ст.15 Закону України "Про товарну біржу", належать члени біржі та брокери [12]. Таке твердження впливає з того, що біржовими можуть вважатися тільки ті угоди, які укладені членами біржі чи брокерами. Але це не перешкоджає будь-якій особі придбати або відчужити через товарну біржу товар, доручивши третій особі здійснити певні фактичні дії. При цьому третя особа повинна набути право участі на біржових торгах та право на укладення біржових контрактів. З цього випливає, що учасниками укладення біржових договорів є особи: які мають спеціальну правоздатність і укладають угоди на підставі закону від власного імені; які на професійній основі, за певну винагороду, здійснюють посередницькі функції при укладенні біржових угод. Другу категорію учасників становлять біржові посередники. Власне вони і викликають зацікавлення в контексті теми.

У законодавстві України на сьогоднішній день не міститься ні чіткої системи біржових посередників, ні взагалі критеріїв для визнання тієї чи іншої особи біржовим посередником. Тому шляхом аналізу та зіставлення норм різних нормативно-правових актів України, які регулюють подібні відносини регламентації, можна проаналізувати види учасників біржових торгів. Безперечно, що основне місце посідають члени біржі. Пими можуть бути відповідно до ст.8 Закону "Про товарну біржу" юридичні чи фізичні особи, які виступили засновником біржі або сплатили вартість біржового місця і стали її учасником.

Набуття особою статусу члена біржі наділяє її певними правами, які можна поділити на майнові та управлінсько-правові. Зокрема, як правові слід зазначити такі: право укладати біржові угоди від власного імені; право отримувати винагороду за укладені від імені третіх осіб біржові контракти. Наступні поіменовані в законі види біржових посередників: біржові брокери та біржові агенти. Брокерами, згідно з ч.1 ст.16 Закону України “Про товарну біржу”, визнаються “фізичні особи, зареєстровані на біржі відповідно до її статуту, обов’язки яких полягають у виконанні доручень членів біржі, яких вони представляють на здійснення біржових операцій шляхом підшукування контрактів і подання здійснених ними операцій до реєстрації на біржі”. Положення про брокерські контори та брокерів, які діють на біржах України, передбачає, що брокери вправі бути тільки членами однієї біржі. Це засвідчує, що брокер може представляти тільки одну брокерську контору. По-друге, доручення, яке отримує брокер, містить не тільки повноваження на укладення угоди, але обов’язки, що стосуються умов угоди. По-третє, брокери виконують доручення члена біржі не за своїм вибором, а чітко визначеного, в брокерській конторі якого вони мають членство. А це передбачає, що брокер не може представляти інтереси третіх осіб за своїм вибором і виконувати їх доручення. Більше того, Закон України “Про товарну біржу” не передбачає права брокера на винагороду як це має місце із членами біржі (ст.9 Закону). З цього випливає, що брокер за умовами виконання доручення може отримувати і зарплату від члена біржі, а це свідчить про те, що такі взаємовідносини базуються на трудових правовідносинах і виходять за межі предмета дослідження. До кола учасників біржових торгів належать також і дилери. Вони укладають угоди від власного імені та за власний рахунок. Мета їх діяльності на біржі – реальне придбання товару з метою його перепродажу і одержання майнової винагороди у вигляді різниці між цінами. Дилери діють на підставі договору комісії, а це означає – від свого імені та на свій ризик, але на користь клієнта. Хоч у ч.1 п.2.1 Типових правил біржової торгівлі с/г продукцією така діяльність визнається брокерською, що з огляду на вищесказане є неправильним [13]. Якщо особа купує товар на власний розсуд без уповноважень, то таких покупців називають постійними або тимчасовими відвідувачами. Із сказаного випливає, що біржовими посередниками законодавство України визнає членів біржі та біржових дилерів.

Аналогічно класифікацію можна провести і щодо учасників – посередників ринку цінних паперів. Вони в нормативних актах та літературі іменуються брокерами та дилерами. Брокерська діяльність за визначенням Закону “Про цінні папери та фондову біржу” включає в себе вчинення цивільно-правових угод із цінними паперами в якості повіреного чи комісіонера, що діють на підставі договору доручення чи комісії. Особи, які професійно зай-

маються брокерською діяльністю, називаються брокерами. Таким чином, на відміну від брокера на товарній біржі брокера на ринку цінних паперів слід вважати посередником. Професійну діяльність на ринку цінних паперів здійснюють і дилери. Дилерська діяльність передбачає вчинення угод купівлі-продажу цінних паперів від свого імені і за свій рахунок. Дилером на відміну від брокера на ринку цінних паперів може бути тільки комерційна організація [14].

Отже, ми назвали основні види посередників за тими найменуваннями як вони називаються у різногалузевих нормативних актах. Аналіз правової природи та їх правового статусу свідчить про можливість і необхідність їх класифікації за, власне, правовими критеріями. В основі такої класифікації посередників може бути покладена умова: чи мають право посередники підписувати угоди, від чийого імені вони діють та за чий рахунок.

За такими ознаками посередників поділяють на чотири групи:

- посередники, що не мають права підписувати угоди з третіми особами (агенти-представники, брокери товарних бірж, морські агенти);
- посередники, що підписують угоди з третіми особами від імені і за рахунок довірителя (повірені, агенти-повірені, митні брокери);
- посередники, що підписують угоди з третіми особами від власного імені та за рахунок довірителя (комісіонери, консигнанти, дилери бірж);
- посередники, що підписують угоди з третіми особами від власного імені та за власний рахунок (дилери, консигнатори).

Якщо в основу класифікації покласти критерій характеру дій, які вчиняються посередниками, то зазначені в першій групі посередники вчиняють фактичні дії. До другої групи відносяться посередники, що уповноважені вчиняти дії юридичного характеру. В третій та четвертій групах зазначені посередники, які вчиняють дії юридичного та фактичного характеру.

1. Мамугов В.К., Чувпильо О.О. Господарче право зарубіжних країн. – К., 1996. – С.235-236.
2. Субботин П.А. Представительство в англо-американском праве // Дисс. канд. юр. наук. – М., 1983. – С.9-10.
3. Відомості Верховної Ради України. – 1995. – №21. – Ст.218; Відомості Верховної Ради. – 1994. – №7. – Ст.32.
4. Положення про патентних повірених. Постанова КМ України від 10.08.1994 року, № 545.
5. Митний кодекс України. – К.: Школа, 2002.
6. Затв. рішенням голів держав СЦД від 10 лютого 1995 року // Бюлетень міжнародних договорів. – 1995. – №11. – Ст.1001.
7. Кодекс Торговельного мореплавства України. – Київ: Парламентське видавництво, 1998.
8. Відомості Верховної Ради України. – 1996. – №18. – Ст.78.
9. Відомості Верховної Ради України. – 2002. – №6. – Ст. 39.
10. Відомості Верховної Ради України. – 1992. – №10. – Ст.139.
11. Торговельна діяльність в Україні // Бюлетень законодавства і юридичної практики. – К.: ЮрІнком Інтер, 2002. – №11. – С.264.

12. Відомості Верховної Ради України. - 1991. - №38 - Ст.508.

V.Vasylyeva

#### NAMED SUBJECTS OF INTERMEDIARY OBLIGATIONS

An article is devoted to the review of parties in the intermediary activity. The author analyses a legal status of its participants, naming them as well as they are defined in legislation of Ukraine. In article a necessity of classification of mediators by the legal classification criteria is underlined.

*Д.С.Лещенко*

### ДО ПИТАННЯ ЗАКОНОДАВЧОГО ВИЗНАЧЕННЯ МАЙНА

Новий Цивільний кодекс України (далі – ЦК України), що набув чинності 1 січня 2004 року, містить багато новел, які раніше досліджувалися лише у доктрині цивільного права та не мали свого відповідного законодавчого закріплення. Однією з таких новел є розділ III ЦК України, що присвячений визначенню об'єктів цивільних прав, у тому числі поняття майна.

Відповідно до ст.190 ЦК України під майном слід розуміти окрему річ, сукупність речей, а також майнові права та обов'язки. Тобто можна стверджувати, що законодавцем обрано найширше за обсягом визначення поняття майна, що цілком відповідає вимогам сучасності. В той же час слід відзначити, що у вітчизняній науці існують й інші погляди на обсяг цього поняття. Так, зокрема, Ю.Х.Калмиков визнавав майном лише речі, а майнові права і обов'язки вважав виключно елементами змісту відповідних правовідносин [2, с.93]. Незважаючи на це, вважаємо, що позиція законодавця є цілком обґрунтованою, а тому підстави для звуження поняття майна відсутні.

Разом із тим, констатуємо максимально широкий обсяг поняття майна, слід визнати й те, що не всі “складові” цього явища досліджені на однаково гідному науковому рівні. Мається на увазі, що на відміну від поняття речі як різновиду майна поняття майнових прав, а тим більше майнових обов'язків, досліджені мінімально, що, очевидно, не відповідає реальним потребам сьогодення, оскільки лише законодавча фіксація понять майнових прав та майнових обов'язків, без розкриття їх змісту, може викликати труднощі при застосуванні цих положень на практиці.

Таким чином, метою даної роботи є дослідження сутності понять “майнові права” та “майнові обов'язки” як складових частин майна, аналіз наукових точок зору та положень чинного законодавства у цьому питанні, формулювання висновків та пропозицій, спрямованих на вдосконалення чинного законодавства, які сприятимуть єдиному розумінню та застосуванню цих понять.

Спочатку зупинимось на дослідженні поняття майнових прав.

Вітчизняна юридична наука має необхідне підґрунтя для формулювання визначення цього поняття. Так, В.М.Коссак визначає суб'єктивне право як забезпечену законом міру можливої поведінки уповноваженої особи [7, с.163]. У свою чергу, Є.О.Суханов звертає увагу на те, що речі та майнові права складають актив майна (іноді називається “наявне майно”).

З метою з'ясування сутності майнових прав, можна посперечатися і на міжнародний досвід. Так, наприклад, Європейський Суд із прав людини (далі Суд) в окремих своїх рішеннях висловлює думку про те, що термін “майно” можна застосовувати майже до будь-яких прав, існування яких заявник здатний довести. Пояснюючи цю свою позицію, Суд, зокрема у справі “Ван Марле проти Нідерландів” від 26 червня 1986 р., зазначив, що під поняття “майно” підпадає “...будь-яке приватне право, що являє майнову цінність” [3, с.20]. Таким чином, відповідно до практики Суду до майнових прав можуть бути зараховані будь-які речові права та зобов'язальні права-вимоги з поширенням на них режиму власності (пронрієтарного режиму).

Легальне підтвердження схожого тлумачення різновидів майнових прав є й у вітчизняному законодавстві, наприклад, Законі України “Про оцінку майна, майнових прав та професійну оціночну діяльність в Україні” № 2658-III від 12.07.2001 р., який під майновими правами, що можуть оцінюватися, визнає будь-які права, пов'язані з майном, відмінні від права власності, у тому числі права, які є складовими частинами права власності (права володіння, розпорядження, користування), а також інші спеціальні права (права на провадження діяльності, використання природних ресурсів тощо) та права вимоги.

У той же час із наведеного вище випливає певна неузгодженість норм вищезазначеного Закону №2658-III та ЦК України, оскільки перший нормативно-правовий акт не включає до майнових прав право власності, що не відповідає п.3 ст.12, п.3 ст.26 ЦК України, згідно з якими поняттям “майнове право” охоплюється і право власності.

Не зважаючи на останні міркування, підтримуємо визначення майнових прав, запропоновані у Законі № 2658-III, тим більше, що точку зору щодо не включення права власності до кола майнових прав підтримує і ряд учених, зокрема Л.Лапач і В.Порошков.

Таким чином, вважаємо необхідним внести зміни до глави 13 ЦК України, відповідно до яких зафіксувати перелік майнових прав, серед яких не повинно бути права власності. У свою чергу, під поняттям майнового права слід розуміти забезпечену законом міру можливої поведінки майнового характеру уповноваженої особи.

Наступною складовою частиною поняття майна, що потребує уваги у своєму дослідженні, є поняття майнових обов'язків.

При визначенні цього поняття також потрібно звернутись до поглядів В.М.Коссака, який зазначає, що юридичним обов'язком є забезпечена законом необхідність певної поведінки, яка спрямована на здійснення відповідного суб'єктивного права [7, с. 168]. В.А.Пантелєєнко, аналізуючи безпосередньо майнові обов'язки, розглядає їх як наявність боргу однієї особи перед іншими у майновій сфері (пасив майна). При цьому відзначаємо, що термін “борги” містить і ст.191 ЦК України, у контексті якої цим терміном позначається поняття майнових обов'язків. Аналогічним чином розмірковує і Є.О.Суханов, який звертає увагу на те, що обов'язки (борги) певної особи складають пасив її майна. Отже, майнові обов'язки складають пасив майна будь-якої особи.

Для з'ясування того, що слід відносити до майнових обов'язків, необхідно визначитись, які майнові обов'язки передбачені ЦК України і в яких саме розділах вони фігурують. Подібний дослідницький підхід допоможе відійти від абстрактного уявлення про майнові обов'язки та більш-менш точно визначитися з їх конкретним змістом та різновидами.

Значна частина положень чинного ЦК України, що в тій чи іншій частині стосуються поняття майнових обов'язків, пов'язана із заміною боржника в існуючому зобов'язанні. Перехід обов'язків (майнових) боржника до іншої особи може здійснюватися шляхом вчинення певного правочину з переведення боргу (ст.520 ЦК України). Перехід обов'язків (майнових) боржника до іншої особи також може здійснюватись унаслідок універсального правонаступництва (переходу від однієї особи до іншої прав та обов'язків – активу і пасиву) у разі припинення юридичної особи внаслідок реорганізації (ст.ст.104-109 ЦК України) та у випадках спадкування. Причому з аналізу вищезазначених положень ЦК України можна зробити висновок про те, що поняття майна, прав та обов'язків являють собою самостійні правові явища, що, в свою чергу, суперечить змісту ст.190 ЦК України, яка включає до складу майна майнові права та обов'язки.

Найбільш доцільним розв'язанням цієї суперечливості, з нашої точки зору, є визнання зазначених у статтях 104, 108, 109 ЦК України прав та обов'язків немайними, бажаним наслідком чого було б редагування наведених статей до наступних формулювань: “...перехід майна (у т.ч. майнових прав та обов'язків), немайнних прав та обов'язків юридичної особи...”.

Майнові обов'язки фігурують і у положеннях, присвячених спадкуванню (другому різновиду універсального правонаступництва). ЦК України містить конкретне положення про те, що до складу спадщини (або спадкової маси, спадкового майна) входять усі права та обов'язки, що належали спадкодавцеві

на момент відкриття спадщини і не припинилися внаслідок його смерті. Це положення можна було б викласти так: “До складу спадщини входять речі, а також усі права та обов'язки, що належали спадкодавцеві на момент відкриття спадщини і не припинилися внаслідок його смерті”. Виняток складають обов'язки, що нерозривно пов'язані з особою спадкодавця (як боржника) і не можуть у зв'язку з цим бути виконані іншим у разі його смерті (ст.1219 ЦК України).

Книга 6 ЦК України містить конкретні обов'язки (майнові), що входять до спадкового майна серед яких, окрім боргів спадкодавця, що виникають із договірних зобов'язань (ст.1281 п.1, ст.1282, ст.1238 п.3 ЦК України), наводяться: 1) обов'язок відшкодувати майнову шкоду (збитки) та моральну шкоду, завдану спадкодавцем – пп. 1, 2 ст.1231 ЦК України; 2) обов'язок сплатити неустойку (штраф, пеню), яка була присуджена судом кредиторів за життя спадкодавця – п.3 ст.1231 ЦК України; 3) обов'язок спадкоємців відшкодувати розумні витрати, які були зроблені одним із спадкоємців або іншою особою на утримання, догляд, лікування та поховання спадкодавця – п.1 ст.1232 ЦК України; 4) обов'язок передавання відказоодержувачеві у власність або за іншим речовим правом (наприклад, обов'язок надання іншій особі права користування успадкованим житловим будинком, квартирою або іншим рухомим чи нерухомим майном – п.2 ст.1238 ЦК України) майнового права або речі, що входить або не входить до складу спадщини (заповідальний відказ) – ст.1238 ЦК України. Не викликає сумнівів, що згадувані вище обов'язки є майновими, незважаючи на те, що термінологічне позначення цих обов'язків не використовує слово “майнові”.

На підставі проведеного аналізу під поняттям майнового обов'язку слід розуміти забезпечену законом необхідність певної поведінки майнового характеру, спрямовану на здійснення відповідного суб'єктивного права.

Підсумовуючи наведене вище, можна зробити такі висновки. По-перше, слід включити до ЦК України положення про розділ майна на актив, яким визнаються речі, сукупність речей і майнові права, та пасив, до якого слід зарахувати майнові обов'язки. По-друге, закріпити у ЦК України перелік майнових прав, до яких віднести будь-які права, пов'язані з майном, відмінні від права власності, у тому числі права, які є складовими частинами права власності (права володіння, розпорядження, користування), права вимоги тощо. По-третє, необхідно окреслити певне коло майнових обов'язків, серед яких слід виділити обов'язки повернення боргів спадкодавця, відшкодування витрат третіх осіб на спадкодавця та майнової і моральної шкоди, заповідальної відказоодержувачем, заповідальний відказ тощо.

Наведені пропозиції можуть бути реалізовані двома способами: 1) шляхом імплементації до ЦК України самостійних статей, що будуть стосуватися

окремих видів (складових) майна, при цьому ст.190 ЦК України має бути загальною та знаходитись на початку глави 13 ЦК України; 2) доповнити зміст ст.190 ЦК України окремими частинами, що будуть містити визначення та перелік майнових прав та майнових обов'язків.

Окрім цього можна було б передбачити у ЦК України підстави для заміни боржника, а також уживати слово "майнові" перед термінами "права" та "обов'язки" в усіх випадках їх застосування, де фігурують ці складові елементи майна.

Необхідно підкреслити, що подальше дослідження майнових прав та майнових обов'язків має бути спрямоване на детальне вивчення майнових прав вимоги, опрацювання можливості визнання майновими правами специфічних прав, таких, як права на провадження діяльності й використання природних ресурсів, з'ясування більш конкретного кола майнових обов'язків та майнових прав, розгляд майнових обов'язків у якості об'єктів цивільних прав поряд із речами та майновими правами.

1. Бебель О. Що таке "майно"? // Вісник прокуратури. – 2003. – №3(21). – Березень.
2. Калмыков Ю.Х. Понятие имущества по гражданскому праву / Труды молодых ученых (Выпуск юридический). – Изд-во Саратовского университета, 1964.
3. Лапач Л. Понятие "имущество" в российском праве и в Конвенции о защите прав человека и основных свобод // Российская юстиция. – 2003. – №1.
4. Порошков В. Специфика имущественных прав // Российская юстиция. – 2000. – №5.
5. Тлумачний словник з цивільного права / Під заг. ред. д.ю.н. В.М.Селіванова. – К.: Інститут приватного права і підприємництва Академії правових наук України, 1998.
6. Цивільний кодекс України: Коментар. – Х.: ТОВ "Одіссей", 2003.
7. Цивільне право: Підручник для студентів юридичних вузів та факультетів. – К.: Вертури, 1997.

D.Leshchenko

#### TO THE QUESTION OF THE LEGISLATIVE DEFINITION OF PROPERTY

This article is dedicated to the legal definition of property in the Civil Code of Ukraine. The main attention is paid to the researching of the legal nature of such components of property as property's rights and duties. On the basis of the analysis of new civil legislation of Ukraine and Ukrainian and international legal literature it is determined the notion and scope of property's rights and duties, specific propositions in this sphere are formulated.

Р.А.Лідовець

#### ОКРЕМІ ПИТАННЯ ВИКОРИСТАННЯ ЗМІШАНИХ ДОГОВОРІВ

Різноманітність інтересів сторін при укладенні договору та, відповідно, необхідність їх урахування зумовили існування такого основоположного принципу цивільного права, як свобода договору. Саме елементом свободи договору, на погляд А.В.Луць, є право сторін укладати як договори, передбачені законом, так і договори, які законом не передбачені, але йому не суперечать [1, с.11]. До свободи договору можна віднести і можливість сторін укладати договір, в якому містяться елементи різних договорів (змішаний договір), яка передбачена Цивільним кодексом України (ч.2 ст.628 ЦК). Щодо питання свободи договору, то воно останнім часом стало об'єктом численних досліджень. Зокрема, до з'ясування змісту свободи договору звертались у своїх працях М.І.Брагинський, В.В.Вітрянський [2, с.404], В.В.Луць [3, с.48-52], Р.Ханик-Посполітак [4, с.23-25]. Існує також комплексне монографічне дослідження питань договірної свободи, автором якого є А.В.Луць [1].

На жаль, недостатньо уваги, на наш погляд, приділяється вивченню практики використання змішаних договорів, а також договорів, які не передбачені цивільним законодавством. Тому завданням цієї статті є дослідити питання використання змішаних договорів і договорів, які не передбачені цивільним законодавством, виділити їх особливості.

Цікавим, із точки зору правової природи, вважаємо, є договори, які укладаються при будівництві житлових будинків. Поширена практика укладення з громадянами так званих договорів про спільну діяльність, про дольову участь у будівництві, інвестуванні і т.п. Проте досить часто назва таких договорів не відображає їх справжню юридичну природу, що може викликати неправильне вирішення спорів, які виникають із таких договорів.

Незважаючи на назву договору, найменування сторін, такі договори, як правило, оформляють відносини сторін стосовно передачі товару або результату роботи (квартири), виконання робіт (будівництва житла) чи надання послуг (з пошуку підрядника, продавця, оформлення квартири і т.д.) або містять умови різних договорів, тобто є змішаними.

Наприклад, ТОВ "Рівненський Молодіжний Жилий Комплекс" протягом 1998-1999 рр. уклало з фізичними особами договори про дольову участь у будівництві багатоквартирного будинку. Предметом цих договорів була фінансова, матеріальна та трудова участь "Дольовика" (назва сторони за договором) в забудові багатоквартирного будинку... з метою отримання у власність певної квартири. ТОВ "Рівненський Молодіжний Жилий Комплекс" називалось за договором "Забудовником". Беручи до уваги назву договору та

визначення його предмета і сторін, може скластися думка, що це є договір про спільну (сумісну діяльність). Відповідно до ч.1 ст.430 ЦК УРСР 1963 р. за договором про сумісну діяльність сторони зобов'язуються сумісно діяти для досягнення спільної господарської мети, як-то: будівництво і експлуатація міжкогоспного або державно-когоспного підприємства чи установи (що не передаються в оперативне управління організації, яка є юридичною особою), будівництва водогосподарських споруд і пристроїв, будівництво шляхів, спортивних споруд, шкіл, родильних будинків, жилих будинків і т. ін. Відповідно до ч.1 ст.1130 ЦК України за договором про спільну діяльність сторони (учасники) зобов'язуються спільно діяти без створення юридичної особи для досягнення певної мети, що не суперечить законам.

Проте для визначення такого договору договором про спільну (сумісну) діяльність немає підстав. Особливостями договору про спільну діяльність є здійснення всіма учасниками такого договору спільної діяльності, об'єднання вкладів, наявність для всіх спільної мети, яка досягається через ведення спільної діяльності.

У відносинах, що розглядаються, між громадянином і господарюючим суб'єктом кінцева мета діяльності учасників відрізняється. Кінцевою метою виконання укладеного договору для громадянина є отримання квартири для проживання, а для контрагента – отримання грошових сум у рахунок оплати квартири, яка передається громадянину. Крім того, організації оформляють відносини з громадянами шляхом укладення з кожним окремим громадянином самостійного двостороннього договору. Проте укладення окремих двосторонніх договорів із кожним учасником на будівництво конкретної квартири суперечить суті сумісної діяльності товаришів. У результаті будь-який багатосторонній правовий зв'язок між самими громадянами – учасниками будівництва, а також між ними і їхніми контрагентами – господарюючими суб'єктами, відсутній.

При будівництві багатоквартирного житлового будинку відносини з приводу спільної діяльності виникають, як правило, лише між організаціями, що здійснюють його будівництво. Громадяни можуть бути суб'єктами подібних відносин у випадках, якщо вони мають на меті отримання доходу, а не квартир для проживання. Відносини з приводу спільної діяльності можуть також виникнути в тих випадках, коли громадяни, майбутні мешканці будинку, що будується, об'єднуються для здійснення будівництва цього будинку (об'єднують грошові вклади, визначають свою особисту участь, порядок ведення спільних справ, бухгалтерського обліку і т. ін.), уклавши єдиний договір.

Таким чином, не зважаючи на включення в договори, які розглядаються, умов про те, що “сторони об'єднуються для ведення спільної діяльності по будівництву житлового будинку”, їх кваліфікація як договорів простого товариства не відображає дійсних відносин сторін і не може вважатися обігруваною.

Повертаючись до згаданого прикладу, варто детальніше зупинитись на його змісті. Відповідно до його умов Забудовник зобов'язувався підготувати необхідну для зведення будинку проектно-кошторисну документацію, за участю Дольовика та субпідрядних організацій виконати весь комплекс будівельно-монтажних робіт, ... після здачі будинку в експлуатацію та повного відшкодування витрат, пов'язаних із будівництвом квартири... Дольовиком, передати квартиру Дольовику у власність. Дольовик, відповідно, зобов'язувався перерахувати на рахунок Забудовника на поточні витрати, пов'язані з будівництвом, кошти в розмірі... та виконати власними силами за свої кошти певний обсяг робіт, конкретизований у договорі.

Таким чином, основні обов'язки Забудовника дозволяють віднести цей договір до договору підряду. Проте Дольовик також бере на себе обов'язки виконати частину робіт на користь Забудовника, який повинен їх прийняти. Отже, перед нами не простий договір підряду, а два договори підряду послідовні в одному. Суд, розглядаючи спір, що виник із цього договору, кваліфікував зобов'язання, які виникли між сторонами, як взаємні зобов'язання підряду. У відносинах з виконання загальнобудівельних робіт з будівництва квартири замовником виступає Дольовик..., а підрядником ТОВ “Рівненський МЖК”, а у відносинах з виконання опоряджувальних робіт замовником є ТОВ “Рівненський МЖК”, а підрядником Дольовик... За змістом укладеного між сторонами договору вартість робіт, виконаних Дольовиком..., зараховується у вартість квартири з метою набуття права власності на неї.

У цивільному законодавстві України не зустрічається такий термін, як “взаємні зобов'язання підряду” чи “взаємний договір”, тому виникає запитання, яка ж юридична природа такого договору?

На перший погляд, цей договір має схожість із договором міни, а точніше бартеру. Відповідно до ч.1 ст.715 ЦК за договором міни (бартеру) кожна із сторін зобов'язується передати другій стороні у власність один товар в обмін на інший товар. Ця ж стаття передбачає, що договором може бути встановлений обмін майна на роботи (послуги). Проте для нашого випадку така правова конструкція договору не підходить, тому що договір міни (бартеру) належить до договорів про передачу майна у власність, а в договорі, що розглядається, йдеться, в першу чергу, про виконання робіт.

Певним винятком із правил, передбачених ЦК, є правила про бартер у зовнішньоекономічній діяльності. Відповідно до ЗУ “Про регулювання товарообмінних (бартерних) операцій у галузі зовнішньоекономічної діяльності” від 23 грудня 1998 року товарообмінна (бартерна) операція у галузі зовнішньоекономічної діяльності – це один із видів експортно-імпорتنних операцій, оформлених бартерним договором або договором із змішаною формою

оплати, яким часткова оплата експортних (імпортних) поставок передбачена в натуральній формі між суб'єктом зовнішньоекономічної діяльності України та іноземним суб'єктом господарської діяльності, що передбачає збалансований за вартістю обмін товарами, роботами, послугами у будь-якому поєднанні, не оносередкований рухом коштів у готівковій або безготівковій формі.

Отже, як вірно відзначає О.В.Дзєра: “На відміну від традиційного договору між предметом бартерного договору можуть бути не лише майно, а й послуги і роботи. Можлива ситуація, за якої взагалі немає обміну реальними товарами, наприклад, коли кожна із сторін бартерного договору надає одна одній послуги чи виконує роботи” [5, с.82]. Така конструкція бартеру цілком підходить для наведеного договору, оскільки в ньому саме було виконання робіт із змішаною формою оплати (в основному – коштами, частина – у вигляді виконання робіт). Проте наведені норми мають спеціальний характер – поширюються лише на правовідносини, що виникають у сфері зовнішньоекономічної діяльності, а тому до наведеної ситуації не можуть бути застосовані.

Таким чином, залишається визнати, що такий вид договору в цивільному законодавстві прямо не передбачений. І тут виникає запитання: “Чи можна його віднести до змішаного договору?”. Відповідно до ч.2 ст.628 ЦК сторони мають право укласти договір, в якому містяться елементи різних договорів (змішаний договір). До відносин сторін у змішаному договорі застосовуються у відповідних частинах положення актів цивільного законодавства про договори, елементи яких містяться у змішаному договорі, якщо інше не встановлено договором або не впливає із суті змішаного договору.

У свій час І.Б.Новицький та А.А.Лунц як приклад змішаного договору наводили договір, за яким одна сторона зобов'язується передати річ у власність, а інша – виконати на свій ризик певну роботу [6, с.102]. В такому випадку обов'язки, передбачені законом щодо різних типових договорів, покладаються змішаним договором частково на одну сторону, частково – на іншу. Проте в більшості змішаних договорів поєднання зобов'язань існує все ж на одній стороні. Сьогодні такий приклад уже не є актуальним, тому що цей договір передбачений законом і називається договором бартеру.

Однак корисним є той факт, що змішаний договір може містити елементи різних договорів, які розподіляються між обома договірними сторонами. Залишається з'ясувати, чи можуть це бути елементи одного і того ж типу договору як в наведеній ситуації (підряд і підряд).

Якщо виходити з буквального тлумачення ч.2 ст.628 ЦК, то змішаний договір може містити елементи саме різних (підкреслено авт. – Р.Л.) договорів, а не одного типу. У такому разі договір, що нами розглядається, змішаним назвати не можна. Це стало б можливим лише тоді, коли слово “різних” замі-

нити словом “двох”, однак у такому вигляді визначення змішаного договору не буде відповідати його суті. Остання зводиться до того, що в змішаному договорі поєднуються елементи саме різних типів договорів, і це зумовлює відповідне правило про застосування до такого договору положень актів цивільного законодавства про договори, елементи яких містяться у ньому.

Таким чином, ми приходимо до зробленого раніше висновку, що договір підряду, в рахунок оплати за яким також виконується певна робота, формально в чинному законодавстві не закріплений. Його не можна віднести і до змішаного договору. Тому він є договором, не передбаченим актами цивільного законодавства, але відповідає загальним засадам цивільного законодавства (ч.1 ст.6 ЦК).

Однак, враховуючи те, що договори такого типу є досить поширеними, вважаємо за необхідне формально їх закріпити в ЦК. Для цього потрібно чіткіше сформулювати визначення бартеру, подібно до того, яке існує в ЗУ “Про регулювання товарообмінних (бартерних) операцій у галузі зовнішньоекономічної діяльності”, і передбачити можливість укладення договорів, у яких робота може обмінюватись на роботу, послуга на послугу, майновий найм на майновий найм і т. п. У такому разі бартер не можна буде віднести до договорів про передачу майна у власність, а тому його слід виділити в окрему главу або передбачити відповідні норми в загальних положеннях про найм, підряд і про послуги. З огляду на складність піднятого питання, формулювання конкретніших пропозицій, на наш погляд, потребує детальнішого вивчення практики використання подібних договорів.

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. Брагинский М.И., Витрянский В.В. Договорное право. Книга первая: Общие положения. Изд. 3-е, стереотипное. – М.: Статут, 2001. – С.404.
3. Луць В.В. Свобода вибору сторонами форми цивільно-правового договору // Наук. вісник Чернівецьк. ун-ту. – 2000. – Вип. 82. Правознавство. – С.48-52.
4. Ханик-Поспелітас Р. Деякі питання загальної теорії договору // Підприємство, господарство і право. – 2001. – № 12. – С.23-25.
5. Цивільне право України: У 2-х кн. – Кн.2 / За ред. О.В.Дзєри, Н.С.Кузнєцової. – К.: Юрінком Інтер, 2002. – С.82.
6. Новицький І.Б., Лунц А.А. Общее учение об обязательстве. – М., 1950. – С.102.

R.Lidovets

#### SOME QUESTIONS OF USING OF MIXED CONTRACTS

Some questions of using of mixed contracts, such as possibility of mixing of elements of contracts of the same type in one contract, correlation of mixed contracts with barter transaction are analyzed in the article. The problem is demonstrated on the example of building contracts.



*М.В.Логвінова*

## **НЕВИКОНАННЯ БАТЬКАМИ ПРАВ ТА ОБОВ'ЯЗКІВ ЩОДО ВИХОВАННЯ І РОЗВИТКУ ДИТИНИ ЯК ОДИН ІЗ ПРОЯВІВ ПРОТИПРАВНОСТІ ПОВЕДІНКИ БАТЬКІВ**

Визначення протиправності як одного з елементів структури сімейно-правової та цивільної відповідальності батьків є неоднозначним і актуальним із наукової та практичної точок зору. Протиправність поведінки батьків полягає насамперед у невиконанні покладених на них законом батьківських обов'язків. Однак не виконуються не тільки батьківські обов'язки, батьки зловживають і правами. Аналіз останніх наукових досліджень показує, що вчені досить часто наголошують на невиконанні батьками прав та обов'язків щодо виховання і розвитку дитини як одному з проявів протиправності поведінки батьків (В.Данилін, С.Індиченко, В.Леженін, В.Мироненко, Н.Рабінович, З.Ромовська, О.Рябов, Л.Савченко, Я.Шевченко). Проте з прийняттям 26 квітня 2001 року Закону України "Про охорону дитинства" [8], 10 січня 2002 року нового Сімейного кодексу України [2] (далі – СК) ситуація щодо визначення комплексу батьківських прав та обов'язків змінилася. Тому, виходячи з існуючих теоретичних напрацювань, перед нами стоїть завдання згідно з новим сімейним законодавством проаналізувати і систематизувати батьківські права та обов'язки щодо дитини, порушення яких розглядається як протиправна поведінка батьків щодо своєї дитини, що в свою чергу становить складовий елемент сімейного або цивільного правопорушення батьків (осіб, які їх замінюють).

Одразу необхідно зауважити, що новий СК містить чіткий перелік батьківських прав та обов'язків. При цьому невиконання батьківських обов'язків та зловживання батьківськими правами в кодексі не фіксується як сімейне правопорушення. Проте саме така поведінка батьків і є правопорушенням, оскільки характеризується протиправністю діянь батьків, заподіянням шкоди правам та інтересам дітей, наявністю причинного зв'язку і вищою батьків.

При цьому під протиправністю як складовою частиною правопорушення батьків (усиновлювачів) слід розуміти свідоме невиконання передбачених ст.ст.143, 150, 155, 180 СК батьківських обов'язків або зловживання батьківськими правами, внаслідок чого порушуються визначені Законом України "Про охорону дитинства" та СК України права дітей.

Таким чином, протиправність тісно пов'язана з наявністю визначених законом батьківських прав та обов'язків щодо виховання і розвитку дитини. При цьому характер самої протиправності виражається у порушенні юридичних обов'язків, їх невиконанні або неналежному виконанні батьками (усинов-

лювачами). Тобто відповідальність батьків настає у разі порушення ними майнового чи немайнового батьківського обов'язку щодо виховання та розвитку дитини.

Перелік немайнових обов'язків батьків стосовно виховання та розвитку дитини містить ст.150 нового СК. Згідно з її положеннями:

1) батьки зобов'язані виховувати дітей у дусі поваги до прав та свобод інших людей, любові до своєї сім'ї та родини, свого народу, своєї Батьківщини;

2) батьки зобов'язані піклуватися про здоров'я дитини, її фізичний, духовний та моральний розвиток. На цьому обов'язку наголошує й ст.59 Основ законодавства України про охорону здоров'я, затверджених Законом України від 19.11.1992 року [7], закріплюючи у разі порушення батьками зазначеного обов'язку застосування до них сімейно-правової санкції у вигляді позбавлення батьківських прав. Проте вказана норма не знайшла свого відображення в ст.164 СК. Тому в якості самостійної підстави позбавлення батьківських прав у ст.164 СК необхідно закріпити положення про невиконання батьківських обов'язків щодо охорони здоров'я дитини.

Невиконання батьками вимог ч.2 ст.150 СК розглядається законом як протиправна бездіяльність;

3) батьки зобов'язані забезпечити здобуття дитиною повної загальної середньої освіти, готувати її до самостійного життя. Крім того, ст.8 Закону України від 11.07.2001 року "Про дошкільну освіту" [4] чітко наголошує, що батьки зобов'язані сприяти здобуттю дитиною освіти у дошкільних та інших навчальних закладах. При цьому відвідування дитиною дошкільного навчального закладу не звільняє сім'ю від обов'язку виховувати, розвивати та навчати її в родинному колі (ч.2 ст.8 Закону).

У разі проявлення батьками протиправної бездіяльності щодо виконання цього обов'язку згідно з ч.4 ст.9 Закону "Про дошкільну освіту", ч.5 ст.6 Закону від 13.05.1999 року "Про загальну середню освіту" [5] вони притягаються до відповідальності. При цьому ч.3 ст.47 Закону "Про загальну середню освіту" чітко передбачає, що злісне ухилення батьків від виконання обов'язків щодо здобуття їх неповнолітніми дітьми повної загальної середньої освіти може бути підставою для позбавлення їх батьківських прав. Однак у ст.164 СК дана норма Закону не знайшла свого відображення. Звичайно, злісне ухилення батьків від виконання обов'язків щодо здобуття їх дітьми повної загальної середньої освіти можна віднести до такої підстави позбавлення батьківських прав, як ухилення батьків від виконання своїх обов'язків щодо виховання дітей. Проте процеси виховання і навчання відрізняються. Крім того, сам законодавець чітко розмежує поняття виховання і навчання (наприклад, ст.150 СК у ч.1 передбачає, що батьки зобов'язані виховувати

дитину, а в ч.3 — забезпечити здобуття дитиною повної загальної середньої освіти. Аналогічні приклади містяться в ст.36 Закону “Про дошкільну освіту”, ч.1 ст.29 Закону “Про загальну середню освіту”). І якщо законодавець передбачає застосування сімейно-правової санкції у разі ухилення батьків від виконання своїх обов’язків щодо виховання дитини, то доцільним було б доповнити ст.164 СК положенням про ухилення батьків від виконання обов’язків стосовно здобуття їх неповнолітніми дітьми дошкільної, загальної середньої освіти як одну з підстав позбавлення батьківських прав;

4) батьки зобов’язані поважати дитину;

5) передача дитини на виховання іншим особам не звільняє батьків від обов’язку батьківського піклування про неї. Згідно з ч.2 ст.151 СК батьки мають право залучати до виховання дитини інших осіб, передавати її на виховання фізичним та юридичним особам. Сьогодні, залишаючи рідний дім у пошуках роботи, батьки досить “активно” користуються наданим законом правом, полишаючи дітей на власних батьків. Проте старше покоління, яке через стан здоров’я, зайнятість у хатньому господарстві, не в змозі приділити належної уваги онукам. Крім того, досить часто над такими дітьми навіть не встановлено оліку чи піклування. У результаті цього між дітьми і батьками втрачається зв’язок, діти стають заручниками наркотиків, алкоголю, злочинних посягань, рознусти. І тоді постає питання: чи потрібні дітям такі батьківські заробітки, які спричинили відстороненість батьків і дітей? Дана ситуація є сигналом для органів державної влади щодо створення робочих місць, сприяння підприємництву, зрештою, встановлення над такими сім’ями і дітьми громадської оліки з метою попередження поповнення рядів бездоглядних;

6) забороняються будь-які види експлуатації батьками своєї дитини. Мати, батько, якщо вона, він вдаються до будь-яких видів експлуатації дитини, примушують її до збраківання та бродяжництва, можуть бути позбавлені сулом батьківських прав (ст.164 СК);

7) забороняються фізичні покарання дітей батьками, а також застосування ними інших видів покарань, які принижують людську гідність дитини.

Такі основні обов’язки батьків щодо виховання і розвитку дитини, закріплені нормами СК. Крім того, перелік немайнових батьківських обов’язків містять ч.1 ст.12 Закону “Про охорону дитинства” та ч.3 ст.59 Закону “Про освіту” [6]. Зокрема, ч.1 ст.12 Закону “Про охорону дитинства” зазначає, що батьки (особи, які їх замінюють) мають право та зобов’язані виховувати дитину, піклуватися про її здоров’я, фізичний, духовний і моральний розвиток, навчання, створювати належні умови для розвитку її природних здібностей, поважати гідність дитини, готувати її до самостійного життя та праці. Проте, на наш погляд, ця норма є помилковою, оскільки одна і та сама дія батьків не

М В Логвінова. Невиконання батьками прав та обов’язків щодо виховання і розвитку дитини як один із проявів протиправності поведінки батьків

може водночас бути і правом, і обов’язком. Не слід включати обов’язки батьків у зміст батьківського права, це не одне й те саме, навіть незважаючи на те, що батьківські права та обов’язки тісно взаємопов’язані. Таким чином, ч.1 ст.12 Закону “Про охорону дитинства” потребує вдосконалення.

До немайнових обов’язків батьків слід віднести здійснення ними необхідного нагляду за дітьми. Тобто батьки повинні контролювати дії та вчинки своїх дітей, “тримати під своїм батьківським спостереженням усю поведінку дітей, яка б відповідала вимогам норм права” [14, с.121]. Такий нагляд батьків, на думку К.Тихоніної, має на меті запобігання можливих негативних наслідків неправомірної поведінки дітей. За допомогою батьківського нагляду відвертається шкода самій дитині та заподіяння шкоди дитиною третім особам [14, с.121]. О.Рябов зауважує, що під наглядом за дітьми слід розуміти не тільки спостереження за конкретними діями, поведінкою дитини та захист її від усіляких негараздів, але й виховання дитини взагалі. Тобто нагляд за дитиною як один із компонентів входить у більш широке поняття – виховання дитини [12, с.23].

При цьому необхідно зауважити, що нагляд батьків за дітьми потрібно диференціювати в залежності від віку дітей. Безперечно, що здійснювати нагляд за малолітньою дитиною набагато легше, ніж за неповнолітньою. Малолітня дитина постійно перебуває в полі зору батьків – дім, відоме коло друзів, виконання нею всіх прохань та зауважень батьків. А ось неповнолітня дитина вже менше спілкується з батьками. До того ж вона, згідно з ч.1 ст.29 Цивільного кодексу України [3] (далі – ЦК), може сама визначати місце свого проживання. Та, як наголошує Я.Шевченко, структура правовідносин між батьками і дітьми передбачає наявність у батьків права на виховання дітей, що поєднується з правом на спілкування та проживання з ними, оскільки процес виховання неможливий без спілкування з дитиною. І дитина зацікавлена у проживанні в сім’ї, вона має право на спілкування з батьками, на одержання належного виховання від них, на турботу про її освіту, підготовку до праці, всебічний розвиток [11, с.277].

Проте законодавець надає неповнолітньому право вільно обирати місце свого проживання (ч.2 ст.29 ЦК). Крім того, норми ЦК не обмежують право неповнолітнього щодо вибору місця проживання – він може проживати або з батьками, або окремо від них у певній квартирі, кімнаті гуртожитку тощо.

У свою чергу ч.3 ст.160 СК наголошує на тому, що неповнолітній має право обрати місце проживання того з батьків, із ким він хоче жити. Проте зміст статті не містить жодного слова про відокремлене проживання дитини від батьків.

Тому, на наш погляд, законодавцю необхідно чітко врегулювати питання щодо розуміння словосполучення “місце проживання неповнолітньої особи”,

Актуальні проблеми вдосконалення чинного законодавства України

що саме треба розуміти під цим висловом – чи окреме проживання неповнолітнього від батьків, чи право вибору неповнолітнім місця проживання одного з батьків.

Якщо законодавець встановлює, що неповнолітня особа має право проживати окремо від батьків, постає інше питання: чи завжди останні зможуть у такому випадку проконтролювати її поведінку. Без сумніву, це обов'язок батьків, однак реально здійснювати такий нагляд за умови окремого проживання дитини від батьків неможливо. Дитина, проживаючи окремо від батьків, відсторонюється від них, створюючи свій власний світ, де не завжди сприймаються поради та зауваження дорослих. У такому випадку необхідно вести мову про набуття неповнолітнім повної цивільної дієздатності. Тому, на наш погляд, доцільно було б передбачити в ЦК таку норму: **“Місцем проживання фізичної особи віком від 14 до 18 років є місце проживання її батьків (усиновлювачів) або одного з них, із ким вона проживає. Фізична особа, яка досягла 16 років і в установленому законом порядку володіє повною цивільною дієздатністю, вільно обирає собі місце проживання”**.

У даному контексті слід звернути увагу і на той факт, що на сьогоднішнє чинне законодавство не містить норми, яка б чітко передбачала настання відповідальності за порушення батьками обов'язку нагляду за дитиною. Та оскільки обов'язок нагляду за дитиною включається в обов'язок батьків щодо виховання та розвитку дитини, то за порушення обов'язку щодо нагляду за дитиною батьки будуть зазнавати негативного впливу сімейно-правової і цивільної відповідальності за порушення батьківських обов'язків щодо виховання дитини. Однак сьогодні в деяких містах України (Черкаси [10, с.5], Сокиряни [13, с.4]) органи місцевого самоврядування взяли на себе зобов'язання сприяти батькам у виконанні ними батьківського обов'язку щодо нагляду за дитиною, запровадивши комендантську годину. Батьків, діти яких у цей час будуть затримані в кафе, барах або на вулиці, на перший раз будуть попереджати, а надалі штрафувати, тобто притягати до адміністративної відповідальності. На наш погляд, такі обмеження для підлітків доцільно встановити на всій території України.

Загальноприйнятим є положення про те, що утримання дитини в сім'ї здійснюють її батьки. Вони витрачають частину свого заробітку (доходу) на харчування, одяг, освіту, лікування та інші потреби дитини, виконуючи при цьому свій батьківський обов'язок, установлений ст.180 СК. Таким чином, до основного майнового обов'язку батьків відноситься обов'язок утримання дитини до досягнення нею повноліття. Невиконання цього обов'язку є протиправною бездіяльністю батьків, оскільки такою поведінкою вони ставлять під загрозу життя та здоров'я дитини. Крім того, в даному випадку важко

говорити про належне виконання батьківських обов'язків щодо виховання, навчання та розвитку природних здібностей дитини, що, в свою чергу, потребує матеріального забезпечення.

Отже, встановлені законодавством обов'язки батьків щодо виховання та розвитку дитини мають на меті забезпечення права дитини на належне батьківське виховання. Ухилення батьків від виконання батьківських обов'язків є підставою для покладення на них відповідальності, встановленої законом (ч.4 ст.155 СК), оскільки в такому випадку порушуються права та інтереси дитини. А порушення законного інтересу є порушенням юридичної норми, “у зв'язку з чим поведінку особи, що посягає на приписи закону, слід кваліфікувати як протиправну” [9, с.98]. І якщо результатом протиправної поведінки батьків, яка проявляється у неналежному вихованні дитини або у неналежному нагляді за нею, є скоєння неповнолітнім правопорушення, то відшкодування батьками завданої ним шкоди буде відповідною мірою майновою відповідальністю батьків за власне сімейне правопорушення. Водночас до батьків можуть бути застосовані заходи або адміністративної, або сімейно-правової, або кримінальної відповідальності.

Отже, в підсумку проведеного дослідження, пропонуємо:

- з огляду на положення про те, що обов'язки батьків не становлять змісту батьківських прав, необхідно внести зміни до частини першої ст.12 Закону “Про охорону дитинства”;
- органам державної влади, в тому числі органам місцевого самоврядування, необхідно у своїй роботі зосередити увагу на встановленні над дітьми, батьки яких виїхали на заробітки за кордон, громадської опіки;
- запровадити для осіб, які не досягли 18 років і не визнані в законному порядку повністю дієздатними, комендантську годину. Зокрема, заборонити появу неповнолітніх на вулиці та у розважальних закладах після 22-ї години вечора;
- пункт другий частини першої статті 164 СК викласти у новій редакції: “Ухиляються від виконання своїх обов'язків щодо виховання дитини, в тому числі при ухиленні батьків від виконання обов'язків щодо здобуття їх дитиною дошкільної, загальної середньої освіти”;
- частину першу статті 164 СК доповнити новим пунктом такого змісту: “Ухиляються від виконання батьківських обов'язків з охорони здоров'я дитини, у зв'язку з чим здоров'ю дитини завдано істотної шкоди”;
- частину другу статті 29 ЦК викласти в новій редакції: “Місцем проживання фізичної особи віком від 14 до 18 років є місце проживання її батьків (усиновлювачів) або одного з них, із ким вона проживає. Фізична особа, яка досягла 16 років і в установленому законом порядку володіє повною цивільною дієздатністю, вільно обирає собі місце проживання”.

1. Конституція України. – К., 1996.
2. Сімейний кодекс України від 10 січня 2002 року. – К.: Атіка, 2002.
3. Цивільний кодекс України від 16 січня 2003 року. – К.: Атіка, 2003.
4. Закон України від 11 липня 2001 року “Про дошкільну освіту” // Урядовий кур’єр. – Орієнтир. – 8 серпня 2001 року. – № 141.
5. Закон України від 13 травня 1999 року “Про загальну середню освіту” // Урядовий кур’єр – Орієнтир – 8 липня 1999 року. – № 125-126.
6. Закон України від 23 березня 1996 року “Про освіту” // Відомості Верховної Ради України – 1996 – № 21 – Ст.84.
7. Закон України від 19 листопада 1992 року “Основи законодавства України про охорону здоров’я” // Відомості Верховної Ради України. – 1993. – № 4. – Ст.19.
8. Закон України від 26 квітня 2001 року “Про охорону дитинства” // Урядовий кур’єр. – Орієнтир – 6 червня 2001 року. – № 98.
9. Данилин В. И., Реутов С. И. Юридические факты в советском семейном праве – Свердловск: Изд-во Уральского университета, 1989. – 155 с.
10. Кирей В. Після 21-ї підліткам вхід заборонено // Урядовий кур’єр. – 27 грудня 2003 – №246. – С.5.
11. Кодифікація приватного (цивільного) права України / За ред. проф. А.Довгерта. – К.: Український центр правничих студій, 2000.
12. Рябов А. М. Личные и имущественные отношения между родителями и детьми. – Воронеж, 1961.
13. Сулима С. У Путилі ввели комендантську годину Для підлітків // Голос України. – 11 лютого 2004. – №26. – С.4.
14. Тихонина К. В. Лишение и восстановление родительских прав. В кн.: Актуальные проблемы государства и права в развитии социалистическом обществе / Отв. ред. Е. А. Ровинский. – М., 1976. – С. 120-139.

M. Logvinova

NON-FULFILLMENT BY PARENTS OF RIGHTS AND DUTIES CONCERNING EDUCATION AND UPBRINGING OF CHILD AS ONE OF DISPLAYS OF ILLEGAL CONDUCT OF PARENTS  
In the article the author exposes notion of illegal conduct of parents (adoptants), that is expressed in non-fulfillment or improper fulfillment by parents (adoptants) of their duties and it is foundation for bringing them to the responsibility. As a result of research the author offered some changes to the family law.

*В.М.Мартин*

## ПРАВО КОРИСТУВАННЯ ЧУЖОЮ ЗЕМЕЛЬНОЮ ДІЛЯНКОЮ ДЛЯ ЗАБУДОВИ (СУПЕРФІЦІЙ)

Право користування чужою земельною ділянкою для забудови (суперфіцій) – новий інститут цивільного права, який отримав законодавче визнання та регулювання у Цивільному кодексі України. Це зумовлює необхідність правового аналізу природи цього інституту, наукового дослідження теоретичних та практичних питань, які виникають у зв’язку з його використанням, та вироб-

лення конкретних рекомендацій щодо вдосконалення законодавчого регулювання.

Суперфіцій (superficies) – дуже давній інститут приватного права, який, як зазначає М.Зобків, уже в давнину давав право “виставити будинок на чужім, на ту ціль виарендованім ґрунті” [3, с.5].

В Україні суперфіцій відомий давно, хоча його ніколи не виділяли як особливий інститут цивільного права.

Так, Кодекс 1743 року поряд із “звичайним договором найму” в арт.4 містить вказівки на чиншовий договір – “так звану давню форму вічного найму нерухомого майна за незмінну раз встановлену платню-чинш” [8, с.136]. Користування майном на умовах чиншового договору на відміну від найму давало право користувачеві вільно, без згоди власника, здійснювати забудову та експлуатацію орендованого маєтку, тобто чиншовий договір за Кодексом 1743 року об’єднував два відомі римському праву інститути – суперфіцій та емфітевзис.

Суперфіцій добре відомий законодавствам сучасних країн.

У праві ФРГ та Швейцарії цей інститут відомий під назвою спадкового права забудови і являє собою речове право, яке надає особі право зводити будівлі на чужій земельній ділянці [1, с.228; 2, с.35].

Французьке законодавство не виділяє суперфіцію, а право оренди земельної ділянки для забудови називає емфітевзисом – “довгостроковою орендою, за якою за погодженням із власником орендар платить останньому незначну орендну плату, але зате приймає на себе проведення капітального ремонту і будівництва” [2, с.235; 4, с.120].

Згідно з цивільним законодавством України суперфіцій (право користування чужою земельною ділянкою для забудови) – це довгострокове, відчужуване і таке що успадковується речове право, яке забезпечує землекористувачеві можливість використовувати чужу земельну ділянку та здійснювати її забудову.

Право користування чужою земельною ділянкою для забудови (суперфіцій) може бути встановлено лише договором або заповітом (ст.413 ЦК України) і як одне з речових прав підлягає державній реєстрації (ст.182 ЦК України).

Встановлене право користування чужою земельною ділянкою для забудови (суперфіцій) породжує, у першу чергу, правовідношення абсолютного характеру, “правовідношення пасивного типу” [7, с.29]. Його змістом є право користувача використовувати та здійснювати забудову чужої земельної ділянки і обов’язок власника цієї земельної ділянки та “усіх і кожного” утримуватись від порушення прав користувача.

Основне призначення абсолютних правовідношень полягає у “закріпленні за особою певних благ”, “вони опосередковують суспільні відносини у

їх статичні, є формою встановлення основних цивільних прав суб'єктів" [7, с.29]. Тому належне користувачеві право користування чужою земельною ділянкою з правом забудови є правом "безпосереднім", правом, яке дає "певну владу" над річчю і користувач вправі здійснювати його незалежно від волі власника земельної ділянки та всіх інших осіб.

Разом із тим у даному правовідношенні присутні, як правило, і елементи зобов'язального характеру. Так, зокрема, власник земельної ділянки має право на одержання плати за користування його землею, право на одержання частки від одержаного доходу землекористувача (ст.414), а землекористувач зобов'язаний сплачувати власнику плату за користування (ст.415).

Тому право користування чужим майном із правом забудови (суперфіцій) має змішаний характер, є "речово-зобов'язальним" правовідношенням.

У результаті встановлення прав користування чужою земельною ділянкою для забудови (суперфіцію) відбувається "розщеплення" права власності та розподіл правомочностей щодо належної власнику земельної ділянки між власником і землекористувачем: зміст повноважень власника звужується до права розпорядження, а землекористувач набуває у "власність" право користування земельною ділянкою.

Право користування чужою земельною ділянкою для забудови, належне користувачеві, носить майновий характер і як одне з майнових прав може бути об'єктом цивільно-правових угод (купівлі-продажу, дарування, застави тощо). Як зазначає О.А.Підпригора, право користування чужою земельною ділянкою для забудови можна продати за договором купівлі-продажу, подарувати або відчужувати будь-яким іншим способом, але у даному випадку "відчужується саме право користування, а не право на земельну ділянку" [5, с.400].

Як право майнове право користування чужою земельною ділянкою для забудови, належне фізичній особі, входить до складу спадщини та в порядку спадкування переходить до спадкоємців.

Пункт 1 ст.414 ЦК встановлює загальне правило про оплатність користування земельною ділянкою, наданою власнику у користування з правом забудови. Форма, розмір та порядок оплати належної власнику ділянки визначаються сторонами при укладенні договору. Коли земельна ділянка надається для будівництва промислових об'єктів, договором може бути передбачено право власника земельної ділянки на одержання частки від доходу землекористувача. Якщо право користування з правом забудови виникло у користувача на підставі заповіту й сторони не можуть дійти згоди щодо розміру належної власнику оплати, цей розмір може бути визначений у судовому порядку. При цьому враховуються споживчі якості земельної ділянки та інші обставини, які мають істотне значення.

У договорі, яким встановлюється право користування чужою земельною ділянкою для забудови сторони за взаємною згодою можуть передбачати положення про те, що частина повноважень щодо володіння та користування земельною ділянкою користувачеві не передається, а залишається за власником. У цьому випадку власник вправі володіти та користуватися земельною ділянкою у визначеному договором обсязі спільно з користувачем. Усі питання спільного використання земельної ділянки землекористувач та власник вирішують за взаємною домовленістю, а при виникненні спору у судовому порядку.

Власник, який передав земельну ділянку у користування з правом забудови, не втрачає права власності на неї, а тому вправі вільно здійснювати належні йому права, зокрема, розпоряджатися земельною ділянкою (продавати, заставляти, заповідати тощо). Відчужуючи земельну ділянку, обтяжену суперфіцією, власник зобов'язаний попередити покупця "про всі права третіх осіб" щодо неї (ст.659 ЦК). Невиконання цієї вимоги власником надає право покупцеві вимагати зниження ціни або розірвання договору купівлі-продажу.

При відчуженні власником земельної ділянки, щодо якої встановлено суперфіцій, право користування слідує за земельною ділянкою і залишається непорушним, перехід права власності не впливає і на обсяг прав щодо користування земельною ділянкою.

З установами права користування чужою земельною ділянкою для забудови (суперфіцію) право власності на земельну ділянку не припиняється, але значна частина прав власника передається землекористувачеві. Конкретний об'єм та зміст прав землекористувача визначаються сторонами у договорі, яким встановлюється суперфіцій, та нормами законодавства, що регулюють порядок використання земельних ділянок.

Забудова земельної ділянки землекористувачем повинна здійснюватись з дотриманням встановлених норм та правил, а все збудоване (будівлі, споруди і т.п.) користувачем є його власністю. Як власник зведених об'єктів землекористувач вправі користуватися та розпоряджатися ними на свій розсуд у межах, не заборонених законом. Особа, яка набуває право власності на зведені землекористувачем будівлі та споруди, набуває одночасно і право користування земельною ділянкою на умовах та в обсязі, на яких користувався нею попередній власник будівлі (споруди). До набувача переходять і всі зобов'язання попереднього користувача перед власником земельної ділянки та зобов'язання, пов'язані з даною земельною ділянкою, встановлені законом.

Згідно із ст.415 (п.5) ЦК України землекористувач, який набув права користування чужою земельною ділянкою для забудови, зобов'язаний використовувати земельну ділянку відповідно до її цільового призначення та вимог, які встановлені земельним законодавством.

Перелік підстав припинення користування земельною ділянкою для забудови дає ст.416 ЦК України: поєднання в одній особі власника земельної ділянки та землекористувача; сплив строку права користування; невикористання земельної ділянки для забудови протягом трьох років; відмова користувача від права користування. За заявою зацікавленої особи право користування земельною ділянкою для забудови може бути припинене за рішенням суду і в інших випадках, які можуть бути передбачені у спеціальному законі.

Наслідки припинення права користування земельною ділянкою з правом забудови вирішуються власником земельної ділянки та власником цієї будівлі (споруди) за взаємною домовленістю. Якщо сторони не можуть досягти домовленості щодо врегулювання наслідків припинення, власник земельної ділянки вправі вимагати від власника будівлі (споруди) її знесення та приведення земельної ділянки до стану, в якому вона була до надання її у користування. Проте знесення будівель (споруд), які зведені на земельній ділянці, не завжди є доцільним, а знесення окремих видів будівель та споруд, що розміщені на земельній ділянці, може бути заборонено законом (житлові будинки, пам'ятки історії та культури тощо). Тому на вимогу зацікавленої особи суд може постановити рішення про викуп власником будівлі (споруди) земельної ділянки, на якій вона розміщена, або про викуп власником земельної ділянки будівлі (споруди).

Одним із можливих варіантів урегулювання спірної ситуації може бути визначення судом "умов користування земельною ділянкою власником будівлі (споруди) на новий строк" (ст.417 п.2).

У літературі висловлена думка, що у даному випадку відбувається "поновлення суперфіцію" і "його дія подовжується на новий строк шляхом визначення умов користування земельною ділянкою" [6, с.292]. З такою точкою зору погодитися важко.

Згідно із ст.319 (п.7) ЦК України "власника може бути зобов'язано допустити до користування його майном інших осіб лише у "випадках і порядку, встановлених законом". Оскільки ЦК України у ст.413 (п.1) називає тільки дві підстави виникнення права користування земельною ділянкою з правом забудови – договір та заповіт, то суд, на нашу думку, не вправі ні встановити право користування чужою земельною ділянкою для забудови (суперфіцій), ні подовжити його строк.

На вимогу зацікавленої особи суд вправі встановити сервітут – право власника будівель та споруд користуватися земельною ділянкою, на якій вони розташовані, але лише в межах, необхідних для їх використання та обслуговування.

1. Германское право. Гражданское уложение – М., 1996. – Ч. I.
2. Гражданское и торговое право капиталистических государств – М.: Международные отношения, 1993
3. Зобків М. Емфітевза греко-римського права. Аграрно-правна студія // Часопис правника і економічна. – 1902.
4. Саватьє Р. Теория обязательств. Юридический и экономический очерк. – М. Изд-во "Прогресс", 1972.
5. Цивільне право Частина перша. К. Вентурі, 1997.
6. Цивільний кодекс України. Коментар. – Харків: Одиссей, 2004
7. Гражданские правоотношения и их структурные особенности. Сборник научных трудов. – Свердловск, 1975. – Вып.39.
8. Андрей Яковлев. Украинский кодекс 1743 г. – Мюнхен, 1949

V. Martyn

#### THE RIGHT OF SUPERFICIARY

The article is devoted to the civil law institution, provided by the civil Code of Ukraine.

The author gives the general characteristics of the legal regulation of such relations, concerning the land lease with the right of superficiary, analyzes legal grounds of settings of the lease and the maintenance of those legal relations

*V.I. Naghibida*

#### ТЕОРЕТИЧНИЙ АНАЛІЗ ПРАВОВОЇ ПРИРОДИ РЕЧОВИХ ПРАВ НА ЧУЖЕ МАЙНО

У всі часи праву власності і речовому праву загалом присвячувалась значна увага. Сьогодні цей інститут досліджений досить детально. Свідченням тому є кількість робіт, присвячених питанням власності [1]. Проте в силу відомих ідеологічних та політичних причин окремі аспекти все ж не знайшли свого належного висвітлення. Повної мірою це стосується і такого підінституту речового права, як права на чужі речі. Отримавши ґрунтовну розробку в працях дореволюційних учених-цивілістів, речові права на чуже майно були майже повністю забуті за часів існування Радянського Союзу. Так, у Цивільному кодексі УРСР 1922 р. серед речових прав виділялося право власності, право забудови та застава майна. Кодекс 1964 р., крім права власності, згадував ще й про право повного господарського відання та оперативного управління. Як бачимо, сервітут, емфітевзис, суперфіцій та інші речові права на чуже майно в названих кодексах не регулювалися. Це не могло не позначитися і на доктринальних розробках. Інтерес до речових прав на чуже майно суттєво знизився.

З розпадом СРСР і утворенням незалежних держав норми, які регулюють речові права на чуже майно, поступово почали з'являтися в нових цивільних кодексах. Разом із тим значно активізувалися і наукові дослідження.

Було успішно написано і захищено ряд дисертацій, в яких досліджено окремі види речових прав на чуже майно, теоретичні передумови виникнення та формування окремих із них, їх рецепції з римського приватного права в українське законодавство тощо. Однак досі в існуючих роботах відсутнє розгорнуте теоретичне дослідження правової природи речових прав на чуже майно. Частково це питання відображено в роботах, присвячених обмеженню права власності, а також у дослідженнях теоретичної сутності таких категорій, як обмеження та обтяження права. Вбачається, що подолання цієї прогалини можливе лише шляхом здійснення комплексного аналізу речових прав на чуже майно та його співвідношення з правом власності. Крім того, необхідно з'ясувати зміст останніх, що об'єктивно вимагає від нас визначення їх сутності, мети реалізації і обмежень у здійсненні. Саме цим проблемам і присвячене дане дослідження.

Перше питання, яке ставиться на початку даного дослідження, зводиться до визначення об'єму та меж суб'єктивного права власності.

За часів Стародавнього Риму право власності розглядалося як “повне та виключне правове панування особи над тілесною річчю (*plena in re potestas*)” [2, с. 17]. Повнота, про яку згадується, і виключність були оціночними поняттями і з позиції тогочасного укладу життя повністю виправдовували себе. Проте, починаючи з постгласаторів, такі ознаки не отримали чіткого визначення і пояснення, що спонукало найбільш видатних представників цієї школи до пошуку іншої моделі, яка б відповідала вимогам суспільного життя. Таким стало розуміння власності через перелік повноважень власника (*dominium est uti frui habere або jus utendi, fruendi, et abutendi*). У другій половині XIX століття дана концепція права власності зазнає критики з боку німецьких пандектистів, які вказали на те, що “кількісний підхід”, закладений римськими юристами, не сприяє розкриттю змісту права власності [3, с. 49]. Більше того, такий погляд не дозволяв пояснити, чому відокремлення певних повноважень від права власності не впливає на юридичну природу цього права [4, с. 74]. Варто зазначити, що самі юристи, серед яких Савіньї, Пухта, Віндшейд, Зом, Сальковський та деякі інші, розуміли право власності як повне, всеосяжне, необмежене і виключне юридичне панування особи над річчю. Однак існували й інші погляди. Зокрема, Дєрнбург говорив: “Своєрідна сутність права власності полягає в тому, що право власності має прагнення (спрямованість. – В.Н.) вирости до влади необмеженої” [5, с. 426]. Проте само по собі воно є правом обмеженим. “Право власності, – пише Кунтце, – може бути необмеженим правом лише в тому сенсі, що воно не схоже на будь-яке інше речове право” [6, с. 326-327]. “Воно є найменш обмеженим на відміну від інших речових прав” [7, с. 205]. З долею умовності це твердження повністю виправдовується, адже, як влучно зауважує Курдиновський, історія не знає випадків, коли б

право власності (як і будь-яке інше суб'єктивне право) мало необмежений характер [8, с. 17]. Такі ідеї, спрямовані на відхід від “абсолютного” характеру права власності, лягли в основу кодифікацій у Франції, Італії та деяких інших європейських країнах у XIX столітті.

У вітчизняному законодавстві право власності регулювалось по-різному, однак на рівні законодавства офіційно було закріплено визначення шляхом переліку трьох повноважень власника (Звід Законів Російської імперії, ст. 420 т. X, ч. 1).

Такий підхід загалом закріпився і проіснував аж до 90-х років XX ст. У нових цивільних кодексах визначення права власності переглянуто і в більшості з них увагу, поряд із правомочностями власника, зацентровано і на обмеженому характері останніх [9].

У цілому можна констатувати, що поряд із повноваженнями власника право власності в країнах Європи розглядається через призму реалізації останніх у певних межах. Крім того, варто відмітити, що даними правомочностями можуть бути наділені суб'єкти інших речових прав. Однак відмінність полягає в об'ємі повноважень. Власник має найбільш повну владу над річчю у порівнянні з іншими особами.

Таким чином, не вдаючись в існуючі спори з приводу повноти та універсальності тріади повноважень власника, зауважимо, що власнику протистоять інтереси інших осіб, що природно передбачає існування певних меж суб'єктивних прав. У протилежному випадку необмежена свобода власника, яка витікає із суб'єктивного права, перетворилася б у сваволлю. Однак юридичне розуміння “свободи” з прийняттям французької Декларації прав людини і громадянина (1789 р.) полягає у можливості робити все, що не шкодить іншому: таким чином, здійснення природних прав кожного окреслене лише тими межами, які забезпечують іншим членам суспільства ці ж права. Ніби продовжуючи цей постулат, проф. Гойман пише: “В соціально-юридичному змісті свобода є офіційно визнана і легалізована в специфічно-юридичній формі міра можливої поведінки людини в тій чи іншій життєвій ситуації” [10, с. 26]. Виходячи з цього, очевидно, праві ті юристи (і сьогодні це майже ніким не оспорюється), які говорять про обмеження права власності [11]. При цьому Дєрнбург вважає що, коли йдеться про обмеження права, встановлюються зовсім не обмеження права, самого по собі найбільш повного, а іманентні межі власності [12, с. 81-82]. Як соціальне явище, яке не має нічого спільного з приватною справою (як це було в пандектному праві XIX ст.), описує власність німецький юрист Гедеман [13, с. 61-65]. Так чи інакше автори сходяться на існуванні певних меж суб'єктивних прав, у тому числі права власності. Поряд із цим деяку неузгодженість породжує використовувана термінологія. Так, при аналізі

об'єму права власності як тотожні використовуються поняття межі та обмеження [14]. Гадаємо, що таке спрощення є не зовсім виправданим, тому наведемо деякі думки з цього приводу.

По-перше, межі є внутрішньою, іманентною ознакою будь-якого суб'єктивного права; обмеження – зовнішніми факторами, і їх дія має об'єктивний характер.

По-друге, єдиною підставою встановлення меж є норма права, яка фіксує суб'єктивне право. Обмеження, як правило, встановлюються на основі юридичного факту.

По-третє, межі виникають разом із самим суб'єктивним правом. Обмеження – ні.

По-четверте, закріплення меж суб'єктивного права відбувається автоматично. Встановлення обмежень передбачає застосування певних засобів та юридичних механізмів.

По-п'яте, змістом межі суб'єктивного права є фіксація його об'єму, повноти. Сутність обмеження полягає у закріпленні суб'єктивного права в його усіченому вигляді.

По-шосте, межа, на відміну від обмеження, є категорією, яка позначає статичну суб'єктивного права, його зміст: обмеження ж виступає наслідком щодо юридичного факту і опосередковує відносини динаміки.

Виходячи з цього, не зовсім точним вбачається твердження Скрябіна, який пропонує під *обмеженням* права власності розуміти *межі* здійснення суб'єктивного права на індивідуально-визначену річ, які засновані на заборонах, установлених у позитивному праві чи правами інших осіб на ту чи іншу річ [15, с.22]. Думаємо, автор не зовсім чітко розмежує поняття обмеження права та межі їх реалізації. Певну непослідовність також можемо знайти у дослідженні Михайленко, яка зазначає, що категорії “межа” та “обмеження” поєднують такі спільні риси, як “звуження обсягу можливостей власника та фіксація за допомогою заборонювальних та зобов'язуваних принципів” [16, с.11].

Таким чином, право власності як всяке суб'єктивне право має свої межі, які окреслюють сферу повноважень власника. Однак, як відомо, зміст інституту речових прав складають, крім права власності, ще й права на чужі речі. Їх особливість полягає в тому, що, реалізуючи останні, уповноважена особа обмежує власника у здійсненні його правомочностей. У чому полягає сутність такого обмеження, яка його правова природа і яка сутність у цілому речових прав на чуже майно, є наступним питанням, яке ми повинні з'ясувати в даному дослідженні.

У період свого становлення (Стародавній Рим) речові права на чуже майно виникли як обмеження права власності [17, с.177]. Однак, будучи

реципітованим у країнах Європи, інститут речових прав на чуже майно був лешо детермінований. Це обумовлено зміною самого розуміння права власності, про що згадувалось вище. Так чи інакше, існуючі думки щодо розуміння речових прав на чуже майно можна умовно об'єднати в рамках двох підходів. Представники першого з них ототожнюють речові права на чуже майно з обмеженнями права (Ю.Барон, Г.Дернбург, К.Победоносцев). Зокрема, Победоносцев писав, що власник буває вимушеним “допускати чи терпіти” участь усіх, кому потрібно, чи відомих сторонніх осіб у деяких вигодах свого майна [18, с.393]. Саме це і є, на його думку, “справжнім, істотним обмеженням, яке стосується сутності права” [18, с.392-393]. Як обтяження права власності розглядав речові права на чуже майно Дернбург. Зауважимо – як обтяження. Такий підхід сьогодні досить поширений. Зокрема, Ільєсова, Басін, Сенчищев, Сулейменов та деякі інші цивілісти доводять, що речові права на чуже майно є одним із видів обтяження права власності. Власник, зберігаючи всі повноваження, не може реалізувати окремі з них повністю або частково. “Обтяження права, – пише Сенчищев, – явище, по-перше, зовнішнє по відношенню до змісту права, а по-друге, однопорядкове з обтяженим правом за своєю природою. Іншими словами, обтяження права є суб'єктивним правом іншої особи, яка має ті ж юридичні характеристики, що і право обтяжуване, тобто речове право може бути обтяжене тільки іншим речовим правом. Оскільки існування двох прав власності на одну річ неможливе в силу абсолютної природи права власності, очевидно, що право власності може бути обмежене іншим речовим правом на чуже майно” [19, с.104-108]. Схожу думку висловив і проф. Басін: “Коли ми говоримо про обтяження речового права у вигляді наявності на майно прав третіх осіб, ми маємо справу з речовими обтяженнями...” [20, с.332-342]. Поряд із цим доводиться відмінність між поняттями обмеження та обтяження. “Результатом обтяження права, – говорить Сенчищев, – є не заборона чи обмеження його реалізації або здійснення, а звуження змісту... Обтяження права лежить повністю поза самим обтяжуваним правом і обмежує його ніби ззовні” [19, с.105].

Вважаємо, думки щодо відмінності категорій обмеження і обтяження є цілком обґрунтованими. Це підтверджується також і тим, що, по-перше, саме значення слова обтяження означає тягар чого-небудь [21, с.654], утруднення, перепона здійснення [22, с.489], що свідчить не просто про кількісне звуження повноважень чи обмеження у здійсненні окремих із них, а швидше про зменшення, ущемлення змісту самих повноважень. По-друге, обтяження допускає виникнення окремих повноважень до уповноваженої особи, обмеження – ні. Внаслідок обмеження власник зобов'язується лише до певної пасивної поведінки і все. По-третє, обтяження встановлюється з урахуванням



волевиявлення уповноваженої особи (в т.ч. власника) і припиняється внаслідок здійснення останнім чітко визначених дій. Прикладом обтяження може бути заборона відчуження майна набувача, передбачена конструкцією договору догляду, або ж застава майна, коли власник також не може в повній мірі реалізувати свої повноваження. При встановленні обмеження обов'язку вчиняти певні дії немає. Таким чином, ми бачимо, що загалом відмінність між розглядуваними термінами існує і ототожнювати їх було б неправильно. Разом із тим, їх аналіз засвідчує, що дані терміни відрізняються за своєю природою і від самих прав на чужу річ.

Для цього необхідно проаналізувати праці дослідників, об'єднаних у рамках другого підходу (В.Курдиновський, Є.Васьковський, В.Сінайський, Б.Віндшейд), які відмежовують речові права на чуже майно від інших конструкцій, що обмежують чи обтяжують право власності.

Як відомо, виникнення права на чужу річ супроводжується встановленням певного правового статусу в уповноваженої особи, внаслідок чого власник обмежується у своїх повноваженнях щодо використання даної речі. Більше того, власник не просто обмежується, а на його майно в уповноваженої особи виникають повноваження. Наприклад, при встановленні сервітуту суб'єкт речового права на чуже майно може використовувати земельну ділянку для проїзду. Саме ж обмеження права власності чи його обтяження, наприклад, заборона відчуження, не супроводжується виникненням повноважень щодо майна у контрагента. "Обмеження права власності, – пише Сінайський, – не є цивільним правом, як це має місце в речових правах на чуже майно" [7, с.208].

Відмінність обмежень і речових прав на чуже майно полягає також у механізмі реалізації. Речове право на чуже майно, будучи суб'єктивним цивільним правом, реалізовується для досягнення певної мети, яка має приватно-правовий, господарський характер. І тільки в силу реалізації цього права виникають певні обмеження повноважень власника.

Власне ж при обмеженні права власності, зауважує Є.Васьковський, на першому плані стоїть саме обмеження [23, с.282, 283]. Метою обмеження є окреслення тих негативних наслідків, які обумовлюють неможливість здійснення власником своїх повноважень. Тобто метою обмеження є саме обмеження.

З наведеного витікає ще одна відмінність: речові права на чуже майно існують у силу окремих індивідуальних потреб, інтересів певної особи, і така потреба не може бути задоволена інакше як через реалізацію речового права на чуже майно. Обмеження ж, навпаки, складають зміст певного засобу, застосування якого і ускладнює реалізацію права власності. Встановлення обмеження не пов'язане з інтересами певних осіб і належить повністю до сфери нормативного регулювання, оскільки неодмінною умовою їх встановлення є

існування норми права, яка б передбачала допустимість такого обмеження. Крім того, самі інтереси і визначають об'єм встановлюваного права. Якщо особа користується річчю на основі права на чуже майно, власник не може користуватися тим самим майном у тому об'ємі, в якому може користуватися цим майном уповноважена особа, в один і той самий час [24].

Варто також відмітити, що обмеження, виникаючи з певного юридичного факту, існують аж до їх припинення нормою права або ж у силу вказівки на це у нормативно-правовому акті. Речові права на чуже майно, навпаки, існують до моменту, поки в особи не відпаде потреба використовувати чуже майно.

Отже, при характеристиці речових прав на чуже майно слід відмежовувати такі категорії, як обмеження, межі та обтяження, які за своєю юридичною природою є відмінними. Крім того, маючи самостійний характер стосовно права власності, речові права на чуже майно покликані забезпечити різноманітність використання землі та інших об'єктів нерухомості і доповнити право власності можливістю оперативного та більш ефективного здійснення права власності інших осіб.

1. Наведемо лише найбільш фундаментальні: Венедиктов А.В. Государственная социалистическая собственность. – М.–Л., 1948; Власник і право власності / За ред. Я.М.Шевченко. – К., 1994; Генкин Д.М. Право собственности в СССР. – М., 1961; Лазар Ян. Собственность в буржуазной правовой теории. – М., 1985; Маттеи У., Суханов Е.А. Основные положения права собственности. – М., 1999; Право власності в Україні / За ред. О.В.Дзери, Н.С.Кузнєцової. – К., 2000; Рясенцев В.А. Право собственности. – М., 1980; Скловский К.И. Собственность в гражданском праве. – М., 1999; Тархов В.А. Собственность и право собственности. – М., 2002; Толстой Ю.К. Содержание и гражданско-правовая защита права собственности в СССР – Л., 1955; Халфина Р.О. Право государственной собственности в СССР. – М., 1980 та ін.
2. Барон Ю. Система римского гражданского права – Выпуск второй – Книга 2. Владение; Книга 3. Вещные права – Третье издание. – СПб., 1908.
3. Камышанский В.П. Право собственности: пределы и ограничения – М., 2000.
4. Безбах В.В. Частная собственность на землю в странах Латинской Америки (правовое регулирование). – М., 1997.
5. Dernburg G. Lehrbuch des Preuss. – P.R.I., 1881.
6. Kuntze. Cursus d.R.R. 1879.
7. Сінайський В.И. Русское гражданское право – М., 2002
8. Курдиновский В.И. К учению о легальных ограничениях права собственности. – Одесса, 1899
9. Так, наприклад, стаття 316 ЦК України передбачає, що правом власності є право особи на річ (майно), яке вона здійснює відповідно до закону за своєю волею, незалежно від волі інших осіб. Закон Естонії "Про речове право" 1993 року, ч.2 ст.68, допускає, що права власника можуть бути обмежені тільки законом чи правами інших осіб
10. "Круглый стол" журнала "Государство и право". Принципы, пределы, основания ограничения прав и свобод человека по российскому законодательству и международному праву // Государство и право – №7

11. До останніх слід віднести Дербурга, Демоломба, Курдиновського, Маггя, Шершеневича та деяких інших
12. Дербург Г. Пандекты. Том 2 (ч.1, ч.2 нем. изд.) Вещное право – 6-е изд. – СПб., 1905.
13. Hedemann. Sachenrecht des burgerlichen Gesetzbuches, 1924
14. Як один із прикладів див. визначення Дербурга, про яке йшлося вище.
15. Скрыбин С.В. Гражданско-правовые проблемы понятия вещного права / Автореф. дисс. ... канд. юрид. наук. – Алматы, 1998.
16. Михайленко О.О. Речово-правові обмеження права приватної власності за стародавнім римським та сучасним цивільним правом / Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Х., 2003.
17. Пухан И., Полена-Акимовская М. Римское право. – М., 2001.
18. Победоносцев К.П. Курс гражданского права. – М., 2003.
19. Сенчишев В.И. О понятии обременения права // Вестник Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации. – 2003. – №5.
20. Басин Ю.Г. Избранные труды по гражданскому праву. – СПб., 2003.
21. Великий тлумачний словник сучасної української мови / Уклад. і голов. ред. В.Т.Бусел. – К.: Ірпінь, 2001.
22. Див.: Даль В. Толковый словарь живого великорусского языка. – СПб. – М., 1881.
23. Васильковский Е.В. Учебник гражданского права. – М., 2003.
24. У літературі існує думка, що повноваження власника обмежуються при встановленні речового права на чуже майно рівно в такому об'ємі, в якому може користуватися цим майном уповноважена особа. Загалом це так і є. Однак разом з обмеженням права на власника покладається обов'язок не перешкоджати особі в реалізації її права на чуже майно. Звісно, цей обов'язок може розглядатись як встановлення певної межі. Однак дана межа все ж витікає з речових прав на чуже майно.

V.Nahnybida

#### THE THEORETICAL ANALYSIS OF THE LEGAL NATURE OF THE THING RIGHTS TO THE STRANGER PROPERTY

The main differences between the "borders", "limitation" categories and their difference from the thing rights to the stranger property are exposed in article. An essence of legal nature of limited thing rights, their maintenance and value is analysed. A correlation of rights to the stranger property and rights for own is explored

*О.О.Пунда*

### ОСОБЛИВОСТІ УЧАСТІ ФІЗИЧНОЇ ОСОБИ У МЕДИЧНОМУ ЕКСПЕРИМЕНТІ

Законодавча система України закріплює, що людина, її життя і здоров'я є найвищою соціальною цінністю. Ця конституційна засада національної правової системи створює правовий режим реалізації різноманітних елементів права на життя. З метою уникнення ускладнень у правозастосовчій діяльності важливо визначити правові засади і принципи реалізації окремих складових елементів особистого немайнового права на життя. Особливо важливого

значення сьогодні набуває необхідність розширення сфери правового регулювання суспільних відносин у частині здійснення права на життя шляхом прийняття участі у медичних експериментах.

Право на участь у різного роду експериментальній діяльності як особисте немайнове право людини передбачене Конституцією України. Так, ч.3 ст.28 Конституції України визначає, що жодна людина без її вільної згоди не може бути піддана медичним, науковим чи іншим досліддам. Цивільний кодекс України у ч.3 ст.281 закріплює положення, що медичні, наукові та інші дослідди можуть проводитись лише щодо повнолітньої дієздатної фізичної особи за її вільною згодою. Сучасний цивільний закон включає право на участь в експериментальній діяльності до змісту права людини на життя.

Частково питанням участі фізичної особи в експериментальній діяльності приділяють увагу такі відомі вчені: Л.О.Красавчикова, М.М.Малеїна, О.І.Юриш, О.І.Красовський, М.І.Ковальов.

Сучасний стан дослідження у цій сфері відзначається накопиченням значного наукового матеріалу, створенням теоретичних концепцій участі людини у різного роду експериментах. У нині діючій правовій системі питанням участі у медичних, наукових та інших досліддах присвячено норми конституційного, цивільного, кримінального права України. Необхідність узгодження та вироблення єдиних підходів до регулювання цих суспільних відносин у вітчизняній правовій системі в цілому й обумовлює актуальність дослідження.

Особливу зацікавленість становить участь людини у медичних експериментах. Розглянемо цей елемент більш детально.

В Основах законодавства України про охорону здоров'я стаття 45 присвячена провадженню медико-біологічних експериментів на людях. Відповідно до неї медико-біологічні експерименти на людях допускаються із суспільно корисною метою за умови їх наукової обґрунтованості і переваги можливого успіху над ризиком тяжких наслідків для здоров'я або життя (крайня необхідність), гласності застосування експерименту, повної інформованості і добровільної згоди особи, яка підлягає експерименту. Важливим елементом правового режиму провадження медико-біологічного експерименту є зазначена у цій же статті заборона його проведення на хворих, ув'язнених або військовополонених, а також терапевтичного експерименту на людях, захворювання яких не має безпосереднього зв'язку з метою дослідду.

До сфери правового врегулювання медичної експериментальної діяльності необхідно також віднести Наказ Міністерства охорони здоров'я України "Про затвердження Інструкції про проведення клінічних випробовувань та Типового положення з питань етики" від 1 листопада 2000 року №281, а також

відповідної Інструкції та Типового положення з додатком до нього (надання інформації пацієнтам (добровольцям) про клінічне випробовування та одержання від них письмової інформованої згоди).

Правові засади провадження медико-біологічних експериментів із використанням людей, закладені у вітчизняній законодавчій системі, відображають принципи, вироблені на рівні міжнародно-правових актів. Основним актом у цій галузі є Гельсінська декларація, що закріпила “Рекомендації для лікарів, які проводять біомедичні дослідження на людині”, прийняті 18-ю Всесвітньою медичною асамблеєю у червні 1964 року, та “Міжнародний кодекс медичної етики”, прийнятий третьою Генеральною асамблеєю Всесвітньої Медичної Асоціації (Великобританія, Лондон) у жовтні 1949 року.

Н.А.Маргаша зауважує: “Умовами правомірності здійснення медичного експерименту є: проведення медичного експерименту лише у спеціальних медичних закладах та лікарнях високої кваліфікації; отримання хворим згоди, заснованої на повній поінформованості щодо настання можливих ризиків для нього з боку медичного закладу; наукова обґрунтованість проведення та докази нешкідливості медичного експерименту” [1]. Взагалі, у сучасних юридичних дослідженнях існує пропозиція виділення серед інших і такого окремого інституту, як медико-дослідницьке право [2]. Враховуючи визначені види медичних експериментів, можна сформулювати такі положення.

У терапевтичному медичному експерименті можуть брати участь як “пацієнти” (з метою лікування, профілактики, діагностики яких у майбутньому будуть використані результати досліджень), так і інші “здорові” особи.

При проведенні клінічного експериментального дослідження до нього можуть бути залучені лише пацієнти, для лікування яких як “останній засіб” можуть бути використані результати дослідження.

При нетерапевтичному медичному дослідженні до участі у ньому можуть залучатись лише добровольці, що повинні бути здоровими, або якщо це пацієнти, то їх хвороба не повинна мати відношення до дослідження.

Окремо необхідно зауважити, що досить часто добровольцями можуть виступати і самі дослідники. Так, Н.В.Кальченко вказує: “Важливо відрізнити дві категорії добровольців, що беруть участь у медико-біологічних дослідженнях: у першому випадку добровольцем виступає сам дослідник, у другому – непричетна до дослідження людина” [3, с.41].

Так, у 1957 році в Інституті експериментальної медицини, що очолював член-кореспондент АМН Смородинцев, створили вакцину для попередження поліомієліту. Було проведено тисячі дослідів, поки вчені не переконались у її безпечності. Смородинцев перевіряв дію вакцини на собі, але у зв'язку з тим,

що поліомієліт уражує більшою мірою дітей, виникла необхідність апробації препарату на дитячому організмі. Смородинцев провів вакцинацію своїй онуці, цьому прикладу наслідували його колеги. Робота вчених завершилась успіхом [3, с.43].

У іншому випадку співробітниця Центрального інституту вдосконалення лікарів Російської Федерації у порядку наукового експерименту за власним бажанням була інфікована малярією. І після появи перших ознак захворювання ліків не приймала. Експеримент було припинено після загострення (температура досягала 41,5 градуса). Після одужання напади лихоманки періодично поновлювалися протягом півроку [4]. Наукові дослідження в інших галузях науки теж часто примушували вчених йти на ризик. Іноді подібні експерименти закінчувалися смертю. Так, відомий фізик, лауреат Нобелівської премії Марія Складовська-Кюрі захворіла на лейкемію після власних дослідів із радіаційними матеріалами. Відомі випадки, коли дослідники здійснювали відверто неприемні експерименти (британський студент-медик Стаббінс Фірф (1784-1820) став відомий методами дослідження жовтої лихоманки: він пив кров хворих для того, щоб визначити механізм інфікування) [5].

З першого погляду, зазначене дає можливість виділити існуючі протиріччя у правовому регулюванні участі фізичної особи в експериментальній діяльності. Якщо цивільне законодавство веде мову лише про повнолітню дієздатну особу, то в дійсності до участі у медичному експерименті можуть залучатись і неповнолітні або недієздатні чи обмежено дієздатні особи. Проте у дійсності протиріччя відсутнє. Враховуючи визначену нами форму здійснення медичного експерименту на людях, можна стверджувати, що положення ч.3 ст.281 ЦК України стосуються лише випадків участі особи у нетерапевтичних медичних експериментах (науково-дослідницький експеримент). Учасником такого експерименту повинна бути здорова людина (доброволець) або пацієнт, хвороба якого не має відношення до дослідження. Але при цьому така особа не повинна страждати на психічні розлади: хронічне психічне захворювання, тимчасовий розлад психічної діяльності, недоумство, інший хворобливий стан психіки, тому що зазначені хвороби можуть обумовлювати недієздатність або обмежену дієздатність фізичної особи.

Отже, у терапевтичному медичному експерименті можуть брати участь як здорові особи (добровольці), так і пацієнти з метою лікувального впливу, щодо яких можуть бути у майбутньому використані результати досліджень.

Як відомо, хвороба не обирає людей за віком, а тому серед пацієнтів з однаковою ймовірністю можуть бути як повнолітні, так і неповнолітні особи, а також дієздатні, недієздатні, обмежено дієздатні особи. Згадана нами Гельсінська декларація у пункті II частини I (основні принципи) зазначає,

що у випадку неієздатності учасника експерименту інформована згода (щодо участі) повинна бути отримана від його офіційного опікуна відповідно до національного законодавства, а якщо фізична чи психічна неповноцінність робить неможливим отримання усвідомленої згоди або якщо учасник експерименту є неповнолітнім, то дозвіл, отриманий від родича, повинен вважатись як згода учасника експерименту відповідно до національного законодавства (якщо неповнолітня дитина фактично у стані надати згоду, її згода повинна бути отримана і додана до згоди її офіційного опікуна). Проте зазначене положення має відношення до терапевтичного та клінічного експериментального дослідження і не може бути використане для регулювання участі у нетерапевтичному експерименті. *Як висновок, в останньому мають право брати участь пацієнти, але лише з числа повнолітніх та повністю дієздатних осіб.*

Щодо клінічно-експериментальних досліджень, то до участі в них можуть бути залучені будь-які пацієнти, що виявили згоду про це самостійно, або якщо згода про участь була отримана через їх законних представників. При цьому повинні враховуватись правила щодо права на медичну допомогу (ст.284 ЦК України). Тобто якщо особа досягла чотирнадцяти років, вона має право самостійно вирішувати питання щодо можливості надання їй медичної допомоги з використанням нових діагностичних або терапевтичних методів як “останнього” засобу. Не менш цікавим є співвідношення права на використання нових методів лікування з обов’язком надання медичної допомоги без згоди фізичної особи або її законних представників у невідкладних випадках, за наявності реальної загрози життю такої особи. У зв’язку з тим, що законодавство України веде мову про застосування “нових, науково обґрунтованих методів лікування” (тобто таких, що використовуються в інших країнах, розроблені і такі, що побудовані на загальноприйнятих наукових нормах, заснованих на лабораторних дослідах або дослідах на тваринах), то такі методи лікар має право застосувати лише у випадках відвернення загрози або рятування життя пацієнта. При необхідності використання нових засобів чи методів лікування (для відновлення, поліпшення здоров’я), діагностики, профілактики лікар не має права використовувати нові методи дослідження без отримання згоди пацієнта.

Врахування цього положення допоможе уникнути невизначеності у тлумаченні існуючих у вітчизняній нормативно-правовій базі положень, сформульованих у Додатку до Типового положення про комісію з питань етики, у пункті II якого зазначено, що якщо досліджуваний перебуває у критичному стані і від нього неможливо дістати інформовану згоду на участь у випробуванні, то її слід отримати у його законного представника, якщо останній при цьому присутній, а при неможливості цього (отримання попередньої згоди)

рішення повинно прийматись фахівцями-дослідниками. Досліджуваний або його законний представник мають бути поінформовані про дослідження у найкоротший термін, і від них повинна бути отримана згода на продовження клінічного випробування. Аналіз цих положень дозволяє вказати на такі принципи позиції.

По-перше, є незрозумілими вказівки на “попередню згоду” та “згоду на продовження клінічного випробування”, тому що згода повинна бути абсолютною. По-друге, лікуючий лікар зобов’язаний застосовувати нові методи лікування з метою збереження життя пацієнта незалежно від згоди чи незгоди його або його законних представників. Якщо пацієнт після їх застосування перестає перебувати у критичному стані (незалежно від причин цього), він та його законні представники отримують право визначатися у можливості та бажанні подальшого випробування. Необхідно наголосити, що рішення про застосування нових методів медичної допомоги повинен приймати лише лікуючий лікар, а фахівці, що проводять дослідження, повинні мати право лише на спостереження за процесом.

Визначення кола суб’єктів – учасників медичного експерименту надає можливість окреслити основні умови його провадження: *умова визначення співвідношення між ризиком та результатом; умова щодо погодження на участь; гарантії, що торкаються процесу участі у дослідженні.*

Основними принципами проведення медико-біологічного експерименту на людині є проведення до початку такого дослідження ретельного порівняння можливого ризику та очікуваних позитивних результатів (або прямих вигід) для учасника експерименту або для інших осіб. При цьому інтереси учасника завжди повинні превалювати над інтересами науки і суспільства. Лікаря необхідно утримуватись від досліджень на людині, якщо він вважає, що неможливо чітко передбачити небезпеки, пов’язаної з таким дослідженням. Потрібно припинити дослідження, якщо з’ясовано, що небезпека надто висока порівняно з очікуваними результатами (пп.5, 7 Гельсінської декларації). Для ілюстрації можна навести приклад, пов’язаний з експериментальним випробуванням ліків.

Правові засади провадження такого медико-біологічного експерименту у вітчизняній правовій системі деталізуються у вже згаданій нами Інструкції про проведення клінічних випробувань лікарських засобів та експертизи матеріалів клінічних досліджень” від 1 листопада 2000 року №281, прийнятій на виконання положень Закону України “Про лікарські засоби” (ст.ст.7, 8).

Мета проведення досліджень лікарських засобів визначена у цій Інструкції як необхідність встановлення безпеки досліджуваного лікарського засобу, схеми дозування, терапевтичних доз, режиму введення, залежності ефекту від доз, терапевтичної ефективності. При цьому поняття ризиків для життя

та здоров'я учасників експерименту відсутнє, замість нього використовуються категорії “побічне явище”, “побічна реакція”, “серйозна побічна реакція” або “серйозне побічне явище”, “непередбачувана побічна реакція”, що може призвести до госпіталізації, збільшення терміну госпіталізації, інвалідності, вроджених аномалій, смерті досліджуваного. Зрозуміло, що характер таких ризиків у попередній інформації для досліджуваної особи передбачити важко. Проте результати дії (настання) зазначених ризиків повинні складати зміст страхових випадків, при настанні яких пацієнт або добровільний учасник (їх спадкоємець) будуть мати право на одержання сум страхового відшкодування відповідно до оформлених попередньо документів про страхування життя та здоров'я таких осіб. Обов'язковість страхування учасників медичного експерименту не викликає жодних сумнівів у своїй доречності, у тому числі й у випадках проведення клінічно-експериментальних досліджень.

Другою з зазначених нами умов є обов'язкова поінформованість учасника експерименту, пов'язана з умовою поінформованої згоди на участь. Пункт 5.5 Інструкції визначає, що учасник може бути включений у випробовування тільки якщо він або його законний представник одержали інформацію щодо суті та можливих наслідків випробовування, властивостей лікарського засобу, його очікуваної ефективності, ступеня ризику випробовування. Але в Інструкції взагалі не йдеться про ступені ризику.

У цьому та в інших випадках провадження експериментальної діяльності можна запропонувати введення шкали такого ризику з використанням трьохелементної структури: низький, середній або високий ризик загрози життю або здоров'ю. До числа інформації, що повинна надаватись учаснику експерименту, необхідно віднести дані щодо часової тривалості експерименту в цілому та окремих його фаз; інформацію щодо замовника клінічного випробовування (спонсора); щодо суб'єкта страхової діяльності (страховика); результатів експериментів або провадження іноземного лікарського засобу за кордоном; ознайомлення з програмою клінічних випробовувань. Зазначена інформація повинна додаватись до тієї, що зазначена у пункті 6 Додатку до “Типового положення про комісію з питань етики”, в обсягах, достатніх для розуміння і сприйняття (без спеціальних термінів).

Така інформація повинна надаватись лише в письмовій друкованій формі зрозумілою для особи мовою з обов'язковим розписом про ознайомлення на кожному аркуші такого інформаційного повідомлення.

У зазначених нормативно-правових актах не йдеться про вигляд згоди, зазначається лише про “форму інформованої згоди”. Форма інформованої згоди може бути у вигляді договору і у будь-якому випадку повинна бути підписана власноручно та нотаріально засвідчена. Кількість примірників згоди

(договору про участь у медико-біологічному експерименті) має відповідати кількості учасників. Якщо на участь у експерименті погоджується неповнолітній у віці від 14 років, то для його участі в експерименті (терапевтичному) необхідно отримати додатково і згоду його законного представника. При залученні недієздатної особи необхідне отримання згоди опікуна. При залученні обмежено дієздатної особи необхідно отримати подвійну згоду: від нього та від його піклувальника. Згода на участь не може оформлюватись у вигляді розписки (тобто бути односторонньою). (На можливість оформлення участі особи у дослідженні вказують, зокрема, такі дослідники проблем правового регулювання медичної діяльності, як В.І.Акопов та Є.М.Маслов) [6].

На документі про згоду повинні стояти, крім того, підпис лікуючого лікаря (якщо це клінічно-експериментальне дослідження), представника комісії з етики, дослідника та замовника дослідження.

Зазначене дає змогу оцінити положення, викладені у п.8 Додатку до п.2.3 Типового положення про комісію з питань етики (надання інформації пацієнтам (добровольцям) про клінічне випробовування та одержання від них письмової інформованої згоди) щодо участі у клінічному випробовуванні (терапевтичному або нетерапевтичному) суб'єктів, на участь яких обов'язково потрібне погодження їх законного представника (неповнолітні, особи з психічними розладами). Висновок один: неповнолітні до 14 років та недієздатні, обмежено дієздатні особи до такого роду експериментів взагалі залучатись не можуть. Вони можуть бути лише учасниками визначеного нами клінічно-експериментального дослідження, якщо використання нових медичних засобів є для них “останнім засобом”.

Можливим є заперечення стосовно того, яким чином є можливим розрахувати дозування, режим приймання препаратів для дітей молодших 14 років? Відповідь одна – розрахунок є можливим з урахуванням відомих відмінностей між організмом малолітнього і неповнолітнього з поправкою на відповідні фізіологічні та інші чинники.

Безумовним правом особи, що бере участь у будь-якому виді медичних експериментів, є її право припинити участь в експерименті як повністю, так і скоротити її (наприклад, зменшення дозування ліків). Якщо за змістом експерименту скорочення участі у медичному експерименті не є можливим, лікар зобов'язаний повідомити про це учасника і з'ясувати його чітку позицію щодо продовження участі у медичному експерименті. При цьому лікар зобов'язаний уникати впливу переконаннями у прямій або у непрякій формі щодо зміни учасником дослідження своєї позиції.

Щодо оформлення участі особи у медичному експерименті, то документ про згоду повинен бути виготовлений і підписаний у кількості (автентичних)

екземплярів, що дорівнює кількості осіб, які беруть участь у цих правовідносинах: учасник (його законний представник); лікар (лікуючий, фахівець, що проводить дослідження); представник страхової компанії.

Ще одним важливим елементом провадження медичного експерименту з участю людини є економічний зміст цих правовідносин. У згаданому нами Додатку до п.2.3 Типового положення про комісію з питань етики у пункті 6 говориться, що в усній та письмовій інформації, яка надається пацієнту (добровольцю), мають бути, серед інших, зазначені: розмір виплат досліджуваному, якщо такі передбачені, пропорційно тривалості його участі у випробуванні та витрати досліджуваного, якщо такі очікуються і пов'язані з його участю у випробуванні.

*Участь у медичному експерименті будь-якого виду обов'язково повинна бути платною.* Розмір виплат досліджуваному має встановлюватись за домовленістю між учасниками і не повинен залежати лише від тривалості участі пацієнта (добровольця) у медичному експерименті. Досліджуваний не повинен мати ніяких витрат, пов'язаних з його участю у медичному експерименті.

Підсумовуючи, зазначимо наступне:

1. До умов провадження медичного експерименту відносяться: умова визначення співвідношення між ризиком та результатом; умова щодо погодження на участь; гарантії, що торкаються процесу участі у дослідженні.
2. Форма інформованої згоди на участь у медичному експерименті може бути оформлена у вигляді договору, повинна бути підписана всіма учасниками та нотаріально засвідчена.
3. Участь у медичному експерименті будь-якого виду обов'язково має бути платною.

1. Маргашая Н.А. Гражданско-правовые проблемы донорства и трансплантации / Диссертация на соискание ученой степени кандидата юридических наук. – М., 1964. – С.11.
2. Болотіна Н. Медичне право у системі права України // Право України – 1999. – №7 – С. 120.
3. Кальченко Н.В. Право человека и гражданина на жизнь и его гарантии в Российской Федерации / Диссертация на соискание ученой степени кандидата юридических наук. – Волгоград. 1995. – С.41-45.
4. Малеина М.Н. Личные неимущественные права граждан (понятие, осуществление и защита) / Диссертация на соискание ученой степени доктора юридических наук. – М., 1997. – С. 141.
5. Наука требует жертв (по материалам Washington Profile) // АиФ Здоровье – 2003 – №50. – С. 4.
6. Акопов В.И., Маслов Е.Н. Право в медицине. – М.: Книга-сервис, 2002 – С. 61.

O.Punda

#### SOME FEATURES OF PARTICIPATION OF PERSON IN THE MEDICAL EXPERIMENT

In the given article terms of realization of medical experiment are explored. To such terms the author takes: decision of correlation between risk and result, concordance on participation in the experiment; guarantees of persons, which participate in the research.

Я.М.Шкіра

#### НОТАРІАЛЬНА ФОРМА ПРАВОЧИНУ (УГОДИ) У КОНТЕКСТІ НОВОГО ЦК УКРАЇНИ

Право, як один із найголовніших елементів надбудови, покликане забезпечити повноцінне функціонування економічного базису. В умовах планово-адміністративної економіки право в цілому і цивільне право як його одна з найважливіших галузей достатньо врегулювало суспільні відносини. Оскільки перехід України до ринкових відносин в економіці з неминучістю тягне за собою необхідність розробки належних правових механізмів набуття, зміни та припинення цивільних прав та обов'язків, а також надання належної форми цивільним правовідносинам, виникла необхідність у дусі часу врегулювати ці відносини.

У нашому житті перманентно виникають певні обставини, які зумовлюють необхідність для нас набуття певні цивільні права та обов'язки; в іншому випадку час від часу складаються ситуації, які спонукають нас припинити дію деяких прав та обов'язків, набуття інші, змінити їх відповідно до наших інтересів та можливостей. Таким чином, щоденно відповідно до життєвих ситуацій усі ми виконуємо найрізноманітніші дії: незначні – від купівлі жетона для проїзду в метрополітені до придбання побутової техніки, більш вагомі – купівля-продаж нерухомого майна, складання заповіту.

Але в будь-якому випадку закон врегулює відповідні обставини, ситуації, дії, спрямовані на набуття, зміну чи припинення цивільних прав та обов'язків. Такі дії осіб, спрямовані на набуття, зміну або припинення цивільних прав та обов'язків, новий Цивільний кодекс України (ст.202) називає правочинами. Досить незвичний термін “правочин” є новелою цивільного законодавства, йому присвячена глава 16 ЦК України.

Проте юридична природа поняття “правочин” відображає втілене в Цивільному кодексі Української РСР від 1963 року тотожне поняття угоди. Правочини – це вольові і правомірні дії, безпосередньо спрямовані на досягнення правового результату [7, с. 168]. Для здійснення правочину (угоди) наша внутрішня воля щодо його укладання має отримати вираження ззовні, тобто повинна бути тим чи іншим чином доведена до відома інших осіб. Спосіб вираження нашої волі, інакше кажучи, спосіб волевиявлення, і являє собою форму угоди (правочину).

Форма правочину встановлена ст.205 ЦК України, згідно з положеннями якої правочин може вчинятися усно або в письмовій формі. Аналогічна норма містилась і в ЦК УРСР 1963 року, в ст.42 якого конкретизувалась письмова форма – проста і нотаріальна. Новелою чинного законодавства України

є положення ст.205 ЦК України, яке закріпило принцип свободи вибору сторонами цивільних правовідносин форми правочину, що впливає із загального принципу свободи договору в цивільному праві. Проте в кожному правилі є винятки. Так, сторони мають право обирати форму правочину, якщо інше не встановлено законом. Правочин повинен вчинятися у формі, встановленій законом.

Велике значення законодавство України надає нотаріальній формі правочину, а нотаріусу відводиться чільне місце як особі, покликаній посвідчувати права, а також факти, що мають юридичне значення. Нотаріальна форма – кваліфікована письмова, яка передбачена для угод, що зачіпають найважливіші інтереси громадян, встановлена для спрощення доказування зацікавленою стороною свого права, оскільки зміст угоди, час і місце її укладення, інші обставини, офіційно зафіксовані нотаріусом, вважаються очевидними та цілком достовірними.

До деяких видів цивільно-правових угод законодавство передбачає обов'язкове нотаріальне посвідчення. Метою такого посвідчення є забезпечення законності угоди і максимальний захист прав та законних інтересів її учасників. Відповідно до ст.209 Цивільного кодексу України правочин, який вчинений у письмовій формі, підлягає нотаріальному посвідченню лише у випадках, установлених законом або домовленістю сторін. У протилежному випадку правочин є недійсним (нікчемний правочин).

Чинний Цивільний кодекс України від 16 січня 2003 року у порівнянні з ЦК УРСР 1963 року встановлює ширше коло тих правочинів (угод, договорів), для яких нотаріальна форма є обов'язковою. При цьому потрібно зазначити, що закон у деяких випадках вимагає лише нотаріального посвідчення правочину, а в інших – наполягає на додатковій дії – державній реєстрації правочину.

Вважаємо за необхідне вказати перелік договорів, які на підставі закону підлягають обов'язковому нотаріальному посвідченню. Відповідно до нового Цивільного кодексу України, до таких договорів, зокрема, відносяться: договір застави нерухомого майна (ч.1 ст.577 ЦК України); договір застави у випадках, установлених Законом України “Про заставу” (ч.1. ст.577 ЦК України); договір купівлі-продажу земельної ділянки, єдиного майнового комплексу, житлового будинку (квартири), іншого нерухомого майна (ч.1 ст.657 ЦК України); договір дарування нерухомої речі (ч.2 ст.719 ЦК України); договір дарування валютних цінностей на суму, що перевищує 50 неоподатковуваних мінімумів доходів громадян (на даний час ця сума становить 850 грн., оскільки неоподатковуваний мінімум поки що становить 17 грн.) (ч.5 ст.719 ЦК України); договір міни земельної ділянки, єдиного майнового комплексу, житлового будинку

(квартири), іншого нерухомого майна (ч.1 ст.716 ЦК України); договір ренти (ч.2 ст.732 ЦК України); договір про передачу нерухомого майна під виплату ренти (ч.2 ст.732 ЦК України); договір довічного утримання (догляду) (ч.1 ст.745 ЦК України); договір довічного утримання (догляду), за яким передається набувачеві у власність нерухоме майно (ч.2 ст.745 ЦК України); договір найму будівлі або іншої капітальної споруди (їх окремої частини) на строк не менше 1 року (ч.2 ст.793 та ч.1 ст.794 ЦК України); договір найму транспортного засобу за участю фізичної особи (ч.2 ст.799 ЦК України); договір позички будинку, іншої капітальної споруди (їх окремої частини) на строк не менше 1 року (ч.3 ст.828 ЦК України); договір позички транспортного засобу, у якому хоча б однією із сторін є фізична особа (ч.4 ст.828 ЦК України); договір управління нерухомим майном (ч.2 ст.1031 ЦК України); спадковий договір (ч.1 ст.1304 ЦК України); договір про зміну черговості одержання спадкоємцями за законом права на спадкування (ч.1 ст.1259 ЦК України); угода спадкоємців про зміну розміру частки у спадщині, якщо це стосується нерухомого майна або транспортних засобів (ч.3 ст.1267 ЦК України); договір про виділ частки в натурі з нерухомого майна (ч.3 ст.364 та ч.3 ст.370 ЦК України); договір про поділ нерухомого майна, що перебуває у спільній частковій або сумісній власності (ч.3 ст.367 та ч.4 ст.372 ЦК України); попередній договір, якщо основний підлягає нотаріальному посвідченню (ч.1. ст.635 ЦК України); договір про заміну кредитора або боржника в зобов'язанні, якщо первісний договір підлягає нотаріальному посвідченню (ч.1 ст.513 та ч.1 ст.521 ЦК України); угода про зміну або розірвання договору, якщо основний договір підлягає нотаріальному посвідченню (ч.1 ст.654 ЦК України); договір про створення акціонерного товариства, у якому беруть участь громадяни (ч.2 ст.153 ЦК України).

Для порівняння: ЦК УРСР передбачав обов'язкову нотаріальну форму тільки для договорів купівлі-продажу, міни та дарування жилого будинку (ст.ст. 227, 242, 244 ЦК УРСР), договору дарування на суму понад 500 крб., а при даруванні валютних цінностей – на суму понад 50 крб. (ст.244 ЦК УРСР), договору довічного утримання (ст.426 ЦК УРСР) та заповітів (ст.541 ЦК УРСР).

Серед наведеного переліку правочинів, що обов'язково потребують нотаріального посвідчення згідно з чинним ЦК України, особливу увагу хотілось би зосередити на договорі ренти як новому інституті вітчизняного цивільного права. Цивільний кодекс УРСР регулював лише один з її різновидів – довічне утримання. Необхідно врахувати, що новий кодекс вимагає додержання нотаріальної форми цього договору. Це, мабуть, пов'язано з важливістю та значущістю договору, а також необхідністю роз'яснення прав і обов'язків сторін (що і повинен буде зробити нотаріус [4, ст.383]), оскільки безпосередня назва угоди у багатьох не буде асоціюватися з переходом права власності на об'єкт ренти.

Договір ренти потрібно засвідчувати нотаріально в будь-якому випадку, незалежно від вартості і виду майна, що передається, а також від складу учасників. У протилежному випадку договір буде нікчемним, тобто його недійсність навіть не потрібно доводити у суді. Будь-який орган (перш за все державний), фізична або юридична особа можуть вимагати застосування наслідків недійсності нікчемного правочину, тобто повернення всього отриманого за ним [9, с.10]. На наш погляд, вимога дотримуватися нотаріальної форми договору ренти дуже доцільна: тільки з моменту нотаріального посвідчення (ч.3 ст.334 ЦКУ) до платника ренти переходить право власності на майно, що передається за договором ренти, а момент цей завжди чітко визначений. Договір ренти підлягає також і державній реєстрації, якщо предметом договору ренти виступає нерухоме майно. Причому, як і у випадку з нотаріальним посвідченням, право власності на нерухомість виникне лише після його державної реєстрації (ч.4 ст.334 ЦКУ).

У ході порівняльного аналізу ЦК України та ЦК УРСР сформувався логічний висновок, що в чинному ЦК України значно розширено сферу застосування нотаріальної форми правочинів. Хоча це веде до збільшення витрат часу та додаткових фінансових витрат на стадії укладення договору в суб'єктів цивільних правовідносин, але позитивним моментом нотаріального оформлення є мінімізація ризиків (особливо при операціях з нерухомістю) та зростання надійності укладених правочинів (у зв'язку з тим, що їх готує професіонал – нотаріус).

Окрім ЦК України, існує низка інших законодавчих актів, що визначають обов'язкову нотаріальну форму договору (правочину). Це, зокрема, передбачено: ч.6 ст.81 Господарського кодексу України, в якій міститься норма, аналогічна ч.2 ст.153 ЦК України, що передбачає обов'язкове укладення в нотаріальній формі договору про створення акціонерного товариства [2]; ч.2 ст.290 Господарського кодексу України, ст.14 Закону України “Про оренду землі” 02.10.2003 року №1211-IV – договір оренди земельної ділянки; ст.94 Сімейного кодексу України – шлюбний договір; пп. 9.1.4 п.1 ст.9 Закону України “Про податок з доходів фізичних осіб” – договір оренди нерухомості, якщо орендар є фізичною особою; п.18.5 ст.18 Закону України “Про податок з доходів фізичних осіб” – договір на заповнення декларації про доходи фізичних осіб; ст.4 Декрету Кабінету Міністрів України “Про приватизацію земельних ділянок”, ст.132 Земельного кодексу України – угоди про відчуження земельних ділянок, що знаходяться у колективній чи приватній власності; ст.13 Закону України “Про заставу” – угоди про заставу нерухомого майна, транспортних засобів, космічних об'єктів, товарів в обороті чи у переробці; ст.27 Закону України “Про приватизацію майна державних під-

приємств”, ст.25 Закону України “Про приватизацію невеликих державних підприємств (малу приватизацію)” – угоди купівлі-продажу майна державних підприємств.

Крім цього, ЦК України надає можливість будь-який правочин на вимогу фізичної або юридичної особи посвідчувати нотаріально. Це засвідчує принцип свободи договору в цивільно-правових відносинах. Так, за бажанням сторін можуть посвідчуватись угоди учасників спільної часткової власності про виділ частки у спільному майні, про встановлення порядку користування спільним майном (жилим будинком, квартирою, садовим будинком, дачею, земельною ділянкою тощо), про встановлення розміру часток або про зміну розміру часток, договори позики, доручення, схову, найму жилого приміщення тощо.

У деяких випадках, як засвідчує практика, нотаріальна форма угоди (навіть у випадку, якщо вона не передбачена законом як обов'язкова) спростить процес захисту прав та інтересів осіб, аніж проста письмова форма. Так, договір позики укладається в письмовій формі, якщо його сума не менш як у десять разів перевищує встановлений законом розмір неоподаткованого мінімуму доходів громадян, а у випадках, коли позикодавцем є юридична особа, – незалежно від суми договору (ст.1047 ЦК України). Відповідне положення містилось і в ст.375 ЦК Української РСР 1963 року: “Договір позики на суму понад п'ятдесят карбованців повинен мати письмову форму” [3]. Інших вимог до угоди законодавством не встановлено, у тому числі не передбачене обов'язкове нотаріальне посвідчення договору позики, однак, за бажанням сторін, дана угода може бути засвідчена, що впливає зі змісту ч.4 ст.209 ЦК України і ст.54 Закону України від 02.09.1993 року № 3425 “Про нотаріат”.

У випадку нотаріального посвідчення угоди при неповерненні коштів позичальником можливе здійснення виконавчого напису, що є несудовою формою захисту інтересів кредиторів за безспірними зобов'язаннями, підтвердженими документами, які не викликають будь-яких сумнівів із погляду їх вірогідності.

Виконавчий напис являє собою напис нотаріуса на борговому документі про стягнення з боржника належної стягувачу певної грошової суми чи витребування майна. Виконавчий напис відповідно до пп.1.3 п.1 Інструкції про проведення виконавчих дій, затвердженої наказом Міністерства юстиції України від 15.12.1999 р. № 74/5, є виконавчим документом, на підставі якого у примусовому порядку задовольняється вимога кредиторів [5]. Боржниками, у відношенні яких допускається стягнення за виконавчим написом, можуть бути як громадяни, так і юридичні особи [6, с.129].

Постанова Кабінету Міністрів України від 29.06.1999 р. №1172 “Про затвердження переліку документів, за якими стягнення заборгованості здійснюється у безспірному порядку на підставі виконавчих написів нотаріусів”



визначає, що вчинення виконавчих написів за нотаріально засвідченими угодами входить до переліку документів, за якими стягнення заборгованості здійснюється у безспірному порядку на підставі виконавчих написів нотаріусів. П.1 Постанови №1172 зазначає, що для одержання виконавчого напису нотаріусу надається оригінал нотаріально засвідченої угоди і документи, які підтверджують безспірність заборгованості боржника і встановлюють прострочення виконання, тобто надають документи, які підтверджують наявність зобов'язань боржника, вказують на зміст цих зобов'язань і розмір заборгованості (конкретну суму стягнення), його безспірність. Таким чином, у разі виникнення спору нотаріальне посвідчення угоди позики буде позивним моментом, оскільки вчинення виконавчого напису призведе до мінімізації тимчасових витрат у порівнянні із судовим способом вирішення спору.

Нотаріальна форма забезпечує чіткість і визначеність у взаємовідносинах учасників правовідносин, попереджує виникнення можливих спорів із приводу наявності самого факту укладення договору або його змісту. Нотаріальне посвідчення покликане, з одного боку, забезпечувати державний контроль за правомірністю вчинюваних сторонами дій, а з іншого, – допомагати самим сторонам та органам, що вирішують спори, у з'ясуванні юридичної природи правочину та його правових наслідків.

1. Цивільний кодекс України від 16.01.2003 року. – К.: Атіка, 2003. – 416 с.
2. Господарський кодекс України від 16.01.2003 року. – К.: Атіка, 2003. – 208 с.
3. Цивільний кодекс Української РСР від 17.07.1963 року // Бюлетень законодавства і юридичної практики України. – 1999. – №1. – С.105-109.
4. Закон України "Про нотаріат" від 02.09.1993 року // Відомості Верховної Ради України. – 1993. – №39. – Ст.383
5. Інструкція про проведення виконавчих дій, затверджена наказом Міністерства юстиції України від 15.12.1999 року №74/5 із змінами і доповненнями // Офіційний вісник України. – 1999. – №51. – Ст.2563.
6. Васильченко О. Нотаріальне засвідчення договору позики // Адвокат Бухгалтера. – 2003. – №13 (43). – С.129.
7. Дзєра О.В. Угоди (правочини) // Цивільне право України. Підручник: У 2-х книгах. – К.: Юрінком Інтер, 2002. – Т.1. – 720 с.
8. Круковес Н. Нотаріальна форма угоди // Урядовий кур'єр. – 2003. – 24 квітня. – №77. – С.16.
9. Солтан А. Договір ренти // Все про бухгалтерський облік. – 2003. – №116 (904). – С.10.
10. Цивільне право України. Підручник: У 2-х книгах / За ред. О.В. Дзєри, Н.С. Кузнецової. – К.: Юрінком Інтер, 2002. – Т.1. – 720 с.

Y.Shkira

#### NOTARIAL FORM OF AGREEMENT IN THE CONTEXT OF THE NEW CIVIL CODE OF UKRAINE

The work contains a profound scientific research of solution of problems related to notarial form of agreements according to the norms of the new Civil Code of Ukraine. The work also refers to requirements concerning an obligatory notarial form of agreements pursuant to other legislative acts and contains a comparative characteristic of the effective Civil Code of Ukraine and the Civil Code of 1963

## ПИТАННЯ ЕКОЛОГІЧНОГО ТА ЗЕМЕЛЬНОГО ПРАВА

Л.В.Боднарчук

### ОСОБЛИВОСТІ ВІДШКОДУВАННЯ ШКОДИ, ЗАПОДІЯНОЇ ЛІСОПОРУШЕННЯМИ: ОКРЕМІ ПИТАННЯ

Ліси мають велике значення в житті суспільства, розвитку економіки країни, поліпшенні стану навколишнього природного середовища. Їх значення як природничого компонента, як елемента екосистеми важко переоцінити. Тому необхідно приділяти постійну увагу їх охороні. Одним з ефективних засобів посилення охорони лісових багатств є відшкодування шкоди, завданої лісопорушеннями.

Проблеми відшкодування шкоди, заподіяної лісопорушеннями, є предметом постійного дослідження і знайшли відображення у працях науковців А.П.Гетьмана, В.В.Костицького, С.М.Кравченка, В.Д.Басая, О.С.Колбасова, М.М.Брінчука, Н.І.Титової, В.В.Петрова та інших.

Відповідальність за лісопорушення полягає у покладанні на порушника обов'язку відшкодувати шкоду, заподіяну лісу внаслідок порушення лісового законодавства. Порядок, види і розмір відповідальності визначаються законодавством України. Так, статтею 98 Лісового кодексу України за порушення лісового законодавства передбачено дисциплінарну, адміністративну, цивільно-правову і кримінальну відповідальність. Хоча в ній нічого не говориться про майнову (таксову) відповідальність за лісопорушення, але цей вид відповідальності набув широкого застосування саме при відшкодуванні шкоди, заподіяної лісопорушеннями.

Згідно з діючим законодавством України відшкодування шкоди за лісопорушення відбувається в межах цивільно-правової відповідальності. Цивільно-правова відповідальність носить компенсаційний характер, оскільки спричинену лісу шкоду неможливо реально підрахувати і повністю відшкодувати. Ось чому в цьому випадку застосовується компенсація збитків.

У складі збитків, заподіяних неправомірним використанням лісів, суттєву частку займають неoderжані доходи, довести які на підставі бухгалтерських та економічних розрахунків надзвичайно важко, а іноді й неможливо. Це і призвело до необхідності встановлення спеціальних такс для обчислення розміру шкоди. На думку С.М.Кравченка, такси враховують у вартісному виразі негативні майнові наслідки, а також культурну, наукову, оздоровчу, історичну цінність природних об'єктів, їх розповсюдженість в даному регіоні та інші ознаки [3, с.45]. Ю.С.Шемшученко під такою розуміє своєрідний тариф, розрахункову одиницю, яка застосовується для обчислення шкоди.

спричиненої природним об'єктам [10, с.94]. В.К.Попов і А.П.Гетьман даним поняттям охоплюють заздалегідь встановлені державними компетентними органами розміри шкоди, заподіяні лісовим ресурсам з урахуванням групи лісів, породи дерев, їх розміру та інших факторів [5, с.51]. В.Д.Басай під такою розуміє завчасно розраховану і зафіксовану оцінку заподіяної екологічними правопорушеннями шкоди [1, с.57]. Подібні визначення містяться у працях О.С.Колбасова, В.В.Петрова, М.М.Брінчука.

Отже, такси для обчислення розміру відшкодування шкоди, заподіяної порушенням лісового законодавства, представляють собою умовну одиницю виміру шкоди: виконують компенсаційні й караючі функції, оскільки включають реальні збитки, неотримані доходи, витрати на відновлення лісових ресурсів (потенційні витрати), а також є заходами покарання правопорушника. Встановлюються вони завчасно, до спричинення шкоди, з урахуванням групи лісу, породи дерев, їх віку, розміру, інших характеристик лісових ресурсів: у своєму вартісному виразі враховують всі негативні майнові наслідки заподіяної шкоди, а також санітарно-захисну, оздоровчу, рекреаційну функції лісів, культурну, наукову, історичну цінність лісових ресурсів, їх розповсюдженість у даному регіоні і встановлюються Кабінетом Міністрів України.

Таксовий метод виміру розміру шкоди є наслідком значного відставання досліджень в економічних і природничих науках про наслідки порушення діючих правил природокористування від вимог судової практики. Це призвело до того, що структура екологічної шкоди вперше була досліджена юристами, і їх рекомендації були покладені в основу затверджених методик. Через недостатність наукових уявлень про комплекс негативних результатів антропогенного впливу на біосферу ми поки що не в стані у більшості випадків встановити, які віддалені екологічні наслідки можуть наступити при незаконній порубці лісу і тлі тощо. Існування таксової відповідальності обумовлено також відсутністю об'єктивних, науково обґрунтованих методик економічної оцінки наслідків нерационального природокористування [8, с.74].

У літературі існує думка, що, враховуючи специфічний характер такс, слід замінити відповідальність за природоохоронним законодавством у формі відшкодування шкоди (там, де вона фактично відсутня або не може бути реально підрахована) нормованим штрафом, визначивши це в законі [8, с.93]. На нашу думку, не є доцільним ототожнювати такси зі штрафом, який, як правило, є заходом адміністративного впливу. По-перше, такси – це вид санкцій, які застосовуються у випадку спричинення шкоди, а штраф може накладатися за вчинення неправомірних дій, які не призвели до спричинення шкоди лісу. По-друге, стягнення шкоди здійснюється у судовому порядку, а штрафу, як правило, – в адміністративному. По-третє, відповідно до діючого законо-

давства сплата штрафу не звільняє від відшкодування заподіяної лісопорушеннями шкоди. Проте не досить вірним, на нашу думку, є й твердження, що таксова відповідальність займає ніби проміжне місце між цивільною та адміністративною відповідальністю. З цивільною її ріднить сам принцип відшкодування шкоди, з адміністративною – наявність штрафної суми, стягнення, яке перевищує дійсну оцінку шкоди, оскільки за вчинення адміністративного проступку, в даному випадку, фактично накладається одночасно дві санкції (в адміністративному порядку і в порядку відшкодування шкоди).

Основною проблемою цивільно-правової відповідальності за лісопорушення є проблема повного відшкодування шкоди, заподіяної лісам. У Лісовому кодексі України даний принцип відшкодування шкоди не знайшов чіткого відображення. Статтею 100 Лісового кодексу України передбачено лише, що підприємства, установи, організації і громадяни зобов'язані відшкодувати шкоду, заподіяну лісу внаслідок порушення лісового законодавства, у розмірах і порядку, визначених законодавством України. Статтею 69 Закону України “Про охорону навколишнього природного середовища” встановлено, що шкода, заподіяна внаслідок порушення законодавства про охорону навколишнього природного середовища, підлягає компенсації, як правило, в повному обсязі без застосування норм зниження розміру стягнення та незалежно від збору за забруднення навколишнього природного середовища і погіршення якості природних ресурсів [6]. Як бачимо, дана правова норма містить все ж таки можливі винятки із загального правила щодо повного відшкодування шкоди. На нашу думку, дане положення не є виправданим, оскільки застосування цих можливих винятків із загального правила не сприяє створенню умов для розвитку лісової галузі, відшкодуванню екологічної шкоди, компенсації матеріальних витрат на вирощування, догляд, відновлення лісів та охорони лісів від правопорушень. У будь-якому випадку шкоду лісу слід відшкодувати в повному розмірі.

До того ж, як показує практика, в певних випадках судами без достатніх до того підстав зменшується розмір належної до відшкодування шкоди. Дані упущення відмічені у постанові Пленуму Верховного Суду України №1 від 26.01.1990 року “Про практику розгляду судами справ про відповідальність за порушення законодавства про охорону природи”.

Визначення розміру шкоди, заподіяної лісовому господарству, здійснюється за таксами, затвердженими постановою Кабінету Міністрів України від 5 грудня 1996 року №1464 [7]. Проте, крім даного правового акта, майнові стягнення встановлені у Правилах відпуску деревини на пні в лісах України, затверджених постановою Кабінету Міністрів України від 29.07.1999 року №1378. Даними постановами Кабінету Міністрів України затверджено обчис-

лення шкоди за подібні лісопорушення. проте у першому випадку вона вимірюється у неоподаткованих мінімумах доходів громадян, а у другому – у кратності таксової вартості. Як бачимо, існують різні підходи до встановлення відповідальності за подібні лісопорушення.

При визначенні співвідношення цих постанов Кабінету Міністрів України слід відмітити, що Правила відпуску деревини на пні в лісах України є обов'язковими для виконання підприємствами, установами, організаціями та громадянами, які ведуть лісове господарство, заготовляють деревину, живицю та здійснюють інші лісові користування. Тому відповідно щодо них і слід застосовувати майнові стягнення, встановлені у цих Правилах. Що стосується лісопорушень, вчинених іншими правопорушниками, то розмір спричиненої шкоди повинен обчислюватися на підставі постанови Кабінету Міністрів України від 5 грудня 1996 року №1464.

Майнові стягнення передбачені також у Санітарних правилах у лісах України, затверджених постановою Кабінету Міністрів України від 27 липня 1995 року №555. Якщо їх зіставити з Правилами відпуску деревини на пні в лісах України, затвердженими постановою Кабінету Міністрів України від 29 липня 1999 року №1378, то можна побачити певні суперечності, які полягають у визначенні майнових стягнень за несвоєчасне очищення місць рубок від порубкового залишку, захарашення просік, доріг і смуг завширшки 30 метрів, що прилягають до лісосік. Санітарними правилами в лісах України за дане лісопорушення розмір стягнення визначається за кожний гектар неочищеної або захарашеної території половиною таксової вартості деревини, зрубаної з одного гектара лісосіки, за Правилами відпуску деревини на пні в лісах України – двократна вартість витрат на очищення. Отже, як бачимо, за одне і те ж лісопорушення передбачено два різні підходи до обчислення розмірів майнових стягнень, що породжує непорозуміння у правозастосовчій практиці. На нашу думку, більш обґрунтованим є визначення майнових стягнень відповідно до Санітарних правил у лісах України, оскільки витрати на очищення встановлюються лісокористувачами, і тому майнові стягнення в окремих випадках можуть бути мізерними, у зв'язку з чим необхідно виключити майнові стягнення за дане лісопорушення, передбачені у Правилах відпуску деревини на пні в лісах України.

Питання співвідношення матеріальної (майнової) відповідальності за порушення екологічного законодавства (в тому числі лісового) та цивільно-правової відповідальності по-різному розглядається науковцями. Так, Н.І.Титова, доказуючи специфіку матеріальної відповідальності за порушення екологічного законодавства, виділяє її із загальної цивільної відповідальності і вважає самостійним видом юридичної відповідальності цивілістичної групи

[9, с.216]. В.В.Петров вважає, що інститут матеріальної відповідальності в галузі охорони природи є самостійним видом природоохоронної відповідальності, відмінним як від цивільного, так і від адміністративного видів відповідальності. Таку ж думку висловлює С.І.Немировський щодо відшкодування шкоди за порушення лісового законодавства.

З нашої точки зору, більш точним і виваженим є твердження Ю.С.Шемшученка [10 с.196] та О.С.Колбасова [2, с.54], що матеріальна відповідальність за шкоду природному середовищу (в тому числі і лісу) є різновидом цивільно-правової відповідальності. У даному випадку матеріальна відповідальність за лісопорушення є цивільно-правовою відповідальністю, і здійснюється відповідно до норм цивільного і цивільно-процесуального законодавства. Застосування такс носить допоміжний характер і не є підставою для виділення нового виду відповідальності [4].

Відповідно до постанови Пленуму Верховного Суду України “Про практику розгляду судами справ про відповідальність за порушення законодавства про охорону природи” №1 від 26.01.1990 року, при вирішенні вимог про відшкодування матеріальної шкоди, спричиненої порушенням законодавства про охорону природи, необхідно керуватися нормами природоохоронного законодавства, а в питаннях, не врегульованих цим законодавством, – відповідними нормами цивільного законодавства.

При обчисленні шкоди, завданої лісу, слід забезпечити єдиний підхід як до лісозаготівельників, так і до осіб, яким не надано право спеціального використання лісових ресурсів, шляхом встановлення єдиних такс для її обчислення щодо всіх лісопорушників з урахуванням найменування лісової породи, групи лісів, лісотаксового поясу. Тому необхідно виключити майнові стягнення, встановлені Правилами відпуску деревини на пні в лісах України, затвердженими постановою Кабінету Міністрів України від 29 липня 1999 року №1378, що усунуть також їх суперечність із Санітарними правилами в лісах України, затвердженими постановою Кабінету Міністрів України від 27 липня 1995 року №555.

До того ж, у зв'язку з неможливістю адекватного відшкодування шкоди, яку спричиняють лісопорушення, доцільно посилити кримінально-правову відповідальність за дані злочини.

1. Басай В.Д. Відшкодування шкоди, заподіяної екологічними правопорушеннями / Дисертація на здобуття наукового ступеня кандидата юридичних наук: 12.00.06. – Львів, 1996. – 165 с.
2. Колбасов О.С. Охрана природы и суд // Право и охрана природы: Сб. статей / Ред. коллегия З.С.Беляева, О.С.Колбасов, М.М.Славин. – М.: АН СССР, Институт государства и права, 1979. – С.46-57.
3. Кравченко С.Н. Материальная ответственность в системе охраны природы – К.: Высшая школа, 1981. – 54 с.

- 4 Мельник П.В. Правова охорона лісів Карпатського регіону України / Дисертація на здобуття наукового ступеня кандидата юридичних наук. 12.00.06. – Івано-Франківськ, 2002 – 195 с.
- 5 Попов В.К., Гетьман А.П. Правові проблеми використання і охорони рослинного світу // Право України – 2000. – №1. – С.51-53.
- 6 Про охорону навколишнього природного середовища: Закон України від 25 червня 1991 року // Закони України. – К.: Інститут законодавства Верховної Ради України, 1997. – Т.2. – Ст.46-80 (із змінами і доповненнями).
- 7 Про такси для обчислення розміру шкоди, заподіяної лісовому господарству: Постанова Кабінету Міністрів України від 5 грудня 1996 року №1464 // Зібрання постанов Уряду України. – 1996. – №20. – Ст.577.
- 8 Розовский Б.Г. Таксовый метод исчисления ущерба в отношении природопользования // Советское государство и право. – 1980. – №2. – С.91-95
- 9 Титова Н.І. Відповідальність за порушення законодавства в системі охорони природи. – Львів: Вид-во Львівського ун-ту, 1973. – 219 с.
- 10 Шемшученко Ю.С. Правовые проблемы экологии / Отв. ред. В.Л.Мунтян. – К.: Наукова думка, 1989. – 232 с.

L.Bodnarchuk

#### FEATURES OF COMPENSATION OF HARM, CAUSED BY FOREST VIOLATIONS: SOME QUESTIONS

In the given article the author rises question of features of civil liability for harm, caused by forest violations. The author analyses the views of research workers about this question, gives his own thoughts and suggestions about bringing changes to the law.

**О.М.Браніцький**

### ПРАВОВІ АСПЕКТИ НАБУТТЯ СТАТУСУ СПЕЦІАЛІСТА СІЛЬСЬКОГО ГОСПОДАРСТВА

Сьогодні юридична наука досліджує філософські, історичні, психолого-правові аспекти правового становища особи. Проте, не зменшуючи важливість дослідження загальнотеоретичних вихідних, базових положень, потрібно зауважити, що цілісну картину можна побачити, досліджуючи специфіку прав і обов'язків громадян у різних сферах, галузях, де вони застосовуються. Підтвердженням цього виступають публікації на сторінках фахових видань<sup>1</sup>. Теоретичним підґрунтям дослідження правового становища спеціалістів сільського господарства слугують роботи В.З.Янчука, В.І.Семчика, М.В.Сторожева, Л.М.Молчадської. Слід підкреслити, що сьогодні дослідженню даної проблеми не приділяється належної уваги.

<sup>1</sup> Див. Бояринцева М. Адміністративно-правовий статус громадян: до питання про склад елементів // Право України. – 2002. – №8; Магновський І. Конституційно-правовий статус особи (ті громадянські права і свободи) // Право України – 2002. – №7; Браніцький О. Правове становище спеціалістів сільського господарства: підходи до розуміння // Підприємство, господарство і право – 2004. – №3

На сучасному етапі стратегічним пріоритетом України є розробка і впровадження сучасних технологій в сільське господарство України для максимально повного задоволення потреб країни якісною сільськогосподарською продукцією при оптимальних витратах енергії, природних ресурсів і збереження довкілля. Задля цього розробляються сучасні програми впровадження новітніх технологій, наприклад, “Сільськогосподарська біотехнологія – 2001-2005 рр.” [1]. Важливого значення набувають спроби започаткувати прогресивні зміни в структурі агропромислового виробництва насамперед через розроблення на основі передових досягнень науки і техніки агротехнологічних проектів та апробації їх практичної реалізації, розвитку елітних насінницьких і племінних господарств [2]. Усе це свідчить про необхідність підготовки спеціалістів сільського господарства не тільки за прийнятими спеціальностями, такими, як агроном, ветеринар і т. д., а й підготовки фахівців за спеціальностями, яких вимагає сучасність, зокрема технологів з виробництва, зберігання і переробки молока, м'яса, спеціалістів з якості та безпеки продукції сільського господарства тощо. А також вирішення однієї з вузлових проблем, якою є визначення моменту набуття статусу спеціаліста сільського господарства.

Потрібно зауважити, що для задоволення потреб агропромислового виробництва підготовка фахівців ведеться згідно з переліком напрямів і спеціальностей за відповідними освітньо-кваліфікаційними рівнями у 127 навчальних закладах, у тому числі 11 агроуніверситетах, 6 академіях, 3 інститутах, 20 коледжах та 87 технікумах із відповідною матеріально-технічною та науковою базами, які складають діючу систему аграрної освіти, що здатна забезпечити випереджаючий розвиток аграрної освіти в сучасних умовах [3].

Право на освіту передбачене ст.53 Конституції України [4, ст.141]. Ст.21 Конституції України закріплює положення, що всі люди є вільними і рівними у своїй гідності та правах. Виходячи з того, що права і свободи людини є невідчужуваними та непорушними, можна стверджувати, що конституційне право на освіту є гарантованим і ним можуть скористатися всі громадяни нашої країни, в тому числі і молоді люди із сільської місцевості. Причому зазначена стаття 53 містить також і гарантії отримання освіти. Так, держава забезпечує доступність і безоплатність професійно-технічної, вищої освіти в державних і комунальних закладах. Громадяни мають право безоплатно здобути вищу освіту в державних і комунальних закладах на конкурсній основі. Подальша реалізація цього права забезпечується також спеціальними законодавчими актами. Стаття 22 Закону України “Про пріоритетність соціального розвитку села та агропромислового комплексу в народному господарстві” [5, ст.453] закріпила, що в усіх вищих навчальних закладах – університетах, інститутах, коледжах, технікумах тощо встановлюється квота прийому сільської молоді, яка є обов'язковою для виконання.

Дане положення розвивалося підзаконними нормативно-правовими актами. Указ Президента “Про державну підтримку підготовки фахівців для сільської місцевості” [6] поклав обов’язок на Кабінет Міністрів установити квоти та забезпечити прийом сільської молоді до вищих навчальних закладів, що здійснюють підготовку кадрів для агропромислового комплексу і соціальної сфери села, та забезпечити їх працевлаштування.

Як наслідок, з’явилася постанова Кабінету Міністрів України “Про підготовку фахівців для роботи в сільській місцевості” [7, ст.1239], якою затверджується порядок визначення потреби у фахівцях для агропромислового комплексу, та затверджений Порядок встановлення квоти підготовки фахівців для агропромислового комплексу і соціальної сфери сільської місцевості у вищих навчальних закладах. Таким чином, ми бачимо, що молоді особи із сільської місцевості мають право здобути аграрну освіту. Причому вони можуть навчатися відповідно до Указу Президента “Про заходи щодо реформування системи підготовки спеціалістів та працевлаштування випускників вищих навчальних закладів” [8] як за державним замовленням, тобто за кошти Державного бюджету України, республіканського бюджету Автономної Республіки Крим та місцевих бюджетів, так і за рахунок коштів відповідних фізичних і юридичних осіб, а також за рахунок власних коштів.

Отже, можна стверджувати, що **конституційне право на освіту є гарантованим і ним можуть скористатися всі громадяни нашої країни, в тому числі і молоді люди із сільської місцевості.**

Проте необхідно загострити увагу на стипендіальному забезпеченні. Зрозуміло, що особи, які навчаються за державним замовленням, отримують стипендії з державного бюджету. Крім того, згідно з п.7 Порядку працевлаштування випускників вищих навчальних закладів, підготовка яких здійснювалась за державним замовленням [9, ст.460], замовники можуть за рахунок своїх коштів надавати студентам матеріальну допомогу, а також встановлювати доплати до державної стипендії, визначеної для відповідної спеціальності, курсу, навчального закладу. Граничні розміри зазначених виплат не обмежуються. Цілком логічно, що дане положення носить диспозитивний характер, адже засоби для існування в особи, яка навчається за державним замовленням, є.

А як бути зі студентами, які навчаються на контрактній основі, за рахунок коштів юридичних осіб – підприємств агропромислового сектора? Адже цілком виправданим є те, що господарства намагаються підготувати спеціалістів. Проте, проплачуючи навчання таких студентів, керівництво підприємств не замислюється, за який рахунок студент, направлений даним господарством на навчання, буде жити у місті (тим більше, що стипендії він не отримує)?

Тому, на наш погляд, необхідно прийняти відповідний нормативно-правовий акт, який би містив концептуальні засади регулювання відносин між особою, яку направляють на навчання, і юридичною особою. У ньому в імперативному порядку зобов’язати підприємства, що направляють на навчання осіб, укладати з ними договори із зазначенням обов’язку підприємства – виплачувати таким особам стипендіальне забезпечення. А також передбачити обов’язок осіб відпрацювати у даному підприємстві не менше трьох років після закінчення навчання.

Необхідно загострити увагу на питанні чи є особи, які закінчили навчальні заклади аграрного профілю, спеціалістами сільського господарства. Дане питання, на нашу думку, є дискусійним.

На перший погляд, можна дати позитивну відповідь, адже особам, які закінчили вищий навчальний заклад, видається диплом спеціаліста. Проте в даному випадку мова йде не про особу, яка наділена спеціальними правами і обов’язками, тобто спеціальною правосуб’єктністю і носить статус спеціаліста сільського господарства, а про особу, яка набула певного рівня знань. Так, відповідно до п.31 Положення про освітньо-кваліфікаційні рівні [10, ст.155], спеціаліст – це освітньо-кваліфікаційний рівень фахівця, який на основі кваліфікації бакалавра здобув спеціальні вміння та знання, має певний досвід їх застосування для вирішення складних професійних завдань, передбачених для відповідних посад, у певній галузі народного господарства. Тобто слід відмітити, що така особа тільки має можливість (володіє правом) стати спеціалістом сільського господарства, а чи скористається вона ним – це особиста справа кожного. Підтвердженням того виступають непоодинокі випадки, коли особи, які закінчили навчальні заклади аграрного профілю, залишаються жити в місті і працюють не за спеціальністю. Хіба можна таких осіб вважати спеціалістами сільського господарства тільки на підставі того, що вони отримали диплом за однією із сільськогосподарських професій?

Отже, **здобуття відповідної освіти і отримання диплома спеціаліста (бакалавра) є тільки необхідною передумовою набуття статусу спеціаліста сільського господарства.**

Наступним постає питання, з якого моменту особу, яка закінчила навчальний заклад аграрного профілю, можна вважати спеціалістом сільського господарства. Оскільки цілком очевидно, що наявність відповідної освіти не дозволяє визнати особу спеціалістом сільського господарства. Так, чинне законодавство надає товаровиробникам сільськогосподарської продукції право вільного вибору форм і напрямів трудової діяльності. Як наслідок, трудові правовідносини в аграрному секторі можуть виникати на підставі таких юридичних фактів:

- зайняття особою, яка отримала відповідну освіту, підприємницькою діяльністю аграрного спрямування з можливим створенням аграрних підприємств різних організаційно-правових форм (ведення фермерського господарства, створення ТОВ, АТ тощо);
- виявлення волі особи, яка отримала відповідну освіту, на вступ до аграрного кооперативного підприємства (факт членства);
- укладення трудового договору між особою, яка закінчила відповідний навчальний заклад, і аграрним підприємством.

Причому необхідно зауважити, що набуття статусу спеціаліста сільського господарства характеризується вольовою ознакою. Адже при створенні аграрних підприємств, при укладенні трудового договору і, тим більше, при вступі у члени аграрного підприємства кооперативного характеру особа здійснює волевиявлення. Таким чином, можна зробити висновок, що **моментом набуття особою, яка володіє комплексом спеціальних знань, тобто яка отримала відповідну освіту, статусу спеціаліста сільського господарства є виникнення аграрних трудових правовідносин.**

Нормативно-правовим підтвердженням цієї гіпотези виступає п.2 Порядку працевлаштування випускників вищих навчальних закладів, підготовка яких здійснювалась за державним замовленням, за яким випускники вищих навчальних закладів, яким присвоєно кваліфікацію фахівця з вищою освітою різних освітньо-кваліфікаційних рівнів і які працевлаштовані на підставі направлення на роботу, вважаються молодими фахівцями протягом трьох років із моменту укладення ними трудового договору із замовником. Це положення також спростовує твердження про те, що особи, які закінчили вищий навчальний заклад аграрного профілю і які отримали направлення на роботу, є спеціалістами сільського господарства. Крім того, п.19 вищезгаданого нормативно-правового акта закріплює, що оформлене замовником або вищим навчальним закладом направлення на роботу є підставою для укладення трудового договору між молодим фахівцем і замовником. Хотілося б також звернути увагу на недосконалість юридичної техніки зазначеного нормативного акта. Так, випускники вищих навчальних закладів, яким присвоєно кваліфікацію фахівця з вищою освітою різних освітньо-кваліфікаційних рівнів і які працевлаштовані на підставі направлення на роботу, **вважаються молодими фахівцями** протягом трьох років із моменту укладення ними трудового договору із замовником (п.2). А п.19 зазначає, що направлення є підставою для укладення трудового договору між молодим фахівцем і замовником. Тоді як же направлення може вважатися підставою для укладення договору між молодим фахівцем і замовником, коли особа набуває статусу молодого фахівця тільки з моменту укладення трудового договору? У даному випадку наявна колізія, адже після

укладення трудового договору і виникнення аграрних трудових правовідносин особа вважається молодим фахівцем.

Отже, виходячи з вищезазначеного, можна стверджувати, що **спеціалісти сільського господарства – це особи, які отримали вищу або середню спеціальну освіту, а також особи, які отримали освіту за однією із загальних професій та які працюють в аграрних підприємствах, незалежно від виду організаційно-правової форми і форми власності на основні засоби виробництва.**

Проведений аналіз та отримані висновки в подальшому будуть сприяти дослідженню правового становища спеціалістів сільського господарства. Тим більше, що з моментом набуття статусу спеціаліста сільського господарства пов'язується виникнення спеціальної правосуб'єктності у зазначеній категорії осіб.

1. Про затвердження програми "Сільськогосподарська біотехнологія – 2001-2005 рр.": Наказ Мінагрополітики України і УААН від 24.10.2001 за №318/92 // Інформаційно-правовая библиотека "Експерт-Юрист" Законодательство Украины. – 2004. – Январь.
2. Про долагові заходи щодо вирішення соціальних проблем на селі та дальшого розвитку аграрного сектора економіки: Указ Президента від 21.02.2002 року за №170/2002 // Офіційний вісник України. – 2002. – №9. – Ст.396.
3. Програма "Кацри АПК-2004": Наказ Міністерства аграрної політики від 18.05.2001 за №131 // Інформаційно-правовая библиотека "Експерт-Юрист" Законодательство Украины. – 2004. – Январь.
4. Конституція України від 28.06.1996 // Відомості Верховної Ради України. – 1996. – №30. – Ст.141
5. Про пріоритетність соціального розвитку села та агропромислового комплексу в народному господарстві: Закон України від 15.05.1992 р. №2346-XII // Відомості Верховної Ради України. – 1992. – №32. – Ст.453
6. Про державну підтримку підготовки фахівців для сільської місцевості: Указ Президента від 03.03.1999 р. за №262 // Урядовий кур'єр. – 1999. – 24 березня
7. Про підготовку фахівців для роботи в сільській місцевості: Постанова Кабінету Міністрів України від 29.06.1999 р. за №1159 // Офіційний вісник України. – 1999. – №26. – Ст.1239.
8. Про заходи щодо реформування системи підготовки спеціалістів і працевлаштування випускників вищих навчальних закладів: Указ Президента України, від 23.01.1996р. за №77/96 // Урядовий кур'єр – 1996. – 25 січня.
9. Про Порядок працевлаштування випускників вищих навчальних закладів, підготовка яких здійснювалась за державним замовленням: Постанова Кабінету Міністрів України від 22 серпня 1996 р. №992 // Зібрання постанов уряду України. – 1996. – №11. – Ст.460.
10. Про затвердження Положення про освітньо-кваліфікаційні рівні (ступеневу освіту): Постанова Кабінету Міністрів України від 20 січня 1998 р. №65 // Збірник урядових нормативних актів України – 1998. – №7. – Ст.155.

О.Branitsky

LEGAL ASPECTS OF ACQUIREMENT OF STATUS OF THE SPECIALIST OF AGRICULTURE

In the article the author makes an attempt to perform specification of legal state specialist of agriculture and to analyze the juridical reasons of acquirement the status of the specialist of agriculture

В.О.Джуган

## РОЗВИТОК ЗАКОНОДАВСТВА З ПИТАНЬ ОРЕНДИ ВОДНИХ ОБ'ЄКТІВ

Аналіз сучасного процесу становлення ринкової економіки, проведення земельної і аграрної реформ свідчать про розширення кола цивільно-правових і еколого-правових відносин. Це дає підстави для розвитку в сучасних умовах такої форми господарювання, як оренда. Договір оренди є одним із найстаріших і найпоширеніших договорів, що викликає особливу увагу, яка надається питанням правового регулювання орендних правовідносин. Історичний шлях оренди в Україні був досить складний і нині він реалізовується в складних економічних умовах, які перешкоджають його нормальному розвитку. На нашу думку, не враховуючи досвід минулого, найперше національний і, звичайно, наших найближчих сусідів, неможливо запропонувати найбільш вдалу теорію сучасного орендного законодавства, зокрема водного.

Тому зрозуміло, що інститут оренди і орендні відносини були предметом дослідження багатьох учених, зокрема О.В.Дзери, О.А.Підпригори, В.В.Луця, В.С.Щербини, Н.С.Кузнецової, В.Ф.Маслова, О.С.Юффе, Є.О.Харитонової, І.В.Спасибо-Фатєєвої, В.І.Федоровича, М.В.Шульги, Н.І.Титової, В.І.Андрейцева, Ю.К.Корнева, М.В.Мороза, В.Є.Єрмоленка та інших. Але якщо цивільне та земельне законодавство з питань оренди є досить детально досліджене, то законодавство з питань оренди водних об'єктів потребує всебічного дослідження. Лише в останні роки питаннями оренди водних об'єктів займалися В.Гордєєв, О.Готун, О.Орлов, І.Померанський.

Зародження орендних відносин у сфері природних ресурсів у сучасній Україні бере свій початок ще з радянського періоду. З ряду законодавчих актів, які регулювали оренду природних ресурсів, зокрема і водних, важливими є Цивільний кодекс, уведений в дію 1 січня 1964 р., який діяв до 2004 р., Указ Президії Верховної Ради СРСР від 7 квітня 1989 р. "Про оренду і орендні відносини в СРСР", постанова Ради Міністрів СРСР від 7 квітня 1989 р. "Про економічні й організаційні основи орендних відносин у СРСР".

Після проголошення незалежності України були прийняті такі базові законодавчі акти, як Закон України "Про підприємства в Україні" від 27 березня 1991 р., Закон України "Про власність" від 7 лютого 1991 р. і, звичайно, Конституція України від 28 червня 1996 р., які були поштовхом до інтенсивного розвитку законодавства про оренду.

Сучасні цивільні правовідносини з питань майнового найму врегульовані нормами глави 58 Цивільного кодексу від 1 січня 2004 р., відповідно до якого за договором оренди наймодавець передає або зобов'язується пере-

дати наймачеві майно у користування за плату на певний строк (ч.1 ст.759). Аналогічно поняття договору майнового найму визначено в главі 34 Цивільного кодексу Російської Федерації від 21 жовтня 1994 р. Загальне поняття оренди сформульовано в ст.2 Закону України "Про оренду державного та комунального майна" від 14 березня 1995 р. Згідно з цією статтею орендою визнається засноване на договорі строкове платне користування майном, що необхідне орендареві для здійснення підприємницької та іншої діяльності. Першим законодавчим актом, який безпосередньо закріпив оренду водних об'єктів, був Водний кодекс України, прийнятий Верховною Радою України 6 червня 1995 р.

Важливе значення для регулювання орендних відносин мають й інші акти законодавства України: Земельний кодекс України від 25 жовтня 2001 р., Закон України "Про оренду землі" від 6 жовтня 1998 р., Закон України "Про місцеве самоврядування" від 21 травня 1997 р., Методика оцінки вартості об'єктів оренди, затверджена постановою Кабінету Міністрів від 10 серпня 1995 р. На практиці застосовуються також Роз'яснення Вищого арбітражного суду України (в даний час господарського) від 10 серпня 2000 р. "Про деякі питання практики застосування Закону України "Про оренду державного і колективного майна" та типові договори.

Сучасні орендні відносини мають певні особливості, а саме:

- орендні відносини носять виключно договірний характер;
- оренда передбачає передачу майна у користування;
- користування є платним;
- оренда передбачає передачу майна у строкове користування.

Екологічне законодавство України закріплює договірну основу природних об'єктів і ресурсів. До того ж, по відношенню до певних природних об'єктів, існує можливість їх використання на умовах оренди. В.Гордєєв підкреслює, що лише останнім часом поняття "оренда" закріплено в екологічному законодавстві, і не всі об'єкти екологічного права можуть бути здані в оренду, а тільки ті, по відношенню до яких існує відповідна правова основа [3, с.69].

У Водному кодексі Російської Федерації від 16 листопада 1995 р. ука-зано, що оренда водних об'єктів встановлюється федеральним законом про оренду водних об'єктів відповідно до Водного кодексу. Отже, Водний кодекс Російської Федерації відносить дане право до числа титулів на водні об'єкти осіб-невласників для водокористування на основі договору оренди (ст.35). У зв'язку з цим Водний кодекс Російської Федерації передбачає прийняття спеціального закону про оренду водних об'єктів.

На сьогоднішній день правовою основою використання водних об'єктів на умовах оренди в Україні є ст.51 Водного кодексу України в редакції від

1 вересня 2000 р., згідно з якою водні об'єкти (їх частини) місцевого значення можуть передаватися в оренду. Тобто предметом таких орендних правовідносин є водний об'єкт чи його частина. Проте законодавством України встановлені певні обмеження щодо здачі в оренду водних об'єктів (в оренду можуть бути здані лише водні об'єкти місцевого значення). Закон України "Про оренду землі" встановлює, що в оренду можуть передаватися земельні ділянки з насадженнями, будівлями, спорудами, водоймами, які знаходяться в ній або без них (ч.2 ст.3). Цивільним кодексом Російської Федерації встановлено, що в оренду можуть бути здані земельні ділянки та інші відокремлені природні об'єкти (ст.607). Отже, на противагу Водному кодексу України в Законі України "Про оренду землі" взагалі не вказано, якого значення ці водойми. У зв'язку з цим на практиці виникає проблема, оскільки згідно з екологічним законодавством води, земля та інші природні об'єкти є самостійними об'єктами екологічного права, хоча знаходяться в нерозривному зв'язку і мають певний вплив один на одного. Таким чином, виникає деяка суперечність у законодавстві з приводу законодавчого розмежування правового забезпечення оренди земельних і водних об'єктів.

Крім того, одні автори вважають, що договори оренди водних об'єктів належать до договорів майнового найму, обґрунтовуючи це тим, що Водним кодексом України дозволене довгострокове користування водними об'єктами, що є характерним моментом для майнового найму [1, с.84].

На думку інших авторів, договір майнового найму опосередковує відносини лише з приводу майна, речей, які знаходяться у звичайному цивільному обороті. Однак межі договору оренди значно ширші, він використовується для опосередкування не лише майнових, але і водних відносин, і має за мету, в першу чергу, визначити водні відносини. Тому, на їхню думку, в даній сфері договір майнового найму є недоцільним [4, с.65].

Існує судження, відповідно до якого договір оренди водних ресурсів має характеристики взагалі не властиві цивільно-правовому договору майнового найму [3, с.76].

На нашу думку, договору оренди водних об'єктів властивий як цивільно-правовий, так і водно-правовий характер. Відносини у сфері оренди водних об'єктів є предметом, насамперед, водного законодавства, а цивільно-правові норми повинні застосовуватися до водних відносин у тих випадках, коли ці відносини не врегульовані водним законодавством. Але в даний час ця проблема повністю ще не вирішена, і насамперед у зв'язку з тим, що водне законодавство недостатньо розроблене (наприклад, немає закону про оренду водних об'єктів).

Конституція України проголошує, що матеріальною і фінансовою основою місцевого самоврядування є рухоме і нерухоме майно, доходи місцевих

бюджетів, інші кошти, земля, природні ресурси, що є у власності територіальних громад сіл, селищ, міст, районів у містах (ст.142). На жаль, вказана норма Конституції України по відношенню до землі і природних ресурсів не діє і носить фактично декларативний характер, оскільки законодавством не визначено, які землі і природні ресурси можуть знаходитись у комунальній власності. Згідно із ст.16 Закону України "Про місцеве самоврядування" також вказано, що матеріальною і фінансовою основою місцевого самоврядування є земля, природні ресурси, які знаходяться в комунальній власності територіальних громад сіл, селищ, міст, районів у містах. В.Гордєєв зауважує, що Указом Президента України "Про розмежування земель державної та комунальної власності" була зроблена спроба вирішити це питання хоча б щодо землі. Але Верховна Рада України відхилила цей Указ. Він припускає, що в комунальній власності можуть знаходитись окремі природні ресурси місцевого значення, в тому числі і водні об'єкти, якщо вони перебувають на землях житлової та громадської забудови. Тому надалі не виключена можливість здачі в оренду окремих водних об'єктів (окремих частин) місцевого значення, які є в комунальній власності, безпосередньо органами місцевого самоврядування. Він пропонує найближчим часом прийняти нормативні акти, які б розмежували державну і комунальну власності на землю та інші природні ресурси, в тому числі і водні об'єкти [2, с.70].

За водним законодавством України, щодо окремих природних об'єктів допускається можливість суборенди. З одного боку, згідно з ч.2 ст.51 Водного кодексу України передача права оренди на користування водними об'єктами (їх частинами) місцевого значення забороняється. Тут мова йде про заборону суборенди. З іншого боку, відповідно до ч.7 ст.51 Водного кодексу України водокористувачі, яким водний об'єкт (його частина) надано в оренду, можуть дозволити іншим водокористувачам здійснювати спеціальне користування в порядку, встановленому Водним кодексом. Це свідчить про прогалину в законодавстві з питань водної суборенди.

Згідно з ч.5 ст.51 Водного кодексу України право водокористування на умовах оренди оформляється договором, погодженим із державними органами охорони навколишнього природного середовища та водного господарства. У Водному кодексі зазначено, що право орендного користування оформляється договором, але не дається поняття договору оренди водного об'єкта чи його частини. У Водному кодексі нічого не вказано про форму договору оренди. Але в ч.1 ст.639 Цивільного кодексу України вказано, що договір може бути укладений в будь-якій формі, якщо вимоги щодо форми договору не встановлені законом. Водним кодексом закріплено положення, що умови, строки і плата за оренду водних об'єктів (їх частин) визначаються у договорі оренди



за згодою сторін (ч.6 ст.51). До того ж Водний кодекс України лише в ст.50 визначає строки користування водним об'єктом. По суті, встановлюється спеціальне тимчасове користування, короткострокове чи довгострокове. Відповідно, в оренду водний об'єкт може бути зданий на строк до 25 років. Крім обов'язкових, у договір можуть бути включені і факультативні умови. Тому, можливо, варто розробити Типові договори оренди водних об'єктів, що припускає безпосередню трансформацію норм у договірні умови.

На основі викладеного можна зробити такі висновки:

- чинне водне законодавство України закріплює можливість оренди водних ресурсів;
- наявність однієї статті у Водному кодексі України, яка регулює оренду, є недостатнім;
- важливо також прийняти окремий Закон України “Про оренду водних об'єктів”, який регулюватиме всі істотні умови договору;
- необхідно вирішити проблему прогалини в законодавстві з питань суборенди водних об'єктів;
- закріпити чітко розмежування цивільно-правових і екологічних норм із метою належного порядку їх застосування (як форму зіткнення приватних і публічних інтересів).

1. Басин Ю.А. Некоторые существенные особенности аренды государственного имущества // Советское государство и право. – 1990 – №5 – С.84
2. Гордеев В. Использование водных объектов на условиях аренды // Підприємництво, господарство і право. – 2001. – С.69-70
3. Красов И.О. Право лесопользования в СССР – М., 1990. – С.378.
4. Раянов Ф.М. Правовая концепция аренды и практика АПК // Советское государство и право. – 1989. – №3. – С.65.

V.Dzhugan

#### THE DEVELOPMENT OF LEGISLATION ABOUT THE LEASING OF WATER OBJECTS

The author of the article rises actual problems of the leasing of water objects, analyses legislation concerning this problem, makes propositions, connected with the development of water legislation and other neighboring spheres. Also the author defines propositions, connected with removing of the gap in legislation.

*В.В.Книш*

#### КОМПЛЕКСНІСТЬ ЯК ОСНОВНА ОЗНАКА ПРИНЦИПУ ПОЄДНАННЯ ОСОБЛИВОСТЕЙ ВИКОРИСТАННЯ ЗЕМЛІ ЯК ПРИРОДНОГО РЕСУРСУ, ОСНОВНОГО ЗАСОБУ ВИРОБНИЦТВА ТА ТЕРИТОРІАЛЬНОГО БАЗИСУ

Комплексність у використанні землі – це внутрішньо узгоджена система заходів, спрямованих на забезпечення єдиного підходу до використання землі як природного ресурсу, основного засобу виробництва та територіального базису у правотворчій, правозастосовчій, правореалізаційній та правоохоронній діяльності. Суть цього комплексного підходу полягає у врахуванні всіх горизонтальних та вертикальних взаємозв'язків, які існують у земельних правовідносинах. Вони повинні враховуватися у всіх видах правової діяльності, а особливо у правотворенні, яке виступає передумовою усіх інших видів правової діяльності. Горизонтальні взаємозв'язки передбачають урахування усіх функцій землі у процесі земельно-правового регулювання та чітку послідовність у трансформації земельних відносин. Вертикальні взаємозв'язки обумовлюють дотримання ієрархії нормативно-правових актів за юридичною силою.

Однак усупереч комплексному підходу (без урахування горизонтальних та вертикальних взаємозв'язків) почався процес трансформації земельних відносин в Україні. Зокрема, у постанові Верховної Ради України “Про земельну реформу” від 18.12.1990 р. земельну реформу проголошено частиною економічної реформи [1, ст.100]. В Основах національної економічної політики земельна та аграрна реформи також визнані складовими економічної реформи [2, ст.642]. Це утвердило однобокий підхід до процесу реформування земельних відносин, відповідно до якого земля розглядалась лише як об'єкт власності та господарювання. Поза увагою залишилися екологічне та соціальне призначення землі. А.Берлач слушно зазначає, що земельна реформа має охоплювати весь агропромисловий комплекс, усі його сфери, стосується всіх земель та їх власників [3, с.125]. Л.Бойко також стверджує, що аграрний сектор має реформуватися комплексно, з усіма своїми складовими, починаючи з виробництва і завершуючи банківською, фінансовою і кредитною структурами [4, с.28]. П.Саблук вказує, що потрібна комплексність у здійсненні земельної реформи як на господарському, так і на державному рівнях управління [5, с.7]. М.Головатюк слушно підкреслює, що земельні відносини за своєю сутністю становлять сукупність правових, економічних, соціальних, природо-ресурсних і екологічних відносин, які виникають між суспільством та його членами в процесі використання земельних ресурсів і управління ними [6, с.45]. Остання думка найбільш повно відображає необхідність урахування

усіх горизонтальних взаємозв'язків у галузі регулювання земельних відносин, оскільки враховує їх багатофункціональність.

Однак законодавець пішов іншим шляхом. Замість того, щоб здійснювати комплексні перетворення, прийняти науково обґрунтований закон про земельну реформу, Верховна Рада України прийняла наступну постанову "Про прискорення земельної реформи та приватизацію землі" від 13.03.1992 р., зобов'язавши відповідні державні інституції розробити державну та обласні (міські) програми земельної реформи на 1992-1995 рр. [7, ст.355]. Ця постанова стосувалася в основному питань економічного характеру.

Отже, не враховано горизонтальні зв'язки, а саме – обсяг усіх відносин, які б мали підпадати під процес реформування. Їх коло було звужене суто до економічних відносин та без урахування екологічної і соціальної функцій землі. Лише у Земельному кодексі України від 25.10.2001 р. було враховано необхідність застосування комплексного підходу до використання землі, зокрема у вигляді принципу поєднання особливостей використання землі як територіального базису, природного ресурсу та основного засобу виробництва (п. "а" ст.5). Однак виникає потреба у подальшому його коректуванні і поглибленні змісту.

Порушення вертикальних взаємозв'язків полягало в ігноруванні ієрархії нормативно-правових актів, за допомогою яких мало здійснюватись правове регулювання земельних відносин. Відбувся процес переходу від законодавчого до підзаконного нормативно-правового регулювання цих відносин. Замість того, щоб закласти основні засади регулювання земельних відносин у нормах Конституції України та прийняти новий Земельний кодекс, у 1994 р. покладено початок регулювання земельних відносин президентськими указами. Зокрема, Указом Президента України "Про невідкладні заходи щодо прискорення земельної реформи у сфері сільськогосподарського виробництва" від 10.11.1994 р. прискорено безоплатну передачу земель у колективну власність колективним сільськогосподарським підприємствам, сільськогосподарським кооперативам, сільськогосподарським акціонерним товариствам. Організації землеустрою мали в якомога коротші строки здійснити поділ земель, переданих у колективну власність, на земельні частки (паї) без виділення їх у натурі (на місцевості). Крім того, всупереч ст.17 Земельного кодексу України в редакції від 13.03.1992 р., який встановив 6-річний мораторій на відчуження землі, право на земельну частку (пай) було визнано об'єктом купівлі-продажу, дарування, міни, успадкування, застави [8, с.159]. Сам порядок паювання земель був визначений в Указі Президента України "Про порядок паювання земель, переданих у колективну власність сільськогосподарським підприємствам і організаціям" від 8.08.1995 р., який всупереч ст.6 Земельного кодексу України в редакції від 13.03.1992 р. звужив коло суб'єктів права на земельну частку (пай), визнавши такими лише членів сільськогосподарських підприємств, кооперативів та

В В Книш Комплексність як основна ознака принципу поєднання особливостей використання землі як природного ресурсу, основного засобу виробництва та територіального базису

сільськогосподарських акціонерних товариств, а також пенсіонерів, які раніше на них працювали [9, с.91]. Указ Президента України "Про невідкладні заходи щодо прискорення реформування аграрного сектора економіки" від 3.12.1999 р. ознаменував прискорення аграрної реформи, впровадження приватної власності у сільськогосподарському товаровиробництві шляхом виділення земельних часток (паїв) у натурі (на місцевості) [10, с.86-87].

Ці укази ознаменували собою стадії земельної реформи:

- 1) передачу земель з державної власності у колективну;
- 2) визначення земельної частки (паю) працівників колективних сільськогосподарських підприємств та інших колективних організацій;
- 3) реорганізацію колективних сільськогосподарських підприємств та передачу земельних часток (паїв) у приватну власність з подальшим виділенням їх у натурі та видачею державних актів про право приватної власності на землю.

З одного боку, президентські укази передбачали повну послідовність у трансформуванні земельних відносин, на чому наголошували В.І.Семчик [11, с.27], А.С.Даниленко [12, с.34], О.М.Кузнецов [13, с.8], Л.О.Артикульний [14, с.4], В.Я.Мерсель-Веселяк [15, с.28], Р.М.Шмідт [16, с.32]. З іншого боку, укази Президента України порушили ієрархію нормативно-правових актів у земельному законодавстві, що сприяло вирішенню кардинальних питань не на законодавчому рівні, а на рівні відомчих інструкцій [17, с.12]; вступали в суперечність із нормами Земельного кодексу України в редакції від 13.03.1992 р. [18, с.48]. Крім того, із значним запізненням прийнято Указ Президента України "Про невідкладні заходи щодо прискорення реформування аграрного сектора економіки" від 3.12.1999 р. За час, який пройшов від моменту прийняття попередніх указів до прийняття вищевказаного акта, керівники колективних сільськогосподарських підприємств більше почали дбати про власні інтереси. Внаслідок цього очевидніше проявлялось руйнування майнових об'єктів, масовий продаж тварин, утрачалась цілісність майнових комплексів. Тому на час видання цього указу майна було втрачено так багато, що майнові паї селян повністю знецінились [19, с.18].

Таким чином, при трансформації земельних відносин в Україні допущено ігнорування горизонтальних та вертикальних взаємозв'язків у земельних правовідносинах, унаслідок чого втрачено комплексність у використанні земельних ресурсів. Це все, в свою чергу, спричинило занепад сільського господарства, утвердило суто споживацький підхід до землі без урахування її екологічного та соціального значення, сприяло внесенню безсистемності в земельне законодавство, що, в результаті, ускладнило правореалізаційну, правозастосовчу та правоохоронну діяльність. Отже, проблема ігнорування комплексності у використанні земель породила всі вищеперелічені наслідки. Тому впровадження комплексного підходу у процес реформування аграрного сектора стане передумовою вирішення цілого кола проблем у цій сфері.

1. Постанова Верховної Ради України "Про земельну реформу" від 18.12.1990 р // ВВР України - 1991. - №10. - Ст.100.
2. Основи національної економічної політики, затв. постановою Верховної Ради України від 24.03.1992 р. // ВВР України. - 1992. - №47. - Ст.642.
3. Берлач А. Правове забезпечення земельної та аграрної реформ в Україні // Право України - 1998. - №11. - С.125-128.
4. Бойко Л.В. Комплексність аграрної реформи // Економіка АПК. - 1995. - №1. - С.28-29.
5. Саблук П.Т. Аграрні перетворення в Україні на сучасному етапі // Економіка АПК. - 1998. - №3. - С.3-16.
6. Головапок М.С. Формування системи земельних відносин в Україні на сучасному етапі // Економіка АПК. - 2003. - №1. - С.43-48.
7. Постанова Верховної Ради України "Про прискорення земельної реформи та приватизацію землі" від 13.03.1992 р. // ВВР України. - 1992. - №25. - Ст.355.
8. Указ Президента України "Про невідкладні заходи щодо прискорення земельної реформи у сфері сільськогосподарського виробництва" від 10.11.1994 р // Андрейцев В.І. Правові засади земельної реформи і приватизації земель в Україні. Навч.-практ. посіб. - К., 1999. - С.159-161.
9. Указ Президента України "Про порядок паювання земель, переданих у колективну власність сільськогосподарським підприємствам і організаціям" від 8.08.1995 р. // Економіка АПК. - 1995. - №8. - С.3-16.
10. Указ Президента України "Про невідкладні заходи щодо прискорення реформування аграрного сектора економіки" від 3.12.1999 р. // Законодавство України про землю: Земельний кодекс України. Нормат.-правові акти з земельних питань. - К., 2001. - С.86-87.
11. Семчик В.І. Законодавче поле аграрної реформи // Економіка АПК. - 1995. - №1. - С.26-28.
12. Даниленко А.С. Проблеми реформування земельних відносин в Україні // Економіка АПК. - 2000. - №2. - С.34-35.
13. Кузнєцов О.М. Розвиток аграрних реформ в Україні // Економіка АПК. - 1998. - №10. - С.3-9.
14. Артикульний Л.О. Розвиток аграрної реформи в Україні // Економіка АПК. - 1998. - №7. - С.3-7.
15. Мерсель-Веселяк В.Я. Аграрні перетворення в Україні // Економіка АПК. - 1995. - №9. - С.27-29.
16. Шмідт Р.М. Наші підходи до реалізації аграрної реформи // Економіка АПК. - 1995. - №2. - С.30-33.
17. Пашенко О.М. Розвиток і кодифікація земельного законодавства України / Автореферат дисертації на здобуття наукового ступеня кандидата юридичних наук. - К., 2001. - 20 с.
18. Вівчаренко О.А. Право власності на землю в Україні (актуальні проблеми). - Івано-Франківськ, 1998. - 180 с.
19. Онищенко О., Трегубчук В., Юрчишин В. Аграрна реформа. Які рішення, такий і результат // Віче. - 2000. - №8. - С.3-20.

V.Knysh

COMPLEXITY AS A MAIN FEATURE OF THE PRINCIPLE OF COMBINATION OF USING LANDS AS NATURAL RESOURCES, AS MAIN MEANS OF PRODUCTION AND AS TERRITORIAL BASE

The investigation includes into its structure definition of the term "complexity", substantiation of horizontal and vertical correlations, results of ignoring ones. The main purpose of investigation is to confirm the necessity to apply the complex approach into the process of the land law regulation. This approach will have become the precondition of settling a lot of problems in the land law regulation sphere.

## ПРОБЛЕМИ КРИМІНАЛЬНОГО ПРАВА І КРИМІНОЛОГІЇ

О.Г.Колб

### ПРОБЛЕМИ РЕАЛІЗАЦІЇ МІЖНАРОДНИХ ПРАВОВИХ НОРМ У КРИМІНАЛЬНО-ВИКОНАВЧОМУ ЗАКОНОДАВСТВІ УКРАЇНИ

Аналіз правозастосувальної практики України свідчить про деякі парадоксальні явища та непорозуміння, що мають місце при реалізації міжнародно-правових норм. Особливо яскраво це проявляється у кримінально-виконавчій функції нашої держави.

Як відомо, в статті 9 Конституції України закріплений головний принцип співвідношення норм міжнародного та вітчизняного права, відповідно до якого тільки ті чинні міжнародні договори, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України, є частиною національного законодавства.

Проте членство нашої країни у різноманітних міжнародних організаціях зобов'язує її до безальтернативного виконання взятих на себе відповідних зобов'язань. У зв'язку з цим у практичній діяльності органів і установ виконання покарань України виникає ряд колізій.

Так, хронічним за останні 12 років є переповнення слідчих ізоляторів (СІЗО), тюрем і кримінально-виконавчих установ (КВУ), особливо тих, які функціонують на правах лікувальних [1, с.34]. Відповідно до вимог чинного Кримінально-виконавчого кодексу України (КВК) це є порушенням права засудженого на нормальні житлово-побутові та санітарно-гігієнічні норми у місцях позбавлення волі (ст.115). У той самий час, за нормативами Ради Європи це визнається однією з тортур. Так, у пункті 46 Другої Загальної доповіді Комітету із запобігання катуванню або нелюдського чи такого, що принижує гідність, поводження чи покарання, було зазначено, що переповнення в'язниці або якоїсь її частини саме по собі вже може становити факт нелюдського або такого, що принижує гідність, поводження [2, с.41].

Таких протиріч в оцінці правових явищ в Україні з боку міжнародних експертів є безліч. У сумарному вигляді вони викладені у висновку вищезгаданого Комітету із результатів візиту в Україну в 2001 році: 30% ув'язнених та засуджених, яких тримають у СІЗО та КВУ, піддаються тортурам [3, с.27].

Причини такого положення справ криються, на нашу думку, у:

По-перше, у той час, коли більшість країн – членів Ради Європи переживають щорічний ріст внутрішнього валового продукту (ВВП), в Україні, навпаки, за період незалежності він скоротився удвічі. Саме тому "нормальним" з огляду українців є нелогічна невідповідність визначеної в нашій державі мінімальної заробітної плати і мінімального прожиткового рівня. Із тих

самих причин праця засуджених в Україні – це їх обов’язок, а не право, і т.д. Одним словом, на сьогодні рівень нашої правової свідомості та культури є прямо залежним від розвитку економічних відносин. Остання обставина пояснює, чому істотні порушення прав людини ми не визнаємо “тортурами”.

По-друге, реформуючи чинне законодавство, у тому числі кримінально-виконавче, ми чинимо як “соціалісти-утопісти”: видаємо бажане за дійсне, ігноруємо об’єктивні закономірності розвитку національної правової системи, норми моралі, традиції тощо, які є базисом для побудови законодавчої бази. Якщо на сьогодні банальністю у Франції є одностатеві шлюби, а в Бельгії та Нідерландах – право на заповідання смерті потерпілому за його згодою (так звана евтаназія), то для нашого суспільства – це явища неприпустимі, аморальні та суспільно небезпечні. Більше як двохтисячна історія української нації, її культура та побут засвідчують цей висновок. Вирішення даної проблеми бачиться, на наш погляд, в органічному поєднанні міжнародного і вітчизняного досвіду та врахуванні відмінностей правових систем, які забезпечують поступальний розвиток держав протягом тривалого часу.

По-третє, як правильно встановлено рядом дослідників, за обов’язковістю міжнародні акти поділяються на два класи: обов’язкові норми (принципи і загальні положення) та конкретні стандарти (рекомендації, які не носять обов’язкового характеру) [4, с. 161].

Так, у преамбулі до Європейських в’язничних правил (ЄВП) зазначено, що вони не є типовими і що в багатьох європейських країнах в’язничні служби на практиці вже давно використовують більш високі стандарти [5, с. 6]. З цього випливає, що при реформуванні чинного законодавства Україна повинна пропорційно співвідносити національний та міжнародний досвід з вирішення тих чи інших правових проблем і виробляти свої оціночні критерії.

Саме відсутність останніх і не дає вітчизняним експертам називати речі своїми іменами. І кожний новий крок по зближенню України з міжнародним співтовариством породжує в нашій державі безліч штучних протиріч. Приймаючи, наприклад, новий Кримінальний кодекс України (КК), який за формою є “квінтесенцією” позитивного зарубіжного досвіду, наш законодавець за змістом зробив його ще більш “агресивним”, жорстоким та репресивним ніж КК 1960 року. За оцінкою вітчизняних експертів, така санкція, як позбавлення волі, безальтернативно передбачена у 46,2% складах злочинів, закріплених в Особливій частині КК, а разом з іншими видами покарань – у 72,6% [6, с. 4]. У той самий час, у КК 1960 року цей вид покарання був передбачений тільки у 24,9% санкцій. Тому не дивно, чому у структурі покарань у ході правозастосувальної практики позбавлення волі складає щорічно більше 35% [7, с. 12] – це прояв стереотипів каральної політики держави. Її монополізму в реформуванні суспільних відносин.

Показовим та цікавим, на наш погляд, є підхід України до реалізації й інших кримінальних покарань. Закріпивши в ст.61 КК таке покарання, як обмеження волі, наш законодавець відносить його до альтернативних позбавленню волі, оскільки воно полягає у триманні особи без ізоляції від суспільства в КВУ відкритого типу. Разом із тим, аналіз КВК України (ст.ст.56-70) показує, що тільки відносно можна назвати це покарання альтернативою до позбавлення волі – тримання засудженого у виправному центрі протягом певного строку покарання (не менше 6 місяців) не можна не назвати позбавленням волі: тільки після цього в останнього виникає формальне право на проживання поза межами КВУ і то тільки із сім’єю.

Цей вид покарання є новим для України, він запозичений з міжнародних правових систем. Проте зміст обмеження волі за кордоном є дещо відмінним від того, що закріплений у національному законодавстві. Так, вивчення розділу IX Кримінально-виконавчого кодексу Польщі “Кара у вигляді обмеження волі” засвідчує, що дане покарання є дійсно альтернативою до позбавлення волі і за змістом нагадує наші громадські та виправні роботи [8, с.27].

На наше глибоке переконання, викривленою, неефективною та руйнівною для суспільства залишається практика застосування кримінальних покарань в Україні. Щорічно задумуючись, де взяти кошти на утримання засуджених у місцях позбавлення волі, наша держава безглуздо заперечує міжнародний досвід з вирішення даних питань.

Знову ж такі пояснення “українського” феномена слід шукати у чинному законодавстві.

Так, у ст.50 КК України зазначено, що метою покарання є кара за вчинене особою суспільно небезпечне діяння, тобто помста, відплата за злочинну поведінку. У правозастосувальній практиці цей алгоритм покарання має свої результати: за 11 років незалежності в Україні кількість засуджених збільшилась з 104199 осіб у 1990 році до 162860 – у 2001 році, рівень судимості (кількість засуджених у розрахунку на 100 тис. населення) є найвищим у Європі, альтернативні до позбавлення волі покарання у структурі обвинувальних вироків складають мізерну частину (штраф – 2,2%, громадські роботи – 0,1%, виправні роботи – 5,6% і т.д.).

Аналогічна ситуація має місце і в інших галузях права. На Волині, наприклад, дійшли до того, що у місцевих бюджетах доходну частину складають із штрафів, закріпивши це джерело одноіменною статтею. Більше того, до кожної сільської, селищної та міської ради доведені щомісячні плани по штрафах.

Таким чином, проголосивши в Конституції України найвищою соціальною цінністю людину, в реальному житті ми визнаємо її потенційним носієм

суспільної небезпеки. При цьому винятків із правила не існує – “план” цього не допускає. Названі та інші існуючі “шедеври” національної політики як “лакмусовий” папірець проявляють рівень нашої демократії, законності і т.п. атрибутів цивілізованого суспільства та ту прірву, яка роз’єднує Україну з міжнародним співтовариством.

Взяти хоча б наших найближчих сусідів: так, у частині 2 статті 43 КК Росії метою покарання визнано відновлення соціальної справедливості, що за змістом не є тотожним карі [9].

Аналогічну мету закріпили у КК більшість цивілізованих країн [10].

За тими самими принципами будуються й інші споріднені галузі права.

Показовим у цьому плані є п.3 ЄВП, у якому зазначено, що метою режиму поводження з ув’язненими особами є підтримання їхнього здоров’я та почуття особистої гідності, а також розвиток у них почуття відповідальності та тих нахилів і здібностей, які допоможуть їм повернутися до суспільства.

Вивчення чинного законодавства України показує, що таких засад ні в одній галузі права не закріплено. Як результат, ми спокійно спостерігаємо за тим, що кожен десятий засуджений у місцях позбавлення волі хворіє на туберкульоз; за смертністю у КВП, яка у 10 разів є вищою, ніж на волі; за тим, що більше третини осіб, які звільнюються з колоній, – це особи з розбалансованою психікою та які потребують негайної психіатричної і психологічної допомоги [11, с.56].

А вихід із цього замкнутого кола бачиться такий: збільшення кількості засуджених до альтернативних позбавленню волі покарань. Така практика, на наш погляд, дозволить:

1) зменшити щорічний тягар на державний бюджет України з утримання КВУ та СІЗО;

2) збільшити доходи держави за рахунок виконання безоплатних громадських робіт, відрахувань із зарплати засуджених до виправних робіт та обмеження волі, штрафів тощо;

3) реально захищати права потерпілих від злочинів в Україні;

4) зруйнувати фундамент репресивної політики, яка, як засвідчує кримінально-виконавча практика, у більшій мірі спрямована на боротьбу не з явищем злочинності, а з особою;

5) привести правозастосувальну діяльність держави до міжнародних стандартів і взятих на себе зобов’язань.

Для реалізації вказаних ідей та ліквідації проблем взаємодії норм міжнародного права та національного законодавства необхідно, на нашу думку, здійснити такі заходи:

• при прийнятті нових законів, ратифікації міжнародних угод, договорів тощо необхідно глибоко вивчати сутність правових явищ і категорій, що вико-

ристовуються у зарубіжних нормативних актах, залучаючи до цього спеціалістів – мовників, лінгвістів і т.п.;

• враховувати природу національної системи права, історичний досвід боротьби із злочинністю в Україні, механізми створення правових норм, традиції, звичаї, побут і культуру (“менталітет”) нації у ході реформування правової системи в нашій державі;

• як в економіці, політиці та інших галузях суспільної діяльності, так і в праві теж існує міжнародна конкуренція, основним завданням якої є “нейтралізація” опонента. Цим і пояснюється гегемонія США у світі, “подвійні” стандарти до окремих країн, дефолти, ембарго та т.п. методи, що застосовуються до конкурентів. Тому дану обставину слід враховувати при видозміні (приведенні до міжнародних стандартів) національного законодавства;

• сьогодні Україні в більшій мірі необхідні не нові закони, а ефективна дія вже прийнятих. Запрацювати будь-який правовий акт (і це є аксіомою) примусить тільки економіка та активна участь громадянського суспільства в усіх державних справах [12, с.3].

Безсумнівним є й те, що правова система України потребує видозмін, приведення її у відповідність до кращих міжнародних зразків. Однак поспішність, поверховість та бажання лише за формою зблизити наше та зарубіжне право опонентів не змінить – вони завжди будуть називати речі своїми іменами: переповненість тюрем – “тортурами”, високу захворюваність та смертність засуджених – геноцидом щодо власного народу тощо.

1. Маляренко В.П. Про соціальну зумовленість і справедливість покарання // Вісник Верховного Суду України. – 2002. – №3(31). – С.32-45.
2. Залобігання катуванню на порозі нового тисячоліття // Інформаційний бюлетень “Аспект”. – Донецьк: Донецький Меморіал, 2000. – №1. – С.40-45.
3. Висновки й рекомендації Комітету ООН проти катувань: Україна. Розгляд доповідей, поданих державами-учасницями 21.11.2001р. // Аспект – 2002. – №1(6). – С.27-28.
4. Кримінально-виконавче право України: Загальна та Особлива частини / За заг. ред. О.М. Джужи. – К.: Юрінком Інтер, 2002. – С.161-163.
5. Європейські в’язничні Правила. Ухвалені Комітетом міністрів Ради Європи на 404-му засіданні заступників міністрів 12.02.1987р. – Амстердам – К., 1987. – 26 с.
6. Гель А., Мацко А. Новий Кримінальний кодекс – нові проблеми // Аспект. – Донецьк, 2001. – №4(5). – С.4-6.
7. Розгляд судами загальної юрисдикції справ різних категорій протягом 1990-2000 рр. // Вісник Верховного Суду України. – 2002. – №1. – С.25-31.
8. Роль і вплив кримінального та кримінально-виконавчого законодавства Польщі у реформуванні правового поля України: Методичні рекомендації / Колб О.Г., Юхимюк О.М., Косило А.В. – Луцьк, 2001. – 84 с.
9. Уголовный кодекс Российской Федерации. – М., 2002. – 159 с.
10. Курс уголовного права: Общая часть. – Том 1. Учение о преступлении: Учебник для вузов / Под общей ред. Н.Ф. Кузнецовой, А.И. Тяжковой. – М., 1999. – 592 с.

11. Рудник В.І. Позбавлення волі: негативні наслідки та заходи їхньої нейтралізації. Монографія – К., 1999. – 234 с.
12. Радов І.О. Першочергові проблеми пенітенціарної політики України на сучасному етапі // Актуальні проблеми сучасної пенітенціарної політики України. – К., 1996. – С.6-11.

O.Kolb

#### PROBLEMS OF REALIZATION OF INTERNATIONAL LEGAL STATEMENTS TO THE CRIMINAL EXECUTION LEGISLATION OF UKRAINE

The article deals with the practice of realization of international obligations of caring out the criminal executive system in Ukraine to the best foreign examples. The author suggested the scientific grounded ways of realization of these problems

*Н.О.Антонюк*

### **ПРОБЛЕМА КРИМІНАЛЬНО-ПРАВОВОЇ КВАЛІФІКАЦІЇ НЕЗАКОННОГО ВИКОРИСТАННЯ ЕЛЕКТРОЕНЕРГІЇ**

Проблема кримінально-правової кваліфікації незаконного використання електроенергії до сьогодні залишається дискусійною. Неоднакове розуміння суті електроенергії, юридичних особливостей права власності на неї призводять до виникнення протилежних підходів до кримінально-правової кваліфікації її незаконного використання. Частина вчених відстоює позицію, відповідно до якої кваліфікувати незаконне використання електроенергії потрібно за статтею Кримінального кодексу, що передбачає відповідальність за крадіжку [1, с.48; 2, с.6; 3, с.64; 4, с.16; 5, с.44]. Інша ж частина науковців вважає, що енергію не можна вважати предметом крадіжки, а отже, і незаконне використання її кваліфікувати за цією статтею, вказуючи на доцільність кваліфікації за статтею, що встановлює відповідальність за заподіяння майнової шкоди шляхом обману або зловживання довірою [6, с.19; 7, с.5; 8, с.9; 9, с.41; 10, с.62; 11, с.49; 12, с.45; 13, с.72; 14, с.128-132].

Актуальність правильного вирішення даного питання покликана забезпечити правильність, “чистоту” кваліфікації, і, як наслідок, правильне призначення покарання. Так, практика засвідчує, що нерідко діяння щодо незаконного використання енергії кваліфікують за різними статтями Кримінального кодексу України: як крадіжку або як заподіяння майнової шкоди шляхом обману, або зловживання довірою [22; 23].

Виходячи з неоднаковості підходів до кримінально-правової кваліфікації незаконного використання електроенергії, видається доцільним ще раз звернутися до цього питання і на основі аналізу наукових праць із даної проблематики, аналізу теорії цивільного та кримінального права сформулювати пропозиції та рекомендації щодо правильного вирішення цієї проблеми.

Зупинимося на підході до кримінально-правової кваліфікації незаконного використання електроенергії як крадіжки. Думка про те, що незаконне використання електроенергії – крадіжка, базується на аргументуванні, що електрична та інші види енергії (далі – енергія) наділені всіма ознаками предмета крадіжки, енергія знаходиться у фондах господарюючих суб'єктів, а незаконне використання її веде до зменшення цих фондів.

У теорії кримінального права загальноприйнятим є розуміння під предметом крадіжки майна, якому притаманні специфічні ознаки фізичного, економічного та юридичного характеру.

М.Гельфер, вказуючи на наявність в енергії усіх ознак предмета крадіжки, зазначав, що вона здатна задовольняти матеріальні та духовні потреби суспільства і окремої особи, у виробництво енергії вкладена праця, вона має певну економічну цінність і знаходиться в наявних фондах держави [1, с.48]. Проте, як правильно зауважив А.Бойцов, “аналізуючи властивості такої “речі”, як електрична енергія, М.Гельфер обійшов мовчанням її фізичну природу” [14, с.130].

Загальноприйнятим у теорії кримінального права є розуміння під фізичною ознакою предмета крадіжки визнання чогось майном та наявність можливості вилучити, привласнити, спожити ... чи пошкодити це майно [15, с.125].

Науковці, розглядаючи питання можливості віднесення енергії до предмета крадіжки, зосереджують увагу на відсутності в енергії фізичних ознак предмета крадіжки, тобто “уречевленості”. На нашу думку, слід спочатку, не торкаючись питання “матеріальності”, з'ясувати, що розуміє цивільне право під поняттям “майно” та чи є енергія майном. Лише після вирішення цього питання можна досліджувати наявність чи відсутність у майна необхідних ознак предмета такого злочину, як крадіжка.

Поняття “майно” – це перш за все цивільно-правова категорія. Тому для визначення змісту цього поняття слід звернутися до теорії цивільного права. Так, під майном у цивільному праві розуміється окрема річ, сукупність речей, а також майнові права та обов'язки [16, с.68]. Зрозуміло, що до майнових прав і обов'язків енергія не належить. Щодо віднесення її до категорії речей, слід зазначити, що поняттям річ охоплюються всі предмети матеріального світу, до яких можуть виникати цивільні права й обов'язки [16, с.66]. Одночасно в теорії цивільного права виділяються критерії, яким повинні відповідати блага, щоб бути віднесеними до категорії речей: речі – це предмети зовнішнього світу, які мають матеріальну (тілесну) субстанцію, тобто існують як фізичні тіла - у твердому, рідкому чи газоподібному стані [17, с.58] та відокремлені від природного середовища [18, с.12]. Отже, цивільне право пов'язує можливість визнання чогось річчю з властивістю “уречевленості,” “тілесності.”

Електрична енергія являє собою рух електронів по провіднику струму, які здатні приводити в дію різноманітні електричні прилади. Енергія – це властивість матерії, здатність виконувати корисну роботу, забезпечувати виконання різних технологічних операцій. Вона є фізичним явищем і не має тілесної субстанції. Термін “електроенергія” використовується для визначення кількості енергії, що передається електростанцією в електричну мережу і яку одержує споживач.

Споживання енергії є невіддільним від її виробництва, оскільки окремо від енергетичних потужностей не існує. Це випливає з розуміння і функціонування цілої енергосистеми, яка становить собою сукупність енергетичних ресурсів, методів їх одержання, перетворення, розподілу, використання, а також технічних засобів і організаційних комплексів, що забезпечують постачання споживачам відповідних видів енергії. Як зазначає В.Навроцький: “При самовільному безоплатному використанні енергії винний не звертає на свою користь якісь матеріальні об’єкти, не відділяє їх від інших наявних у власника цінностей, а лише використовує властивість енергетичних потужностей виробляти енергію...” [12, с.46].

Звідси виходить, що річчю є матеріальне, тілесне благо, а енергія є фізичним явищем і не має тілесної субстанції, тому вона не відноситься до складу речей, а, як наслідок, і до майна.

Проте щодо визначення фактичного підходу до розуміння енергії в цивільному праві України недостатньо зупинитися лише на визначенні майна та речі, оскільки деякі науковці при дослідженні питання є енергія майном чи ні виходять із природи договорів, предметом яких є енергія. Тому необхідно зупинитися на характеристичі договору на постачання енергетичними та іншими ресурсами через приєднану мережу, який безпосередньо стосується особливостей енергії, що виникають у цивільному обороті.

Договір на постачання енергетичними та іншими ресурсами через приєднану мережу є різновидом договорів купівлі-продажу [19, с.322-353], оскільки розміщений у главі 54 ЦК України “Купівля-продаж”. Та й законодавець прямо вказує на необхідність застосування при укладенні даного договору норм про купівлю-продаж.

Зрозуміло, що енергія є предметом договору на постачання енергетичними та іншими ресурсами через приєднану мережу. Проте законодавець у ст.714 ЦК України жодного разу не вживає термін “майно” або “річ”, обмежуючись поняттям “ресурси”. Звернення до розуміння предмета договору купівлі-продажу, різновидом якого, як зазначалося вище, є розглядуваний договір, приводить до визнання предметом договору купівлі-продажу майна (товару) [16, с.204-205]. Однак ототожнення майна і товару є неможливим.

оскільки поняття “товар” значно ширше, ніж поняття “майно”. Так, товар – це будь-яка продукція, послуги, роботи, права інтелектуальної власності та інші немайнові права, призначені для продажу [20].

Виходячи з викладеного та враховуючи розуміння законодавцем майна, речей, як предметів матеріального світу, видається, що він розуміє енергію в сенсі предмета договору на постачання енергетичними та іншими ресурсами через приєднану мережу як товару. Такий висновок роблять і інші дослідники природи “енергії”. Так, М.В.Фролов зазначає, що розміщення норм про постачання електроенергії серед договорів купівлі-продажу пояснюється тим, що даний договір містить у собі всі ознаки договірних зобов’язань купівлі-продажу: одна сторона передає іншій за плату визначений товар (енергію) [17, с.59].

Розуміння енергії як товару не нове. У Законі України “Про електроенергетику” від 16 жовтня 1997 року енергія визначається як електрична чи теплова енергія, що виробляється на об’єктах електроенергетики і є товарною продукцією, призначеною для купівлі-продажу (ст.1).

Видається, що визнання енергії товаром не викликає сумніву. Проте не слід ототожнювати поняття “майно” та “товар”, оскільки це різні правові категорії, які мають різний зміст і співвідносяться як частина і ціле.

Таким чином, енергія не є річчю, оскільки не має “тілесної” субстанції, що є обов’язковим для визнання річчю у цивільному праві, а отже, вона не є і майном.

Правові категорії повинні трактуватися однаково в усіх галузях права. Підходи до розуміння “майна” в цивільному і кримінальному праві мають бути тотожними. Тому в кримінальному праві вести мову про енергію як майно немає змісту.

Неможливе і відображення енергії у фондах господарюючих суб’єктів (ідеться про відображення в бухгалтерських та інших документах переліку майна, що є на балансі). Підтвердженням такого факту в першу чергу є невіднесення енергії до категорії майна. Окрім цього, як правильно зазначає В.Навроцький, енергія за своєю суттю не може бути відображена у фондах, оскільки окремо від енергетичних потужностей не існує [11, с.49]. Неможливість існування електроенергії поза енергетичною системою призводить до висновку про неможливість відображення її у фондах господарюючих суб’єктів. Відповідно незаконне використання енергії не може вести до зменшення фондів господарюючих суб’єктів.

На нашу думку, кваліфікувати незаконне використання електроенергії за статтею, яка передбачає відповідальність за крадіжку, не можна, оскільки енергія не є майном, річчю, бо не має “матеріальної” суті, а предметом крадіжки. відповідно до теорії кримінального права, може бути лише майно.

Зупинимося на кваліфікації незаконного використання енергії за статтею 192 КК України, тобто як заподіяння майнової шкоди шляхом обману або зловживання довірою.

Предметом даного злочину є майно, яке мало потрапити у фонди господарюючих суб'єктів, але не потрапило туди через злочинну поведінку суб'єкта злочину; майно, яке незаконно експлуатується винним.

Як указує А.І.Бойцов: “Близько примикає до даного різновиду злочинних дій і незаконне користування матеріальними благами, позбавленими фізичних ознак, необхідних для визнання скоєного розкраданням...” [14, с.733]. Зокрема, електроенергія як об'єкт права власності, але не майно, виходячи з відсутності окремої норми, яка б передбачала відповідальність за її незаконне використання, теж сьогодні відноситься до предмета заподіяння майнової шкоди шляхом обману або зловживання довірою.

Енергія – благо, яке не відноситься до речей, а тому посягання на нього не може кваліфікуватися за статтями про крадіжку, грабіж, розбій, шахрайство та іншими статтями, предметом яких є майно; відповідальність за посягання на це благо як об'єкт майнових відносин окремо законодавцем не передбачена. Тож і кваліфікуємо за статтею, яка, на думку П.С.Яні, є “резервною” і застосовується тоді, коли будь-яку статтю, що передбачає відповідальність за злочини проти власності, застосувати неможливо [7, с.5, 6, 59].

З урахуванням розвитку ринкової економіки і залученням у господарський оборот нових предметів, які виступають об'єктами права власності, необхідно приділити більшу увагу питанням кримінально-правового захисту права власності не лише на речі (res corporales), але й на інші об'єкти майнових відносин (res incorporales) [21, с.11]. Головне, щоб ці об'єкти (блага) мали дійсну економічну вартість, визнавались об'єктом економічного обороту, мали товарну форму і вартісне вираження. Саме до таких благ – інших об'єктів майнових відносин – і належить електроенергія.

Сьогодні в Комітеті Верховної Ради України з питань паливно-енергетичного комплексу, ядерної політики та ядерної безпеки перебуває на розгляді проект Закону України “Про внесення змін до деяких законів України у зв'язку з прийняттям Закону України “Про електроенергетику” (№ реєстрації 0971 від 14.05.2002 р.). Даний проект не приведений у відповідність з новим КК України. Згідно з положеннями цього проекту, пропонується доповнення Кримінального кодексу України статтею “Порушення правил користування енергією”, яка передбачає відповідальність за самовільне використання електричної та інших видів енергії без приладів обліку або внаслідок їх умисного пошкодження.

Виходячи з викладеного, враховуючи зміни в цивільному обороті, в необхідності дійового захисту всіх об'єктів права власності, видається доціль-

ним і логічним доповнення Кримінального кодексу України статтею, яка б прямо передбачала відповідальність за незаконне використання електричної та інших видів енергії. Таке доповнення дозволило б привести кримінальне законодавство у відповідність із рівнем розвитку цивільних відносин і визначити предметом нового складу злочину об'єкт власності, який не є майном, річчю (res incorporales), – енергію.

1. Гельфер М. О кваліфікації незаконного пользования электрической и другой энергией // Социалистическая законность – 1983 – № 8
2. Хабаров А.В. Преступления против собственности. – Издательство Тюменского государственного университета, 1999.
3. Гельфер М.Г. Ответственность за преступления против социалистической собственности по законодательству зарубежных социалистических стран. – Горький, 1979
4. Григорьева Л.В. Уголовная ответственность за мошенничество. – Саратов, 1999
5. Кузнецов В. Кримінально-правова боротьба з крадіжками електроенергії // Підприємство, господарство і право. – 1999. – № 11.
6. Матмуратов Б.Д. Проблемные вопросы уголовной ответственности за хищение социалистического имущества путем мошенничества и смежные с ним преступления / Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – Киев, 1988.
7. Яні П.С. Посягательства на собственность. – М., 1998.
8. Яні П.С. Мошенничество и иные преступления против собственности уголовная ответственность. – М.: ЗАО “Бизнес-школа “Интел-Синтез”, 2002.
9. Борзенков Г.Н. Преступления против собственности в новом Уголовном кодексе РФ // Юридический мир. – 1997. – Июнь–июль
10. Верина Г.В. Преступления против собственности: проблемы квалификации и наказания. – Саратов, 2001.
11. Навроцкий В. Уголовная ответственность за незаконное пользование электрической и другими видами энергии // Социалистическая законность. – 1984. – № 2.
12. Навроцкий В. Чи можна вкрасти електроенергію? // Підприємство, господарство і право. – 2000. – № 8.
13. Векленко В.В. Квалификация хищений. – Омск, 2001.
14. Бойцов А.И. Преступления против собственности. – Санкт-Петербург: Юридический центр Пресс, 2002.
15. Кримінальне право. Особлива частина. – Київ–Харків: Юрінком Інтер–Право, 2002.
16. Цивільний кодекс України. – Київ: Атіка, 2004.
17. Фролов М.В. Имущество как предмет хищения: единство и дифференциация гражданско-правового и уголовно-правового элементов понятия / Дис. ... канд. юрид. наук. – Екатеринбург, 2002.
18. Тенчов Э.С. Охрана собственности – институт уголовного права социальная обусловленность, структура, функционирование / Автореф. дис. ... докт. юрид. наук – М., 1990.
19. Зобов'язальне право. – Київ: Юрінком Інтер, 1998.
20. Закон України “Про зовнішньоекономічну діяльність” (ст.1) від 16 квітня 1991 року.
21. Безверхов А.Г. Имущественные преступления / Автореф. дис. ... докт. юрид. наук – Ижевск, 2002.
22. За кражу електроенергії отправляють в тюрму / [http://dn.kiev.ua/disasters/ukraine/tur\\_clek\\_0910.html](http://dn.kiev.ua/disasters/ukraine/tur_clek_0910.html)



23. За кражу електричества сесть в тюрму может даже рядовой гражданин. – Корреспондент. №1. 14 июня. 2002.

N. Antoniuk

PROBLEM OF THE CRIMINALLY-LEGAL QUALIFICATION OF ILLEGAL USE OF THE ELECTRIC POWER

In this article the author gives the issue of criminal - legal qualification of illegal use of electric power. The author suggests the approach to solving of this issue on the basis of the theory of civil and criminal law. The author emphasizes possibility of considering the electric power as the property in general.

*К.Б.Марисюк*

**ПРАВОВЕ ВРЕГУЛЮВАННЯ ЕУТАНАЗІЇ ЗА ЗАКОНОДАВСТВОМ БЕЛЬГІЇ**

Захист основних прав та свобод людини і громадянина є первинним завданням кожної демократичної та соціальної держави. Саме на це наголошує і 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 права людини на життя, а також пов’язаних із ним питань. Саме одному з таких питань, а саме питанню еутаназії, і присвячено це дослідження.

Еутаназія – це завдання смерті невиліковно хворим людям на їх прохання з метою припинення страждань [4, с.18]. Нині науковці розрізняють пасивну та активну еутаназію.

Пасивна еутаназія (чи як її ще називають “метод відкладеного шприца”) проявляється у тому, що припиняється надання спрямованої на продовження життя медичної допомоги, що прискорює настання природної смерті.

Під активною еутаназією (“метод наповненого шприца”) розуміється введення помираючому якихось медичних чи інших препаратів, а також інші дії, що тягнуть за собою швидке і безболісне настання смерті.

Активна еутаназія може проявлятися у таких формах:

1. “Вбивство з милосердя” – має місце у тих випадках, коли лікар бачить страждання безнадійно хворої особи, але не може їх усунути. Він вводить їй надмірну дозу обезболюючого препарату, в результаті чого настає бажана смерть.

2. “Самогубство, асистоване лікарем” має місце, коли лікар лише допомагає невиліковно хворій особі припинити життя.

3. “Власне активна еутаназія” – може мати місце й без допомоги лікаря. Пацієнт сам включає прилад, який сприяє йому у настанні легкої та безболісної смерті, начебто сам накладає на себе руки [5, с.11].

Питанням еутаназії присвячено доволі широке коло праць. Так, лише в межах пострадянського простору до цієї теми зверталися такі знані дослідники, як В.Акопов, В.Астахова, С.Бородін, Т.Добко, О.Олейнік, Ю.Сергєєв та ін. Однак вони зосереджували майже всю увагу лише на етичних, медичних та загальноправових аспектах цієї проблеми (наприклад, В.Акопов [1], С.Бородін, В.Глушков [3], О.Олейнік [5], Ю.Сергєєв [6] та ін.). При цьому фактично повністю ігнорується дослідження правового врегулювання еутаназії в окремих державах. Звернемо ж увагу на особливості цього процесу в Бельгії.

Запропонована стаття є частиною дослідження, яке охоплює питання етичних, медичних, теологічних та правових аспектів такого неоднозначного явища, як еутаназія. Вона є логічним продовженням більш ранніх праць автора, а саме: Гришук В.К., Марисюк К.Б. Еутаназія в теорії і практиці зарубіжних держав і в Україні // Митна справа. – 2002. – № 6. – С.75-83; Марисюк К.Б. Правова регламентація кримінальної відповідальності за еутаназію в умовах глобалізації суспільства (світовий та вітчизняний досвід) // Вісник Львівського університету. Серія міжнародні відносини. – 2002. – Випуск 7. – С.79-81; Марисюк К.Б. Правове врегулювання еутаназії за законодавством Австралії // Вісник Львівського університету. Серія юридична. – 2003. – №38. – С.486-492; Марисюк К.Б. Уголовно-правовое урегулирование эвтаназии: мировой опыт / Международная научно-практическая конференция “Уголовное право: прошлое, настоящее, будущее”. – Уральская государственная юридическая академия, Ассоциация развития информационных технологий в образовании “Интернет-социум” 1 февраля – 1 апреля 2004 года // [www.auditorium.ru/aud/v/index.php?a=vconf&c=getForm&g=thesisDesc&id\\_thesis=2817](http://www.auditorium.ru/aud/v/index.php?a=vconf&c=getForm&g=thesisDesc&id_thesis=2817) та ін.

Підтримавши 16 квітня 2002 р. Закон про еутаназію, Бельгія стала другою після Нідерландів європейською державою, яка узаконила право на смерть невиліковно хворих пацієнтів. Неоднозначність ставлення до цього питання виразилась уже у тому, що Палата Представників схвалила закон лише 86 голосами проти 51 (10 – утрималися). І це тоді, коли зазначене голосування відбулося після більш ніж двох років обговорення питання легалізації еутаназії в комітетах парламенту цієї держави.

Закон розпочинається з визначення поняття “еутаназія”, під яким розуміється дія, вчинена третьою особою, спрямована на навмисне припинення життя особи, яка попросила цього. Уже цим він явно перевершує перший європейський акт про легалізацію еутаназії, а саме – закон про еутаназію (Акт про позбавлення життя на прохання і допомогу у вчиненні самогубства)

Нідерландів від 1 січня 2002 року, у якому взагалі не виводиться такого поняття, а лише зазначено у вступі, що "...Ми (королева Беатриса) вважаємо за необхідне визначити підстави для звільнення від кримінальної відповідальності лікаря, який з обов'язковим дотриманням вимог про належний догляд пацієнта, на прохання закінчить життя чи допоможе у самогубстві іншій особі, а також забезпечить встановлений законом порядок реєстрації цієї процедури та нагляду за нею...".

Лише лікар може здійснювати еутаназію. Він не вважається таким, що вчинив злочин, якщо:

- а) на момент висловлення прохання пацієнт був повнолітнім або обмежено дієздатним неповнолітнім;
- б) на момент висловлення прохання пацієнт був правоздатним;
- в) на момент висловлення прохання пацієнт був при свідомості, був здатний усвідомлювати свої дії і керувати ними;
- г) прохання є вільним, добре виваженим і таким, що неодноразово повторювалося;
- д) на момент висловлення прохання пацієнт має справу з нестерпним і стійким фізичним чи психічним болем. При цьому обов'язковою вимогою є медичне підтвердження того, що пацієнт не може бути вилікуваний.

У наведених вище положеннях бельгійський законодавець фактично закріплює найкращі світові правові традиції. Так, наприклад, Акт про права безнадійно хворого 1995 р. (Північна Територія Австралії) дозволяє лікареві виконати прохання пацієнта допомогти йому припинити життя тільки у разі дотримання таких умов:

- пацієнт є безнадійно хворим. "Безнадійна хвороба" визначається як "хвороба, яка, з точки зору медицини, за нормального перебігу, без застосування надзвичайних заходів чи лікування, неприйнятної для пацієнта, обов'язково має спричинити смерть";

- пацієнт досягнув 18-річного віку;
- безнадійна хвороба змушує пацієнта відчувати сильний біль чи страждання, рівень яких є неприйнятним для пацієнта.

Які вимоги мають враховуватися лікарем при здійсненні еутаназії?

1. Пацієнт має бути проінформованим про стан свого здоров'я і тривалість життя. Лікар зобов'язаний обговорити з пацієнтом усі можливі види та умови лікування і їх наслідки. Виходячи з цього, лікар має бути впевнений, що немає іншого, поміркованішого, розв'язання цієї проблеми, окрім еутаназії, і що прохання пацієнта є його власним волевиявленням.

Лікар має бути впевнений у постійних фізичних чи психічних стражданнях особи.

Щодо природи невиліковної хвороби потрібна консультація ще одного лікаря. Він має дослідити стан здоров'я пацієнта, чи дійсно невиліковною є хвороба і нестерпними страждання пацієнта. Останній, у свою чергу, має бути ознайомлений з результатами цього дослідження.

Прохання пацієнта має бути обговорене з медичним персоналом, який уже контактував із ним.

Лікар також має обговорити це з родичами пацієнта, якщо останній вимагає такої зустрічі. При цьому лікар має бути впевненим, що пацієнт отримав змогу обговорити свої прохання з близькими йому людьми [7].

Якою ж є процедура проведення еутаназії у Бельгії?

Основний лікуючий лікар має порадитися з іншим лікарем, який є спеціалістом з даної хвороби або психотерапевтом. Так само, як основний лікар, останній має дослідити причини страждання пацієнта. Він повинен бути впевнений у повторюваності та добровільності прохання про еутаназію. Пацієнт, у свою чергу, має бути проінформованим про другу консультацію та результати огляду.

Лікар має надати пацієнтові принаймні один місяць між проханням про еутаназію та самою процедурою еутаназії для того, щоб останній мав можливість змінити своє рішення щодо добровільної смерті.

2. У всіх випадках еутаназії необхідним є письмове прохання пацієнта. Воно має бути складеним і підписаним останнім із зазначенням дати складення. Якщо пацієнт не здатний зробити це особисто, то прохання повинно бути написане іншою повнолітньою особою, яка не матиме зі смерті пацієнта ніякої власної матеріальної вигоди.

3. Закон також дозволяє лікарям здійснювати еутаназію й тим пацієнтам, які не усвідомлюють своїх дій або не можуть висловити свого бажання. У цьому випадку лікар може здійснити акт еутаназії тільки тоді, коли прохання про неї було прямо зазначене в прижиттєвому заповіті пацієнта. Цей заповіт має бути доданим до медичної картки (медичного файлу) особи і є дійсним протягом 5 років із часу укладення.

4. Після того, як лікар здійснив еутаназію, він зобов'язаний подати звіт до Федеральної комісії з контролю і оцінки, яка досліджує історію хвороби померлої особи (медичну картку, письмове прохання або прижиттєвий заповіт, звіти про проведені консультації). Ця комісія щороку звітується перед бельгійським парламентом стосовно випадків еутаназії [7].

Можливість завдання смерті пацієнтові за його власним бажанням окреслено в Бельгії суворими процедурами. Всі випадки еутаназії мають бути зареєстровані. Якщо Федеральна комісія з контролю і оцінки буде мати якесь застереження або відмітить порушення юридичних процедур, справа негайно

має бути передана до прокуратури. Прокурор вимушений порушити справу навіть тоді, коли йтиметься про звичайну недбалість, наприклад, лікар пропустить строк реєстрації смерті хворого [9]. Проте встановлення такого суворого регулювання процедури еутаназії не є новацією у світовій практиці. Так, наприклад, Закон про еутаназію Нідерландів 2002 року окремих (третій) розділ присвячує правовому статусу та особливостям діяльності Регіонального комітету з нагляду за позбавленням життя на прохання і допомогою у вчиненні самогубства. Важливість його положень помітна вже у тому, що з 24 статей закону питанням діяльності Комітету відведено 17.

Не менш значним є й питання кримінально-правової відповідальності за вчинення еутаназії. Звертається до цього й бельгійський законодавець, проте робить це дещо специфічно. У нормах Кримінального кодексу Бельгії спеціально за будь-які прояви еутаназії відповідальності не встановлюється, а застосовується загальна норма, що визначає кримінальну відповідальність за умисне вбивство. У цьому Кримінальний кодекс Бельгії значно поступається відповідним правовим актам інших держав, наприклад, Нідерландів та Австралії. Так, наприклад, у зв'язку з прийняттям Закону про еутаназію до ст.293 та ст.294 Кримінального кодексу Нідерландів 2002 року було внесено зміни, внаслідок чого вони тепер викладені у такій редакції: "Ст.293. Особа, яка позбавляє життя іншу особу на її спеціальне та серйозне прохання, підлягає позбавленню волі на строк до трьох років чи штрафу п'ятої категорії. Дія, передбачена у параграфі першому цієї статті, не вважається злочином, що вчиняється лікарем, який виконує вимоги належного догляду, закріпленого у ст.2 Акта про позбавлення життя на прохання чи допомогу у вчиненні самогубства, за умови, що лікар повідомив про свої дії місцевого патологоанатома відповідно до вимог параграфа другого статті 7 Акта про похорони і кремацію.

Ст.294. Особа, яка умисно підмовляє іншого вчинити самогубство, і якщо самогубство мало місце, підлягає позбавленню волі на строк до трьох років або штрафу четвертої категорії. Особа, яка умисно допомагає іншій особі вчинити самогубство чи забезпечує її засобами для цього, і якщо самогубство мало місце, підлягає позбавленню волі на строк до трьох років або штрафу четвертої категорії".

Не менш чітко закріплює зазначені вище положення й австралійський законодавець. Так, наприклад, новий Кримінальний кодекс Квінсленду 1995 р. у статті 82 звільняє від кримінальної відповідальності за проведення медичного лікування (що визначено як таке, що включає й "полегшення болю"), коли такі дії вчиняються добросовісно і з відповідним піклуванням і вмінням на користь пацієнта і є обґрунтованими, зважаючи на стан пацієнта і всі інші обставини. Більш широке тлумачення цієї статті наштовхує на думку про те,

що вона допускає дозволяти застосування за певних обставин знеболювальних ліків, які скорочують життя пацієнта. Нова 82 стаття, видається, дозволяє застосування скорочуючих життя знеболювальних ліків лікарем чи будь-якою іншою особою навіть тоді, коли намір явно спрямований на припинення життя пацієнта [10, с.449].

Відтак, бельгійськими законодавцями розроблено та впроваджено у життя одну з найкращих у світі систем легального заподіяння смерті невиліковно хворим пацієнтам. Однак воно досі викликає серйозні суперечки, а часом і просто несприйняття. Так, категорично проти Закону про еутаназію виступили єпископи Бельгійської римо-католицької церкви. Не менш негативно відгукнулися на нього й представники Асоціації Бельгійських Медиків. У той же час закон діє, і подальше його вивчення, а також вивчення наслідків його реалізації є і, очевидно, ще довгий час буде предметом наукових досліджень як у самій Бельгії, так і далеко за її межами.

1. Акопов В. Эвтаназия (этические, правовые и медицинские проблемы) // Ростовская Электронная Газета. – 21 декабря 1999 г. – № 24 (30).
2. Бельгия легализовала эвтаназию // www.candyman.ru/news/2002/05/19/eutanasia.htm
3. Бородин С., Глушков В. Уголовно-правовые вопросы эвтаназии // Советская юстиция. – 1992. – № 9-10.
4. Коробеев А. Простое убийство и сложности его квалификации // Уголовное право. – 2001. – №2. – С. 18.
5. Олейник О. Этические и правовые аспекты эвтаназии // Юридическая практика – 28 ноября 2001 г. – № 48 (206).
6. Сергеев Ю. "Хорошая смерть"... Правовой и моральный аспекты эвтаназии // Правозащитник – 1998. – №1.
7. Belgium. The Euthanasia Law // www.worldrtd.org/BelgiumLawTransl.html.
8. Johnston B. Belgium ponders Euthanasia Bill // www.nrlc.org/news/2000/NRL04/brian.html.
9. Nowak E. Smierc na wyraźne życzenie // Kurier Brzeski. – 2002. – №r. 41/431.
10. Scott R. When is Medical Treatment for Abortion, Pain Relief or Euthanasia Actionable? // Queensland Law Society Journal – 1995. – P. 449.

K. Marysyuk

LEGAL REGULATING OF EUTHANASIA BY THE LEGISLATION OF BELGIUM

Article is devoted to the question of legal regulating of euthanasia by Belgium legislation. The basis of scientific research is the Belgium Bill of Euthanasia.

О.Л.Старко

ДЕЯКІ ПРОБЛЕМНІ ПИТАННЯ ОБ'ЄКТИВНОЇ СТОРОНИ  
ВБИВСТВА МАТІР'Ю СВОЄЇ НОВОНАРОДЖЕНОЇ ДИТИНИ

Вибрана тема дослідження є досить актуальною. Як показує проведений нами аналіз, даний вид злочину у загальній структурі навмисних вбивств за останні роки (2001-2003 рр.) має постійну питому вагу. Так, у 2001 р. за ст.117 КК України засуджено 22 особи, у 2002 р. – 14 осіб [1, с.38], а в 2003 р. зареєстровано 29 таких злочинів і виявлено 27 осіб, що їх вчинили [2, с.2]. Враховуючи високу латентність дітовбивств та сучасну демографічну ситуацію в країні, актуальність даного складу злочину набуває все більшого значення. Крім того, притягнення до відповідальності матері за вбивство своєї новонародженої дитини під час пологів або відразу після них викликає на практиці труднощі при кваліфікації та постановленні вироків у суді. Це пов'язано із складністю тлумачення окремих оціночних понять і положень цього складу, зокрема ознак об'єктивної сторони, яка має важливе значення для правильної кваліфікації злочину.

Немає одностайності в тлумаченні даної норми і в юридичній літературі. Деякі спірні питання об'єктивної сторони дітовбивства розглядалися у роботах російських учених С.Бородіна, О.Красикова, О.Кургузкіної, А.Попова, Е.Побігайло, М.Трясоумова та ін. Як бачимо, вказана проблема в науці не є новою, однак в українському кримінальному праві на сьогодні вона залишається малодослідженою.

Останнім спеціальним дослідженням дітовбивств в Україні була дисертація Т.Цибуленко 1975 р., яка торкалася характеристики юридичних ознак розгляданого складу злочину, але в основному була присвячена попередженню таких посягань. З огляду цього, дана робота має, на наш погляд, ознаки наукової новизни.

Метою вказаної роботи є теоретичний аналіз ознак об'єктивної сторони злочину, передбаченого ст.117 КК України, а також внесення пропозицій щодо удосконалення відповідної кримінально-правової норми та практики її застосування.

Слід визнати, що найбільш спірним у літературі і складним питанням, яке викликає труднощі при кваліфікації, є тлумачення такої обов'язкової ознаки об'єктивної сторони дітовбивства, як час вчинення злочину.

Відомо, що дітовбивство – це діяння, спрямоване на позбавлення життя жінкою-матір'ю своєї новонародженої дитини під час пологів або відразу після них.

Конструкція ст.117 КК є такою, що не визначає конкретних строків скоєння злочину в часі, а лише констатує “під час пологів або відразу після

пологів”. Як встановлено нами в ході дослідження, застосування цієї норми на практиці викликає певні колізії, оскільки дане суспільно небезпечне діяння має специфіку юридичного та медичного аспектів. Так, лікарі, акушери, судові медики та юристи по-різному підходять до визначення даного часового проміжку.

У той самий час найменше розходжень спостерігається щодо критерію “під час пологів”. З урахуванням біологічних (медичних) факторів цей проміжок охоплює три періоди пологів: перший – період розкриття шийки матки, який може тривати до 18 годин, другий – період зганняння плода, тривалість якого до 2 годин, третій – послідовий, що починається після народження плода і закінчується народженням посліду. Він є найкоротшим (5-30 хв) [3, с.177-184]. Отже, період “під час пологів” починається з моменту розкриття шийки матки і закінчується після народження посліду. Проте в науці одностайності з цього приводу досі немає.

Більш спірним питанням є проміжок часу “відразу після пологів”, протягом якого вбивство матір'ю своєї новонародженої дитини може бути кваліфіковано за ст.117 КК. Законодавчий вираз “вбивство матір'ю своєї новонародженої дитини ...відразу після пологів” вимагає, на наш погляд, не тільки офіційного тлумачення, але й законодавчого уточнення. Справа в тім, що цей термін має неоднозначне тлумачення як на практиці, так і в науковій літературі. Ситуація ускладнюється ще й тим, що переважна кількість дітовбивств вчиняється саме відразу після пологів.

Пленум Верховного Суду України від 7.02.2003 р. дає коротке роз'яснення з цього приводу: “Вчинення цих дій через деякий час після пологів за відсутності кваліфікуючих ознак, передбачених ч.2 ст. 115, тягне відповідальність за ч.1 зазначеної статті” [4, с.41]. Тобто Пленум не відмітив, коли закінчується часовий проміжок “відразу після пологів”. Санкція ст.115, як відомо, передбачає більш суворе покарання. Тому дуже важливим та актуальним є вирішення даної проблеми, оскільки вона впливає на кваліфікацію злочину і на застосування кримінально-правового впливу на винну особу.

У науці сформувався різні точки зору на визначення періоду “відразу після пологів”. О.Погодін та О.Тайбаков вважають, що даний період – це короткий проміжок часу після народження дитини і до виділення плаценти [5, с.17]. Однак із такою думкою не можна погодитись, оскільки виділення плаценти вважається пологами. Але вони цілком праві, стверджуючи, що період “відразу після пологів” не може бути значно віддалений в часі від самих пологів, бо не буде в такому випадку відповідати критерію “відразу після пологів”.

У літературі існує й інша позиція, прихильниками якої є М.Трясоумов, А.Карасова [6, с.11, 15], О.Лукичов. Вони вважають, що період “відразу після

пологів” триває до моменту прийняття матір’ю заходів з життєво важливого догляду за дитиною. О.Лукичов конкретизує такі заходи – це відокремлення або перев’язування пуповини, дитина обмита, нагодована і т.п. [7, с.66]. Однак, на наш погляд, власне відокремлення пуповини не завжди можна віднести до таких заходів, оскільки жінка, відокремлюючи пуповину, перш за все намагається відділити дитину від себе.

Ряд авторів виступають за визначення даного часового проміжку в годинах. Так, О.Красиков вважає, що в судовій медицині, коли мова йде про вбивство матір’ю своєї новонародженої дитини під час пологів або відразу після них, акцентується увага на понятті новонародженості, яке визначається строком в одну добу [8, с.44–45]. У зв’язку з цим він робить висновок, що жінка в особливо тяжкому стані перебуває тільки під час пологів або відразу після них протягом однієї доби з моменту появи на світ немовляти. Цієї ж позиції дотримуються Ф.Сафуанов, Е.Побігайло, Т.Кондрашова [9, с.29–31, 240, 137]. З нашої точки зору, встановлення в такому випадку якогось заздалегідь визначеного строку, коли дитина вважається новонародженою, неможливо.

Подібну до вищевказаної позицію займає О.Попов, але він посилається на медичну літературу і робить висновок, що найближчі 2–4 години після пологів у медицині виділяють особливо і відзначають як ранній післяпологовий період. Із закінченням цього періоду починається пізній післяпологовий період. Тому, на думку О.Попова, правильно під терміном “відразу після пологів” розуміти проміжок часу, що співпадає із раннім післяпологовим періодом – від 2 до 4 годин після відділення посліду. Процеси, що відбуваються в організмі жінки після неускладнених пологів, є фізіологічними, тому її вважають здоровою вже після 2–4 години раннього післяпологового періоду. А до цього спостерігають за загальним станом породіллі і надають необхідну медичну допомогу [10, с.32].

З цією думкою важко погодитись, адже ранній післяпологовий період може проходити з ускладненнями, оскільки переважна кількість дітовбивств вчиняється після пологів, які відбуваються поза медичним закладом і без будь-якої допомоги з боку інших осіб. Отже, такий період може тривати довше ніж 2–4 години.

Поряд із вищезазначеними в літературі є й інші точки зору. Так, О.Кургузкіна вважає, що подібний часовий інтервал підлягає встановленню в кожному конкретному випадку і однозначно його визначити неможливо, бо він є індивідуальним у кожної жінки [11, с.10]. Визначення точних строків після пологів заперечує Т.Цибуленко [12, с.7].

Ми вважаємо, що встановлення даного проміжку часу в кожному конкретному випадку буде породжувати розбіжності в кваліфікації та відповідальності винних осіб. Тому потрібно шукати інший критерій.

У зв’язку з цим, на нашу думку, найбільш прийнятною є позиція С.Бородіна. Заперечуючи встановлення будь-якого заздалегідь визначеного строку, він вважає, що період “відразу після пологів” завершується з моменту, коли мати почала годувати дитину [13, с.174].

Виходячи із матеріалів слідчої та судової практики, очевидним є те, що вбивство матір’ю своєї новонародженої дитини відразу після пологів майже ніколи не скоювалось після годування. Тяжкий психофізичний стан жінки, наявність якого дозволяє кваліфікувати вчинене нею в межах ст.117, з початком годування завершується. Приступаючи до годування, жінка усвідомлює свій обов’язок по догляду за дитиною, отже, вона вже не знаходиться під впливом тяжкого психофізичного стану, який співпадає з часовим проміжком, що зазначений в диспозиції ст.117 КК України.

Аналіз історичних джерел свідчить про те, що це є довга суспільна практика. Ще в древніх германців актом годування дитини затверджувалось право на життя особи [14, с.43].

Таким чином, ми можемо зробити висновок, що часовий проміжок “відразу після пологів” розпочинається після народження посліду і завершується з першим годуванням матір’ю своєї дитини.

Як показує практика, багато спірних питань виникає при з’ясуванні змісту таких обов’язкових ознак об’єктивної сторони дітовбивства, як суспільно небезпечне діяння, суспільно небезпечні наслідки та причинний зв’язок.

Вивчення кримінальних справ показало, що переважно дітовбивство вчиняється саме шляхом активних дій, спрямованих на позбавлення життя дитини (задушення, скидання з висоти, втоплення у воді чи фекальних масах, нанесення смертельних ран колото-ріжучими предметами).

Дане посягання може бути вчинено і шляхом пасивних дій. Однак у літературі з цього приводу немає одностайності. Ряд учених переконаний, що даний злочин не може вчинятись шляхом бездіяльності. Так, В.Малинін і Г.Шаріпова зазначають, що бездіяльність сама по собі не руйнує, не знищує об’єкт посягання, тому в злочинах із матеріальним складом її роль зводиться лише до невідвернення шкоди, а отже, бездіяльність не є причиною настання шкоди, а всього лише її умовою. Тобто дітовбивство може бути вчинено лише шляхом дії [15, с.15, 9]. Якщо погодитись з цією точкою зору, то така пасивна поведінка матері, як відмова від годування дитини, позбавлення останньої одягу, необхідних ліків, підтримуючих її життєдіяльність, повинна кваліфікуватись лише як залишення в небезпеці (ст.135 КК).

Традиційно обов’язковою умовою відповідальності за бездіяльність є наявність обов’язку вчинення необхідних дій. Ми вважаємо, що спеціальний обов’язок матері діяти і відвернути смерть своєї новонародженої дитини вини-

кає в силу самого факту пологів. Ця позиція пояснюється тим, що до моменту народження дитина не знаходиться в небезпечному для життя стані, і якщо після народження мати не вчиняє певні дії для збереження її життя, то тим самим створює йому реальну загрозу. Обов'язковою умовою відповідальності за бездіяльність є наявність реальної можливості відвернути цю загрозу. У зв'язку з цим, на наш погляд, варто звертати увагу на наявність чи відсутність у матері певних знань та вмій щодо надання допомоги дитині, особливо при таких способах бездіяльності, коли матір дитини не вчиняє заходів з відокремлення та перев'язування пуповини, звільнення від яйцевих оболонок, проведення заходів щодо збудження легеневого дихання, якщо немовля знаходилося в асфіктичному стані. З медичної літератури відомо, що заходи з надання допомоги новонародженому передбачають спеціальну медичну підготовку. Цілком очевидним є те, що вимагати подібних знань та вмій від кожної жінки є недопустимим.

Отже, в кожному конкретному випадку, при кваліфікації дій матері, органи дізнання, досудового слідства та суду повинні визначити, які заходи були вжиті матір'ю для надання необхідної допомоги дитині і чи могла вона надати таку допомогу, чи знала і вміла це зробити.

На наше переконання, не підлягає сумніву важливість вирішення питання про кваліфікацію навмисного вбивства матір'ю своєї новонародженої дитини, вчиненого з особливою жорстокістю. Адже на практиці рідко, але все ж зустрічаються такі випадки. У постанові Пленуму Верховного Суду України від 7.02.2003 р. №2 зазначається, що навмисне вбивство матір'ю своєї новонародженої дитини кваліфікується тільки за ст.117 КК, навіть якщо воно й мало ознаки особливої жорстокості. Таке діяння серйозно підвищує ступінь суспільної небезпеки скоєного, але не настільки, щоб поставити його в один ряд з особливо тяжкими вбивствами (ч.2 ст.115). Вважаємо, що було б доцільним, з урахуванням вищесказаного, доповнити ст.117 частиною другою, в якій би передбачалась відповідальність за вбивство матір'ю своєї новонародженої дитини при обтяжуючих обставинах, зокрема за вбивство з особливою жорстокістю.

Без сумніву, важливим також є вирішення питання про встановлення наявності чи відсутності причинного зв'язку між суспільно небезпечним діянням і суспільно небезпечними наслідками. Слід зазначити, що на відміну від інших ознак об'єктивної сторони, причинний зв'язок не завжди помітний, що частково пояснюється особливостями пологового процесу. Смерть дитини може настати в силу випадкових обставин: наприклад, у результаті гіпоксії плода, асфіксії, пологової травми, які відіграють провідну роль у структурі перинатальної смертності [16, с.353]. Такі випадки потребують призначення судово-медичної експертизи.

Так, Б. обвинувачувалась у скоєнні навмисного вбивства своєї новонародженої дитини, смерть якої, згідно із заключенням експерта, настала від механічної асфіксії, в результаті здавлення ший. Однак Б. стверджувала, що народжувала самостійно, але дитину не вбивала. Пізніше призначена комісійна судово-медична експертиза встановила, що смерть дитини настала в результаті асфіксії під час народження, яка досить часто зустрічається при пологах поза медичним закладом і супроводжується високою перинатальною смертністю [17]. Таким чином було встановлено відсутність причинного зв'язку між смертю дитини і діями матері.

*Підводячи підсумки з даного питання, слід, на наш погляд, зробити такі висновки:*

1. Обов'язковими ознаками об'єктивної сторони дітовбивства є час вчинення злочину, суспільно небезпечне діяння, суспільно небезпечні наслідки та причинний зв'язок між ними.

2. Періодом "під час пологів" слід вважати період, який починається з моменту розкриття шийки матки та закінчується народженням посліду. Період "відразу після пологів" обмежений невеликим проміжком часу, який завершується до початку годування дитини.

3. Навмисне вбивство матір'ю своєї новонародженої дитини може бути вчинене шляхом активних та пасивних дій. Відповідальність за дітовбивство, вчинене шляхом бездіяльності, настає в силу покладеного на матір юридичного обов'язку відвернути настання смерті новонародженого та наявності реальної можливості це зробити.

4. У судовій та слідчій практиці мають місце розбіжності при кваліфікації фактів дітовбивства з особливою жорстокістю, що дає підставу вважати доцільним доповнення ст.117 частиною 2, де б передбачалась відповідальність за вбивство матір'ю своєї новонародженої дитини при обтяжуючих обставинах, зокрема за вбивство з особливою жорстокістю.

5. При вирішенні питання про наявність чи відсутність причинного зв'язку слід враховувати особливості пологового процесу та висновки судово-медичної експертизи.

6. Пропонуємо редакцію ст.117 КК, яка, на наш погляд, повинна усунути відмічені нами недоліки розглядуваного складу злочину:

ст.117 Навмисне вбивство матір'ю своєї новонародженої дитини

1. Навмисне вбивство матір'ю своєї новонародженої дитини під час пологів або відразу після пологів – карається обмеженням волі на строк до п'яти років або позбавленням волі на той самий строк.

2. Ті самі дії, вчинені з особливою жорстокістю, - караються позбавленням волі на строк до семи років.

1. Статистика судимості та призначення мір кримінального покарання // Вісник Верховного Суду України. – 2003. – №4.
2. Сдиний звіт Про злочинність на території України за 12 міс. 2003 р. Форма №1. Затверджена наказом Держкомстату України від 10.12.2002 р. №346.
3. Запорожан В.М. Акушерство і гінекологія: У 2-х кн. – Кн.1. Акушерство. – К., 2000.
4. Про судову практику у справах про злочини проти життя та здоров'я особи. Постанова Пленуму Верховного Суду України від 7.02.2003 р. №2 // Вісник Верховного Суду України. – 2003. – №1.
5. Погодин О., Тайбаков А. Убийство матерью новорожденного ребенка // Законность. 1997. – №5.
6. Карасова А.Л. Убийство матерью новорожденного ребенка (теоретико-прикладные аспекты ответственности по ст.106 УК РФ / Автореф. дис. канд. юрид. наук. – Ростов, 2003, Трясоумов М.А. Уголовно-правовые и криминологические проблемы борьбы с убийствами матерью новорожденного ребенка / Автореф. дис. канд. юрид. наук. – Екатеринбург, 2000.
7. Лукичев О.В. Уголовно-правовая и криминологическая характеристика детоубийства / Автореф. дис. канд. юрид. наук. – СПб., 1997.
8. Красиков А.Н. Уголовно-правовая охрана прав и свобод человека в России. – Саратов, 1996.
9. Сафуанов Ф. Экспертиза психического состояния матери, обвиняемой в убийстве новорожденного ребенка // Российская юстиция. – 1998. – №3; Комментарий к Уголовному кодексу РФ / Под ред. Ю.И.Скуратова, В.М.Лебедева. – М., 1999; Кондрашова Т.В. Проблемы уголовной ответственности за преступления против жизни, здоровья, половой свободы и половой неприкосновенности. – Екатеринбург, 2000.
10. Попов А.Н. Убийство матерью новорожденного ребенка. – СПб., 2001.
11. Кургузкина Е.Б. Предупреждение убийства матерью новорожденного ребенка (криминологические и уголовно-правовые аспекты) / Автореф. дис. канд. юрид. наук. – М., 1999.
12. Цыбуленко Т.Д. Детоубийства и меры по их искоренению (по материалам следственной и судебной практики УССР) / Автореф. дис. канд. юрид. наук. – К., 1975.
13. Бородин С.В. Преступления против жизни. – М., 1999.
14. Бычков И.Я. Детоубийство в современных условиях. – М., 1929.
15. Малинин В.Б. Причинная связь в уголовном праве. – СПб., 2000; Шарипова Г. Уголовная ответственность за детоубийство по УК Узбекской ССР / Автореф. дис. канд. юрид. наук. – М., 1987.
16. Запорожан В.М. Вказ.праця.
17. Архів Ківецьківського районного суду Волинської області за 1994 р. Крим. справа № 34-015-94.

O.Starko

#### SOME PROBLEM QUESTIONS OF THE OBJECTIVE SIDE OF KILLING THE RECENTLY BORN CHILD BY MOTHER

The article is devoted to the problem questions, that come across while using article 117 of the Criminal Code of Ukraine. There are observed those indications of the objective side of killing the recently born child by mother, which cause certain difficulties while qualifying and passing a sentence.

## КРИМІНАЛЬНИЙ ПРОЦЕС ТА КРИМІНАЛІСТИКА

В.О.Попелюшко

### СПОСОБИ ПОДОЛАННЯ ПРОГАЛИН, ВИДИ ТА МІСЦЕ ЗАСТОСУВАННЯ АНАЛОГІЇ В КРИМІНАЛЬНОМУ ПРОЦЕСІ

Прогалини у праві (в законодавстві), в тому числі у кримінально-процесуальному, явище неминуче, а отже, нормальне. Їх причини різні, але основними є дві: а) прорахунки, допущені при розробці та прийнятті законів, та б) виникнення нових нетипових ситуацій внаслідок розвитку суспільних відносин, які заздалегідь неможливо було передбачити. Так чи інакше вони вимагають заповнення, а тому проблема способів та місць їх заповнення є надзвичайно актуальною, особливо у перехідні періоди розвитку суспільства, держави та права.

Світова практика знає декілька способів заповнення прогалин, найпоширенішими з яких є їх усунення та подолання, що, в свою чергу, поділяються на усунення шляхом правотворчої діяльності законодавчих органів та усунення в порядку судового прецеденту і подолання шляхом застосування аналогії закону та аналогії права.

Найбільш прийнятним способом усунення прогалин у праві, а в Україні єдиним законним способом, є правоутворююча діяльність Верховної Ради України і прикладів такої діяльності можна навести чимало. Усунення прогалин у праві шляхом прецедентного права, хоча фактично має місце, особливо у випадках, коли суди, замовчуючи це, в дійсності керуються положеннями, викладеними в рішеннях Верховного Суду України з опублікованої судової практики, головним чином у формі так званих “правових позицій” (по суті судової практики Верховного Суду України для цього і публікується), але є неконституційним (п.14 ст.92 Конституції України). Можливо, з часом із поглибленням “конвергенції” романо-германської та англосаксонської правових систем судовий прецедент і буде визнаний в Україні джерелом права, але це малоймовірно. Держави англосаксонської системи інтенсивно переходять на статутне право. Палата лордів Великобританії, наприклад, ще у 1966 р. заявила, що більше не пов'язана зі своїми попередніми рішеннями. Вона ж та Апеляційний суд сьогодні 9 із 10 справ розглядають не на основі прецедентів, а на основі закону [1, с.7-8]. Та й взагалі прецедентне право (яке Ієремія Бентам називав “собачим правом”, порівнюючи його дію з вихованням собак), особливо у сфері кримінального судочинства, де рішеннями слідчого, прокурора, суду (судді) найсуттєвіше зачіпаються права, свободи та законні інтереси людини, навряд чи можна визнати прийнятним. Ці цінності не можна повністю віддавати на розсуд правозастосовчого органу.

Не є нормальним правовим явищем і стан, коли прогалини закону фактично усуває Верховний Суд України шляхом формулювання нових процесуальних правил у постановах Пленуму з питань застосування судами законодавства під виглядом його роз'яснень, утворюючи таким чином “прецедент тлумачення” (ст.47 Закону “Про судоустрій України”). Наприклад, у забезпечення права обвинуваченого на захист за допомогою захисника в КПК встановлено правило: “Захисник допускається до участі в справі на будь-якій стадії процесу” (ч.4 ст.44 КПК). Питання про те, на якому етапі судового розгляду захисник допускається до участі в справі, законом не регламентовано. Отже, наявна прогалина у праві у вигляді неповного врегулювання цього питання. Пленум Верховного Суду України у постанові № 8 від 24 жовтня 2003 р. “Про застосування законодавства, яке забезпечує право на захист у кримінальному судочинстві”, сформулював з цього приводу таке: “Питання про допуск захисника під час провадження в суді першої інстанції вирішується в постанові судді про призначення справи до розгляду або постанові чи ухвалі суду, який розглядає справу.

Як правило, це відбувається до початку судового слідства, а за клопотанням підсудного – і під час нього. При цьому розгляд справи продовжується, а не починається спочатку. Після закінчення судового слідства вирішення зазначеного питання не допускається” (абз.4 і 5 п.4).

Очевидно, що два останніх речення є обмежувальним тлумаченням-роз'ясненням розглядуваної норми КПК, а по суті усуненням прогалини закону шляхом виведення нового правила, яке, до речі, фактично скасовує право підсудного на захист за допомогою захисника не лише на етапах дебатів сторін, останнього слова підсудного та постановлення вироку (гл.27, 28 КПК), а й упродовж усього судового розгляду кримінальної справи.

Прогалини в законі, за образним висловлюванням Президента Федерального Суду ФРН Гюнтера Хірша, є “замінованою прикордонною зоною” між першою і третьою гілками влади [2, с.9]. Тому робота законодавчого органу і судів (суддів) у цій “зоні” мусить бути надто ретельною. Верховна Рада України і суди (судді) повинні виконувати лише ту роботу, яку вони уповноважені робити згідно з Конституцією України і законами (у т.ч. чинними в Україні міжнародними договорами).

Функція загальних судів у цьому плані – тлумачення-з'ясування дійсного змісту правової норми в процесі правозастосування, функція Верховного Суду України, крім того, – тлумачення-роз'яснення законодавства на основі узагальнення судової практики та аналізу судової статистики та, при виявленні прогалин в законі, – апелювання до суб'єктів права законодавчої ініціативи про необхідність їх усунення. Функція Конституційного Суду Украї-

ни – офіційне тлумачення Конституції України та законів України (ст.150 Конституції України). Яскравим прикладом виявлення прогалини в кримінально-процесуальному законі в роботі останнього є рішення за результатами розгляду справи за конституційним зверненням громадянина Г.І.Солдатова щодо офіційного тлумачення положень ст.59 Конституції (“Кожен є вільним у виборі захисника своїх прав”, ст.44 КПК та ін. (справа № 1-17/2000 від 16 листопада 2000 р.), яким офіційно дано тлумачення-роз'яснення, що захисником у кримінальному процесі може бути особа, “яка є фахівцем у галузі права і за законом має право на надання правової допомоги особисто чи за дорученням юридичної особи”. Інша справа, що Верховна Рада України на це рішення в повному його обсязі не відреагувала, і закону про таких “фахівців у галузі права” досі не прийняла, тобто виявленої прогалини не усунула.

Правозастосовча практика винайшла можливість при виявленні прогалин у праві вирішувати юридичні справи (оскільки із-за прогалини в законі зупинити провадження у справі не можна), не чекаючи усунення таких прогалин правотворчим органом – шляхом застосування юридичної аналогії. Правда, чинний КПК (як і проект нового КПК) застосування норм кримінально-процесуального закону за аналогією не передбачає, але й не забороняє, а в літературі за останніх більш як 30 років проти процесуальної аналогії відкрито не виступав ніхто [3, с.158]. Досить широко вона застосовується і на практиці. А П.Є.Недбайло з цього приводу писав: “Зловживання аналогією може бути лише приводом, а не підставою для виключення її з права, оскільки зловживання – справа факту, а не принципу” [4, с.458].

Юридична аналогія являє собою вирішення випадку, безпосередньо не врегульованого правом, але такого, що обов'язково знаходиться у сфері правового регулювання, шляхом застосування правової норми, яка регулює подібні за характером суспільні відносини (аналогія закону), чи на основі загальних засад законодавства або засад відповідної галузі права [5, с.656; 6, с.139; 7, с.370-371].

Аналогія закону застосовується тоді, коли при вирішенні конкретної справи правозастосовувач стикається з неврегульованими правом життєвими відносинами, однак у законі можна відшукати норми, які регулюють подібні, аналогічні відносини. Наприклад, Особлива частина КК передбачає ряд так званих спеціальних матеріально-правових підстав звільнення особи від кримінальної відповідальності, а в КПК норм, які б визначали процесуальний порядок вирішення цієї категорії справ, немає. Проте КПК визначає процесуальну форму розгляду кримінальних справ по звільненню особи від кримінальної відповідальності у зв'язку з дійовим каяттям, з примиренням обвинуваченого, підсудного з потерпілим у справах публічного обвинувачення тощо (ст.7-11<sup>1</sup> КПК)



Оскільки і перші і другі кримінально-правові відносини подібні, наведена прогалина процесуального закону може бути подолана, а на практиці долається шляхом застосування аналогії процесуального закону.

Аналогія права являє собою прийняття рішення по конкретній справі на основі засад законодавства в цілому чи засад галузі права, у нашому випадку права кримінально-процесуального. Тут, як і при застосуванні аналогії закону, так само існує необхідність у вирішенні певної нетипової життєвої ситуації, також немає норми права, яка б її регулювала. Крім того, при аналогії права відсутня і аналогічна норма, тобто норма, що регулює схожі суспільні відносини. Тому виникає потреба звертатися до принципів, які вже сформульовані в законодавстві [8]. Думаю, саме такий погляд на аналогію права висловлений у постанові Пленуму Верховного Суду України №9 від 1 листопада 1996 р. “Про застосування Конституції України при здійсненні правосуддя”, оскільки там записано: “Відповідно до ст.8 Конституції в Україні визнається і діє принцип верховенства права. Конституційні права та свободи людини і громадянина є безпосередньо діючими...” (п.1). І далі: “Суд безпосередньо застосовує Конституцію у разі ... 3) коли правовідносини, що розглядаються судом, законом України не врегульовано...” (п.2).

Особливо слід підкреслити, що аналогія є тільки юридичним прийомом, способом, який дозволяє лише подолати, але не усунути проблему. Загальна неврегульованість нетипової ситуації залишається. За допомогою аналогії долається окремий її випадок. Звідси, місцем застосування аналогії є суд, розгляд судом конкретної кримінальної справи.

Доказування фактичних обставин справи, операції з нормами та принципами права і особливо прийняття рішень при застосуванні юридичної аналогії досить складні, а тому вимагають надзвичайно відповідального і високопрофесійного підходу до справи. Окрім оцінки обставин справи, їх правової кваліфікації, іншої інтелектуальної та вольової діяльності, обов’язкової при традиційному процесі (вибір і аналіз правової норми, перевірка її чинності та юридичної сили, тлумачення, з’ясування меж дії в просторі, часі, кола осіб тощо), тут вимагаються додаткові дії з одночасним дотриманням умов необхідності та гарантій правомірності застосування аналогії.

По-перше, щоб виправдати аналогію, потрібно дійсно встановити прогалину. По-друге, для подолання прогалини мусять використовуватись методи, закладені в законі (правові методи). По-третє, правові підстави та результати застосування аналогії повинні знаходитися в лоні позитивного права. Наукові ідеї, посилання на принципи природного права людини, на зміну і переорієнтацію цінностей та інші суб’єктивні уяви правозастосовувача тут неприпустимі. По-четверте, повинні бути дотримані всі процесуальні права всіх

учасників процесу і не застосовано жодне обмеження. По-п’яте, застосування аналогії в усіх випадках і у рішеннях судів усіх рівнів мусить бути пояснено та вмотивовано, аргументовано, продемонстровано...

Отже, потрібна спеціальна методологія застосування юридичної аналогії, бажано закріпленої в законі. Сьогодні ж немає і наукової. Є лише незначні її намітки [9, с.27-28; 10, с.65-69]. Дана проблема не є простою і потребує ґрунтовного, капітального опрацювання.

І останнє. Вважаємо, що місцем застосування аналогії повинен бути лише змагальний процес і тільки у справах, для яких передбачена можливість руху по судових інстанціях, оскільки істина та справедливість закладені саме в такому кримінальному процесі.

1. Дані взяті: Богдановская И.Ю. Судебный прецедент – источник права? // Государство и право. – 2002. – №12. – С.5-10.
2. Цит. за: Книппер Р. Толкование, аналогия и развитие права: проблемы разграничения судебной и законодательной власти // Государство и право. – 2003. – №8. – С.5-9.
3. Відкрито виступили проти кримінально-процесуальної аналогії Т.М.Добровольська та В.І.Камінська (Добровольская Т.М., Каминская В.И. Новое исследование по теории уголовно-процессуального права. Рец. на кн.: Элькин П.С. Толкование и применение норм уголовно-процессуального права – М., 1967. – Советское государство и право, 1969. – №1. – С.158.
4. Недбайло П.Е. Применение советских правовых норм. – М.: Госиздат. юрид. лит-ры, 1960.
5. Лазарев В.В., Липень С.В. Теория государства и права: Учебник для вузов – М.: Спарт, 2000. – С.511.
6. Рабінович П.М. Основи загальної теорії права та держави: Навчальний посібник. – Одеса: Юрид. літ-ра, 2002. – С.173.
7. Загальна теорія держави і права / За ред. М.В.Цвіка, В.Д.Ткаченка, О.В.Петришина. – Х.: Право, 2002. – С.427.
8. В такому розумінні “аналогія права” – поняття досить умовне, оскільки не є умовиводом за аналогією. Тут відсутня норма, що регулює аналогічні суспільні відносини. В даному випадку мова може йти і про самостійне джерело права – принципи права.
9. Михасюк М.М., Нор В.Т., Шибіко В.П. Кримінальний процес України. – К.: Либідь, 1999. – С.354.
10. Белоносов В.О., Громов Н.А. Критерии допустимости аналогии в уголовном процессе // Государство и право. – 2001. – №7. – С. 65-69.

V.Popelyushko

#### METHODS OF OVERCOMING OF GAPS, KINDS AND PLACE OF ANALOGY USING IN THE CRIMINAL PROCEDURE

Among methods of overcoming of gaps in the criminal procedure the author separately selects and explores in this article a legal analogy. He makes the decision about necessity of the special methodology of using of legal analogy in the criminal procedure. The author considers, that the place of analogy using there must be only the competitive process and only in matters for which there is a possibility of motion across the judicial instances.

## **СПРОЩЕНИЙ ПОРЯДОК СУДОВОГО РОЗГЛЯДУ КРИМІНАЛЬНИХ СПРАВ ТА ЗАХИСТ ПРАВ ПІДСУДНОГО**

З метою удосконалення правового регулювання кримінально-процесуальних правовідносин та приведення їх у відповідність до Конституції України була проведена так звана “мала судова реформа”, у процесі якої було внесено цілу низку змін і доповнень до чинного Кримінально-процесуального кодексу України та прийнято новий Закон України “Про судову систему України”. Особлива увага законодавця при її проведенні була звернена на усунення невідповідності ряду норм Кримінально-процесуального кодексу України положенням Конституції України та на підвищення рівня захисту прав і законних інтересів учасників кримінального судочинства.

Однією з проблем, з якою законодавець стикнувся у процесі проведення реформи, було законодавче визначення повноважень суду у кримінальному процесі. Кримінально-процесуальний кодекс України закріплював норму, яка зобов’язувала суд всебічно, повно та об’єктивно дослідити всі обставини справи. У зв’язку зі збільшенням кількості кримінальних справ та потребою проведення судового розгляду в повному обсязі ця проблема могла бути вирішена одним із таких способів. Перший (екстенсивний) полягає у збільшенні кількості суддів. Другий (інтенсивний) передбачає відмову від ряду принципів кримінального судочинства та спрощення процедури прийняття кінцевих судових рішень по кримінальних справах (у даному випадку обвинувальних вироків) [1, с.480-481]. На даному етапі реформування кримінально-процесуального законодавства законодавець обрав другий варіант, йдучи по шляху диференціації кримінального судочинства. При цьому він відмовився від будь-яких особливостей дослідження доказів під час судового слідства (не передбачивши скорочене судове слідство, тобто часткове дослідження доказів), а закріпив більш радикальний порядок вирішення кримінальної справи – без традиційної форми судового розгляду.

Це нововведення, здійснене шляхом зміни норми ст.299 Кримінально-процесуального кодексу України та доповнення його ст.301<sup>1</sup>, у юридичній літературі визначається як “спрощена процедура правосуддя” [2, с.22-24]. Проте необхідно зазначити, що термін “спрощена процедура правосуддя” не зовсім відповідає запровадженню нововведенню, оскільки, по-перше, законодавець обмежився лише закріпленням вищенаведених норм Кримінально-процесуального кодексу України, не усуваючи при цьому протиріччя запроваджених положень із уже існуючими та не встановлюючи підстав та умов їх застосування, а по-друге, вказані норми стосуються лише порядку судового

розгляду кримінальних справ. Тому більш доречним є термін “спрощений порядок судового розгляду кримінальних справ”, оскільки зміни пов’язані, по суті, лише з визнанням за недоцільне дослідження доказів стосовно тих фактичних обставин справи та розміру цивільного позову, які ніким не оспорожуються (тобто в даному випадку відсутнє судове слідство).

Намір законодавця цілком зрозумілий. Застосування спрощеного порядку судового розгляду покликане досягнути поставлені законодавцем завдання: прискорення судочинства, економію судових засобів і скорочення судових витрат [3, с.573]. Проте дані зміни практично перетворили правосуддя в кримінальних справах у двояку форму його відправлення: змішану та суто змагальну (позовно-обвинувальну), вибір якої в кожному конкретному випадку залежить від поміркованості суду [4, с.25].

Дослідженню окремих питань запровадження та застосування спрощеного порядку судового розгляду кримінальних справ присвячені праці Б.Т.Безлепкіна, Л.М.Лобойка, А.В.Победкіна, В.О.Попелюшка, В.М.Тертишника та ін. При вивченні цих питань було висловлене вкрай негативне ставлення до запровадження спрощеного порядку судового розгляду кримінальних справ [4, с.29-30; 5, с.39-42]. У юридичній літературі надання підсудним згоди на розгляд кримінальної справи при спрощеному порядку судового розгляду тісно пов’язується з визнанням ним своєї вини, оскільки вирок (зрозуміло, обвинувальний) ґрунтується лише на одному “голому” визнанні підсудним своєї вини [6, с.247] та нерідко прирівнюється до угоди про визнання вини, оскільки норми про особливості судового слідства відкривають шлях для угоди між прокурором та обвинуваченим, у результаті якої обвинувачений може зізнатися у вчиненому ним злочині в обмін на перекваліфікацію діяння за нормою Кримінального кодексу, яка передбачає більш м’яке покарання [7, с.28]. Проте слід зазначити, що ст.299 Кримінально-процесуального кодексу України не передбачає визнання підсудним своєї вини у вчиненні злочину як необхідної умови застосування спрощеного порядку судового розгляду кримінальних справ. Цілком зрозуміло, що підсудний може не заперечувати проти визнання недоцільним дослідження доказів стосовно фактичних обставин справи та розміру цивільного позову лише у випадках, коли він визнає свою вину або погоджується з пред’явленим обвинуваченням. Проте пряма вказівка на це у законі відсутня.

Застосування спрощеного порядку судового розгляду кримінальних справ не може розглядатися як угода про визнання вини, оскільки вони мають декілька суттєвих відмінностей:

1) ініціатива застосування спрощеного порядку судового розгляду кримінальних справ за чинним Кримінально-процесуальним кодексом України

Актуальні проблеми вдосконалення чинного законодавства України

виходить від суду, а сторони при цьому лише висловлюють згоду на застосування такої процедури. Угода про визнання вини за англо-американською моделлю змагального процесу характеризується тим, що обвинувачений (підсудний) та обвинувач по кримінальній справі розробляють взаємоприйнятне рішення по справі, яке підлягає затвердженню судом. При цьому суд не бере участі ні в яких переговорах, що ведуть до такої угоди [8, с.118];

2) суть спрощеного порядку судового розгляду кримінальних справ за чинним Кримінально-процесуальним кодексом України зводиться лише до непровадження судового слідства, а підсудний при цьому не отримує жодних уступок від сторони обвинувачення. А угода про визнання вини передбачає, що обвинувачений (підсудний) отримує певні уступки в обмін на відмову від своїх прав, включаючи право на судовий розгляд. При цьому уступки обвинуваченому (підсудному) зводяться до зняття окремих пунктів обвинувачення або до скорочення строку вироку [8, с.122-127].

Отже, застосування спрощеного порядку судового розгляду кримінальних справ за своєю суттю не відповідає угіді про визнання вини, а тому розглядати їх як тотожні правові положення неможливо. Крок у напрямку наближення законодавчої моделі спрощеного порядку судового розгляду кримінальних справ до угоди про визнання вини зроблений у проекті Кримінально-процесуального кодексу України.

Вимога закону про забезпечення захисту прав і свобод людини, забезпечення правильного вирішення справи передбачає обов'язок сторони обвинувачення і захисту, а також суду перевірити всі можливі версії в справі, ретельно, скрупульозно досліджувати всі докази в справі, з'ясувати всі можливі джерела доказової інформації і вжити заходів до одержання достовірних фактичних даних, надати можливість усім учасникам процесу безпосередньо брати участь у процесі доказування і реалізувати свої права з дослідження обставин, що стали предметом судового розгляду [9, с.799]. А тому застосування спрощеного порядку судового розгляду кримінальних справ призводить до порушення ряду принципів кримінального судочинства: як конституційних засад правосуддя (законність, забезпечення доведеності вини, змагальність сторін та свобода в наданні ними суду своїх доказів і у доведенні перед судом їх переконливості, підтримання державного обвинувачення у суді прокурором, забезпечення обвинуваченому права на захист, забезпечення апеляційного та касаційного оскарження рішення суду, крім випадків, установлених законом), так і принципів кримінального процесу (безпосередність і усність судового розгляду, об'єктивність і неупередженість суддів). Передбачаючи можливість заперечень, які зводяться до того, що спрощений вид судочинства – це лише виняток із загального правила, а винятки з принципів допускаються. В.О. Попе-

люшко зазначав, що у цьому випадку має місце не виняток із загального правила, а нова засада судочинства – принцип процесуальної економії, і закладений у нього зміст перекреслює всі інші підвалини правосуддя [2, с.24]. Жодних винятків із принципів законності, презумпції невинуватості, забезпечення права на захист, змагальності допускати не можна, оскільки вони неодмінно призведуть до порушення прав учасників кримінального судочинства.

Застосування спрощеного порядку судового розгляду кримінальних справ тягне за собою порушення прав підсудного, зокрема його права на захист. Так, ініціатива застосування спрощеного порядку судового розгляду кримінальних справ виходить від суду. Складається враження, що суд, пропонуючи сторонам у порядку ч.3 ст.299 Кримінально-процесуального кодексу України застосування спрощеного порядку судового розгляду кримінальних справ, наперед упевнений у винуватості підсудного, а тому вважає за недоцільне дослідження зібраних доказів. Обсяг дослідження доказів встановлює суд і його рішення з цього питання може не співпадати з позиціями сторін [6, с.247], а тому спрощений порядок судового розгляду кримінальних справ не можна розглядати як рішучий крок у бік посилення засади диспозитивності [10, с.354]. Доцільніше було б надати право ініціювання застосування спрощеного порядку судового розгляду кримінальних справ підсудному та його захиснику, оскільки це, по-перше, сприятиме подальшій реалізації принципу змагальності, з позицій якого суд повинен бути пасивним у доказуванні, а по-друге, служитиме додатковою гарантією забезпечення та захисту прав і законних інтересів підсудного.

Предметом спрощеного порядку судового розгляду кримінальних справ є не встановлення фактичних обставин вчиненого злочину та винуватості підсудного в його вчиненні, а лише дотримання порядку виявлення згоди сторін на пропозицію суду про визнання недоцільним дослідження доказів стосовно тих фактичних обставин справи та розміру цивільного позову, які ніким не оспоруються (тобто порядку постановлення вироку без судового розгляду). У зв'язку з тим, що судове слідство не проводиться взагалі, суд не може встановити пом'якшуючі вину підсудного обставини.

При наданні підсудним згоди на визнання недоцільним дослідження доказів обов'язково повинен бути присутнім захисник, оскільки доцільність надання згоди сторони захисту на застосування спрощеного порядку судового розгляду кримінальної справи потребує детальної оцінки доказів із позицій захисту. У випадку відмови підозрюваного, обвинуваченого або підсудного від захисника у порядку ст.46 Кримінально-процесуального кодексу України йому це може бути неспосильним і він у більшості випадків буде погоджуватися з пропозицією суду щодо застосування спрощеного порядку судового розгляду кримінальної справи.

Крім того, внаслідок постановлення вироку при застосуванні спрощеного порядку судового розгляду кримінальних справ порушуються права співучасників учиненого злочину, справа щодо яких виділена в окреме провадження. Адже такий висновок не може аргіогі не обумовлювати обвинувального вироку щодо співучасників, справи яких ще немає в суді, навіть тоді, коли вона буде розглядатися в повному обсязі [4, с.28].

Відповідно до ч.3 ст.299 Кримінально-процесуального кодексу України, підсудний та інші учасники судового розгляду позбавлені права оспорювати фактичні обставини справи та розмір цивільного позову, які ніким не оспорювалися, в апеляційному порядку. Можна погодитися з висловленою у юридичній літературі думкою про появу нової процесуальної фікції: в обвинувальному вироку допускається невідповідність висновків суду фактичним обставинам справи. Проте фіктивність його не може бути оспорена сторонами і не підлягає перегляду вищестоящим судом [11, с.527-528]. Відповідно підсудний та його захисник можуть оскаржити вирок суду першої інстанції лише у випадку істотного порушення кримінально-процесуального закону, неправильного застосування кримінального закону або невідповідності призначеного покарання тяжкості злочину або особі засудженого (пп.3-5 ст.367 Кримінально-процесуального кодексу України).

У юридичній літературі висловлюється думка про те, що факти, які сторонами не оспорюються, вважаються дослідженими та встановленими в судовому засіданні. Такий доказовий статус цих фактичних обставин дає можливість для посилання на них у вироках чи інших судових рішеннях [12, с.586]. Однак ця позиція суперечить ч.3 ст.299 Кримінально-процесуального кодексу України, оскільки викладення у вироку суду фактичних обставин справи як досліджених і встановлених дає можливість для оскарження невідповідності висновків суду, викладених у вироку, фактичним обставинам справи.

Застосування особливого порядку прийняття судового рішення за проектом Кримінально-процесуального кодексу України (ст.ст.475-478) суттєво відрізняється від спрощеного порядку судового розгляду кримінальних справ за чинним Кримінально-процесуальним кодексом України. Позитивні зміни зводяться до наступного:

1) здійснюється перехід на позиції диспозитивного регулювання випадків застосування особливого порядку прийняття судового рішення. Так, відповідно до ч.1 ст.475 проекту Кримінально-процесуального кодексу України, обвинувачений при закінченні досудового слідства, а також підсудний у підготовчій частині головного судового розгляду вправі заявити клопотання про постановлення вироку без проведення судового слідства. Відповідно можна зробити висновок, що в інституті постановлення вироку без проведення судо-

вого розгляду, який надає визнанню обвинуваченим своєї вини характер акту розпорядження предметом процесу, реалізується принцип диспозитивності [15, с.4-5];

2) посилюється роль захисту при застосуванні особливого порядку прийняття судового рішення. Так, клопотання про постановлення вироку без проведення судового слідства і судових дебатів у зв'язку зі згодою з пред'явленим обвинуваченням обвинувачених, підсудний заявляє у присутності захисника (ч.3 ст.476 проекту Кримінально-процесуального кодексу України) і лише після того, як здійснив консультації з захисником (ч.2 ст.475 проекту Кримінально-процесуального кодексу України). Судове засідання за клопотанням підсудного про постановлення вироку без проведення судового розгляду у зв'язку зі згодою з пред'явленим обвинуваченням проводиться за умови обов'язкової участі підсудного і його захисника (ч.1 ст.477 проекту Кримінально-процесуального кодексу України);

3) чітко визначається сфера застосування особливого порядку прийняття судового рішення. Згідно з ч.1 ст.475 проекту Кримінально-процесуального кодексу України він поширюється лише на кримінальні справи про злочини невеликої і середньої тяжкості. Окреслюються умови (ч.2 ст.475 проекту Кримінально-процесуального кодексу України) та порядок заявлення клопотання про особливий порядок прийняття судового рішення (ст.476 проекту Кримінально-процесуального кодексу України);

4) хоча судове слідство не проводиться, докази підлягають дослідженню судом. Так, суд повинен зробити висновок, що обвинувачення, з яким погодився підсудний, обґрунтоване і підтверджується доказами, які зібрано у справі (ч.2 ст.477 проекту Кримінально-процесуального кодексу України).

Незважаючи на суттєве вдосконалення правового регулювання застосування особливого порядку прийняття судового рішення, у проекті Кримінально-процесуального кодексу України також можна відмітити ряд недоліків:

1) в якості однієї з умов застосування особливого порядку прийняття судового рішення є згода обвинуваченого або підсудного з пред'явленим обвинуваченням і цивільним позовом (ч.2 ст.475 проекту Кримінально-процесуального кодексу України). Це ускладнює ситуацію, оскільки визнання обвинуваченим вини передбачає викладення ним відомостей про факти, що хоч і не повною мірою, але може сприяти виявленню неправдивих зізнань. Згода ж з обвинуваченням узагалі не передбачає вислуховування суддею показань обвинуваченого [13, с.62]. При цьому необхідно мати на увазі, що згода обвинуваченого або підсудного з пред'явленим обвинуваченням не завжди співпадає з визнанням ним своєї вини у вчиненні злочину. Враховуючи, що призначене підсудному за обвинувальним вироком суду покарання не може

перевищувати дві третини максимального строку або розміру найбільш суворого виду покарання, передбаченого за вчинений злочин (ч.2 ст.477 проекту Кримінально-процесуального кодексу України), обвинувачений (підсудний) та його захисник, оцінюючи наявні у кримінальній справі докази (зібрані як стороною обвинувачення, так і стороною захисту), будуть обирати, що доцільніше з позицій захисту:

– заявити клопотання про застосування особливого порядку прийняття судового рішення і розраховувати на призначення більш м'якого покарання (при відсутності пом'якшуючих вини обставин), оскільки особливий порядок прийняття судового рішення поширюється лише на кримінальні справи про злочини невеликої і середньої тяжкості (ч.1 ст.475 проекту Кримінально-процесуального кодексу України);

– не заявляти клопотання про застосування особливого порядку прийняття судового рішення і, розраховуючи на об'єктивність та неупередженість суду, використовувати наявні у кримінальній справі докази з метою доведення невинуватості або пом'якшення відповідальності підзахисного;

2) законодавець пішов по шляху наближення особливого порядку прийняття судового рішення до угоди про визнання вини (ч.2 ст.477 проекту Кримінально-процесуального кодексу України). Згоду обвинуваченого або підсудного з пред'явленим обвинуваченням можна розглядати як угоду про визнання вини, оскільки їй притаманні такі ознаки, як:

– ініціатива застосування особливого порядку прийняття судового рішення виходить від підсудного. Проте клопотання підсудного заявляється суду, а останній виступає ініціатором застосування особливого порядку прийняття судового рішення;

– підсудний у випадку виявлення згоди з пред'явленим обвинуваченням отримує “уступку” (призначене підсудному за обвинувальним вирокком суду покарання не може перевищувати дві третини максимального строку або розміру найбільш суворого виду покарання, передбаченого за вчинений злочин).

При цьому необхідно враховувати, що угоди про визнання вини, які, на перший погляд, здаються проявом диспозитивності, по суті продиктовані прагненням держави надмірно спростити кримінальне судочинство і не відповідають завданням відновлення порушеного злочином суспільного спокою [15, с.4-5].

Отже, правове регулювання як спрощеного порядку судового розгляду кримінальних справ за чинним Кримінально-процесуальним кодексом України, так і особливого порядку прийняття судового рішення за проектом Кримінально-процесуального кодексу України має цілу низку недоліків. Диферен-

ціація кримінального судочинства в залежності від певних, чітко визначених у законі, обставин необхідна. Слід погодитися з думкою А.В.Побєдкіна, що диференціація кримінального судочинства потрібна швидше за рахунок скорочення, спрощення досудового провадження [13, с.63] і лише з окремих видів злочинів. Судовий розгляд має особливу процесуальну форму, оскільки є останньою, найбільш надійною гарантією, що забезпечує справедливість та обґрунтованість вироку. Тому спрощення провадження судового розгляду, яке зводиться до визнання недоцільним дослідження тих або інших доказів, недопустиме, оскільки воно тягне за собою порушення прав і законних інтересів учасників кримінального судочинства. Більше того, на думку Л.М.Лобойка, спрощення у провадженні судового слідства, яке полягає в обмеженні дослідження доказів у справі, у кримінальному процесі змішаної форми за умови, коли Україна лише будує правову державу, призведе до загрози наближення форми процесу не до змагальної, а навпаки, до інквізиційної, за якої суд може перетворитися на “штампувальника” обвинувачень, висунутих органами досудового слідства і прокуратури [14, с.250]. Тому залишається незрозумілим, чому постановлення вироку без дослідження та встановлення судом фактичних обставин справи визнається доцільним.

На даному етапі реформування кримінально-процесуального законодавства з метою недопущення порушень прав і законних інтересів учасників кримінального судочинства окреслені вище проблемні питання можуть бути вирішені одним із двох шляхів: або шляхом визнання недоцільності такої диференціації форми кримінального процесу та виключення з Кримінально-процесуального кодексу України норм, які закріплюють можливість застосування спрощеного судового розгляду кримінальних справ, або шляхом приведення цих норм у відповідність до положень Конституції України та інших норм Кримінально-процесуального кодексу України.

Підтримуючи думку В.О.Попелюшка, який вважає, що конституційність положень ст.ст.299 і 301<sup>1</sup> мусить бути предметом розгляду Конституційного Суду України [2, с.24], необхідно зазначити, що предметом розгляду Конституційного Суду України має бути відповідність норм чч.3-5 ст.299 і ст.301<sup>1</sup> Кримінально-процесуального кодексу положенням чч.1 і 3 ст.129 Конституції України, а також нормам ст.ст.74, 245, 257, 318, 323, 334 та іншим Кримінально-процесуального кодексу України. Перед прийняттям нового Кримінально-процесуального кодексу України необхідно провести наукове обговорення доцільності закріплення у ньому положень щодо диференціації процесуальної форми стосовно судового розгляду і у випадку обґрунтування потреби такого нововведення розробити чітку законодавчу модель спрощення судового розгляду кримінальних справ.

У подальшому розглянуті вище проблемні питання залишатимуться актуальними та підлягатимуть дослідженню у таких напрямках:

- допустимість та умови спрощення процесуальної форми у кримінальному процесі;
- межі такого спрощення при провадженні досудового розслідування та судового розгляду кримінальних справ;
- максимальне забезпечення та дотримання прав і законних інтересів учасників кримінального судочинства.

1. Уголовный процесс: Учебник для юридических высших учебных заведений / Под общ. ред. В.И.Радченко. – М.: Юридический Дом “Юстицинформ”, 2003. – 752 с.
2. Попелюшко В. Скорий суд – неправий суд // Юридичний вісник України: Інформаційно-правовий банк. – 2001. – 15-21 вересня. – №37 (325). – С.22-24.
3. Уголовный процесс: Учебник для студентов юридических вузов и факультетов / Под общ. ред. В.М.Лебедева. – М.: Издательско-торговая корпорация “Дашков и К”, 2003. – 776 с.
4. Попелюшко В.О. “Мала” судова реформа в Україні та захист прав громадян. – Острог, 2003. – 124 с.
5. Тертишник В.М. Компромiс у кримінальному процесі // Вісник прокуратури. – 2002. – №4. – С.39-42.
6. Попелюшко В.О. Ще раз про спрощену процедуру правосуддя // Судова реформа в Україні: проблеми і перспективи. Матеріали науково-практичної конференції, 18 – 19 квітня 2002 р., м.Харків / Ред. кол.: В.В.Сташис (гол. ред.) та ін. – К.–Х.: Юрінком Інтер, 2002. – С.246-248.
7. Никандров В., Ворожцов С. Подсудимый заявил: ко мне применяли незаконные методы расследования // Российская юстиция. – 1995. – №8. – С.26-30.
8. Чижова М.А. Особый порядок судебного разбирательства // Возможности защиты в рамках нового УПК России. Материалы науч.-практ. конф. адвокатов, провед. Адвокат. палатой г. Москвы при содействии Коллегии адвокатов “Львова и партнеры” 17 апр. 2003 г. / Под ред. Г.М.Резника, Е.Ю.Львовой. – М.: ЛексЭст, 2003. – С.115-150.
9. Тертишник В.М. Кримінально-процесуальне право України: Підручник. – К.: А.С.К., 2003. – 1120 с.
10. Безлепкин Б.Т. Уголовный процесс России: Учебное пособие. – М.: ТК Велби. Изд-во “Проспект”, 2004. – 480 с.
11. Уголовный процесс России: Учебник / А.С.Александров, П.Н.Ковтун, М.П.Поляков, С.П.Серебров; Науч. ред. В.Т.Томин. – М.: Юрайт-Издат, 2003. – 821 с.
12. Кримінально-процесуальний кодекс України. Науково-практичний коментар / За заг. ред. В.Т.Маляренка, В.Г.Гончаренка. – К.: ФОРУМ, 2003. – 940 с.
13. Победкин А.В. Некоторые вопросы собирания доказательств по новому уголовно-процессуальному законодательству России // Государство и право. – 2003. – №1. – С.57-64.
14. Лобойко Л.М. Допустимість спрощення порядку судового розгляду справи у кримінальному процесі змішаної форми // Судова реформа в Україні: проблеми і перспективи. Матеріали науково-практичної конференції, 18-19 квітня 2002 р., м.Харків / Ред. кол.: В.В.Сташис (гол. ред.) та ін. – К.–Х.: Юрінком Інтер, 2002. – С.248-250.
15. Касаткина С.А. Публичность и диспозитивность в российском уголовном процессе / Автореферат диссертации на соискание ученой степени кандидата юридических наук. – М.: Институт государства и права Российской Академии наук, 2002. – 19 с.

#### THE SIMPLIFIED ORDER OF JUDICIAL CONSIDERATION OF CRIMINAL CASES AND PROTECTION OF THE RIGHTS OF THE INDICTEE

The analysis of positive and negative aspects of introduction of the simplified order of judicial consideration of criminal cases conducted from the point of view of protection of the rights and legitimate interests of the indictee is given. The correlation of this order with principles of the criminal procedure is analyzed.

**В.Д.Юрчишин**

#### ВРЕГУЛЮВАННЯ ПИТАНЬ, ПОВ'ЯЗАНИХ ІЗ СУДОВОЮ ЕКСПЕРТИЗОЮ ЗА ПРОЕКТОМ КРИМІНАЛЬНО-ПРОЦЕСУАЛЬНОГО КОДЕКСУ УКРАЇНИ

Конституція України вперше на конституційному рівні закріпила судову владу як рівноправну і самостійну поряд із двома іншими гілками влади – законодавчою та виконавчою (ст.6). З метою здійснення судово-правової реформи Верховна Рада України 22 квітня 1992 року схвалила Концепцію судово-правової реформи в Україні. Її мета полягає в утвердженні на засадах Конституції України судової влади як головного гаранта прав та свобод громадян шляхом відновлення верховенства судової влади у правозахисній діяльності та прийнятті нових законодавчих актів з урахуванням традицій вітчизняної правової думки, досвіду зарубіжних країн та світової практики.

Новели, внесені у 2001 р. у процесуальні кодекси, новий Закон України “Про судоустрій України”, прийняті Цивільний, Кримінальний та інші кодекси значною мірою привели у відповідність з Конституцією України та міжнародними актами процесуальне законодавство. Однак залишається не вирішеним питання, яке пов’язане з прийняттям нового Кримінально-процесуального кодексу України. На сьогодні у Верховній Раді знаходиться Проект Кримінально-процесуального кодексу України, який підготовлений народними депутатами Г.А.Васильєвим, В.Р.Мойсиком, О.М.Бандуркою, С.Б.Гавришем, Ю.А.Кармазіним, С.В.Киваловим, В.І.Мазуренком, В.В.Онопенком, М.О.Потебеньком та іншими.

Даний Проект КПК серед процесуальних джерел доказів, як і раніше, називає висновок судової експертизи, а також передбачає нове джерело – показання судового експерта (ч.3. ст.158).

На відміну від діючого КПК, Проект визначає поняття “висновок експерта” як наданий у письмовій формі зміст проведеного судовим експертом (судовими експертами) дослідження та висновки з питань, які поставлені перед

судовим експертом (судовими експертами) особою, що здійснює дізнання, слідчим, судом або сторонами судового розгляду кримінальної справи (ч.1 ст.171).

Наведене визначення є правильним, оскільки воно повною мірою відображає основні ознаки поняття “висновок експерта”:

- 1) воно виходить від особи, яка володіє спеціальними знаннями;
- 2) є результатом дослідження, проведеного експертом;
- 3) одержане у порядку, передбаченому кримінально-процесуальним законом;
- 4) як доказ складається з фактичних даних і висновків, які витікають із них.

Показаннями експерта за Проектом КПК є відомості, які повідомлені ним на допиті після отримання висновку судової експертизи з метою роз’яснення або уточнення цього висновку (ч.2 ст.171).

Вважається, що як самостійне джерело показання експерта можуть бути використані при доказуванні тільки в тому випадку, коли вони несуть нові знання, поряд із тими, які є у висновку [4, с.117].

Ю.К.Орлов наводить реальний приклад із практики, коли судова колегія Верховного Суду РСФСР, розглянувши в касаційному порядку справу Дебуса, засудженого за ч.2 ст.218 та ч.1 ст.208 КК РСФСР, скасувала вирок і направила справу на новий судовий розгляд відносно наявності у засудженого умислу на вбивство. В якості одного із доказів, які свідчили про наявність такого умислу, колегія посилалась і на показання експерта в судовому засіданні про те, що для нанесення тілесних ушкоджень, які були спричинені потерпілому, не потрібно великих фізичних зусиль, при цьому враховуючи розмір ножа та фізичну комплекцію винного [5, с.42].

Саме про такі знання йдеться у ч.3 ст.171 Проекту: показання експерта перевіряються і оцінюються в сукупності з його висновком та іншими доказами. В інших випадках показання експерта є лише роз’ясненням висновку експерта, тобто способом його перевірки.

Дійсно, метою допиту експерта чинний закон (ст.201 КПК України) називає одержання “роз’яснення або доповнення висновку”. Отже, за необхідності експерт може дати роз’яснення щодо змісту висновку, зокрема щодо застосованої ним методики дослідження, вжитої термінології. У цьому випадку фактичні дані, одержані слідчим чи суддею під час допиту експерта, не є самостійним джерелом доказів.

Доповнення висновку експерта може полягати, зокрема, в додатковій аргументації окремих положень висновку, повідомленні про виявлені при проведенні експертизи факти, з приводу яких йому не були поставлені запитання в ухвалі суду чи постанові судді про призначення експертизи, наведенні мотивів окремих відповідей на поставлені запитання, якщо для цього не

потрібне додаткове експертне дослідження, інакше суд чи суддя має призначити додаткову експертизу.

У свою чергу, ст.311 чинного КПК передбачає, що після оголошення висновку експертові можуть задаватися питання для “роз’яснення і доповнення його висновку”. Отже, у Проекті йдеться про можливість проведення додаткової, а не повторної експертизи, тому самостійним джерелом доказу в суді можуть бути як показання експерта, який проводив експертизу на досудовому слідстві, так і іншого експерта. Однак у Постанові Пленуму Верховного Суду України №8 від 30.05.97 “Про судову експертизу по кримінальних і цивільних справах” зазначається, що за змістом ст.75 КПК або ст.61 ЦПК додаткова експертиза призначається після розгляду судом висновку первинної експертизи, коли з’ясується, що усунути неповноту або неясність висновку шляхом допиту експерта неможливо (ч.2 п.10 Постанови №8) [6, с.23].

Слід відзначити, що в Проекті КПК знайшло відображення поняття “кримінального переслідування”, яке складається з таких стадій (ст.181):

- 1) попередня перевірка заяв, повідомлень чи іншої інформації про злочин;
- 2) дізнання;
- 3) досудове слідство;
- 4) підтримання обвинувачення в суді.

Тим більше, що призначення судових експертиз називається в Проекті КПК серед засобів перевірки інформації про злочини (ч.1 ст.211). Мається на увазі, що судова експертиза може бути призначена і проведена до прийняття рішення про порушення кримінальної справи.

Відповідно до ч.1 ст.280 це може мати місце у виняткових випадках, крім передбачених у пунктах 4-7 ст.279 Проекту КПК, для з’ясування обставин, необхідних для вирішення питання про порушення кримінальної справи. Отже, за Проектом судова експертиза може бути проведена до порушення кримінальної справи, зокрема для встановлення причин смерті; для встановлення тяжкості і характеру тілесних ушкоджень; у справах про злочини проти статевої недоторканості людини (пп.1-3 ч.1 ст.279). Причому за цих підстав судова експертиза призначається обов’язково.

З’ясування всіх інших обставин, від яких залежить вирішення питання про підстави до порушення кримінальної справи з використанням висновку експертизи, залежить від погляду особи, яка здійснює перевірку.

Діюче кримінально-процесуальне законодавство не відносить спеціальні знання до засобів, які можуть бути використані до порушення кримінальної справи. Відомо, що найбільш гостро потреба застосування спеціальних знань у галузі науки, техніки, мистецтва та ремесла виникає на стадії порушення кримінальної справи. При цьому слід враховувати, що в деяких випадках без

допомоги спеціальних знань об'єктивно неможливо вирішити питання про порушення кримінальної справи. Так, насильницький чи ненасильницький характер смерті може бути встановлений тільки шляхом проведення експертизи. Проведення експертизи до порушення кримінальної справи є необхідним також при вчиненні деяких злочинів проти громадської безпеки, злочинів у сфері обігу наркотичних засобів, психотропних речовин, їх аналогів або прекурсорів, оскільки вирішити питання про те, чи є зброя злочину вогнепальною або холодною зброєю, виявлена речовина – вибухівкою або наркотичною речовиною, може тільки експерт. Тим більше, що Проект не відносить до підстав проведення експертизи до порушення кримінальної справи дослідження властивостей предмета злочину, який вказаний у статті Кримінального кодексу України (наркотиків, зброї), якщо для цього потрібні спеціальні знання. Також слід враховувати і той факт, що далеко не кожен вид судової експертизи може бути призначений до порушення кримінальної справи.

Слід зазначити, що КПК Узбекистану (1994), Казахстану (1997) та Росії (2001) законодавчо врегулювали проведення експертизи в стадії порушення кримінальної справи [7, с.3].

Досить важливими є новели щодо прав захисника підозрюваного та обвинуваченого при призначенні і проведенні судової експертизи. Права підозрюваного та обвинуваченого, передбачені ч.1 ст.285 Проекту КПК, належать також і їх захиснику. Відповідно до ч.3 цієї статті слідчий повинен ознайомити захисника з постановою про призначення судової експертизи. За клопотанням захисника слідчий та особа, яка проводить дізнання, можуть дозволити йому бути присутнім при проведенні експертом окремих досліджень (ч.4 ст.285).

Якщо експертиза призначалась до порушення кримінальної справи чи до вступу захисника у справу, названі права надаються йому після набуття процесуального статусу захисника (ч.6 ст.285 Проекту).

Відповідно до п.4 ч.1 ст.279 Проекту судова експертиза призначається обов'язково, зокрема для визначення психічного стану підозрюваного, обвинуваченого, підсудного за наявності в справі даних, які викликають сумнів щодо його осудності. Відповідно у ч.1 ст.512 КПК передбачено, що у справах осіб, щодо яких здійснюється провадження про застосування примусового заходу медичного характеру, участь захисника є обов'язковою з моменту встановлення судово-психіатричною експертизою факту психічного захворювання особи. Вважається, що замість даних слів слід використати відповідну норму діючого КПК – “з моменту встановлення факту наявності в особи душевної хвороби”, яка є у п.3 ч.1 ст.57 Проекту КПК і яка за колізії норм має застосовуватись при вирішенні питання щодо моменту вступу захисника до справи.

Враховуючи вищевикладене, на нашу думку, в кримінальному законодавстві України слід закріпити нове джерело доказів – показання експерта, оскільки це зумовлено, насамперед, вимогами практики та особливостями процесуального становища експерта. Тим більше відомості, які повідомлені експертом на допиті, можуть змінити характер та зміст раніше отриманих висновків.

- 1 Конституція України, прийнята на п'ятій сесії Верховної Ради України 28.06.1996 р // ВВРУ - 1996. - №30. - Ст.141.
- 2 Кримінально-процесуальний кодекс України: Проект, підготовлений народними депутатами України: Г.А.Васильєвим, В.Р.Мойсиком, О.М.Бандуркою, І.В.Вернидубовим, С.Б.Гавришем, С.А.Івановим, Ю.А.Кармазіним, С.В.Киваловим, В.І.Мазуренком, М.А.Маркуш, М.В.Онисьюком, В.В.Онопенком, В.Ф.Сіренком, М.О.Потебеньком (станом на жовтень 2003 р) - К., 2003. - 389 с.
- 3 Кримінально-процесуальний кодекс України. Цивільно-процесуальний кодекс України / Верховний Суд України; Відп. ред. Т.В.Маляренко. - К.: Юрінком Інтер, 2001. - 352 с.
- 4 Гаснюк І., Щербаківський М.Г. Особливості проведення експертизи в суді // Криміналістичний вісник: Науково-практичний збірник. Вип.1 / Держ експертно-криміналістичний центр МВС України: НАВСУ. - Одеса: ЛАТСТАР, 2000 - С.111-120.
- 5 Орлов Ю.К. Производство экспертизы в уголовном процессе: Учебное пособие. - М.: ВЮЗИ, 1982 - 79 с.
- 6 Про судову експертизу в кримінальних і цивільних справах. Постанова Пленуму Верховного Суду України від 30 травня 1997 року №8 // Судові експертизи в Україні. Зб. нормат. актів. - К.: Юрінком Інтер, 2002. - С.23-29.
- 7 Зуева А.Л., Самарский В.Г. Особенности назначения экспертизы в стадии возбуждения уголовного дела // Российский следователь. - 2001. - №5. - С.2-3.

V.Yurchyshyn

#### SETTLEMENT OF QUESTIONS RELATED TO THE JUDICIAL EXAMINATION BY THE PROJECT OF THE CRIMINAL PROCEDURE CODE OF UKRAINE

In article the author considers some questions of setting and conducting of judicial examinations by the project of the criminal procedure code of Ukraine. The author comes to conclusion about necessity of fixing in the criminal procedure legislation of Ukraine a new source of proofs - testimonies of expert.



Ю.О.Фідря

## АКТУАЛЬНІ ПРОБЛЕМИ УЧАСТІ ПРОКУРОРА В АПЕЛЯЦІЙНОМУ ПРОВАДЖЕННІ

Конституцією України (п.8 ч.3 ст.129) до основних засад судочинства віднесено забезпечення апеляційного оскарження рішення суду. Подальше законодавче закріплення та втілення в життя цього конституційного положення відбулося 21 червня 2001 року у зв'язку з прийняттям Закону України "Про внесення змін до Кримінально-процесуального кодексу України". Запровадження стадії перегляду судових рішень в апеляційному порядку стало важливим етапом у розбудові системи українського правосуддя на дійсно демократичних засадах. Саме апеляційна інстанція забезпечує недопущення виконання незаконного та необгрунтованого судового рішення, а також оперативне виправлення помилок та порушень закону, допущених на попередніх стадіях процесу, що є важливою гарантією права особи на захист. Проте поява нового інституту у процесуальному праві – апеляційного провадження – поряд із безумовно позитивними зрушеннями викликала чимало проблем теоретичного та практичного характеру.

Відповідно до ст.348 КПК України одним із суб'єктів апеляційного оскарження у кримінальному процесі є прокурор. У процесі реалізації конституційної функції – підтримання державного обвинувачення в суді – він забезпечує своєчасне та ефективне реагування на незаконне та необгрунтоване судові рішення в кримінальних справах, тим самим виконуючи завдання, покладені на нього Законом України "Про прокуратуру": "Прокурор, який бере участь у розгляді справ у судах, додержуючи принципу незалежності суддів і підкорення їх тільки закону, сприяє виконанню вимог закону про повний, всебічний і об'єктивний розгляд справ та постановленню судових рішень, що ґрунтуються на законі" (ст.34).

Безумовно, завдання та характер діяльності прокурора в кримінальному судочинстві як представника держави у світлі внесених до законодавства змін суттєво змінилися, що і зумовлює актуальність обраної теми, дослідженням якої займалися такі відомі науковці та практики, як В.Т.Маляренко, В.В.Долежан, М.В.Косюта, М.М.Мичко, Г.Омельяненко та інші.

Проте за три роки, що минули з часу запровадження апеляційного порядку перегляду судових рішень у кримінальних справах, накопичилося чимало проблем, які потребують теоретичного осмислення та практичного розв'язання. На наше переконання, причини цих проблем полягають насамперед у відсутності чіткого законодавчого регулювання, а тому завданням даної статті є правовий аналіз проблемних питань участі прокурора в апеля-

ційному провадженні та внесення пропозицій щодо вдосконалення законодавства, що регламентує діяльність прокурора у цій сфері.

Будучи суб'єктом апеляційного провадження, прокурор може виступати як **ініціатор** перегляду судових рішень у кримінальних справах в апеляційному порядку і як **учасник** апеляційного провадження, якщо він не подавав апеляції, вважаючи постановлене судові рішення в кримінальних справах законним та обгрунтованим.

Відповідно до п.8 ст.348 КПК України апеляцію має право подати прокурор, який брав участь у розгляді справи судом першої інстанції, а також прокурор, який затвердив обвинувальний висновок, – у межах обвинувачення, що підтримував прокурор, який брав участь у розгляді справи судом першої інстанції.

У процесі аналізу законодавчих актів, присвячених діяльності прокуратури, на сучасному етапі виникає питання: подача апеляції – це право чи обов'язок прокурора? КПК України розглядає подачу апеляції як **право** прокурора (п.8 ст.348). Аналогічну позицію підтримує і Закон України "Про прокуратуру" (ст.37). Проте у наказі Генерального прокурора України від 28.10.2002 р. №5 "Про організацію підтримання державного обвинувачення в суді, забезпечення його відповідності кримінальному та кримінально-процесуальному законодавству" своєчасне реагування на кожне незаконне судові рішення шляхом подачі апеляції за наявності для цього підстав розглядається як **обов'язок** прокурора, невиконання якого за наявності очевидних підстав для скасування чи зміни судового рішення, передбачених КПК України, розцінюється як неналежне виконання службових обов'язків працівниками прокуратури, які відповідно до закону мають право на таке реагування (ч.4 п.3). Пріоритет норм закону перед наказами Генерального прокурора України беззаперечний. Та, зрештою, йдеться про важливість та необхідність існування законодавчої норми, яка б закріплювала обов'язок прокурора реагувати на кожне незаконне, необгрунтоване судові рішення у кримінальних справах шляхом подачі апеляції, яку, на нашу думку, доцільно було б відтворити у Законі України "Про прокуратуру" та КПК України (до речі, до внесення змін у КПК України 21 червня 2001 року така норма існувала в ст.347).

Та чи не найбільш актуальним у контексті висвітлення теми доповіді є питання обмеження прав прокурорів як суб'єктів апеляційного провадження, на необхідність нагального розв'язання якого акцентувала увагу значна кількість науковців та юристів-практиків [1].

Дана проблема, на нашу думку, носить двоякий характер: **по-перше**, законодавець обмежив коло прокурорів-апелянтів лише двома суб'єктами, надавши право подати апеляцію прокурору, який брав участь у розгляді справи

судом першої інстанції, а також прокурору, який затвердив обвинувальний висновок, а, по-друге, кримінально-процесуальний закон ще й обмежив цих прокурорів позицією прокурора, який брав участь у розгляді справи судом першої інстанції. Таке процесуальне положення прокурора в суді апеляційної інстанції призводить до того, що за відсутності прокурорів, яким надано право подати апеляцію, або у випадках очевидної неправильності позиції прокурора, який брав участь у розгляді справи судом першої інстанції, оскаржити незаконне та необгрунтоване рішення суду в апеляційному порядку не може жоден прокурор.

Ситуація ускладнюється ще й наявністю суперечностей між Законом України “Про прокуратуру” та КПК України, а також спорами про пріоритет застосування цих законодавчих актів між працівниками суду та прокуратури. Відповідно до ст.37 Закону України “Про прокуратуру” право внесення апеляційного подання на вироки, ухвали і постанови судів надається прокурору і заступнику прокурора в межах їх компетенції, незалежно від їх участі в розгляді справи в суді першої інстанції. Тоді як згідно з п.8 ст.348 КПК апеляцію мають право подати прокурор, який брав участь у розгляді справи судом першої інстанції, а також прокурор, який затвердив обвинувальний висновок. Водночас, КПК України (ст.25) зобов’язує прокурора на всіх стадіях кримінального судочинства вживати передбачених законом заходів до усунення будь-яких порушень закону, від кого б ці порушення не виходили, проте ніяких заходів впливу та засобів реагування чинне законодавство не передбачило.

З метою вирішення проблеми обмеження прав прокурора в апеляційному провадженні нами підтримуються пропозиції, висловлені в багатьох наукових публікаціях, щодо виключення з п.8 ст.348 КПК України слів-застереження “...в межах обвинувачення, що підтримував прокурор, який брав участь у розгляді справи судом першої інстанції” та необхідності надання права подавати апеляцію вищестоящим прокурорам, незалежно від їх участі у справі. Розширення кола прокурорських працівників як ініціаторів апеляційного провадження сприятиме підвищенню якості підтримання державного обвинувачення в апеляційній інстанції, а відповідно, і захисту прав людини від порушень закону.

Важливою теоретичною та практичною проблемою є відсутність у вищестоящих прокурорів права вносити зміни та доповнення до апеляції, поданої прокурором-апелянтом. Відповідно до ч.1 ст.355 КПК України право доповнити, змінити чи відкликати апеляцію має особа, яка її подала. Іншими словами, це право має лише прокурор, який брав участь у розгляді справи судом першої інстанції, або прокурор, який затвердив обвинувальний висновок (залежно від суб’єкта апеляційного оскарження). Поза тим Закон України “Про прокуратуру” (ст.40) надає право змінити чи доповнити апеляцію крім прокурора, який вніс апеляційне подання, ще й прокурору вищого рівня.

Суперечність двох законів очевидна, а тому виникає проблема їх застосування органами суду й прокуратури. Як засвідчує практика, судді, керуючись ст.355 КПК України, відмовляють у прийнятті змін чи доповнень, внесених вищестоящими прокурорами до апеляції, поданої прокурором, що підтримував обвинувачення в суді першої інстанції. Практичне застосування судами норм КПК України, а не законодавства про прокуратуру теоретично обгрунтоване, адже пріоритет спеціальної норми (КПК України) перед загальною нормою не потребує доведення.

Безумовно, вирішення цієї проблеми у компетенції законодавця. На нашу думку, право на внесення змін чи доповнень до апеляції повинен мати не тільки прокурор, що подав апеляцію, а й вищестоящий прокурор. Така позиція ґрунтується насамперед на принципі єдності та централізації організації і діяльності прокуратури з підпорядкуванням нижчестоящих прокурорів вищестоящим (п.1 ч.1 ст.6 Закону України “Про прокуратуру”). Власне сама назва конституційної функції прокуратури – підтримання державного (не будь-якого!) обвинувачення в суді – вказує на те, що прокурор виступає від імені держави. Крім того, очевидним є те, що працівники галузевого відділу підтримання державного обвинувачення в суді облпрокуратури мають вищий фаховий рівень, а тому повинні мати засоби впливу на якість документів прокурорського реагування.

З урахуванням вищенаведених доводів уявляється, що вищестоящий прокурор повинен мати право не лише змінювати чи доповнювати апеляцію, подану прокурором-апелянтом, але й право відкликати її. Деякі науковці не погоджуються з цією думкою, посилаючись на непроцесуальний характер принципу централізації і єдності організації та діяльності прокуратури, тоді як участь прокурора в судовому розгляді справи регулюється процесуальними нормами. На думку Г.Омельяненко, “...як сторона в судовому розгляді прокурор вправі внести подання на вирок і зняття його подання вищестоящим прокурором обмежить це право, чим поставить прокурора – учасника судового розгляду в нерівне становище з іншими учасниками розгляду справи” [2].

Проте про повну рівність прокурора з іншими суб’єктами апеляційного провадження, навіть зважаючи на конституційний принцип рівності всіх учасників судового процесу перед законом і судом, говорити недоречно. Слід зауважити, що прокурор є специфічним суб’єктом кримінального процесу, оскільки він, маючи власну думку, зумовлену внутрішнім переконанням, водночас є “гвинтиком” централізованої державної структури, що стоїть на сторожі законності. На всіх стадіях кримінального судочинства (в тому числі і в стадії апеляційного провадження) прокурор відстоює не свої законні інтереси, а позицію прокуратури. Як зазначає В.Долежан, “...прокурор-обвинувач обстоює у суді

не свій власний інтерес, а є представником державного органу, побудованого на засадах централізації та єдиноначальності...” [3].

Участь прокурора в апеляційному провадженні в якості “пасивного” суб’єкта, тобто якщо він не подавав апеляції, вважаючи судові рішення законним та обґрунтованим, також викликає ряд проблем теоретичного і практичного характеру.

Насамперед викликає подив відсутність у главі 30 КПК України, яка встановлює порядок розгляду справи за апеляцією, вказівки на обов’язкову участь прокурора в апеляційному провадженні. Як зазначає більшість науковців [4], обов’язкова участь прокурора у судовому розгляді всіх кримінальних справ у всіх судових інстанціях впливає із загальних норм Конституції України (п.1 ст.121), і це твердження нами під сумнів не ставиться. Але у спеціальному нормативно-правовому акті, яким є КПК України, прямі вказівки на обов’язкову участь прокурора містяться лише у розділі III, який визначає порядок провадження справ у суді першої інстанції (ч.1 ст.240, ст.264 КПК), та у главі 31 “Касаційне провадження” (ст.391 КПК). Глава 30 КПК України “Розгляд справи за апеляцією” зазначає обов’язкову участь прокурора лише у попередньому розгляді справи (ч.2 ст.357 КПК України). Певною мірою на обов’язкову участь прокурора у розгляді справи в суді апеляційної інстанції вказує ч.6 ст.362 КПК України, відповідно до якої прокурор, якщо він підтримує апеляцію, подану ним чи іншим прокурором, у судових дебатах виступає першим, а в інших випадках – останнім. Закон України “Про прокуратуру” взагалі містить давно застарілу норму про участь прокурора у судовому розгляді кримінальних справ залежно від характеру і ступеня суспільної небезпеки діяння.

На нашу думку, чинний КПК України (зокрема, ст.362) слід доповнити нормою такого змісту: “Участь прокурора в судовому розгляді справи в суді апеляційної інстанції є обов’язковою”. Наприклад, КПК Російської Федерації теж містить вказівку на обов’язкову участь у судовому засіданні апеляційної інстанції державного обвинувача (ч.3 п.1 ст.364). Відповідні зміни слід відтворити і в Законі України “Про прокуратуру”.

Участь прокурора в суді апеляційної інстанції, якщо він не подавав апеляції, викликає ще одну проблему, яка потребує законодавчого врегулювання. В порядку виконання вимоги щодо обов’язкової участі в апеляційному провадженні прокурор завжди присутній в судовому засіданні апеляційної інстанції, навіть якщо він не подавав апеляції через відсутність очевидних підстав для зміни чи скасування судового рішення в кримінальних справах. Проте навіть за таких обставин прокурор не залишається спостерігачем, а відповідно до вимог КПК України та Конституції України продовжує виконання функції підтримання державного обвинувачення в суді, висловлюючи

свою думку щодо заявлених клопотань (ч.3 ст.296 КПК), обсягу доказів, що підлягають дослідженню, та порядку їх дослідження (ч.1 ст.299 КПК), у разі необхідності допитує підсудного, свідків, задає питання експертові, а також відповідно до ч.6 ст.362 КПК України виступає в судових дебатах, висловлюючи свої міркування щодо тієї частини вироку, яка оскаржена, та з приводу поданих апеляцій. Постає питання: чи обмежений прокурор, який бере участь у судовому засіданні апеляційної інстанції, при вчиненні зазначених дій, позицією прокурора, який брав участь у суді першої інстанції? КПК України (п.8 ст.348) дає на це запитання ствердну відповідь, проте доцільність такого обмеження викликає серйозні сумніви, адже вищестоящий прокурор, підтримуючи державне обвинувачення в суді апеляційної інстанції, перетворюється на статиста, тоді як в силу покладених на нього функцій та завдань він повинен займати активну позицію.

На думку автора, врахування вищенаведених пропозицій у новому Законі України “Про прокуратуру” та КПК України дасть можливість як прокурору-ініціатору перегляду справи в апеляційному порядку, так і прокурору-учаснику апеляційного провадження ефективно виконувати свої завдання та підтримувати державне обвинувачення в суді апеляційної інстанції, що істотно зміцнить роль прокурора як представника органу публічної влади, призначеного для захисту прав громадян і держави.

1. Коваль В. Ініціювання апеляційного провадження // Вісник прокуратури. – 2003. – №12. – С.97-101; Маляренко В.Т. Про подання апеляції на судові рішення в кримінальних справах // Вісник Верховного Суду України. – 2002. – №1. – С.42-53.
2. Омсьлянєнко Г. Прокурор як суб’єкт перевірки законності та обґрунтованості судової постанови в кримінальному судочинстві України // Право України. – 1999. – №4. – С.59
3. Долежан В., Полянський Ю. Вимоги до прокурорів-обвинувачів у світлі рекомендацій Ради Європи // Вісник прокуратури. – 2003. – №12. – С.12.
4. Косюта М.В. Прокурорська система України в умовах демократичного суспільства. – Одеса: Юридична література, 2002. – С.181-194; Ігнатенко Ю. Окремі питання участі прокурора в кримінальному судочинстві // Вісник прокуратури. – 2002. – №1. – С.70-73; Гарник М. Роль прокуратури у судовому захисті прав людини // Вісник прокуратури. – 2002. – №1. – С.8-12.

Y.Fidrya

#### ACTUAL PROBLEMS OF PUBLIC PROSECUTOR'S PARTICIPATION IN APPELLATE PROCEEDING

This article outlines the theoretical and practical problems in the process of realization of the constitutional function of supporting state accusation in the court of appellate instance by the public prosecutor. A public prosecutor is examined in two aspects, as initiator of reviewing court decisions in criminal cases and as participant of appellate proceeding. It is analyzed the problem of limitation of public prosecutor's rights as a subject of appeal proceeding and the problem of his obligatory participation in appellate instance, and also considered a debatable question about public prosecutor's obligation of ordering an appeal. It is proposed to improve the legislative regulation of these issues by introduction of changes to Criminal procedural code of Ukraine and laws dedicated to public prosecutor's activity.

**В.В.Навроцька**

## ДИСКУСІЙНІ ПИТАННЯ ЩОДО ОБОВ'ЯЗКОВОСТІ ДЛЯ ПОТЕРПІЛОГО ТА ОБВИНУВАЧЕНОГО ДЕЯКИХ ПОСТАНОВ ОРГАНІВ, ЩО ВЕДУТЬ КРИМІНАЛЬНИЙ ПРОЦЕС

Чинне законодавство йде по шляху розширення прав учасників судочинства. Безумовно, така ситуація є позитивною. Однак не менш важливим є і правильне розуміння обсягу і змісту вже існуючих процесуальних прав та обов'язків.

У даній статті робиться спроба з'ясувати, чи обов'язковим є для потерпілого та обвинуваченого виконання окремих постанов органів, що ведуть кримінальний процес – про проходження експертиз, освідування, надання зразків для експертного дослідження, – та які заходи можуть бути застосовані до них у разі їх невиконання.

Проект КПК закріплює, що обвинувачений (п.4 ст.48) та потерпілий (п.4 ст.60) “не вправі перешкоджати виконанню постанов про освідування, одержання зразків для експертного дослідження, поміщення до медичного закладу для проведення експертизи та інших процесуальних рішень” [9].

Однак висловлюється сумнів щодо того, чи є виконання вказаних постанов обов'язком для обвинуваченого. Зазначається, що одним із прав підозрюваного, обвинуваченого, підсудного є право на захист, а одним з його елементів є так зване “право на мовчання” (свобода від самовикриття, викриття членів сім'ї та близьких родичів, коло яких визначається в законі). Зазначається, що даний термін охоплює не лише словесний, а й будь-який спосіб передачі інформації користувачем цього права. Так, у процесуальній літературі наводиться приклад, коли обвинувачений, розмова якого з хабародавцем була записана на аудіокасету, посилаючись на відповідне положення Конституції Російської Федерації (аналог якого є і в українському законодавстві), відмовився надавати зразки свого голосу для експертного ідентифікаційного дослідження. Висловлюється думка про те, що будь-яка особа вправі відмовитися від надання зразків крові, слини, інших виділень організму, зразків почерку, від участі в експертних дослідженнях і будь-яких інших діях по збору доказів проти самого себе і своїх близьких родичів [5, с.33-34]. Однак такий висновок є необґрунтованим, оскільки право на свободу від самовикриття, викриття членів сім'ї і близьких родичів передбачає, що “особа не несе відповідальності за відмову давати пояснення та показання щодо себе, членів сім'ї та близьких родичів, коло яких визначається законом”. Пояснення ж і показання учасників кримінального судочинства про обставини, що мають значення для справи, завжди мають характер *повідомлень*, тобто вони мають лише словесний вираз.

Таким чином, можливість обвинуваченого (підозрюваного, підсудного) відмовитися від проходження освідування, від одержання у нього зразків для експертного дослідження чи від поміщення його у медичний заклад для проходження експертизи не є складовим елементом права на захист, а також не є якимось окремим, самостійним правом, що передбачене чинним КПК України. А оскільки в кримінальному процесі відповідно до принципу диспозитивності його учасники можуть володіти та розпоряджатися лише тими правами, які чітко закріплені в законі, то це означає, що виконання зазначених вище постанов є також обов'язком і для обвинуваченого.

Цікавим є і питання про те, чи можливе застосування фізичного примусу у разі відмови від виконання зазначених рішень органів, що ведуть кримінальний процес.

Висловлюється думка, що таке насильство взагалі не допускається, оскільки в протилежному випадку буде порушуватися конституційне право на особисту недоторканність. Однак у кримінальному процесі без примусових заходів не обійтися. Зокрема, законними випадками їх використання (передбаченими і Конституцією України, і чинним КПК) є, наприклад, привід взяття під варту, затримання підозрюваного. Тому не слід забувати, що жодне (в тому числі і розглядуване) право не є абсолютним, що з кожного можливі певні винятки. В літературі справедливо зазначається, що “обмеження прав і свобод громадян у кримінальному судочинстві допускається у випадках, коли це обумовлюється публічним інтересом” [6, с.8]. Отже, застосування заходів процесуального примусу в розглядуваному випадку буде не порушенням даного права, а винятком із нього.

Важливим є і питання про те, чи може особа заперечувати проти застосування щодо неї заходів фізичного примусу, обґрунтовуючи це тим, що такі дії порушують право на повагу до її гідності. Слід зазначити, що гідність є дуже специфічним охоронюваним законом благом, яке залежить лише від суб'єктивної оцінки особи, яка, посилаючись на ст.28 Конституції України як на норму прямої дії, може фактично завжди бути проти будь-яких заходів процесуального примусу і тим самим унеможливити застосування їх до неї. Щоб цього не траплялося, слід, на нашу думку, доповнити згадану вже статтю Основного Закону таким положенням: “Не вважаються такими, що порушують право особи на повагу до її гідності, застосування заходів кримінально-процесуального примусу за умови, якщо вони відповідають вимогам законності та обґрунтованості”.

Переважна більшість процесуалістів висловлюється за можливість проводити примусове виконання постанов про освідування, одержання зразків для експертного дослідження, проведення експертиз щодо обвинуваченого.

оскільки зібраними по справі доказами ця особа викривається у вчиненні злочину і проявляє зрозумілу зацікавленість в укріпті слідів, знарядь, предметів, що знаходяться на ній чи при ній. Позбавляти слідчого і суд можливості виявляти і вилучати їх – значить зробити неможливим встановлення істини по багатьох кримінальних справах [4, с.335].

Щодо того, чи можна стосовно потерпілого проводити примусове виконання цих постанов, існує дві точки зору. Прихильники однієї з них вважають це недоцільним чи навіть шкідливим, мотивуючи тим, що потерпілий, крім того, що вже зазнав психологічної травми від злочину, може зазнати її і від застосування фізичного насильства при примусі до виконання таких постанов. Однак іншими науковцями висловлюється думка про те, що з загального правила про недопустимість примусового виконання таких постанов щодо потерпілого слід зробити один виняток. Мова йде про випадок, коли він у своїх показах викриває конкретну особу у вчиненні злочину і ця людина на їх основі затримана, взята під варту чи притягнута в якості обвинуваченого. А той, захищаючись, може заявляти клопотання про освідчування потерпілого чи проведення стосовно нього експертизи для встановлення відсутності в останнього слідів насильства. Прибічники такої позиції вважають, що інший підхід сприяв би висуненню потерпілим неправдивих звинувачень, перевірити які було б неможливо через займану ним негативну позицію [3, с.320; 7, с.174-175; 8, с.64]. Тому в інтересах захисту обвинуваченого примусове виконання щодо потерпілого цих постанов у такому випадку стає неминучим. І.Л.Петрухін зазначає, що, турбуючись про охорону прав одного з учасників кримінального судочинства, не треба забувати, що й інша сторона – обвинувачений – не може бути поставлена в гірше становище [7, с.175].

Слід також сказати, що при виконанні зазначених рішень органів, що ведуть кримінальний процес, права його учасників захищені не в повній мірі. Так, наприклад, проведення обшуку в житлі, що зачіпає право людини на недоторканність житла, вимагає санкції суду, а примусове виконання цих постанов, що деякою мірою обмежує право на особисту недоторканність, її не передбачає. З точки зору моральних цінностей різний рівень гарантій для цих дій нічим не виправданий. Тому для посилення обґрунтованості примусового проведення зазначених постанов доцільно передбачити в законі отримання у таких випадках санкції суду.

1. Конституція України. – К.: Преса України, 1997 – 80 с.
2. Кримінально-процесуальний кодекс України – К.: Атика, 2001 – 208 с.
3. Коваленко С.Г. Кримінальний процес України. Навч. посіб. – К.: Юріком Інтер, 2003 – 576 с.
4. Конституционные основы правосудия в СССР / Под ред. проф. В.М.Савицкого. – М.: Наука, 1981 – 360 с.

5. Куусмауль Р. Право на ложь и право на молчание как элементы права на защиту // Российская юстиция – 2003. – №2. – С.32-35.
6. Маринів В.І. Принцип особистої недоторканності в кримінальному процесі України / Автореф. дис. ... канд. юр. наук. – Харків: Нац. юр. академія ім. Ярослава Мудрого, 1999. – 19 с.
7. Петрухин И.Л. Личная жизнь: пределы вмешательства. – М.: Наука, 1989.
8. Пичкалева Г. Нравственный аспект принудительного освидетельствования потерпевших // Социалистическая законность. – 1976 – №3. – С.63-64.
9. Проект Кримінально-процесуального кодексу України від 19.05.2003 року ([www.kiev.rada.ua](http://www.kiev.rada.ua))

V.Navrotska

#### CONTROVERSIAL QUESTIONS ABOUT OBLIGATION FOR VICTIM AND DEFENDANT OF SOME DECISIONS OF ORGANS, THAT CONDUCT A CRIMINAL PROCESS

Implementation of decisions about passing examinations, medical examination, giving of standards for the expert research is obligatory both for victim, and for defendant (suspected, accused). The waiver of parties to the process of implementation of such decisions means, that to them there can be the applied measures of the judicial compulsion.

*Л.М.Палюх*

#### ДЕЯКІ ПИТАННЯ ЩОДО ПІДСТАВ ТА УМОВ ЗАСТОСУВАННЯ ПРИМУСОВИХ ЗАХОДІВ ВИХОВНОГО ХАРАКТЕРУ ЗА КРИМІНАЛЬНИМ СУДОЧИНСТВОМ УКРАЇНИ

З прийняттям нового Кримінального кодексу України виникли деякі спірні питання, що стосуються законодавчого врегулювання підстав та умов застосування примусових заходів виховного характеру, а також деяких інших пов'язаних із цим питань провадження у справах про застосування примусових заходів виховного характеру.

Ще раніше у юридичній літературі приділялася значна увага дослідженню питань про підстави та умови застосування примусових заходів виховного характеру. Вказані питання розглядалися, зокрема, такими науковцями, як Є.В.Благовим, В.І.Арьковою, С.Г.Келіною, Н.І.Гуковською, А.І.Долговою, Г.М.Міньковським.

У вітчизняній юридичній науці протягом останніх років питання щодо провадження у справах про застосування примусових заходів виховного характеру не було предметом самостійного дослідження, однак окремі аспекти, що стосуються законодавчого врегулювання цього інституту, розглядалися проф. Г.М.Омельяненко. Окремі питання, що стосуються порядку провадження у справах про застосування примусових заходів виховного характеру щодо неповнолітніх, які вчинили суспільно небезпечні діяння до досягнення

віку, з якого можлива кримінальна відповідальність, висвітлювалися у працях учених-процесуалістів С.М.Благодира, З.Д.Смітійенко.

У цій статті нами зроблено спробу сформулювати пропозиції щодо внесення змін у законодавство, що регулює провадження у справах про застосування примусових заходів виховного характеру, зокрема, до тих його норм, які пов'язані із закріпленими в кримінальному законі підставами та умовами для застосування примусових заходів виховного характеру, з метою усунення суперечностей, що містяться у нормах Кримінального і Кримінально-процесуального кодексів України.

Відповідно до чинного Кримінального кодексу України примусові заходи виховного характеру застосовуються у таких випадках:

- 1) при звільненні неповнолітнього від кримінальної відповідальності (ч.1 ст.97 КК України) – може мати місце відносно неповнолітнього, який вперше вчинив злочин невеликої тяжкості, якщо суд зробить висновок, що його виправлення можливе без застосування покарання;
- 2) при звільненні неповнолітнього від покарання (ч.1 ст.105 КК України) – може бути застосоване до неповнолітнього у разі вчинення ним злочину невеликої або середньої тяжкості, якщо судом буде визнано, що внаслідок щирого розкаяння та подальшої бездоганної поведінки він на момент постановлення вироку не потребує застосування покарання;
- 3) щодо особи, яка до досягнення віку, з якого може наставати кримінальна відповідальність, вчинила суспільно небезпечне діяння, що підпадає під ознаки діяння, передбаченого Особливою частиною Кримінального кодексу України (ч.2 ст.97 КК України).

Для застосування примусових заходів виховного характеру у кожному з указаних випадків необхідна сукупність певних умов та підстав, які встановлюються у процесуальному порядку. Лише їх наявність породжує для суду у перших двох випадках – при звільненні від кримінальної відповідальності і при звільненні від покарання – право, у третьому випадку – обов'язок закрити кримінальну справу із застосуванням примусових заходів виховного характеру.

До речі, викликає зауваження та обставина, що регламентація підстави для застосування примусових заходів виховного характеру щодо неповнолітніх, які вчинили суспільно небезпечне діяння до досягнення віку, з якого можлива кримінальна відповідальність, поміщена законодавцем у статтю під назвою “Звільнення від кримінальної відповідальності із застосуванням примусових заходів виховного характеру”. Уявляється, що оскільки по відношенню до осіб, які не досягли віку, з якого може наставати кримінальна відповідальність, така відповідальність взагалі не може застосовуватись у зв'язку з відсутністю суб'єкта злочину, то, відповідно, не може існувати і звільнення

від неї. Тому необхідно виділити норму, передбачену ч.2 ст.97 КК України, в окрему статтю кримінального закону.

Так, проф. Г.Омельяненко пропонує виділити в Кримінально-процесуальному кодексі України окрему главу, що регулювала би питання провадження у справах осіб, які вчинили суспільно небезпечні діяння до досягнення віку, з якого можливе настання кримінальної відповідальності, де серед інших повинно бути врегульовано і питання про підстави для застосування примусових заходів виховного характеру до вказаної категорії осіб [1, с.83]. Така пропозиція, на наш погляд, заслуговує на увагу, виходячи з того, що норми, які регулюють провадження у справах неповнолітніх осіб, які вчинили суспільно небезпечні діяння до досягнення віку, з якого можливе настання кримінальної відповідальності, поміщено у главі 36 КПК України “Особливості провадження в справах про злочини неповнолітніх”. У даному випадку немає злочину, оскільки відсутній такий елемент складу злочину, як суб'єкт злочину, зокрема, така його ознака, як досягнення віку, з якого можлива кримінальна відповідальність, тому сама назва глави не охоплює провадження у справах цієї категорії неповнолітніх. У зв'язку з цим уявляється необхідним виділити норми, що регулюють провадження у справах осіб, які вчинили суспільно небезпечні діяння до досягнення віку, з якого можлива кримінальна відповідальність, в окрему главу Кримінально-процесуального кодексу, сюди ж помістити і норму, передбачену ст.ст.7-3 КПК України “Порядок вирішення справ про суспільно небезпечні діяння, вчинені особою, яка не досягла віку, з якого можлива кримінальна відповідальність”.

Що стосується застосування примусових заходів виховного характеру в порядку ч.1 ст.105 КК України, тут має місце суперечність з нормою, що міститься у ч.1 ст.447 КПК України і стосується, зокрема, акта, яким суд застосовує примусові заходи виховного характеру. Зокрема, в ч.1 ст.447 КПК України вказано: “Коли суд при розгляді кримінальної справи, що надійшла з обвинувальним висновком, прийде до висновку про можливість виправлення неповнолітнього, який вчинив злочин невеликої або середньої тяжкості, без застосування кримінального покарання, він виносить ухвалу, а суддя постанову про закриття кримінальної справи і вирішує питання про застосування до неповнолітнього одного з примусових заходів виховного характеру, передбачених частиною 2 статті 105 Кримінального кодексу України”. У ч.1 ст.105 КК України зазначено, що неповнолітній, який вчинив злочин невеликої або середньої тяжкості, може бути звільнений судом від покарання, якщо буде визнано, що внаслідок щирого розкаяння та подальшої бездоганної поведінки він на момент постановлення вироку не потребує застосування покарання. Зі змісту вказаної статті випливає, що в даному випадку суд повинен виносити

обвинувальний вирок зі звільненням неповнолітнього від покарання з застосуванням примусових заходів виховного характеру. Окрім того, оскільки кримінальна справа надійшла до суду з обвинувальним висновком, уявляється правильним застосовувати примусові заходи виховного характеру при звільненні неповнолітнього від покарання при винесенні обвинувального вироку у кримінальній справі.

Відповідно до ч.2 ст.447 Кримінально-процесуального кодексу України, у справах, що надійшли до суду в порядку ст.ст.7-3, 9 КПК України (тобто, що стосуються звільнення неповнолітнього від кримінальної відповідальності із застосуванням примусових заходів виховного характеру, справи про застосування примусових заходів виховного характеру до осіб, які не досягли віку, з якого може наставати кримінальна відповідальність) виноситься ухвала (постанова) суду про закриття кримінальної справи та застосування до неповнолітнього примусових заходів виховного характеру.

Якщо порівнювати врегулювання вказаного питання у Кримінальному і Кримінально-процесуальному кодексах Російської Федерації, ці два випадки застосування примусових заходів виховного характеру мають самостійне процесуальне значення. Так, відповідно до статті 90 Кримінального кодексу Російської Федерації, звільнення від кримінальної відповідальності з застосуванням примусових заходів виховного характеру може мати місце стосовно неповнолітнього, який вперше вчинив злочин невеликої або середньої тяжкості, якщо буде визнано, що його виправлення може бути досягнуто шляхом застосування примусових заходів виховного характеру і здійснюється шляхом прийняття судом рішення про закриття кримінальної справи. Звільнення неповнолітнього від покарання із застосуванням примусових заходів виховного характеру відповідно до ч. 1 ст.92 КК РФ можливе у разі вчинення неповнолітнім злочину невеликої або середньої тяжкості і відповідно до ст.402 КПК РФ здійснюється при постановленні судом обвинувального вироку. У Кримінально-процесуальному кодексі Російської Федерації виділена окрема стаття – “Звільнення судом неповнолітнього від покарання із застосуванням примусових заходів виховного впливу” [2].

Таким чином, норми чинного Кримінального кодексу України, що регулюють застосування примусових заходів виховного характеру, на сьогодні не в повній мірі узгоджено з нормами кримінально-процесуального законодавства, а тому втрачає своє процесуальне значення зазначене вище закріплене у кримінальному законодавстві України розмежування випадків застосування примусових заходів виховного характеру. У зв'язку з цим уявляється необхідним ввести у КПК України окремі норми, де було б урегульовано окремо питання про застосування примусових заходів виховного характеру у разі

звільнення від кримінальної відповідальності та у разі звільнення від покарання. При цьому у разі звільнення від кримінальної відповідальності було б доцільно залишити закріплений на сьогодні у КПК України порядок, відповідно до якого примусові заходи виховного характеру застосовуються при винесенні судом ухвали (постанови) про закриття справи і застосування до неповнолітнього примусових заходів виховного характеру. У разі звільнення від покарання примусові заходи виховного характеру повинні застосовуватися при винесенні судом обвинувального вироку.

У коментарі до п.11 Мінімальних стандартних правил ООН, що стосуються відправлення правосуддя відносно неповнолітніх (Пекінських правил), зазначається, що потрібно обмежувати негативні наслідки процедури відправлення правосуддя стосовно неповнолітніх, наприклад, клеймо судимості і вироку [3]. Відповідно до ч.3 ст.88 КК України особи, засуджені за вироком суду без призначення покарання або звільнені від покарання, визнаються такими, що не мають судимості. Тобто у випадку застосування примусових заходів виховного характеру при звільненні неповнолітнього від покарання, при винесенні обвинувального вироку у кримінальній справі, буде дотримана така норма Пекінських правил, як відсутність судимості у неповнолітнього.

У змісті статті 447 Кримінально-процесуального кодексу України є й інші суперечності, неузгодженості з Кримінальним кодексом України. Так, ч.3 ст.105 Кримінального кодексу України передбачено, що до неповнолітнього може бути застосовано кілька примусових заходів виховного характеру, передбачених у частині 2 цієї статті, тоді як у ст.447 Кримінально-процесуального кодексу вказано, що до неповнолітнього може бути застосовано один із примусових заходів виховного характеру. Ці ж зауваження викликає і зміст п.3 ст.448 КПК України, де зазначено, що суд вирішує, який саме примусовий захід виховного характеру з передбачених частиною другою статті 105 Кримінального кодексу України має бути застосовано до цієї особи. Уявляється необхідним внести відповідні зміни до цих статей кримінально-процесуального закону, привівши їх у відповідність до норм Кримінального кодексу України.

У попередньому Кримінальному кодексі України існувала норма, де серед інших умов для застосування примусових заходів виховного характеру була така, як “вчинення злочину, що не становить великої суспільної небезпеки”. Існування в законі цього поняття викликало ряд суперечок в юридичній науці з приводу того, що під ним розуміти, яке коло злочинів ним охоплюється, а також спричинило труднощі у практиці застосування до неповнолітніх примусових заходів виховного характеру. Більшість науковців підтримували думку про те, що в цю категорію неприпустимо включати тяжкі, особливо

тяжкі насильницькі злочини, які становлять велику суспільну небезпеку (вбивства, зґвалтування, тяжкі тілесні ушкодження, розбій і т.п.) [4]; висловлювалися пропозиції конкретизувати коло злочинів, які включаються в число підстав для застосування примусових заходів виховного характеру. Так, дослідник цього питання В.І.Арькова вказувала на те, що визначення в законі конкретних підстав для застосування примусових заходів виховного характеру буде відповідати завданню індивідуалізації відповідальності неповнолітніх правопорушників і справить позитивний вплив на здійснення боротьби зі злочинністю неповнолітніх. Тому вона пропонувала встановити чіткий перелік злочинів, при вчиненні яких допускається застосування примусових заходів виховного характеру [5, с.39]. З такою позицією, на наш погляд, необхідно погодитися. В законодавчій регламентації передумов для застосування примусових заходів виховного характеру в чинному Кримінальному кодексі України законодавцем чітко визначено коло злочинів, при вчиненні яких допускається звільнення неповнолітнього від кримінальної відповідальності і покарання та обмеження їх колом злочинів невеликої і середньої тяжкості. На нашу думку, це є позитивним моментом, оскільки усунення з числа умов для застосування примусових заходів виховного характеру такого невизначеного оціночного поняття, як “злочин, що не становить великої суспільної небезпеки”, і заміна його на конкретно визначене, формалізоване, без сумніву, сприятиме більш обґрунтованому застосуванню інституту примусових заходів виховного характеру до ширшого кола неповнолітніх і запобігатиме необґрунтованому застосуванню інституту звільнення від кримінальної відповідальності і покарання із застосуванням примусових заходів виховного характеру до неповнолітніх, які вчинили тяжкі злочини. Адже, як засвідчує судова практика минулих років, такі випадки мали місце.

Потрібно відзначити, що існуючі розбіжності у Кримінальному і Кримінально-процесуальному кодексах України потребують внесення відповідних змін у кримінально-процесуальне законодавство України, що регулює провадження у справах про застосування примусових заходів виховного характеру. Окремого дослідження вимагає питання про виділення у Кримінально-процесуальному кодексі України окремої глави, що регулювала б провадження у справах осіб, які вчинили суспільно небезпечні діяння до досягнення віку, з якого можлива кримінальна відповідальність.

1. Омеляненко Г. Адаптація кримінально-процесуального законодавства України про судочинство у справах неповнолітніх до міжнародних Мінімальних стандартів // Право України – 2002. – № 5.
2. Российская Федерация. Законы. Полный сборник кодексов Российской Федерации – М.: Славянский дом книги, 1999.

3. Мінімальні стандартні правила Організації Об'єднаних Націй, що стосуються відправлення правосуддя стосовно неповнолітніх / Збірник законодавчих актів і нормативних документів з питань соціально-правового захисту дітей – К., 1998.
4. Благоев Ф.В. Применение законодательства об освобождении от уголовной ответственности // Основания и порядок реализации уголовной ответственности: межвуз. сб. науч. ст. – Куйбышев. гос. ун-т – Куйбышев: КГУ, 1989 – С.55; Гуковская Н.И., Долгова А.И., Миньковский Г.М. Расследование и судебное разбирательство дел о преступлениях несовершеннолетних. – М.: Юрид. лит., 1974 – С.31.
5. Арькова В.И. Принудительные меры воспитательного характера, применяемые к несовершеннолетним: Учеб. пособие. – Иркутск: ИГУ, 1978.

L.Palyukh

#### SOME QUESTIONS CONCERNING THE REASONS AND CONDITIONS OF THE APPLICATION OF THE COMPULSORY MEASURES OF EDUCATIONAL CHARACTER IN ACCORDANCE WITH THE CRIMINAL JUSTICE OF UKRAINE

The article is devoted to the controversial issues concerning the legislative adjustment of the reasons and conditions for the application of the compulsory measures of educational character in the criminal justice of Ukraine and also connected issues concerning the proceeding in the cases of the application of the compulsory measures of educational character. On the ground of the analysis of the legislation and special literature the proposals about the amendments to a criminal procedural legislature are made.

*Р.Б.Єзерський*

#### ЗАВДАННЯ ТЕХНІКО-КРИМІНАЛІСТИЧНОГО ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ РОЗКРИТТЯ І РОЗСЛІДУВАННЯ ЗЛОЧИНІВ

Поняття криміналістичної техніки формувалось історично і періодично змінювалось під впливом динаміки уявлень щодо безпосереднього руху криміналістичної науки.

Потреба суспільства в науковому обґрунтуванні системи заходів боротьби із злочинністю, їх напрацювання й реалізація завжди була і є залежною від досягнень науки і техніки. Це і обумовило свого часу зародження криміналістики як науки. Найбільш наявно така обумовленість прослідковується у сфері криміналістичної техніки, де у найскладніших формах і способах поєднались проблеми науки, техніки, суспільства і 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 та практичними завданнями.

На сьогоднішній день можна констатувати доволі ґрунтовне дослідження багатьма криміналістами питань щодо завдань техніко-криміналістичного



забезпечення розкриття і розслідування злочинів. Серед них: А.М. Макаров – “Поняття науково-технічних засобів, що застосовуються в кримінальному судочинстві”, Г.І. Гранович – “Поняття науково-технічних засобів, що використовуються у боротьбі із злочинністю”, І.М. Лузгін – “Методологічні проблеми розслідування”, М.К. Камінський – “Криміналістичні основи діяльності в процесі виявлення і розкриття злочинів”.

Завданням даного дослідження є питання техніко-криміналістичного забезпечення розкриття і розслідування злочинів. Мета, яка ставиться перед автором, полягає у з'ясуванні характеру і напрямків завдань техніко-криміналістичного забезпечення розкриття і розслідування злочинів.

Двоєдине поняття техніко-криміналістичного забезпечення (далі – ТКЗ) як організаційно-функціональної системи із “створення умов постійної готовності” і “їхньої практичної реалізації” визначає необхідність системного аналізу і конкретизації розв'язуваних у цьому зв'язку завдань. Стосовно до першої частини ТКЗ такі завдання можна логічно представити в контексті основних напрямків розвитку даної системи. Це – науково-дослідні, дослідно-конструкторські й організаційно-управлінські завдання, що вирішуються “на стику” криміналістики і відповідних галузей інших наук.

У певній мірі зміст цих завдань конкретизується відомчими нормативними актами, наприклад, стосовно до діяльності науково-дослідних установ, навчальних закладів, галузевих служб (їхніми Статутами, Положеннями) чи цільовими наказами щодо організації використання науково-технічних досягнень у боротьбі зі злочинністю, у тому числі ті, що безпосередньо стосуються ТКЗ. Коментар відповідних положень цих документів (щодо завдань у контексті нашого дослідження), а тим більше формальний їхній перелік, мало що дає для прояснення суті розглянутої проблеми. Тому акцентуємо увагу на тих її аспектах, що, на нашу думку, мають принципове, методологічне значення.

По-перше, аналізуючи й уточнюючи завдання ТКЗ, варто враховувати загальні вимоги (установки) і конкретні рішення законодавчих органів держави. Останнім часом, як відомо, значна увага приділяється цій проблемі. Прикладом тому служать не тільки доповнення, внесені в кримінально-процесуальне законодавство України, якими істотно розширюються можливості використання науково-технічних засобів у розкритті і розслідуванні злочинів, але і принципово важливі рішення науково-технічного забезпечення боротьби зі злочинністю. При цьому однозначно акцентується увага на необхідності вирішити питання про докорінне поліпшення технічного оснащення правоохоронних органів, що відповідає сучасним вимогам боротьби з орга-

нізованою злочинністю, для підвищення ефективності оперативно-розшукової, слідчої діяльності, роботи експертних установ.

По-друге, слід відмітити, що при вирішенні цього питання не останнє (щодо значущості) слово повинно належати криміналістиці – науці, що безпосереднім чином зацікавлена й у “покращенні технічного оснащення” і підвищення ефективності діяльності з розкриття і розслідування злочинів. Очевидно, що ця наука має сьогодні у своєму розпорядженні оригінальний фактичний матеріал про практику розкриття і розслідування злочинів, про закономірності “злочинної діяльності” (за М.К. Камінським), про особливості способів і засобів, з допомогою яких вчиняються злочини, без чого неможливо об'єктивно і всебічно оцінити сучасні потреби практики боротьби зі злочинністю і визначити відповідні їм заходи (завдання).

По-третє, криміналістична (як і будь-яка інша) техніка розробляється “під завдання”. І звичайно ж, криміналісти зобов'язані представити систему таких завдань, причому з оцінкою їхньої пріоритетності. Але, очевидно, що прагнення організувати відповідні розробки по всьому “фронту проблем” буде не більш як спроба “обійняти неосяжне”. Вона приведе до розпилення і без того скромних наукових сил, коштів, а як наслідок – до мінімального результату.

У цьому зв'язку, по-четверте, одне із завдань криміналістики (у рамках ТКЗ) виявляється в необхідності провести системний аналіз, з одного боку, продиктованих сучасними особливостями боротьби зі злочинністю потреб практики за рахунок засобів криміналістичної техніки. В основі такого аналізу, на нашу думку, повинна бути інформація, як мінімум, про частоту застосування на практиці відповідних техніко-криміналістичних завдань і про їхнє значення для кінцевого результату роботи в процесі розкриття злочинів. Наприклад, практиці, безсумнівно, потрібні досконалі засоби і методи для збирання і дослідження найрізноманітніших слідів (рук, ніг знярядь злочину, застосування вогнепальної зброї тощо), але очевидно, що частота їхнього застосування, а відповідно, і значення для розкриття злочинів (в узагальненому розумінні) зовсім різні.

З іншого боку, неминучий системний аналіз сучасних науково-технічних досягнень, що можуть бути використані в боротьбі зі злочинністю. Це одне з традиційних завдань криміналістики. Не можна говорити про задоволення потреб без аналізу можливостей. Однак у даному випадку мається на увазі системний, цільовий аналіз насамперед тих досягнень науки і техніки, що характеризують сучасний стан інформатики, кібернетики, обчислювальної техніки, розвиток інформаційних технологій. В кінцевому підсумку подібний аналіз дозволить визначити головні, ключові завдання в цьому напрямку ТКЗ, вирішенню яких повинен відповідати, зокрема, розвиток традиційних засобів і методів криміналістичної техніки. Наприклад, створення автоматизованої

дактилоскопічної інформаційно-пошукової системи неминуче призведе до підвищення вимог щодо якості відбитків і слідів рук, а отже, зміни засобів дактилоскопування, виявлення, фіксації і вилучення таких слідів. Аналогічні проблеми, і не менш складні, будуть супроводжувати створення інших автоматизованих інформаційно-пошукових систем техніко-криміналістичного призначення. У цьому відношенні абсолютно справедливо відмічає М.С.Полсевой, стверджуючи, що "...математизація і кібернетизація криміналістичної діяльності... неминуче призводить до зміни не кола криміналістичних завдань, але і (що особливо важливо) технологій їхнього вирішення і навіть самої постановки" [1, с.46].

Власне кажучи, в цьому напрямку свого розвитку криміналістика зіткнулась з принципово новими науковими і практичними завданнями, вирішення яких об'єктивно обумовлює відповідну їм організацію діяльності наукових установ техніко-криміналістичного призначення, форм і методів впровадження їхніх розробок у практику боротьби зі злочинністю. У зв'язку з цим більш детального розгляду заслуговує друга група завдань ТКЗ, що стосується "практичної реалізації умов постійної готовності" органів внутрішніх справ до застосування засобів криміналістичної техніки.

Розкриття і розслідування злочинів являє собою систему слідчих дій і оперативно-розшукових заходів, що здійснюються у визначеній послідовності і мають кінцевою метою встановлення особи, яка вчинила злочин, та доведення її вини [2, с.89]. Організація, тактика і методика проведення таких дій і заходів регламентуються кримінально-процесуальним законодавством, відомчими нормативними актами, є предметом вивчення відповідних розділів криміналістики і теорії оперативно-розшукової діяльності. До них відносяться огляди місць подій, освідування, допити, обшуки, очні ставки чи оперативні опитування тощо.

Одне з центральних завдань кримінального судочинства – встановлення особи, що вчинила злочин. Без його вирішення неможливо повною мірою виконати ні одне інше завдання кримінального судочинства. Розшук злочинця починається з моменту виявлення ознак злочину. Він здійснюється в процесуальному (слідчі дії) і непроцесуальному (оперативно-розшукові заходи) режимі. При цьому, як справедливо відзначав М.П.Шаламов: "Слідчі дії й оперативні заходи для розшуку повинні не чергуватися, а являти собою єдиний узгоджений, проведений одночасно процес активного, такого, що не слабшає від початку до кінця пошуку" [3, с.328].

У двадцяті роки такі науковці-криміналісти, як І.М.Якимов, В.І.Громов, говорили про "пошукове мистецтво" [4, с.50] і вкладали в поняття "розшук" "такі дії органів дізнання, що або спрямовані до відшукування злочинця по виявленому і вже в достатній мірі встановленому злочинному факту, або ж до відшукування предметів, здобутих злочинним шляхом, або, нарешті, відшукування

знарядь злочину, що можуть мати значення речових доказів і дадуть можливість знайти і викрити дійсного злочинця..." [5, с.20].

У даний час більшістю вчених у зміст окремої криміналістичної теорії – криміналістичного вчення про розшук – включається пошукова діяльність слідчого щодо встановлення відомих об'єктів: предметів, цінностей тощо, а також обвинувачуваного (підозрюваного), що переховується від слідства [6, с.177]. Проблема ж встановлення невідомого злочинця віднесена до предмета теорії оперативно-розшукової діяльності.

На практиці широко використовуються розроблювані криміналістикою технічні і тактичні засоби та методи одержання пошукової і доказової інформації як в рамках слідства, так і за його межами – в оперативно-розшуковій діяльності. Криміналістична техніка, виступаючи одним із засобів одержання такої інформації, являє собою "науково-технічний фундамент", на якому базується кримінально-процесуальна й оперативно-розшукова діяльність. З методологічної точки зору криміналістичні засоби і методи, що застосовуються при розкритті злочинів, за своєю сутністю і змістом єдині [7, с.15]. Деякі криміналісти розповсюджують на непроцесуальну сферу категорії криміналістичної тактики. Так, В.І.Комісаров зазначав, що "...тактичний прийом в системі слідчої тактики – це розроблене і обумовлене чи вироблене практикою з урахуванням типових ситуацій проведення слідчих дій, практично апробована, оптимальна поведінка, дія чи комплекс дій слідчого, покликані створити найкращі умови і забезпечити ефективність виявлення, збирання, оцінки, перевірки, фіксації і використання доказової інформації. Техніко-криміналістичне забезпечення оперативно-розшукової діяльності і розшуку невідомого злочинця, зокрема, як одного зі специфічних напрямків роботи органів внутрішніх справ по боротьбі зі злочинністю, є, на нашу думку, предметом криміналістики, а точніше, її розділу – криміналістичної техніки. Криміналістична техніка не перестає бути такою в залежності від сфери її застосування.

У даний час залежно від процесуального режиму і тактичних особливостей використання технічних засобів є основним критерієм. У наукових працях вони поділяються на криміналістичні та оперативні. Зазначене розмежування й існування самостійного поняття "оперативна техніка" прийнятно тільки з учбово-методичною метою, для акцентування уваги слухачів на особливостях (правових, тактичних, організаційних тощо) застосування криміналістичної техніки в оперативно-розшуковій чи слідчій роботі.

На відміну від позиції І.М.Лузгіна, відповідно до якої під "розшуком розуміється криміналістична система слідчих дій і оперативно-розшукових заходів..." [8, с.362], з погляду ТКЗ одним із завдань криміналістики доцільніше було б розглядати не самі дії, а їхнє криміналістичне забезпечення з

метою одержання максимально можливої інформації, що у своїй сукупності буде достатньою для розшуку особи, яка вчинила злочин, і “побудови на її основі системи доказів, що забезпечують встановлення об’єктивної істини в кримінальній справі” [9, с. 130].

Вчинення злочину, як правило, супроводжується визначеними змінами. Такі зміни не одиничні й обумовлюються цілим комплексом факторів. Узагальнюючим ці зміни поняттям у криміналістиці є “сліди злочину” [10, с. 4].

Процес виникнення, існування, зникнення слідів злочинів носить ситуаційний характер. Від специфіки протікання цього процесу залежить вибір технічних засобів, прийомів, методик виявлення, фіксації, вилучення і дослідження слідів злочинів – джерел (носіїв) криміналістично-значущої інформації. На обсяг і якість такої інформації в кожному конкретному випадку впливають вид, властивості, особливості носія інформації, джерел її походження, способів, умов її утворення, тимчасового періоду (від моменту утворення до виявлення) і середовища перебування. Ситуаційність описуваних явищ і обумовлює необхідність вибору визначених засобів і прийомів [11, с. 18]. При цьому вагому роль відіграє оптимальна, стосовно до конкретної ситуації сукупність тактичних прийомів і техніко-криміналістичних засобів і методів. Наприклад, на місці злочину можуть бути залишені сліди крові, ніг, рук, автотранспортних засобів тощо. Вони можуть знаходитися, відповідно, на дереві, папері, тканині, склі, пластмасі, ґрунті, снігу тощо, причому різний період часу й у різних умовах (волога, тепло, холод, пил тощо). Для успішної техніко-криміналістичної роботи зі слідами біологічного походження до уваги береться також і кількість виявленої і наданої для дослідження речовини, що іноді залежить від фізіологічних особливостей людини (потожирова речовина). Зрозуміло, що їхнє виявлення, вилучення – початкові етапи одержання криміналістично-значущої інформації – припускають застосування відповідних до специфіки ситуації тактичних прийомів, техніко-криміналістичних засобів і методів.

В.А.Снетков, проаналізувавши багатоваріантність роботи, зокрема, з мікрооб’єктами на місці їхнього знаходження, висловив пропозицію про необхідність розгляду в криміналістиці такого поняття, як техніко-криміналістична ситуація. На його думку, це “сукупність факторів, що впливають на виявлення, фіксацію і збереження, попереднє вивчення, підготовку мікрооб’єктів до лабораторного вивчення й експертизи, що здійснюється на місці їхнього знаходження” [12, с. 23]. При цьому він виділяє таку постійну сукупність елементів техніко-криміналістичної ситуації роботи з мікрооб’єктами:

- суб’єкт;
- мета й об’єкти роботи суб’єкта;
- засоби й умови цієї роботи.

Віддаючи належне раціональності такого підходу, звернемо увагу лише на ті положення, що, на нашу думку, послаблюють дану позицію. В.А.Снетков розглядає мету як найважливіший елемент техніко-криміналістичної ситуації. Але мета – це те, до чого прагне суб’єкт роботи з мікрооб’єктами. Ступінь її досягнення залежить від інших, у тому числі від зазначених вище елементів. Конкретизується мета швидше за все через завдання, обумовлені з урахуванням особливостей техніко-криміналістичної ситуації. Крім того, автор доводить можливість існування останньої лише стосовно роботи з мікрооб’єктами. Слід вважати, що ця загальна криміналістична категорія можна застосовувати для усіх видів матеріальних слідів злочинів.

Варто враховувати і той факт, що ще в 1965 р. А.І.Вінберг обґрунтував існування системи тактичних прийомів використання техніко-криміналістичних засобів [13, с. 81]. Ця позиція поступово знаходила все більше своїх прихильників. Відзначалося, що тактичні прийоми в науковому відношенні складають цілу систему і потребують самостійного вивчення [14, с. 8].

Сутність тактичного прийому складається у виборі і реалізації визначеного способу дії, лінії поведінки особи, що проводить розслідування. Це поняття стосується як до розслідування в цілому, так і до підготовки і проведення окремої слідчої дії [15, с. 217].

Але в рамках однієї слідчої дії, наприклад, огляду місця події, як правило, виявляється і вилучається за допомогою різних техніко-криміналістичних коштів і методів безліч різних видів матеріальних слідів. Отже, тактичний прийом у зазначеному вище розумінні знаходить своє вираження й у роботі з окремо взятим матеріальним слідом. От чому, на нашу думку, у кожному конкретному випадку техніко-криміналістичної роботи з матеріальними слідами, власне кажучи, вирішуються окремі тактико-технічні завдання – тактичні за цілями і техніко-криміналістичні за змістом. Однак подальші дослідження даної проблеми привели нас до висновку про необхідність уточнення даної назви. Зокрема, нами відзначено, що зміст цих завдань визначається в основному техніко-криміналістичною ситуацією, що й обумовлює особливості тактики і техніки їхнього вирішення, що конкретно виражаються у визначеній сукупності дій. Зрозуміло, що зазначених завдань безліч. Але в той же час вони виступають стосовно сукупності дій способом їхньої інтеграції в систему, як правило, унікальну, неповторну.

Таким чином, ситуативне техніко-криміналістичне завдання – це інтегрована в систему визначена сукупність дій суб’єктів техніко-криміналістичного забезпечення, обумовлена специфікою таких умов, як вид слідів злочинів, середовище їхнього знаходження, характеристика наявних техніко-криміналістичних засобів тощо, і спрямована на одержання максимально можливої кри-

міналістично значущої інформації та її використання у процесі розкриття і розслідування злочинів.

У загальній системі завдань, пов'язаних із розкриттям і розслідуванням злочинів, у науковій літературі, а особливо у відомчих нормативних актах, найчастіше розглядаються завдання з окремих напрямків діяльності, завдання служб, апаратів і підрозділів, що здійснюють цю діяльність [16, с.92]. Основні завдання кримінального судочинства визначаються кримінально-процесуальним законодавством.

1. Полевой Н.С. Криминалистическая кибернетика – М.: МГУ, 1989. – С.46.
2. Лузгин И.М. Методологические проблемы расследования. – М.: Юрид. лит., 1973 – С.89
3. Криминалистика – М., 1959. – С.328.
4. Якимов И.Н. Криминалистика. Уголовная тактика. – М., 1929. – С.46-50
5. Громов В.И. Дознание и предварительное следствие. Теория и техника расследования преступлений. – М., 1926. – С.20.
6. Белкин Р.С. Курс советской криминалистики. – Т.2. – М.: Академия МВД СССР, 1978. С.177-180; Закатов А.А. Криминалистическое учение о розыске. – Волгоград, 1988. Коновалов Е.Ф. Розыскная деятельность следователя. – М., 1973; и др.
7. Комиссаров В.И. Актуальные проблемы следственной тактики / Автореф. дисс. ... докт. юрид. наук. – М., 1989. – С.15
8. Лузгин И.М. Тактические положения взаимодействия следственных и оперативных аппаратов // Криминалистика – М., 1976. – С.362
9. Полевой Н.С. Криминалистическая кибернетика. – М.: МГУ, 1989. – С.130
10. Шевченко Б.И. Теоретические основы трассологической идентификации в криминалистике. – М., 1975. – С.4.
11. Белкин Р.С. Собираение, исследование и оценка доказательств. – М., 1966; его же. Ленинская теория отражения и методологические проблемы советской криминалистики. – М.: ВШ МВД СССР, 1970. – С.18-19
12. Снетков В.А. Техничко-криминалистическая ситуация работы с микрообъектами на местах их нахождения // Экспертная практика. – М., 1983. – №20. – С.23-28.
13. Винберг А.И. О научных основах криминалистической тактики // Правоведение. – М., 1965. – №3 – С.81
14. Кабанов П.П. Правовые и тактические основы использования следователем информации, полученной с помощью научно-технических средств / Дисс. ... канд.юрид. наук. – М., 1982 – С.8.
15. Белкин Р.С. Курс советской криминалистики – М.: Академия МВД СССР, 1977. – Т.1. – С.217.
16. Гранат Н.Л., Рагинов А.Р. Решение следственных задач. – Волгоград: ВСШ МВД СССР, 1978. Михайлов А.И. О задачах предварительного расследования в советском уголовном процессе // Вопросы борьбы с преступностью. – М., 1977. – Вып.26. – С.92-99; и др.

R. Yezersky

TASK OF THE TECHNICAL AND CRIMINALISTIC PROVIDING OF INVESTIGATION OF CRIMES

This article deals with the issue of technical and criminalistic provision of crime detecting. The author elucidates the nature directions of technical and criminalistic provision of crime detecting

## ПРИНЦИПИ КРИМІНАЛІСТИЧНОГО ОПИСУ ЗОВНІШНОСТІ ОСОБИ ЗА МЕТОДОМ “СЛОВЕСНОГО ПОРТРЕТА”

Встановлюючи зовнішність людини під час проведення слідчих дій, оперативно-розшукових заходів, перед особою, яка це здійснює, постає питання про закріплення результатів учинюваних дій.

Найчастіше у практичній діяльності правоохоронних органів використовується словесна фіксація ознак зовнішності або як ще її називають метод “словесного портрета”.

Даний метод є більш зручним у використанні в порівнянні з іншими методами і засобами фіксації ознак зовнішності. Однак він вимагає від особи, яка його застосовує, знання його методики. Дане питання носить дискусійний характер серед науковців і породжує значні труднощі серед практичних працівників правоохоронних органів.

У даній статті будуть досліджуватися лише питання визначення системи принципів, на яких ґрунтується “словесний портрет”, та їх зміст як частини всіх проблемних питань цього методу.

Слід зазначити, що питання принципів “словесного портрета” не досліджувалося окремо від інших проблем, які виникають під час використання даного криміналістичного методу. Воно знаходить своє вирішення під час з'ясування загального питання зовнішності особи. Для прикладу можна навести видані окремі монографії російських учених А.О.Топоркова, В.О.Снсткова та ін. Якщо вести мову про українських дослідників даної проблеми, то ці питання знаходять своє висвітлення у навчальних посібниках з “Криміналістики” за редакцією П.Д.Біленчука, В.Г.Гончаренка, Є.М.Моїсєєва, М.В.Салтевського у главах про зовнішність особи.

Опис зовнішності особи за методом словесного портрета, як і будь-який певний вид діяльності, базується на взаємопов'язаних принципах, які визначають основні напрямки його здійснення.

Серед науковців зустрічаються різні думки щодо визначення вихідних засад словесного портрета. Так, група авторів під керівництвом Р.С.Белкіна виділяє принципи системності і повноти, хоча під час визначення самого поняття словесного портрета зазначають принцип системності і використання єдиних термінів [1, с.339]. П.Д.Біленчук використовує системність, повноту і використання спеціальної термінології та єдиних понять [2, с.239]. А.О.Топорков замість системності вказує черговість опису [3, с.8]. Ф.В.Апшай і А.М.Ухаль до основних правил опису ознак зовнішності відносять ще такі правила: ознаки розглядаються у фас (анфас), правий і лівий профіль; особливі і помітні

прикмети описуються на всіх видимих місцях тіла людини; опис здійснюється від загального до окремого, зверху вниз; опис ознак оцінюється за 3- (великий, малий, середній), 5- (дуже великий, великий, середній, малий, дуже малий), 7-членною градацією (додається: вище середнього, нижче середнього) [4, с.4].

В.Ю.Шепітько вказує, що головними принципами словесного портрета є повнота і систематичність опису. Принцип повноти полягає в докладному описі зовнішньої анатомії, функціональних ознак (постава, хода, жестикуляція, міміка, мовлення, манери поведінки) і одягу. Принцип систематичності означає: 1) певну черговість опису окремих груп зовнішніх ознак; 2) послідовність опису кожної групи зовнішніх ознак за правилом "від загального – до окремого"; 3) обов'язкове використання спеціальної термінології словесного портрета [5, с.207].

В.С.Кузьмичов та Г.І.Прокопенко ще зазначають, що опис ознак зовнішності проводиться за розмірами, формою, контуром, положенням, кольором, ступенем вираження [6, с.161].

На наш погляд, серед усієї цієї кількості вказаних принципів слід виділити такі:

1. Послідовність (черговість) опису.
2. Використання спеціальної термінології та єдиних понять.
3. Повнота опису.

Перший принцип слід називати послідовністю (черговістю), оскільки послідовність полягає у проведенні опису від загального до окремого і зверху вниз. Тобто спочатку описується вся зовнішність, потім окремі частини тіла і на завершення окремі деталі.

Опис ознак зовнішності за 3-, 5- і 7- членною градацією, у фас і профіль, за розмірами, формою, контуром і т.п. буде охоплюватися принципом повноти опису.

Опис ознак зовнішності здійснюється при умові, що в особи, яка описується, спокійний вираз обличчя, зімкнуті без напруження щелепи і спрямований вперед погляд.

Незалежно від того, хто проводить дослідження ознак зовнішності – чи це оперативний працівник міліції, чи це слідчий прокуратури або експерт, вони повинні використовувати під час своєї роботи загальноприйнятну термінологію і єдині поняття для уникнення розбіжностей та непорозумінь.

Повнота опису включатиме всебічне дослідження ознак зовнішності. У ній буде опис і у фас, і в профіль, ознаки описуватимуться за розмірами, за формою і за іншими характеристиками.

На наш погляд, не можна погодитися з використанням такого поняття принципу, як системність. Оскільки всі вищеперераховані принципи утво-

рюють в сукупності певну систему. Якщо буде проводитися опис від загального до окремого, звичайно, що буде використовуватися єдина термінологія, і незважаючи на те, чи це здійснюється у фас чи профіль особи.

Проведений такий опис повинен бути оптимально повним, щоб задовольнити його призначення, тобто бути використаним для розшуку і ототожнення описаної людини. Наприклад, опис зовнішності особи, яка пропала безвісти, що проводиться у ресстраційній карті, повинен містити максимум відомих ознак, щоби у випадку виявлення трупа невідомої особи була можливість детально порівняти всі прикмети особи, яка померла, з ознаками тої, яка пропала безвісти.

Однак у деяких випадках можливе обмежене використання вказаних принципів у повному обсязі.

Так, в умовах оперативної діяльності можна обмежитися скороченим описом особи, яка спостерігається. Для цього достатні короткий, але інформативний словесний портрет, який вмщував би загальнофізичну характеристику зовнішності, опис індивідуалізуючих людини анатомо-антропологічних, функціональних ознак і особливих прикмет.

Опис буває довільним і впорядкованим.

Довільний опис передає всі особливості розповіді свідка (очевидця), потерпілого про зовнішність злочинця чи будь-якої людини. У цьому випадку можливе використання висловлювань, понять і характеристик, які не повністю відповідають термінології криміналістичного опису. Довільний опис у криміналістичних цілях обов'язково переводиться спеціалістом (слідчим, оперативним працівником, експертом-криміналістом) у впорядкований.

Упорядкований опис використовується під час закріплення даних про ознаки зовнішності, отриманих у результаті оперативно-розшукових і слідчих дій, під час постановки на облік в інформаційно-пошуковій системі і отримання словесного опису від них, при проведенні спеціальних досліджень, під час огляду і опису трупа і в деяких інших випадках [3, с.9].

До повноти проведення опису у науковій літературі, як уже зазначалося, також відносять характеристики ознак зовнішності.

Так, А.О.Топорков [3, с.18], П.Д.Біленчук [2, с.239] зазначають такі характеристики ознак: розмір (величина), форма, контур, положення, колір. В.О.Снетков указує на форму, величину, положення, колір, кількість, ступінь симетрії і вираженості [7, с.4]. Р.С.Белкін пропонує характеризувати ознаки зовнішності за формою, розміром і положенням, а деякі і за кольором [1, с.339]. С.В.Слінько до таких характеристик відносить розмір, форму, контур, положення, колір і особливості [8, с.34]. Як видно з вищевказаних підходів щодо подання характеристик ознак зовнішності, деякі з них є наявні в усіх підлягах, а інші – суто індивідуальні.

На наш погляд, для опису ознак зовнішності можна використовувати всі вищевказані характеристики, за винятком таких, як кількість, ступінь симетрії і ступінь вираженості, особливості. Оскільки будь-яка анатомічна ознака характеризується певною особливістю, її слід відносити до особливих ознак. Аналогічно до таких ознак треба відносити і асиметричні, і слабо- або сильновиражені ознаки зовнішності, і такі, що відрізняються за кількістю від нормального природного розвитку людини.

На підтвердження вищесказаного можна навести приклад, що розуміють під ступенем симетрії і вираженості автори, які пропонують використання цих характеристик.

Ступінь симетрії – ознака, яка відображає ступінь однакових парних елементів зовнішності (очі, вушні раковини, кінцівки та ін.) за їх ознаками. Вивчаються відмінності ознак парних елементів зовнішності, тобто по суті – ступінь асиметрії.

Ступінь вираженості – ознака, яку вивчають у випадку, коли мається стійка уява про норму даного елемента зовнішності в цілому [7, с.4].

Узагальнивши вищевикладене, можна зробити такі висновки:

1. Систему принципів криміналістичного опису зовнішності особи складають: послідовність (черговість) опису, використання спеціальної термінології та єдиних понять, повнота опису.

2. Послідовність полягає у проведенні опису від загального до окремого і зверху вниз.

3. Незалежно від суб'єкта проведення такого опису повинна використовуватися загальноприйнята термінологія і єдині поняття.

4. Повнота опису включатиме опис і у фас, і у профіль, а також використання під час опису таких характеристик ознак: розмір (величина), форма, контур, положення, колір.

1. Аверьянова Т.В., Белкин Р.С., Корухов Ю.Г., Россинская Е.Р. Криминалистика: Учебник для вузов / Под ред. заслуженного деятеля науки Российской Федерации, профессора Р.С. Белкина – М.: Изд-во ЮРМА (Издательская группа ЮРМА – ИНФРА-М), 2001. – 990 с.
2. Біленчук П.Д., Лисиченко В.К., Клименко Н.І. та ін. Криміналістика: Підручник / За ред. П.Д. Біленчука. – 2-ге вид., випр. і доп. – К.: Атика, 2001. – 544 с.: ил.
3. Тонорков А.А. Словесный портрет: Практическое пособие. – М.: Юристъ, 1999. – 112 с.: ил.
4. Апшай Ф.В., Ухаль А.М. Идентификация личности за признаками внешности: Навчальний научний посібник. – Ужгород: Редакційно-видавничий центр УжДШЕП, 1998. – 14 с.
5. Шенітько В.Ю. Криміналістика. Енциклопедичний словник (українсько-російський і російсько-український) / За ред. акад. НАН України В.Я. Тація. – Харків: Право, 2001. – 560 с.
6. Кузьмичов В.С., Прокопенко Г.Е. Криміналістика: Навч. посіб. / За ред. В.Г. Гончаренка. – С.М. Моисєва – К.: Юриком Інтер, 2001. – 368 с.

7. Винниченко И.Ф., Житников В.С., Зинин А.М., Овсянникова М.Н., Сметков В.А. Криминалистическое описание внешности человека: Учебное пособие / Под общей редакцией доктора юридических наук, профессора В.А. Сметкова. – М.: МЮИ МВД России. Изд-во "Питер-М", 1999. – 198 с.
8. Розыск. Признаки внешности человека. Справ. издание / Сост. С.В. Слинко. Под ред. П.М. Халина. – Харьков: Арсис, 1998. – 256 с.: ил.

I Zholnovich

THE PRINCIPLES OF CRIMINALISTIC DESCRIPTION OF PERSON'S EXTERIOR WITH THE USAGE OF "WORD-PORTRAIT" METHOD

In the article principles of criminalistic description of person's exterior with the usage of "word-portrait" method are analyzed. The content and characteristics of its structure are explored.

*О.М.Калужна*

### ОКРЕМІ ПРОБЛЕМИ КОНЦЕПЦІЇ КРИМІНАЛІСТИЧНОЇ ХАРАКТЕРИСТИКИ ЗЛОЧИНІВ

Сучасний стан накопичених знань стосовно концепції криміналістичної характеристики злочинів дозволяє виділяти два напрями її розвитку і призначення – теоретичний і прикладний. Перший – подальший розвиток теорії криміналістики, криміналістичної характеристики в цілому і, зокрема, її окремих видів. Другий напрям безпосередньо пов'язаний із завданнями, які повинні бути вирішені у процесі розслідування злочину [1, с.15]. Отже, криміналістичну характеристику злочинів слід чітко розмежовувати як: а) наукову категорію криміналістики [2, с.358], теоретичну концепцію [3, с.122], основу формування окремих методик розслідування злочинів; б) робочий інструмент розслідування – як систему зібраних та узагальнених відомостей про криміналістично значущі ознаки певного виду (групи) злочинів [4, с.39].

Як наукова категорія криміналістики криміналістична характеристика повинна мати своє поняття, дефініцію, внутрішню структуру, посідати певне місце у системі криміналістики та виконувати певні функції.

Найбільше дискусій викликають підходи до конструювання визначення (дефініції) криміналістичної характеристики злочинів. Попри це, виходячи із загальнозживаного значення характеристики чого-небудь, під якою розуміють опис основних відмітних властивостей, якостей, достоїнств якогось явища, події, людини [5, с.455], найпоширенішим є інформаційний підхід до конструювання криміналістичної характеристики, який полягає у тому, що вона повинна описувати істотні властивості, особливості, природу досліджуваного об'єкта в цілому і певних властивих йому сторін і закономірностей, якими

він відрізняється від інших об'єктів. За такого підходу криміналістична характеристика – це *сукупність інформації* про типові ознаки виду злочинів, певним чином *субординована у систему*.

За своєю природою (суттю) криміналістична характеристика є інформаційною моделлю [2, с.360], оскільки у ній упорядкованим чином зведені криміналістично значущі відомості про взаємопов'язані елементи, які становлять цілісне утворення – модель події злочину, що дозволяє обґрунтовано висувати припущення про невідомі ознаки елементів злочину, що розслідуються, і в такий спосіб передбачити механізм підготовки, вчинення та приховання злочину [6, с.21]. Її методологічною основою є теорія відображення, а також теоретичні положення криміналістики, теорія інформації, логіка, психологія та інші науки [1, с.15].

Проте дослідники концепції криміналістичної характеристики по-різному розглядають, іноді ототожнюють її внутрішню будову та зовнішній зміст. Так, визначаючи структуру криміналістичної характеристики злочинів, в одних випадках використовуються такі висловлювання, як, наприклад, “елементами криміналістичної характеристики є обстановка вчинення злочину, особа злочинця і т.д.”, а в інших – такі, як “дані про предмет посягання”, “відомості про обстановку вчинення злочину”.

Видається, що така ситуація актуалізує ще й питання про семантику мови у вченні про криміналістичну характеристику злочинів як форми виразу результатів пізнання кримінальної практики. Мається на увазі словник адекватних понять, термінів, лексики висловлювань, які обслуговують процес накопичення, обробки і передачі криміналістичної інформації, а також порозуміння між дослідниками кримінальної практики та тими, хто користується її результатами.

Так, виходячи з поняття криміналістичної характеристики як сукупності інформації про криміналістично значимі ознаки виду злочинів, на перший погляд, можуть видатися вірними редакції *елементів структури* криміналістичної характеристики на кшталт: “відомості (або дані) про ...”. Але, разом із тим, інформація, яка відображається у криміналістичній характеристиці, певним чином субординована у систему, *елементи якої взаємодіють та взаємопов'язані*. Чи може існувати гола, нічим необумовлена взаємодія, наприклад, між відомостями про спосіб і відомостями про особу злочинця? Якими закономірностями, законами пояснюються взаємозв'язки між самими відомостями?

У науковій літературі перехід від опису до пояснення співпадає з пізнанням структури системи, тобто для з'ясування властивостей і взаємозв'язків системи необхідно вяснити її структуру. Структура – це будова і внутрішня

форма організації системи, яка є єдністю стійких взаємозв'язків між її елементами та законів таких взаємозв'язків [7, с.462]. Насправді ж взаємовідображаються один в одному і в навколишній обстановці, утворюють сліди злочину елементи механізму злочину на підставі функціонування закономірностей механізму злочину та закономірностей механізму слідоутворення. Тому еквівалентно *елементами структури* криміналістичної характеристики слушніше вважати елементи структури злочинного діяння, які становлять його механізм: спосіб, обстановку, предмет посягання, особу злочинця, сліди. При цьому слід зважати, що структура криміналістичної характеристики не підміняє її зміст. Тобто це означає, що її *зміст* становлять реальні елементи злочину, адже характеристика може лише відображати злочин і ті елементи, які його складають. Незаперечно, зміст криміналістичної характеристики становлять власне “відомості про спосіб, обстановку і т.д.”. Але сутнісних властивостей системи як комплексу елементів, що утворюють цілісність, єдність і взаємодія яких викликає появу нових інтегративних якостей всієї системи, ці відомості набувають не самі по собі, а через призму взаємовідображення один одного у вигляді відбитків своїх криміналістично значущих ознак між елементами механізму злочину. Власне, елементи механізму злочину є ядром елементного складу структури (внутрішньої будови) криміналістичної характеристики, саме вони є тим скелетом, навколо якого мають накопичуватися відомості про злочин.

Ще один момент. Із визначення криміналістичної характеристики як системи опису (даних або відомостей) про типові *ознаки* певного виду злочинів, при цьому ознаки повинні мати тактико-криміналістичне, пошукове значення, не можна автоматично стверджувати, що елементами структури криміналістичної характеристики є криміналістично значущі ознаки злочинів.

З точки зору семіотики ознака – це “прикмета”, “знак” предмета, процесу чи явища, за допомогою якого можна впізнати та описати цей предмет, процес чи явище. Криміналістичне вчення про ознаки розкриває сутність відображення механізму злочину в матеріальній обстановці, що супроводжується змінами речей, їх властивостей, а отже, і зміною їх ознак. *Ознаки* є рисами, властивостями, якими характеризуються структурні елементи – спосіб, особа злочинця, предмет посягання. Наприклад, споживне призначення, фізичні (розмір, вага, конструкція), хімічні (матеріал-сировина, агрегатний стан) властивості будуть тими криміналістичними ознаками, якими розкривається елемент криміналістичної характеристики – предмет посягання.

Підсумовуючи викладене, очевидним є той факт, що при інформаційному підході до конструювання поняття криміналістичної характеристики акцент робиться на її змісті – *відомостях про криміналістично значущі ознаки*

злочинів та на системності – ці відомості зведені у систему. При цьому, хоча структура криміналістичної характеристики за такого підходу є латентна, саме вона розкриває якісну властивість криміналістичної характеристики як цілого – її системний характер.

Криміналістична характеристика виду злочинів – це вірогідна модель події злочинів. Видові та групові криміналістичні характеристики в силу їх специфіки повинні бути типовими [8, с.18]. Закономірності механізму аналогічних злочинів, що виражають узагальнені причини і узагальнені наслідки, проявляються у механізмі одиничного злочину з певним ступенем вірогідності, тобто не в усіх деталях і не з повною достовірністю. Закономірності механізму виду злочинів і закономірності, що проявляються в одиничному злочині, несуть різнорівневі криміналістичні знання, оскільки перші відображають типове, а кожний знову вчинений злочин – це індивідуальне явище, яке в деяких випадках може й не мати аналогів у минулому. Але типового, того, що повторюється, є значно більше, і завдяки цьому існує криміналістична методика [4, с.39]. Питання про те, як відбувається перехід одиничного до загального, пов'язане із знанням причинно-наслідкових зв'язків, які характеризують злочин у криміналістичному аспекті. Механізм окремого злочину – це клітина певної категорії злочинів, і розкриття її змісту дозволяє пізнати кримінальну сферу на рівні виду злочинів. Але механізми подібних злочинів розмаїті, і важко передбачити весь комплекс криміналістичних ознак і джерел криміналістичної інформації. Однак у статистичній сукупності розмаїтих механізмів подібних злочинів і їх наслідків проявляється причинна закономірність. У механізмі одиничного злочину причинно-наслідкові зв'язки носять індивідуальний характер, а у масі подібних злочинів взаємообумовленості набувають кількісну стійкість. Зрозуміло, що узагальнені типові відомості про ознаки виду злочинів не можуть розглядатися як універсальний стовідсотковий засіб встановлення “невідомого” у процесі розкриття злочину.

У світлі розглянутої проблематики можна запропонувати таке визначення поняття криміналістичної характеристики виду злочинів: це інформаційна модель системи зведених даних про типові криміналістично значущі ознаки, які виявляються у закономірностях механізму певного виду злочинів і закономірностях слідоутворення, що використовуються в окремих методиках для науково-емпіричного обґрунтування рекомендацій і безпосередньо при розслідуванні конкретного злочину.

1. Ермолович В.Ф. Криминалистическая характеристика преступлений. – Мн.: Амалфея, 2001. – 304 с.
2. Старушкевич А.В. Криминалистична характеристика злочинів: поняття, класифікація, елементи і функції. Криміналістика. Підручник / За ред. П.Д.Біленька. – К.: Атика, 2001. – С. 355-370.

3. Гавло В.К. К вопросу о криминалистической характеристике преступлений // Вопросы повышения эффективности борьбы с преступностью. Сб. науч. тр. – Томск, 1980.
4. Бахін В., Лук'яничков Б. Склад і призначення криміналістичної характеристики злочинів // Правничий часопис Донецького університету. 2000. № 1 (4). С. 39-43.
5. Советский энциклопедический словарь. – М., 1980.
6. Криминалистическая характеристика и пространственно-временные факторы // Отв. ред. В.И.Шиканов. – Иркутск, 1991. – С. 21.
7. Философский словарь / Под ред. И.Т.Фролова. – 5-е изд. – М.: Политиздат, 1987. – 590 с.
8. Коновалова В.А., Колесниченко А.П. Теоретические проблемы криминалистической характеристики // Криминалистическая характеристика преступлений. Сборник научных трудов. – М., 1984. – С.15-19.

O. Kaluzhna

#### SOME PROBLEMS OF THE CONCEPT OF CRIMINALISTIC CHARACTERISTICS OF CRIMES

In 1998 - 2002 a new wave of publications about the criminalistic characteristics of crimes which signify both the scientific development of criminalistic characteristics theory and the fact that many of the issues are still to be settled, appeared in legal sources. The article deals with the investigation of content, structure and other conceptual notions of criminalistic characteristics as a scientific category of criminal law.



## ЗМІСТ

### Питання теорії та історії держави і права

|   |    |
|---|----|
| <i>А.Савчук.</i> До витоків національної держави (за С.Дністрянським).....                        | 3  |
| <i>О.І.Нелін.</i> До питання спадкового права за “Руською Правдою”.....                           | 7  |
| <i>В.І.Михайлюк.</i> Правове регулювання цивільних правовідносин в Україні у 1917-1921 роках..... | 15 |
| <i>В.Б.Ковальчук.</i> Права людини як критерій легітимності державної влади.....                  | 21 |

### Конституційний лад та права людини.

#### Державне управління в Україні

|   |    |
|---|----|
| <i>М.І.Ославський.</i> Особливості правового статусу місцевих державних адміністрацій.....                            | 31 |
| <i>В.Я.Натуркач.</i> Організаційно-правове забезпечення юридичної освіти в Україні: проблеми і шляхи вирішення.....   | 34 |
| <i>О.В.Манченко.</i> Фінансово-правова природа аудиторської діяльності в Україні.....                                 | 41 |
| <i>І.Л.Литвиненко.</i> До питання про співвідношення природно-правової та позитивістської концепцій прав людини.....  | 48 |
| <i>Р.О.Дудієв.</i> Принцип субсидіарності в публічній владі. Його значення для реалізації прав і свобод громадян..... | 53 |
| <i>Р.Т.Чернега.</i> Комунальна власність – основа місцевого самоврядування.....                                       | 57 |

#### Цивільне, цивільно-процесуальне та господарське право

|   |     |
|---|-----|
| <i>І.І.Банасевич.</i> Правове регулювання закупівлі товарів, робіт і послуг за державні кошти.....  | 61  |
| <i>А.В.Духневич.</i> Правові питання контролю за діяльністю кредитних спілок та їх об’єднань.....   | 66  |
| <i>О.С.Яворська.</i> Правовий статус господарських товариств за новим цивільним законодавством.....   | 71  |
| <i>В.А.Васильєва.</i> Поіменовані суб’єкти посередницьких зобов’язань.....  | 78  |
| <i>Д.С.Леценко.</i> До питання законодавчого визначення майна.....  | 84  |
| <i>Р.А.Лідовець.</i> Окремі питання використання змішаних договорів.....  | 89  |
| <i>М.В.Логвінова.</i> Невиконання батьками прав та обов’язків щодо виховання і розвитку дитини як один із проявів протиправності поведінки батьків..... | 94  |
| <i>В.М.Мартин.</i> Право користування чужою земельною ділянкою для забудови (суперфіцій).....   | 100 |
| <i>В.І.Нагнибіда.</i> Теоретичний аналіз правової природи речових прав на чуже майно.....   | 105 |
| <i>О.О.Пунда.</i> Особливості участі фізичної особи у медичному експерименті.....   | 112 |
| <i>Я.М.Шкіра.</i> Нотаріальна форма правочину (угоди) у контексті нового ЦК України.....  | 121 |

### Питання екологічного та земельного права

|  |     |
|--|-----|
| <i>Л.В.Боднарчук.</i> Особливості відшкодування шкоди, заподіяної лісопорушеннями: окремі питання.....   | 127 |
| <i>О.М.Браніцький.</i> Правові аспекти набуття статусу спеціаліста сільського господарства.....  | 132 |
| <i>В.О.Джуган.</i> Розвиток законодавства з питань оренди водних об’єктів.....   | 138 |
| <i>В.В.Книш.</i> Комплексність як основна ознака принципу поєднання особливостей використання землі як природного ресурсу, основного засобу виробництва та територіального базису..... | 143 |

### Проблеми кримінального права і кримінології

|   |     |
|---|-----|
| <i>О.Г.Колб.</i> Проблеми реалізації міжнародних правових норм у кримінально-виконавчому законодавстві України..... | 147 |
| <i>Н.О.Антонюк.</i> Проблема кримінально-правової кваліфікації незаконного використання електроенергії.....         | 152 |
| <i>К.Б.Марисюк.</i> Правове врегулювання еутаназії за законодавством Бельгії.....                                   | 158 |
| <i>О.Л.Старко.</i> Деякі проблемні питання об’єктивної сторони вбивства матір’ю своєї новонародженої дитини.....    | 164 |

### Кримінальний процес та криміналістика

|  |     |
|--|-----|
| <i>В.О.Попелюшко.</i> Способи подолання прогалин, види та місце застосування аналогії в кримінальному процесі.....   | 171 |
| <i>С.О.Ковальчук.</i> Спрощений порядок судового розгляду кримінальних справ та захист прав підсудного.....  | 176 |
| <i>В.Д.Юрчишин.</i> Врегулювання питань, пов’язаних із судовою експертизою за Проектом Кримінально-процесуального кодексу України.....                     | 185 |
| <i>Ю.О.Фідря.</i> Актуальні проблеми участі прокурора в апеляційному провадженні.....  | 190 |
| <i>В.В.Навроцька.</i> Дискусійні питання щодо обов’язковості для потерпілого та обвинуваченого деяких постанов органів, що ведуть кримінальний процес..... | 196 |
| <i>Л.М.Палюх.</i> Деякі питання щодо підстав та умов застосування примусових заходів виховного характеру за кримінальним судочинством України.....         | 199 |
| <i>Р.Б.Єзерський.</i> Завдання техніко-криміналістичного забезпечення розкриття і розслідування злочинів.....  | 205 |
| <i>І.В.Жолнович.</i> Принципи криміналістичного опису зовнішності особи за методом “словесного портрета”.....  | 213 |
| <i>О.М.Капужна.</i> Окремі проблеми концепції криміналістичної характеристики злочинів.....  | 217 |

## CONTENTS

|  |     |
|--|-----|
| <b>Matters of Theory and History of State and Law</b>  |     |
| <i>A. Savchak.</i> To the sources of national state (after S. Dnistriansky).....   | 3   |
| <i>O. Nelin.</i> To the question of inheritance law after “Ruska Pravda”.....  | 7   |
| <i>V. Mykhaylyuk.</i> Legal regulation of civil relations in Ukraine in 1917-1921.....   | 15  |
| <i>V. Kovalchuk.</i> Human Rights as a Criterion of the State Power Legitimacy.....  | 21  |
| <b>Constitution Rule of Human Rights. State Power in Ukraine</b>   |     |
| <i>M. Oslavsky.</i> Special features of legal status of the local state administration.....  | 31  |
| <i>V. Naturkach.</i> Organizational and legal providing of legal education in Ukraine: problems and ways of decision.....  | 34  |
| <i>O. Manchenko.</i> Financial and legal nature of audit activity in Ukraine.....  | 41  |
| <i>I. Lytvynenko.</i> To the question about correlation between natural law and positive theories of the human rights.....   | 48  |
| <i>R. Dudyev.</i> Principle of subsidiarity in public authority. Its role for realization of rights and freedoms of citizens.....                                    | 53  |
| <i>R. Chernega.</i> The municipal property – the basis of local self-governing.....  | 57  |
| <b>Civil, Civil Procedure and Economic Law</b>   |     |
| <i>I. Banasevych.</i> The legal regulation of purchase goods, works and services at public costs.....  | 61  |
| <i>A. Dukhnevych.</i> Judicial problems of the control and development of the credit union and there alliances.....  | 66  |
| <i>O. Javorska.</i> Corporate relations according to the new civil legislation.....  | 71  |
| <i>V. Vasylyeva.</i> Named subjects of intermediary obligations.....   | 78  |
| <i>D. Leshchenko.</i> To the question of the legislative definition of property.....   | 84  |
| <i>R. Lidovets.</i> Some questions of using of mixed contracts.....  | 89  |
| <i>M. Logvinova.</i> Non-fulfillment by parents of rights and duties concerning education and upbringing of child as one of displays of illegal conduct of parents.. | 94  |
| <i>V. Martyn.</i> The Right of superficiary.....   | 100 |
| <i>V. Nahnybida.</i> The theoretical analysis of the legal nature of the thing rights to the stranger property.....  | 105 |
| <i>O. Punda.</i> Some features of participation of person in the medical experiment....  | 112 |
| <i>Y. Shkira.</i> Notarial Form of Agreement in the Context of the New Civil Code of Ukraine.....  | 121 |
| <b>Matters of Ecological and Land Entitlement</b>  |     |
| <i>L. Bodnarchuk.</i> Features of compensation of harm, caused by forest violations: some questions.....   | 127 |

|  |     |
|--|-----|
| <i>O. Branitsky.</i> Legal aspects of acquirement of status of the specialist of agriculture.....  | 132 |
| <i>V. Dzhugan.</i> The development of legislation about the leasing of water objects.....  | 138 |
| <i>V. Knysk.</i> Complexity as a main feature of the principle of combination of using lands as natural resources, as main means of production and as territorial base.....                            | 143 |
| <b>Problems of Criminal Law and Crime Science</b>  |     |
| <i>O. Kolb.</i> Problems of realization of international legal statements to the criminal execution legislation of Ukraine.....  | 147 |
| <i>N. Antoniuk.</i> Problem of the criminally-legal qualification of illegal use of the electric power.....  | 152 |
| <i>K. Marysyuk.</i> Legal regulating of euthanasia by the legislation of Belgium.....  | 158 |
| <i>O. Starko.</i> Some problem questions of the objective side of killing the recently born child by mother.....   | 164 |
| <b>Matters of Criminal Procedure and Criminalistics</b>  |     |
| <i>V. Popelyushko.</i> Methods of overcoming of gaps, kinds and place of analogy using in the criminal procedure.....  | 171 |
| <i>S. Kovalchuk.</i> The simplified order of judicial consideration of criminal cases and protection of the rights of the indicted.....  | 176 |
| <i>V. Yurchyshyn.</i> Settlement of questions related to the judicial examination by the project of the Criminal Procedure Code of Ukraine.....  | 185 |
| <i>Y. Fidrya.</i> Actual problems of public prosecutor’s participation in appellate proceeding.....  | 190 |
| <i>V. Navrotska.</i> Controversial questions about obligation for victim and defendant of some decisions of organs, that conduct a criminal process.....   | 196 |
| <i>L. Palyukh.</i> Some Questions Concerning the Reasons and Conditions of the Application of the Compulsory Measures of Educational Character in Accordance with the Criminal Justice of Ukraine..... | 199 |
| <i>R. Yezersky.</i> Task of the Technical and criminalistic providing of investigation of crimes.....  | 205 |
| <i>I. Zholnovich.</i> The principles of criminalistic description of person’s exterior with the usage of “word-portrait” method.....   | 213 |
| <i>O. Kaluzhna.</i> Some problems of the concept of criminalistic characteristics of crimes.....   | 217 |

Міністерство освіти і науки України  
Прикарпатський університет ім. Василя Стефаника

**АКТУАЛЬНІ ПРОБЛЕМИ  
ВДОСКОНАЛЕННЯ ЧИННОГО  
ЗАКОНОДАВСТВА УКРАЇНИ**

**Збірник наукових статей**

**Випуск XIII**

Адреса редакційної колегії:  
76025, 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*.  
Літературна редакція і коректура *О.В. Ленів*.  
Комп'ютерна правка *О.В.Клименко, Л.М.Курівчак*.  
Комп'ютерна верстка *В.Д.Яремко*.

Здано до набору 26.07. 2004 р. Підп. до друку 11.08.2004 р.  
Формат 60x84/16. Папір ксерокс. Гарнітура "Times Neu Roman".  
Ум. друк. арк. 13,75. Вид. арк. 14,0. Тираж 300 прим. Зам. 604.

Друкарня видавництва "Плай" Прикарпатського університету  
імені Василя Стефаника  
76025, м. Івано-Франківськ, вул. Шевченка, 57.  
тел. 59-60-51